

Breves reflexiones en torno a la adopción del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)

Joaquín A. Mejía R.*

Del 31 de marzo al 4 de abril de 2008, el Grupo de Trabajo Abierto sobre el Protocolo Facultativo al PIDESC llevó a cabo la segunda parte de su quinto período de sesiones, en la que presentó un borrador definitivo. Se acordó por consenso entregarlo al Consejo de DDHH, el cual unánimemente lo adoptó el pasado 18 de junio y decidió enviarlo a la Asamblea General. El proceso para llegar hasta aquí ha sido difícil y existe el riesgo de que el Protocolo no sea adoptado finalmente debido a la presión de varios Estados, que aún creen que los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) tienen un “defecto genético”, el cual los vuelve no exigibles. Este artículo pretende analizar el recorrido histórico que ha permitido estar ante la posible adopción final del Protocolo y examinar las posiciones a favor y en contra de este, así como resaltar la importancia de que las organizaciones no gubernamentales (ONG) mantengan su trabajo de incidencia para que junto con Gobiernos afines, organizaciones intergubernamentales y agencias especializadas de Naciones Unidas (NU), se logre que así como una persona que ha sido torturada puede presentar una denuncia ante un órgano de control, también pueda obtener reparación cuando le sea restringido su derecho a la educación.

Palabras claves: derechos económicos, sociales y culturales, Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, justiciabilidad, órganos de control de los tratados de derechos humanos.

* Abogado hondureño. Maestría en Estudios Avanzados en Derechos Humanos y candidato a Doctor en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid. Contacto electrónico: joaquinarmandos@yahoo.com



Breves reflexiones en torno a la adopción del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)

Introducción

El Sistema de Protección Convencional de Naciones Unidas (NU) consta de siete tratados de derechos humanos, cada uno de los cuales es supervisado por un órgano de control, cuyo papel principal es garantizar el cumplimiento de las obligaciones estatales mediante diversos mecanismos: observaciones generales (OG), informes estatales periódicos, denuncias individuales, comunicaciones interestatales e investigaciones de oficio de violaciones sistemáticas y generalizadas (ver anexo al final del artículo). De allí que dichos órganos pueden tener tres funciones principales:

1. aclarar y desarrollar los estándares normativos por aplicar (función creativa);
2. evaluar el grado de cumplimiento estatal de las obligaciones internacionales (función verificadora);
3. tomar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de dichas obligaciones (función correctiva)¹.

Todos los tratados contemplan en su texto la creación de sus órganos de vigilancia², con excepción del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que solo establece el compromiso de los Estados a

presentar informes periódicos al secretario general de NU, quien debe transmitir copias al Consejo Económico y Social (ECOSOC) para su evaluación. Dado que este es un órgano principal de NU con numerosas funciones³, es evidente que no puede vigilar *exclusivamente* el cumplimiento de las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales (DESC).

Afortunadamente, el artículo 68 de la Carta de NU faculta al ECOSOC a establecer las “comisiones necesarias para el desempeño de sus funciones” y, con base en ello, el 28 de mayo de 1985 se creó el CDESC para que realizara las funciones de vigilancia asignadas al ECOSOC en la parte IV del PIDESC⁴. Mediante la Resolución 1988 (LX), el ECOSOC estableció un proceso de tres etapas para que los Estados presentaran informes bienales con un ciclo de seis años. En la primera fase, los Estados presentarían un informe sobre los derechos protegidos en los artículos 6-9; dos años más tarde, presentarían un segundo informe sobre los derechos garantizados en los artículos 10-12; y, finalmente, dos años después, los Estados presentarían un informe sobre la situación de los derechos contenidos en los artículos 13-15. Estos informes se remitían por el secretario general al ECOSOC para su respectiva evaluación, tarea en la que era asistido por un Grupo de Trabajo (GT).

Pese a las modificaciones realizadas para mejorar los métodos de trabajo del GT⁵, el descontento por su

1 Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A perspective on its development*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 31.

2 a) CDH (art. 28 del PIDCP); b) CDN (art. 43 de la Convención sobre los Derechos del Niño); c) CCT (art. 7 de la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes); d) CEDM (art. 17 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer); e) CEDR (art. 8 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial); f) CTM (art. 72 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares).

3 (I) Coordina la labor de catorce organismos especializados, de diez comisiones orgánicas y de cinco comisiones regionales de NU; (II) recibe informes de once Fondos y Programas de NU; (III) emite recomendaciones de política dirigidas al sistema de NU y a los Estados miembros; (IV) se ocupa de promover niveles de vida más elevados, el pleno empleo y el progreso económico y social; (V) identifica soluciones para los problemas de salud, económicos y sociales en el plano internacional; (VI) facilita la cooperación en el orden cultural y educativo y (VII) fomenta el respeto universal de los derechos humanos.

4 Economic and Social Council Resolution 1985/17. *Review of the composition, organization and administrative arrangements of the Sessional Working Group of Governmental Experts on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 22nd plenary meeting, 28 May 1985.

5 Mediante la resolución 1979/43 del 11 de mayo de 1979, se aprobaron los métodos de trabajo del GT; con la decisión 1981/158 del 8 de mayo de 1981 se incorporaron ciertos cambios que modificaron dichos métodos de trabajo; y, finalmente, con la resolución 1982/33 del 6 de mayo de 1982 se modificó la composición, organización y otras cuestiones administrativas del GT.

ineficacia, sumado al creciente interés por los DESC en el marco de NU, provocó un nuevo impulso a la idea de crear un comité de expertos independientes pero sin cambiar el sistema de informes, lo cual se vio reflejado en la Resolución 1985/17, que establece que a partir de ese momento el GT cambiaría su nombre por el de CDESC y que los procedimientos y métodos de trabajo establecidos por la resolución 1979/43 se mantendrían vigentes en tanto no fueran reemplazados por esa resolución que instituye al CDESC⁶.

El sistema de supervisión del CDESC: fortalezas y debilidades

Los sistemas de informes y de peticiones son dos de los mecanismos de supervisión de mayor importancia. El primero es el más común debido a que es políticamente menos sensible para los Estados que solo deben presentar informes periódicos sobre la implementación nacional del tratado en cuestión, y en tal sentido se caracteriza, primero, por depender de la *buena fe* estatal al momento de proporcionar información relevante y fehaciente, y, segundo, por limitar la función del órgano de control a asistir y asesorar a los países en la mejor garantía de los derechos. El segundo es considerado el medio más efectivo para garantizar la protección de los derechos humanos, debido a que el órgano de control está facultado para recibir comunicaciones individuales e interestatales que aleguen incumplimientos de las obligaciones establecidas en el tratado. Los redactores del PIDESC se inclinaron

por el primer sistema, el cual es criticado por parecer más un mecanismo para la determinación de los hechos que un auténtico mecanismo de protección⁷. Pese a ello, hay que reconocer que se han hecho importantes esfuerzos para mejorarlo, a tal punto que el CDESC ha desarrollado una interpretación expansiva de las cláusulas del PIDESC y de sus propias reglas de procedimiento, con el fin de garantizar el mayor cumplimiento de las obligaciones estatales⁸; ejemplo de ello es la adopción de la OG 1 en la que el CDESC ratificó la importancia del sistema de informes y elaboró una serie de directrices encaminadas a mejorar su presentación⁹.

En virtud del artículo 16 del PIDESC, el mecanismo de informes consta de cuatro fases:

1. los Estados preparan y presentan sus informes de acuerdo con las directrices elaboradas por el CDESC, el cual, a su vez, está facultado para recibir información por parte de organizaciones no gubernamentales (ONG) y de las agencias especializadas de NU;
2. algunos miembros del CDESC se reúnen antes de cada período de sesiones con el objetivo de identificar por adelantado las cuestiones que constituirán el principal foco de debate con los representantes estatales. Un grupo de trabajo pre-sesiones (GTP) prepara una lista de temas para que sean tomados en consideración durante la evaluación del informe estatal, la cual es enviada a la delegación permanente del Estado correspondiente para que tenga la oportunidad de preparar sus respuestas con anticipación y, de esta forma, facilitar el diálogo con el CDESC¹⁰;

6 La evolución institucional del mecanismo de control del PIDESC inicia el 11 de mayo de 1976 con la creación de un GT que posteriormente fue sustituido por un Grupo de Expertos Intergubernamentales en 1981, hasta que finalmente se creó el CDESC en 1985.

7 Fernández Liesa, Carlos R., "Los derechos económicos, sociales y culturales en el orden internacional", en Mariño Menéndez, F. M. y Carlos R. Fernández Liesa (coord.), *Política Social Internacional y Europea*, Universidad Carlos III de Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996, pp. 81-82.

8 Leckie, Scott, "The Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Catalyst for change in a system needing reform", en Alston, P. and J. Crawford, *The future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 129.

9 CDESC, *Observación General N.º 1 (1989). Presentación informes por los Estados Partes*, párr. 1-9. A su vez, en 1991, el CDESC aprobó las *Revised general guidelines* con el fin de facilitar y guiar a los Estados en la elaboración y presentación de los informes.

10 El GTP fue establecido por la Resolución 1988/4 del ECOSOC, con el objetivo de apoyar al CDESC en la identificación por adelantado de las cuestiones más importantes de los informes estatales que podrían ser discutidas con los representantes del Estado respectivo, y con ello mejorar la eficiencia del sistema de informes. Está compuesto por cinco miembros nombrados por el presidente del CDESC y se reúne dos veces al año, usualmente después de la sesión del CDESC. Para lograr mayor eficiencia en el examen de los informes, el GTP designa un *relator de país* para cada uno de los cinco informes que conoce y su función consiste en encargarse de todas las responsabilidades relativas al informe del país asignado, desde su recepción hasta la elaboración y adopción de las observaciones finales.





Breves reflexiones en torno a la adopción del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)

3. el examen de los informes se realiza en sesiones públicas mediante un “diálogo constructivo” entre el CDESC y los Estados;
4. el CDESC redacta y adopta unas observaciones finales con recomendaciones al Estado¹¹.

El hecho de que el CDESC es constituido por el ECOSOC para que lo asista en la revisión de los informes estatales, lo ubica en una posición de dependencia respecto de este órgano principal de NU. Esta acción puede ser considerada un inconveniente en un principio, pero eventualmente también puede ser una ventaja en el sentido de que las funciones del CDESC no han quedado “encasilladas” dentro de las disposiciones del tratado. De esta manera, el ECOSOC ha sido capaz de ampliar el mandato del CDESC gracias, en gran parte, a la vaguedad con que los artículos 16-25 describen sus funciones. Esto ha significado que, por lo general, el CDESC es autorizado por el ECOSOC para realizar la mayor parte de cuestiones que este le plantea para mejorar su función, lo que ha permitido, entre otras cosas, una amplia participación de las ONG¹². A su vez, aunque los Estados son los responsables de la nominación inicial de los miembros del CDESC, es evidente que al ser establecido como un órgano subsidiario del ECOSOC, su autoridad deriva de este y, por lo tanto, se constituye principalmente en un órgano de NU. Todo ello tiene un triple impacto sobre su autonomía política, financiera y funcional, en tanto que, primero, mantiene un grado importante de autonomía respecto de los Estados; segundo, al ser financiado exclusivamente por NU, no es objeto de la mayoría de problemas que enfrentan los demás comités financiados por los Estados; y, tercero,

para realizar cambios en los procedimientos requiere únicamente la autorización del ECOSOC sin necesidad de modificar el texto del tratado, siempre y cuando lo haga dentro de los parámetros generales de la resolución que lo creó. No obstante, se debe insistir en que, primero, el mandato del CDESC es indirecto, ya que actúa para asistir al ECOSOC en el examen de los informes estatales y, por lo tanto, no es directamente responsable, situación que podría generar conflictos de competencia; y, segundo, el CDESC es altamente vulnerable, ya que está permanentemente sujeto a los cambios que puedan darse en el marco del ECOSOC¹³.

Aunado a ello, el CDESC se enfrenta a diversos obstáculos que dificultan su función, entre ellos, la vaga formulación de las obligaciones estatales, las escasas especificaciones sobre la forma en que deben presentarse los informes, la poca relevancia del papel de las ONG, “la inadecuada cooperación con los organismos especializados” y el poco tiempo que tiene para examinar los respectivos informes. Todo lo anterior es producto de que el mecanismo de supervisión establecido en el PIDESC es “*tenue y clásico* al ser respetuoso con la idea de la cooperación interestatal”; pese a ello, en la práctica, el CDESC ha podido superar la concepción inicialmente restrictiva de sus funciones de control, a tal punto que hasta la fecha ha examinado aproximadamente 390 informes estatales¹⁴. Sin embargo, también es cierto que las recomendaciones que emite acerca del nivel de observancia de las obligaciones estatales son decisiones no vinculantes, cuyo cumplimiento depende de la presión política a nivel interno, de la posición que asuma la comunidad internacional y, en definitiva, de la *buena fe* de los Estados¹⁵. Asimismo, no se puede ignorar

11 Fernández Liesa, Carlos R., “Los derechos económicos, sociales y culturales en el orden internacional” *op. cit.*, p. 85.

12 King, Jeff, *An activist’s Manual on the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Law & Society Trust, Center for Economic and Social Rights, Sri Lanka/New York, March 2003, p. 29.

13 Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *op. cit.*, pp. 50-53, 69. También se puede señalar como debilidad su corto período de sesiones (tres semanas al año) en comparación con otros órganos de control, como por ejemplo, el CDH que sesiona nueve semanas al año. Evidentemente, el poco tiempo con que se cuenta, ejerce cierta presión sobre el “diálogo constructivo” que se pretende llevar a cabo entre el CDESC y los representantes estatales.

14 Fernández Liesa, Carlos R., “Los derechos económicos, sociales y culturales en el orden internacional”, *op. cit.*, pp. 81-84.

15 Ochoa Ruiz, Natalia, *Los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas*, prólogo de José Antonio Pastor Ridruejo, Civitas, Pamplona, 2004, p. 173. El sistema de informes es un mecanismo de control “más blando y más considerado con la soberanía estatal de todos los posibles, puesto que el órgano busca la cooperación con el Estado tanto a lo largo del procedimiento como en el cumplimiento de las recomendaciones. Sin embargo, de ello no se puede inferir a priori su falta de eficacia”.

que en algunas ocasiones los Estados, primero, no cumplen con su obligación de presentar los informes; segundo, los presentan mal elaborados y sin satisfacer los requisitos mínimos; y, tercero, solicitan constantemente aplazamientos para su entrega. Si la presentación de los informes es vital para la integridad de todo el mecanismo de control, el no hacerlo o hacerlo fuera de los parámetros establecidos por el PIDESC o por las directrices del CDESC, constituye una violación a las obligaciones estatales¹⁶.

Frente a ello, el CDESC primero decidió solicitar a los Estados la presentación de un único informe quinquenal que trate sobre el conjunto del PIDESC; segundo, permitió la admisión de informes de las ONG como medio alternativo para conocer sobre la situación de los derechos en los Estados partes; tercero, acordó que para la elaboración de sus informes, los Estados puedan solicitar asistencia técnica a la Secretaría General y al Centro de DDHH; cuarto, elaboró las *Revised general guidelines* con el fin de facilitar y guiar a los Estados en la elaboración y presentación de los informes; quinto, creó el GTP para apoyarlo en la identificación de las cuestiones más importantes de los informes; sexto, solicitó a la Secretaría General enviar recordatorios a los Estados que tienen informes atrasados; séptimo, acordó incluir en su informe anual el nivel de cumplimiento de los Estados en la presentación de los informes y, octavo, adoptó un conjunto de reglas para no aceptar las solicitudes estatales de aplazamiento en la presentación de sus informes y para proceder al examen de estos aun sin la presencia del representante del Estado¹⁷.

Evidentemente, esto último puede generar ciertas dudas sobre la competencia del CDESC, ya que si en términos estrictos su mandato consiste en leer los informes estatales para asistir al ECOSOC en la consideración de estos, el examen de la situación de los derechos humanos en un país que no está presente en el “diálogo constructivo”

podría implicar una actuación *ultra vires* en el marco de la Parte IV del PIDESC. No obstante, si bien esta actuación puede ser considerada *ultra vires* respecto al procedimiento interno del ECOSOC, no lo es sustantivamente respecto del proceso de supervisión en su conjunto¹⁸.

Todos los tratados contemplan en su texto la creación de sus órganos de vigilancia, con excepción del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que solo establece el compromiso de los Estados a presentar informes periódicos al secretario general de NU.



La necesidad de un Protocolo Facultativo al PIDESC (PF-PIDESC)

Como hemos visto, la “popularidad” del sistema de presentación de informes radica en que es un mecanismo de supervisión políticamente menos sensible a la soberanía estatal, dado que su efectividad depende en gran medida de la *buena fe* de los Estados partes para proveer información cierta y pertinente al órgano de control, cuyo mandato se limita a prestar asistencia y asesoría a los países en la aplicación de las disposiciones del PIDESC en sus respectivas jurisdicciones. En cambio, el sistema de peticiones es considerado el medio más eficaz para la protección de los derechos humanos, pues al admitir que el órgano de control pueda conocer y pronunciarse sobre la posible violación a un derecho, primero se promueve la creación de una jurisprudencia en la materia¹⁹ y, segundo, se permite que las víctimas tengan posibilidades reales de obtener una reparación adecuada²⁰.

16 Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, op. cit., pp. 57-58.

17 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Report on the thirty-sixth and thirty-seventh sessions (1-19 May 2006, 6-24 November 2006)*, ECOSOC, Official Records, Supplement n.º 2, E/2007/22, E/C.12/2006/1, New York and Geneva, 2007, p. 13.

18 Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* op. cit., p. 60.

19 Mariño Menéndez, Fernando M., “Avances jurídicos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales dentro del marco de Naciones Unidas”, en: *Derechos y Libertades: Revistas del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año 3, n.º 6, Madrid, febrero 1998, p. 94.

20 Leckie, S. and A. Gallagher (eds.), *Economic, Social, and Cultural Rights. A legal resource guide*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2006, p. XXIV.



Breves reflexiones en torno a la adopción del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)

Como el CDESC no está facultado para admitir denuncias individuales, su práctica interpretativa se basa fundamentalmente en las conclusiones que surgen del análisis de los informes estatales, de los días del debate general y de las OG. Estas últimas son documentos publicados por el CDESC que describen en detalle el alcance y la naturaleza de las obligaciones en materia de DESC, y su principal objetivo es ayudar a los Estados en el cumplimiento de sus deberes, facilitándoles una interpretación de las disposiciones del PIDESC que les permita mejorar la presentación de los informes y adecuar las actuaciones de sus órganos internos al pleno respeto a los derechos²¹. A pesar de su importante papel, las OG son aún insuficientes para que puedan servir como criterio de referencia general en la interpretación del PIDESC, por lo que la adopción de un mecanismo de petición individual significaría un paso fundamental para la efectiva protección de los DESC²².



Aunque el hecho de que se haya abierto la discusión sobre la posibilidad de adoptar un PF-PIDESC implica una cierta aceptación de que los DESC pueden ser justiciables, los debates en todas las sesiones del GTCAPF no han sido pacíficos.

Por ello, desde 1990, el CDESC viene dedicando mayor atención a la posibilidad de elaborar un PF-PIDESC que instituya un sistema de peticiones individuales sobre la base de la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos, y ha destacado la necesidad de realizar un estudio comparado sobre la justiciabilidad de

los DESC en los sistemas internos de los Estados partes. En sus sesiones sexta (1991) y séptima (1992) se continuó con el análisis de esta cuestión y se argumentó que el PF-PIDESC, primero, posibilitaría exigir a los Estados la adopción de medidas concretas para la implementación de los DESC; segundo, fortalecería la responsabilidad estatal en el ámbito internacional; tercero, daría mayor precisión a la tesis de la indivisibilidad de los derechos humanos; cuarto, propiciaría la formación de jurisprudencia en la materia; y, quinto, fortalecería un sistema eficaz de investigaciones²³. Al mismo tiempo, los principales puntos que se debatieron giraron alrededor de, primero, quién tendría acceso al procedimiento; segundo, qué derechos estarían cubiertos por el procedimiento; tercero, qué reglas procedimentales se aplicarían; y, cuarto, qué resultados se preverían en el procedimiento²⁴.

En el año 1996, el CDESC finalizó la redacción de un proyecto de PF-PIDESC que fue presentado a la antigua Comisión de DDHH, en 1997, el cual a su vez solicitó al secretario general de NU distribuirlo entre los Estados, las organizaciones gubernamentales y las ONG para que transmitieran sus comentarios al respecto. Aunque fueron pocos los Estados que lo hicieron, la gran mayoría se mostró favorable a aprobar el PF-PIDESC. A pesar de estos primeros pasos, los avances para adoptarlo han sido muy lentos, a lo que contribuye que la posición de algunos Estados ha sido ambigua. Fue en el año 2001 cuando la Comisión decidió nombrar a un experto independiente encargado de examinar la cuestión del PF-PIDESC, quien en el año 2002 presentó su primer informe a la Comisión en su 58.º período de sesiones, avalando la necesidad de adoptar dicho protocolo. Allí mismo, la Comisión renovó el mando del experto independiente y le solicitó investigar más a profundidad, primero, la cuestión sobre el alcan-

21 King, Jeff, *An activist's Manual on the International Covenant on Economic, op. cit.*, p. 34.

22 Sepúlveda, Magdalena, "La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión 'progresivamente'", en Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 150.

23 Cançado Trindade, Antonio, A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, prólogo de Máximo Pacheco Gómez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, abril de 2001, pp. 115-116.

24 Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, op. cit.*, p. 99.

ce y la naturaleza de las obligaciones estatales; segundo, las cuestiones conceptuales sobre la justiciabilidad de los DESC; y, tercero, la cuestión de los beneficios y la viabilidad de un mecanismo de examen de quejas con arreglo al PIDESC y la cuestión de la complementariedad entre los distintos mecanismos²⁵.

Como parte de su trabajo, el experto independiente recomendó a la Comisión que estableciera un grupo de trabajo con el objetivo de estudiar las opciones relativas a la elaboración del PF-PIDESC. Fue así que en el año 2002 se creó el Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre el PF-PIDESC (GTCAPF)²⁶, cuyo mandato fue renovado en 2004 por un período de dos años²⁷. Finalmente, en junio de 2006, durante la primera sesión del actual Consejo de DDHH de NU, se le extendió nuevamente su mandato por otro período de dos años, con el objetivo final de elaborar un PF-PIDESC que sería utilizado como base para las futuras negociaciones. Desde su constitución, el GTCAPF se ha reunido en cuatro ocasiones: en marzo de 2004, en enero de 2005, en febrero de 2006 y en julio de 2007; esta última sesión fue la primera con el mandato de redactar un borrador final para su discusión.

Aunque el hecho de que se haya abierto la discusión sobre la posibilidad de adoptar un PF-PIDESC implica una cierta aceptación de que los DESC pueden ser justiciables, los debates en todas las sesiones del GTCAPF no han sido pacíficos, a tal punto que algunos Estados han expresado su total rechazo; estos se pueden clasificar en tres grandes grupos: primero, los países que siguen manteniendo la idea de que los DESC tienen unas características innatas que les impiden ser justiciables; segundo, los que consideran que la falta de precisión del contenido del PIDESC no permite determinar exactamente lo que se

puede exigir ante el CDESC; y, tercero, los que por una simple conveniencia política consideran que los comités de los tratados de derechos humanos son incompetentes para conocer denuncias individuales²⁸. Con base en esta clasificación se pueden identificar cuatro problemas fundamentales que originan la oposición de estos Estados a adoptar un PF-PIDESC: primero, ignorancia, ya que se continúan usando erróneamente los argumentos que surgieron en 1966 sobre la naturaleza de los DESC; segundo, falta de disposición de los Estados por considerar que pueden comprometer sus programas económicos; tercero, temor a la idea de justiciabilidad, dado que al permitir que los individuos exijan ante los tribunales la implementación de los DESC, se abriría un debate profundo sobre la obligación estatal de cumplir con tales disposiciones; y, cuarto, argumentos políticos consistentes en que mientras los países en desarrollo consideran que no tienen obligación de implementar los DESC hasta tanto no reciban la necesaria cooperación internacional para su desarrollo económico, los países desarrollados argumentan que ellos no tienen por qué ser responsables por la falta de desarrollo de los primeros²⁹.

Como resultado de las concepciones contrapuestas sobre el PF-PIDESC en los debates de las sesiones del GTCAPF, se han manifestado dos enfoques con alcances diferentes en relación con la gama de derechos por ser protegidos mediante un sistema de peticiones. Por un lado, un *enfoque amplio* encabezado por el CDESC, el cual en su borrador de protocolo consideró apropiado que todos los derechos consagrados en los artículos 1 al 15 del PIDESC sean objeto del procedimiento de comunicaciones individuales, lo cual ha sido apoyado por muchos Estados y por las ONG que han estado presentes en su calidad de

25 Resolución de la Comisión de DDHH 2001/30.

26 Resolución de la Comisión de DDHH 2002/24.

27 Resolución de la Comisión de DDHH 2004/29.

28 Sepúlveda, Magdalena, "La necesidad de adoptar un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Un llamado a la acción", en Gutiérrez, Juan Carlos (coord.), *Los derechos económicos, sociales y culturales (Memorias del seminario internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales)*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México - Comisión Europea, SRE, México, 1.ª edición diciembre de 2005, pp. 268-273.

29 Gómez Camacho, Juan José, "La propuesta de crear un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", en Gutiérrez, Juan Carlos (coord.), *Los derechos económicos, sociales y culturales, op. cit.*, p. 246.





Breves reflexiones en torno a la adopción del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)

observadoras en todos los debates de las sesiones. Por otro lado, un *enfoque restrictivo* o enfoque “a la carta”, que consiste en que los Estados conciban al PIDESC como un “menú de derechos” para determinar los derechos y obligaciones sobre los que estarían dispuestos a aceptar denuncias mediante esta clase de sistema. Aunque una mayoría de Estados apoya el enfoque amplio de un PF-PIDESC que abarque todos los niveles de derechos y obligaciones del tratado, es posible que los Estados que prefieren un enfoque restrictivo traten de usar su poder para obstaculizar los avances en esta materia e, incluso, lograr, en nombre del consenso y de una aceptación más “universal” del PF-PIDESC, que este último enfoque sea el que finalmente se adopte. Si así fuera, primero, se promovería la existencia de una jerarquía entre los DESC en el sentido de que solo algunos de ellos podrían ser justiciables; segundo, se dificultaría una supervisión eficaz del PIDESC en tanto que cada Estado podría obligarse respecto de diferentes derechos; y, tercero, se produciría un retroceso respecto de los avances en materia de exigibilidad judicial que se han logrado en las jurisdicciones nacionales³⁰.

Algunas cuestiones relevantes sobre el PF-PIDESC³¹

En la segunda parte del quinto período de sesiones, celebrado del 31 de marzo al 4 de abril de 2008, el GTCAPF presentó un borrador de protocolo y acordó enviarlo al Consejo, el cual lo aprobó el 18 de junio de este mismo año, haciendo una mejora importante en el borrador del GTCAPF, ya que este limitaba la competencia del CDESC por conocer sobre violaciones a los derechos consagrados en la Parte II y Parte III del PIDESC, lo cual hacía del protocolo una mezcla entre el enfoque restrictivo y el enfoque amplio; pero el Consejo lo reformó en el sentido

de ampliar la competencia de dicho órgano a *cualquiera* de los derechos contenidos en el Pacto (enfoque amplio). Este documento consta de 22 artículos, a lo largo de los cuales se establece:

1. que el CDESC es competente *ratione personae* para examinar las comunicaciones individuales presentadas por una persona o grupos de personas que estén bajo la jurisdicción de un Estado parte (art. 2) y por cualquier Estado parte que considere que otro no está cumpliendo con sus obligaciones derivadas del PIDESC (art. 10);
2. que el CDESC es competente *ratione materiae* para recibir denuncias sobre violaciones de cualquiera de los derechos contenidos en el PIDESC (art. 2);
3. que el CDESC es competente *ratione loci* para examinar comunicaciones relativas a violaciones cometidas dentro de la jurisdicción de un Estado parte (art. 2); y
4. que el CDESC es competente *ratione temporis* para conocer sobre hechos constitutivos de violación a los derechos reconocidos, que se hayan cometido en la fecha en que el PIDESC ya se encontraba en vigor para el Estado parte denunciado, o que tales hechos continuaran después de esa fecha (art. 3, inciso b)³².

Evidentemente, el PF-PIDESC establece que para que el CDESC pueda admitir una comunicación, los peticionarios deben agotar previamente todos los recursos internos, a menos que la aplicación de tales recursos sea irrazonablemente prolongada; el CDESC puede declarar inadmisibles una comunicación cuando:

- (a) no sea presentada dentro de un año después de haberse agotado los recursos internos, excepto en los casos en que el peticionario pueda demostrar que no ha sido posible hacerlo dentro de ese tiempo límite;

30 Sepúlveda, Magdalena, “La necesidad de adoptar un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Un llamado a la acción”, *op. cit.*, pp. 268-276.

31 Por cuestiones de espacio, solo nos referiremos a algunos puntos relacionados con las comunicaciones individuales.

32 A diferencia del PF-PIDCP, que faculta al CDH a conocer sobre violaciones de *cualquiera* de los derechos del PIDCP, el PF-PIDESC *solo* permite que el CDESC conozca sobre violaciones a los derechos contenidos en la Parte II y III del tratado principal y *excluye* la Parte I, relativa al derecho de los pueblos a la libre determinación.

- (b) cuando los hechos denunciados ocurran antes de la entrada en vigor del protocolo para el Estado parte;
- (c) los hechos denunciados hayan sido o estén siendo conocidos por otro procedimiento internacional;
- (d) la denuncia sea incompatible con las provisiones del PIDESC;
- (e) la denuncia sea manifiestamente infundada o no esté suficientemente justificada, o esté basada exclusivamente en información difundida por los medios de comunicación;
- (f) exista abuso del derecho en la presentación de una comunicación;
- (g) cuando la comunicación sea anónima o no sea presentada por escrito.

En esa misma línea, el CDESC puede declinar conocer una comunicación cuando no establezca que la supuesta víctima haya sufrido una "desventaja clara", a menos que estime que se plantea una cuestión grave de importancia general (art. 4). También puede transmitir al Estado parte involucrado para su examen urgente, la petición de que adopte las medidas cautelares necesarias para evitar probables daños irreparables a las víctimas (art. 5). Cuando el CDESC considere que una comunicación es admisible, de manera confidencial, le remitirá al Estado parte denunciado las partes pertinentes para que en un plazo de seis meses presente sus explicaciones o declaraciones por escrito, incluyendo también las medidas correctivas que haya adoptado (art. 6). Durante el proceso de determinación de la existencia o no de una violación a uno de los derechos protegidos, el CDESC puede poner sus buenos oficios a disposición de las partes para que lleguen a una solución amistosa. Si se lograse un acuerdo, el examen de la comunicación quedaría cerrado, sin que ello implique una decisión sobre si un derecho ha sido violado y no excluye que se presente una nueva queja si la solución amistosa no fuera efectiva (art. 7).

El CDESC examinará las comunicaciones en sesiones privadas a la luz de toda la documentación que le presenten, así como de la que emana de otros órganos y agencias de la ONU, y de otras organizaciones internacionales, incluidas las de los sistemas regionales; toda esta información será comunicada a las partes interesadas

(art. 8). Tras examinar una comunicación, el CDESC transmitirá a las partes sus opiniones sobre esta, conjuntamente con las recomendaciones respectivas. El Estado parte dará la debida consideración a lo señalado por el CDESC y le presentará, dentro del término de seis meses, una respuesta sobre todas las medidas adoptadas a la luz de las recomendaciones hechas por el CDESC; este podrá invitar al Estado parte a presentar información adicional al respecto en los informes posteriores en virtud de los artículos 16 y 17 del PIDESC (art. 9 y art. 12).

Las ONG deben intensificar el trabajo de incidencia a favor del PF-PIDESC y, junto a los Gobiernos afines, las organizaciones intergubernamentales y las agencias especializadas de NU, lograr convencer a la totalidad de la comunidad internacional de que así como una persona que ha sido torturada puede presentar una denuncia individual ante un órgano de control, también puede exigir jurídicamente que se le permita disfrutar de su derecho a la educación.

Es importante señalar que el protocolo permite que cuando el CDESC reciba información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas cometidas por un Estado parte, invitará a ese Estado a cooperar en el examen de la información y a presentar sus observaciones al respecto. El CDESC podrá facultar a uno o más de sus miembros para realizar una investigación confidencial sobre tales hechos, la cual podrá incluir justificadamente una visita *in situ* y con el consentimiento del Estado denunciado. Tras examinar las conclusiones de la investigación, el CDESC las transmitirá al Estado parte interesado junto con las recomendaciones oportunas, y este presentará sus observaciones al CDESC dentro de los seis meses siguientes a la recepción de dichas recomendaciones. Finalmente, el CDESC podrá incluir, además de todas sus actividades en virtud del protocolo, un resumen de los resultados del





Breves reflexiones en torno a la adopción del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)

procedimiento en su informe anual previsto en el artículo 15 del PIDESC (art. 11 y art. 15).

Conclusión

La adopción de un texto definitivo del PF-PIDESC representa un logro importante en la protección de los DESC, y después de tantos años de negociaciones, este implica un primer paso para garantizar el acceso a la justicia a las víctimas de violaciones de *todos* sus derechos³³ y permitirá, primero, fortalecer la vigencia y protección internacional de los DESC mediante el acceso de individuos y grupos a recursos cuasi-judiciales; segundo, contribuir a fortalecer la concepción de los DESC como derechos subjetivos; tercero, reafirmar el principio de universalidad, indivisibilidad, interrelación e interdependencia de todos los derechos humanos; cuarto, incrementar la conciencia ciudadana sobre estos derechos y una auditoría social más efectiva sobre las obligaciones estatales en la materia; y, quinto, avanzar notablemente en identificar y aclarar las obligaciones estatales derivadas del PIDESC.

Por ello, las ONG deben intensificar el trabajo de incidencia a favor del PF-PIDESC y, junto a los Gobiernos afines, las organizaciones intergubernamentales y las agencias especializadas de NU, lograr convencer a la totalidad de la comunidad internacional de que así como una persona que ha sido torturada puede presentar una denuncia individual ante un órgano de control, también puede exigir jurídicamente que se le permita disfrutar de su derecho a la educación³⁴. Evidentemente, la exigibilidad judicial es tan solo un mecanismo fundamental para lograr la reparación de un derecho que ha sido transgredido; sin embargo, no se puede caer en el error de un “legalismo absoluto”, en el sentido de sobrevalorar al Derecho como la única herramienta para lograr “el ideal del ser humano libre, liberado del temor y la miseria”, ya que por sí solo no es suficiente para proteger los derechos humanos efectivamente, especialmente los DESC³⁵. Asimismo, se limitaría el carácter emancipatorio y el efecto movilizador de las fuerzas sociales y políticas para lograr el pleno desarrollo de la dignidad humana, “la libertad, la justicia y la paz en el mundo”.

33 Declaración final de la Coalición de ONG ante el Grupo de Trabajo Abierto sobre un Protocolo Facultativo del PIDESC, 4 de abril de 2008.

34 Existe una “Campana por la justicia internacional para víctimas de violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales”, encabezada por Coalición Internacional de ONG por un Protocolo Facultativo al PIDESC, que está compuesta por individuos y organizaciones de todo el mundo y cuyos miembros incluyen ONG internacionales, redes regionales, grupos de base, activistas, organizaciones sociales e individuos. Información encontrada en la página electrónica de la Coalición en <http://www.opicescr-coalition.org/spainindex.htm>

35 Rosas, A. Y M. Scheinin, “Implementation mechanisms and remedies”, en ASBJØRN, Eide, KRAUSE, Catarina and Rosas, Allan (ed.), *Economic, social and cultural rights. A textbook*, 2nd revised ed., Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 2001, pp. 425-426.

ANEXO

Órgano**	OG	Informes	Comunicaciones individuales	Comunicaciones interestatales	Investigaciones de oficio
CDH	Sí	Sí	Sí	Sí	No
CDN	Sí	Sí	No	No	No
CCT	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
CEDM	Sí	Sí	Sí	No	Sí
CEDR	Sí	Sí	Sí	Sí	No
CTM	Sí	Sí	Sí	Sí	No
CDESC	Sí	Sí	No	No	No

Fuente: Elaboración propia a partir de lo establecido en los respectivos instrumentos internacionales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Cançado Trindade, Antonio, A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, prólogo de Máximo Pacheco Gómez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, abril de 2001.

Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A perspective on its development*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

Fernández Liesa, Carlos R., "Los derechos económicos, sociales y culturales en el orden internacional", en Mariño Menéndez, F. M. y C. R. Fernández Liesa (coord.), *Política Social Internacional y Europea*, Universidad Carlos III de Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996.

Gómez Camacho, Juan José, "La propuesta de crear un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", en Gutiérrez, Juan Carlos (coord.), *Los derechos económicos, sociales y culturales (Memorias del seminario internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales)*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México - Comisión Europea, SRE, México, 1.ª edición, diciembre de 2005.

** Comité de Derechos Humanos (CDH), Comité de los Derechos del Niño (CDN), Comité contra la Tortura (CCT), Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDM), Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR), Comité de Derechos de los Trabajadores Migrantes (CTM), Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC).





Breves reflexiones en torno a la adopción del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)

King, Jeff, *An activist's Manual on the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Law & Society Trust, Center for Economic and Social Rights, Sri Lanka/New York, March 2003.

Leckie, S. and A. Gallagher (eds.), *Economic, Social, and Cultural Rights. A legal resource guide*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2006.

Leckier, Scott, "The Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Catalyst for change in a system needing reform", en Alston, P. and J. Crawford, *The future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

Mariño Menéndez, Fernando M., "Avances jurídicos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales dentro del marco de Naciones Unidas", en *Derechos y Libertades: Revistas del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año 3, n.º 6, Madrid, febrero 1998.

Ochoa Ruiz, Natalia, *Los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas*, prólogo de José Antonio Pastor Ridruejo, Civitas, Pamplona, 2004.

Rosas, A. and M. Scheinin, "Implementation mechanisms and remedies", en ASBJØRN, Eide, Krause, Catarina and Rosas, Allan (eds.), *Economic, social and cultural rights. A textbook*, 2nd revised ed., Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 2001.

Sepúlveda, Magdalena, "La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión 'progresivamente'", en Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

_____, "La necesidad de adoptar un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Un llamado a la acción", en Gutiérrez, Juan Carlos (coord.), *Los derechos económicos, sociales y culturales (Memorias del seminario internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales)*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México - Comisión Europea, SRE, México, 1.^a Edición, diciembre de 2005.