

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el proyecto de Protocolo Facultativo: una tarea ineludible

*Magdalena Sepúlveda**

Los derechos de carácter económico, social y cultural han sido marginados y considerados, durante largo tiempo, como derechos de segunda clase. Durante años, la mayor parte de la doctrina, la jurisprudencia y los intereses de las Organizaciones No Gubernamentales (ONG) se han concentrado, casi exclusivamente, en los derechos civiles y políticos. Esto impidió el adecuado desarrollo y conceptualización de los primeros.

Este tratamiento secundario que se ha dado a los derechos de carácter económico, social y cultural ha estado fuertemente influenciado por el hecho de que,

* Chilena, abogada por la Universidad de Valparaíso, Chile; Doctora en Derecho Internacional, Universidad de Utrecht, Holanda; Master en Derechos Humanos, Universidad de Essex, Inglaterra. Fue consultora para el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados y abogada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Actualmente es Codirectora del Programa de Derecho Internacional y Derechos Humanos en la Universidad para la Paz, entre otras múltiples actividades.

en 1966, se adoptaron dos instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC o Pacto) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), adoptados ambos en el marco de la Organización de las Naciones Unidas¹.

El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966. De conformidad con su artículo 27, entró en vigor el 3 de enero de 1976. Este es el instrumento de protección de derechos económicos, sociales y culturales de mayor cobertura mundial, puesto que a la fecha (octubre 2004) cuenta con 150 Estados partes².

El PIDESC está compuesto por 31 artículos agrupados en cinco partes. La Parte I del Pacto contiene,

-
- 1 Para un análisis más completo acerca de la adopción de ambos Pactos, véase Sepúlveda, Magdalena. *The nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Antwerpen/Oxford/New York, 2003, páginas 116-122.
 - 2 Otros instrumentos de protección de derechos económicos, sociales y culturales son, por ejemplo, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, o Protocolo de San Salvador, adoptado el 17 de noviembre de 1988, que a la fecha cuenta con 13 Estados Partes (<http://www.cidh.oas.org/Basicos/basic6.htm>), y la Carta Social Europea, adoptada el 18 de octubre de 1961, que cuenta con 26 Estados Partes (<http://conventions.coe.int>). Información actualizada en octubre del 2004.

como artículo único, el derecho a la libre determinación de los pueblos. La Parte II (artículos 2 al 5) se refiere a una serie de obligaciones generales que se aplican en relación con cada uno de los derechos sustantivos, contenidos en la Parte III del Pacto (artículos 6 al 15). La Parte IV contiene el mecanismo de supervisión del Pacto, constituido principalmente por un sistema de informes periódicos. Finalmente, la Parte V establece disposiciones de carácter misceláneo, que regulan aspectos varios, tales como la entrada en vigor del Pacto y el idioma oficial del texto.

Además del derecho a la libre determinación, al cual le otorga una importancia especial al contemplarlo como artículo único de la Parte I, el Pacto establece en su Parte III (artículos 6 a 15) un listado muy comprensivo de derechos sustantivos, a saber:

1. Derecho a trabajar (artículo 6).
2. Derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7).
3. Derecho a fundar y afiliarse a sindicatos y el derecho de huelga (artículo 8).
4. Derecho a la seguridad social y al seguro social (artículo 9).
5. Derecho a la más amplia protección y asistencia posible a la familia, especialmente a las madres, los niños y los adolescentes (artículo 10).
6. Derecho a un nivel de vida adecuado, que incluye el derecho a una vivienda, ropa, alimentación adecuada y el derecho al agua (artículo 11 y Comentario General No. 15).
7. Derecho al más alto nivel posible de salud física y mental (artículo 12).

8. Derecho a la educación (artículos 13 y 14).
9. Derecho a la cultura y a gozar de los beneficios del progreso científico (artículo 15).

La gran ausencia es el derecho de propiedad que, a pesar de estar consagrado en el artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos³, no se incluyó en el texto del Pacto debido a los desacuerdos que existieron durante su elaboración, en materias de expropiación y compensación⁴.

Otro aspecto singular del Pacto, es que no identifica a los grupos vulnerables o que requieren de una protección especial⁵. Sin embargo, según se ha indicado, la falta de una referencia específica a ciertos grupos vulnerables sería consecuencia de la realidad económica y social vigente en los años cincuenta y sesenta, cuando se elaboró el texto, período durante el cual no existía una real conciencia de la vulnerabilidad de ciertos grupos⁶.

3 Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948.

4 A nivel interamericano, es importante destacar que el derecho a la propiedad privada se encuentra establecido en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

5 Aunque el Pacto se refiere a mujeres y niños (artículos 3 y 10), no los identifica expresamente como grupos vulnerables, lo que contrasta con otros instrumentos internacionales que hacen abierta mención de la existencia de estos grupos. Ver, por ejemplo, el Protocolo de San Salvador (i.e. artículos 17 y 19) y la Carta Social Europea Revisada (i.e. artículos 7, 8, 15, 19, 23).

6 Craven, M. "The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights." En: *An Introduction to the International Protection of Human Rights. A textbook*, editado por: Hanski, R. y Suksi, M., Abo Akademi University, Turku Abo, (1997), página 104.

Lo anterior no significa que los grupos vulnerables, tales como las personas discapacitadas, personas mayores, refugiadas, buscadores de asilo y trabajadores migratorios, entre otros, no encuentren protección especial en el Pacto. Por el contrario, ha sido el propio Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano de supervisión del Pacto, el que ha señalado expresamente que su protección se extiende y está específicamente determinada para la protección de dichos grupos vulnerables⁷.

Sistema de supervisión del Pacto

El PIDESC no crea ningún órgano ad hoc de control del cumplimiento del mismo y se limita a asignarle al Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC) las funciones de supervisión previstas en el artículo 16.3 PIDESC. Sin embargo, desde los primeros años de vigencia del Pacto, se hizo evidente que el ECOSOC no estaba en condiciones de llevar acabo por sí mismo, las tareas necesarias para la supervisión, y se iniciaron los debates para crear un órgano subsidiario que realizara, bajo la supervisión del este, el control del cumplimiento del Pacto.

7 Al respecto puede verse, por ejemplo, Observación General No. 5 (1994) sobre las personas con discapacidad y Observación General No. 6 (1995) sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad. Para un análisis más detallado, ver Sepúlveda, nota 1, páginas 259-272.

De esta forma se establecieron sucesivamente dos grupos de trabajo, encargados de esta labor⁸. Ambos tenían serias limitaciones y su actuar fue duramente criticado por la doctrina y los expertos⁹. Después del fracaso de los dos grupos de trabajo, solo en 1985 se decide crear el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es un órgano paralelo al Comité de Derechos Humanos (órgano de supervisión del PIDCP).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, Comité) se reunió por primera vez del 9 al 27 de marzo de 1987. Está compuesto por 18 expertos de reconocida competencia en materia de derechos humanos que

8 En 1976, el ECOSOC crea a través de su resolución 1988(LX) de 1976, y modificado luego por la resolución 1978/10 del 3 de mayo de 1978, el Grupo de Trabajo del Período de Sesiones (Sessional Working Group on the Implementation of the Internacional Covenant on Economic, Social and Cultural Rights). Este grupo de trabajo se componía de 15 representantes gubernamentales y su primera sesión se realizó en 1979. Posteriormente, mediante su resolución 1982/33 del 6 de mayo de 1982, establece un nuevo grupo de trabajo denominado Grupo de Trabajo de Expertos Gubernamentales del Período de Sesiones sobre la Implementación del PIDESC (Sessional Working Group of Governmental Expert on the Implementation of the ICESCR). Este nuevo grupo de trabajo se diferenciaba del anterior en el sentido de que los representantes, designados por los Estados, debían ser “expertos”.

9 Ver, por ejemplo, Alston, Philip. “Out of the abyss: the challenges confronting the new UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, en *Human Rights Quarterly*, vol. 9 no. 3 (1987), páginas 332-381 y Alston, Philip y Simma, Bruno. “First session of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, en *American Journal of International Law*, vol. 81, No. 3 (1987), páginas 747-756.

actúan de manera independiente, a título personal, y no como representantes de los gobiernos¹⁰.

A diferencia del Comité de Derechos Humanos, un órgano de vigilancia establecido en el propio texto del PIDCP, que inició funciones en 1976 (por lo que, en definitiva, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales inicia sus funciones con once años de retraso), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es un órgano subsidiario del ECOSOC, y no un órgano convencional, en sentido estricto, puesto que no está contemplado en el texto del Pacto. Sin perjuicio de esta característica especial, que lo convierte en el único órgano de vigilancia de tratados de las Naciones Unidas que es, a su vez, un órgano de Naciones Unidas, el Comité posee también ciertas características comunes con los demás órganos de vigilancia de tratados, tales como ser órganos técnicos, integrados por expertos designados a título individual, que no pueden recibir instrucciones gubernamentales ni de ningún otro organismo u organización nacional o internacional y que desarrollan sus trabajos en períodos de sesiones predefinidos. Sus competencias se circunscriben al instrumento convencional que los crea o les sirve de soporte. Por último, en relación con el alcance de sus competencias, ha de tenerse en cuenta que las mismas

10 Los miembros del Comité son elegidos por el ECOSOC para mandatos de cuatro años y pueden ser reelegidos. Además, en su proceso de selección, se observan principios de distribución geográfica equitativa y de representación de distintos sistemas sociales y jurídicos. Ver Resolución del ECOSOC, 1985/17, de 28 de mayo de 1995 (Doc. E/C.12/1987/ página 11).

se centran fundamentalmente en el control y supervisión de la forma en que los Estados partes cumplen las obligaciones convencionales.

Los sistemas de supervisión de tratados internacionales y el caso del PIDESC

En materia de derechos humanos, existen diferentes procedimientos de supervisión de tratados internacionales. El tipo de supervisión más corriente es el sistema de presentación de informes periódicos, que precisamente es el contemplado en este PIDESC. Se trata de un sistema de supervisión ordinaria, por lo general de naturaleza no conflictiva, y se basa en el método del diálogo.

El procedimiento de supervisión a través de informes tiene un antiguo arraigo dentro del sistema de Naciones Unidas, puesto que se implantó desde 1955, aunque con carácter voluntario, y se vinculó a las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En el Pacto, la obligación de presentar informes se encuentra expresamente establecida en los artículos 16 y 17 PIDESC. De esta manera, por el solo hecho de ratificar el Pacto, el Estado asume la obligación de presentar un primer informe sobre “las medidas que se hayan adoptado, y los progresos realizados, con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos” en el Pacto, dentro de los dos primeros años desde su entrada en vigor, para dicho Estado; con posterioridad,

deben presentar un informe periódico cada cinco años¹¹.

Como se señaló, el sistema de presentación de informes periódicos es el más común en los sistemas de supervisión del cumplimiento de un tratado de derechos humanos, puesto que es uno de los menos estrictos¹². Otros, más rigurosos en el control de cumplimiento de las obligaciones impuestas por un tratado, son los sistemas de quejas individuales¹³, el

11 Hoy en día los artículos 16 y 17 del Pacto deben entenderse complementados por la resolución del ECOSOC, 1988/4 de 24 de Mayo de 1988.

12 Además de contenerse en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 16), este sistema de presentación de informes periódicos está establecido en los demás tratados de derechos humanos adoptados en el marco de las Naciones Unidas. A saber: Convención contra todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 9); Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 40); Convención contra la Tortura (artículo 19); Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 18); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículo 73) y Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 44).

13 Este es el sistema más avanzado de cumplimiento de derechos humanos, y se establece solo en algunos tratados de derechos humanos. En el marco de las Naciones Unidas, se establece en la Convención contra todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 14); Primer Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Civiles y Políticos; Convención contra la Tortura (artículo 22); Protocolo Adicional a la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; y en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículo 77). A nivel regional, este sistema se establece en la Convención Europea de Derechos Humanos (artículo 34); Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 44); Protocolo de San Salvador (artículo 19.6 con respecto a los artículos 8.a y 13) y Convención Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (artículo 55).

sistema de quejas colectivas¹⁴, el sistema de quejas interestatales¹⁵ y el procedimiento de investigación¹⁶.

El sistema de informes periódicos contenidos en el Comité se analizará con detenimiento más adelante. Por el momento, es importante señalar que el Comité, además del examen de los informes estatales y la adopción de observaciones finales con respecto a cada uno de ellos, realiza también otras tareas que, si bien no pueden ser consideradas directamente como mecanismos de supervisión del Pacto, interpretan el contenido del mismo y, por lo tanto, influyen fuertemente en la labor de supervisión.

Estas otras funciones no están contemplados en el Pacto, pero han sido desarrollados por el Comité con el objeto de contribuir a un mejor entendimiento de las

14 Establecido, por ejemplo, en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (artículo 24 y 25) y en el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea de 1995.

15 Este sistema se establece en la Convención contra Todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 11), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 41); Convención contra la Tortura (artículo 21) y Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículo 76). A nivel regional se establece en la Convención Europea de Derechos Humanos (artículo 33); Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 44) y la Convención Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (artículo 55).

16 Este sistema está contemplado en la Convención contra la Tortura (artículo 20), Protocolo Adicional a la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 10 y 11) y en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (sin autorización formal expresa).

normas contenidas en el mismo y de asistir a los Estados Partes en el cumplimiento de dichas obligaciones. Nos referimos aquí a la elaboración de observaciones generales y al día de debate general¹⁷.

A la fecha, el Comité ha adoptado quince observaciones generales, que se refieren a los derechos, disposiciones y temas del Pacto¹⁸.

17 A estos debates se invita a diversos expertos, ya sea del ámbito académico, de organizaciones no gubernamentales, de organismos especializados, así como también a Relatores de Naciones Unidas. El propósito es profundizar la comprensión del Pacto, por parte de los mismos miembros del Comité, así como alentar a las partes interesadas para que contribuyan en su trabajo. En términos generales, los debates llevados a cabo se han referido a disposiciones concretas del Pacto, o a otros temas de incumbencia directa.

18 El Comité empezó a preparar Observaciones Generales desde 1988 y hasta la fecha ha elaborado quince. A saber, No. 1 (1989): la presentación de informes por los Estados Partes; No. 2 (1990): las medidas internacionales de asistencia técnica (artículo 22 del Pacto); No. 3 (1990): la índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto); No. 4 (1991): el derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto); No. 5 (1994): las personas con discapacidad; No. 6 (1995): los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad; No. 7 (1997): el derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): desalojos forzosos; No. 8 (1997): la relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales; No. 9 (1998): la aplicación interna del Pacto; No. 10 (1998): la función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales; No. 11 (1999): los planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14 del Pacto); No. 12 (1999): el derecho a una alimentación adecuada (artículo 11 del Pacto); No. 13 (1999): el derecho a la educación (artículo 13 del Pacto); No. 14 (2000): el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto) y No. 15 (2003) el derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto).

A pesar del gran avance que se ha logrado en los últimos años en materia de interpretación y aplicación del Pacto, gracias a la labor del Comité, lo cierto es que aún no se logra el desarrollo de todo el potencial existente en él.

Los aportes jurisprudenciales que ha realizado el Comité, a través del examen de los informes estatales y de las observaciones generales, tienen una limitación intrínseca. Como se analizará más adelante, el Pacto solo podrá manifestar de manera plena su potencialidad cuando sea posible para el Comité conocer quejas individuales sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, decidir las y entregar sus recomendaciones.

Sistema de informes periódicos: su funcionamiento y limitaciones

Antes de detenernos en el examen de la necesidad de adoptar un protocolo facultativo al PIDESC, es relevante que analicemos el único sistema de supervisión contemplado en el texto del Pacto: el sistema de informes periódicos.

Los Estados deben preparar sus informes siguiendo las directrices elaboradas por el propio Comité¹⁹. Una

19 El Comité ha aprobado directrices específicas para ayudar a los Estados en el proceso de presentación de informes. Ver: Directrices generales para la presentación de informes, Documentos oficiales del Consejo Económico y Social, 1991, Suplemento No. 3 (E/1991/23-E/C.12/1990/8), Anexo IV.

vez, concluido el informe, lo envían a la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. El informe del PIDESC será examinado previamente por el “grupo de trabajo anterior al período de sesiones”, compuesto por cinco miembros del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, designados por su Presidente, que se reúnen durante una semana antes de cada período de sesiones del Comité.

Este grupo de trabajo determina de antemano las cuestiones que resultaría más útil examinar con los representantes de los Estados Partes. Para ello elabora una “lista de cuestiones” que se transmite al Estado informante. La idea es darle la posibilidad de preparar respuestas por adelantado y así facilitar el diálogo con el Comité.

Para el examen del informe, se invita al Estado respectivo y la sesión se inicia con una breve observación preliminar por parte del representante estatal, quien también ha de dar respuesta, por escrito, a la lista de cuestiones preparada por el grupo de trabajo.

Luego, el Comité examina el informe por grupos de artículos contenidos en el Pacto. Los miembros del Comité formulan preguntas u observaciones en relación con cada asunto y los representantes del Estado Parte responden inmediatamente. A este intercambio se le ha llamado diálogo constructivo. En estas sesiones también se invita a los representantes de las agencias especializadas de Naciones Unidas, por ejemplo la OIT, OMS y UNICEF, quienes pueden contribuir en esta etapa.

El diálogo con los representantes del estado es una oportunidad valiosa para que el Comité explique el contenido normativo de las provisiones particulares del convenio y comente con respecto a las dificultades en la puesta en práctica del Pacto. A menudo, el diálogo es muy abierto y franco y, en ocasiones, los representantes estatales reconocen las faltas de los Estados que representan y las dificultades encontradas.

El examen del informe termina con la redacción y aprobación por parte del Comité de sus observaciones finales, las cuales son adoptadas por consenso en una sesión privada y dadas a conocer en una sesión pública, el último día del período de sesiones. Las observaciones finales, se elaboran según la siguiente estructura: (a) introducción, (b) aspectos positivos, (c) factores y dificultades que obstaculizan la aplicación del Pacto, (d) principales motivos de preocupación, y (e) sugerencias y recomendaciones.

A pesar de ser el mecanismo más común de supervisión, no podemos desconocer que el sistema de informes periódicos es un sistema de control muy débil y extremadamente respetuoso de la soberanía de los Estados, por lo cual presenta ciertos inconvenientes. Entre ellos:

A) Deficiencias en la presentación de los informes por parte de los Estados

El primer problema que se presenta con este sistema de supervisión es que el Estado Parte puede no presentar los informes, o hacerlo con un enorme retraso. Este es un problema serio que, en sí mismo,

constituye una violación a las obligaciones asumidas por el Pacto. A pesar de ello, un gran número de Estados Partes no presentan los informes o solicitan aplazamientos, lo que perjudica seriamente la labor del Comité, sin que exista la posibilidad de obligarlos para que den cumplimiento a este compromiso.

Esta situación ha sido enfrentada por el Comité, que ha tomado medidas al respecto y, desde 1995, ha desarrollado un mecanismo para examinar la situación de un país, aun cuando el Estado no haya presentado el informe respectivo²⁰. Aunque este procedimiento desarrollado por el Comité demuestra su interés y buena disposición para una efectiva supervisión del Pacto, esta labor no es del todo fructífera.

En la mayoría de los casos, cuando se examina la situación de un país en ausencia de la presentación del informe estatal, el Comité no tiene acceso a información relevante, que es vital para realizar una tarea consistente. Sin perjuicio de ello, es de destacar que el Comité demuestra una gran disponibilidad y flexibilidad para enfrentar obstáculos y, a través de esta práctica, ha forzado a los Estados a presentar sus

20 El procedimiento seguido por el Comité es el siguiente: (a) El Comité selecciona un Estado Parte cuyos informes están sumamente atrasados, teniendo en cuenta el período transcurrido. (b) Comunica a cada uno de esos Estados la intención de examinar. (c) Decide que, al no haberse presentado un informe, examinará la situación de los derechos económicos, sociales y culturales a la luz de toda la información disponible. (d) En el caso de que el Estado Parte indique que presentará un informe al Comité, y a petición del Estado Parte, autoriza a su Presidente para que aplaze el examen de la situación, como máximo por otro período de sesiones. Ver E/1998/22, pr. 44.

informes, puesto que saben que esto redundará en su propio beneficio; si no lo hacen, el Comité examinará la situación de los derechos económicos, sociales y culturales aun en su ausencia.

B) Deficiencias en el contenido de los informes

Otro problema posible es que, aunque el Estado presente su informe, este no satisfaga en sus contenidos ciertos requisitos mínimos, necesarios para realizar un efectivo control de la situación del país. Esto puede tener lugar por diversas causas, entre ellas: (a) se elabora el informe prescindiendo de las directrices relativas a la presentación de los mismos²¹; (b) la información contenida es incompleta; por ejemplo, se presentan solo algunos aspectos de la situación del país o únicamente referidos a determinados derechos; (c) la información es parcial, puesto que no se toman en cuenta todas las perspectivas posibles, y (d) la información es poco técnica, y el informe ha sido elaborado sin seguir los métodos necesarios para obtenerla o compilarla de la manera adecuada.

En cualquiera de estos casos, la labor que puede efectuar el Comité frente a un informe pobre se ve limitada de manera considerable.

Una limitación importante, que no puede menospreciarse, se da por el hecho de que se trata de informes elaborados por el propio Estado; por lo tanto, aunque no podamos decir que se mienta en su

21 Ver nota 19.

contenido, sería al menos justo afirmar que en muchos casos se exageran los logros y se minimizan las deficiencias. Por ello, el Comité se ve en la necesidad de balancear la perspectiva estatal, recibida a través del informe, con información de otras fuentes confiables.

En este sentido, existe la posibilidad de que las organizaciones no gubernamentales (ONG) presenten al Comité información pertinente por escrito, en cualquier momento²². En algunos casos, esto se traduce en la presentación de informes alternativos o paralelos por parte de la sociedad civil, lo que constituye un significativo aporte al proceso de examen de los informes.

En algunos casos, es posible encontrar también que, durante el proceso de elaboración del propio informe, los Estados solicitan a ciertas ONG o instituciones académicas preparar, al menos, el primer borrador del informe. De este modo, el informe estatal contiene una visión más amplia de la situación, puesto que su información no se limita a fuentes gubernamentales y está abierta a otras evaluaciones con respecto al cumplimiento de sus obligaciones.

Sin embargo, la posibilidad abierta a las ONG o a la academia para participar en la elaboración de informes estatales, debe evaluarse cuidadosamente en cada caso concreto. En algunos países, donde la independencia de las ONG no se encuentre del todo consolidada, esta

22 Véase Documentos oficiales del Consejo Económico y Social, 2001, Suplemento No.2 (E/2001/22-E/C.12/2000/21), Anexo V: "Participación de organizaciones no gubernamentales en las actividades del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales".

participación podría dar lugar a que los Estados tuvieran cierta influencia en algunas organizaciones y que estas asumieran un rol oficialista. En ese caso, difícilmente estarían en condiciones de proporcionar una visión crítica y constructiva que resultara una contribución al informe.

En otros casos es también posible que, durante el proceso de elaboración del informe estatal, se convoque a las ONG para que hagan llegar al Estado sus evaluaciones y estudios a cerca de la situación de los derechos sociales, así como sus observaciones a los proyectos de informes que se estén elaborando. En este caso, el gobierno respectivo tendrá discrecionalidad en incorporar o no la visión de las ONG; pero al menos este espacio en la elaboración de los informes, les permite a las ONG tener cierta influencia y planificar sus actuaciones posteriores.

Una forma alternativa que tiene el Comité para proveerse de otras fuentes de información, ajenas al propio Estado, es a través de los organismos especializados de Naciones Unidas que tienen dentro de sus competencias materias relativas a los derechos contenidos en el Pacto, como son OIT, FAO, UNESCO y OMS. La participación de estos organismos está expresamente contemplada en el Pacto. Sin embargo, como ha sido señalado por diferentes autores, con excepción de la OIT, esta participación en muchas ocasiones ha sido extremadamente pobre²³.

23 Craven, Mathew. "The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights". En: *An Introduction to the International protection of Human Rights. A textbook*, Hanski, Raija y Suksi, Markku (editores), Abo Akademi University, Turku / Abo, 1997, página 113.

La participación de los grupos ajenos al gobierno en el proceso de información constituye una gran ventaja en el proceso de consolidación de los derechos económicos, sociales y culturales, puesto que “ofrece una oportunidad de debate crítico entre el gobierno y sus ciudadanos, permitiendo así a los dirigentes políticos detectar más fácilmente situaciones que constituyen violaciones de los derechos humanos, o que suponen un “factor de dificultad” en la aplicación de los derechos contenidos en un tratado”²⁴.

C) Excesiva dependencia de la efectividad del sistema de la actitud de los gobiernos

Como hemos visto, la labor del Comité en el examen del informe no depende solo de que el Estado lo presente y que este sea de la calidad requerida, sino también de la participación que tengan los representantes del Gobierno en la sesión pública, en la cual se examina el informe estatal.

Durante el denominado diálogo constructivo entre los representantes estatales y los miembros del Comité, no es extraño que los representantes de los Estados informantes se rehúsen a participar de manera activa en el debate, y se limiten a dar respuestas evasivas a las preguntas. Cuando esto sucede, el diálogo constructivo fracasa.

24 Bernard, Cecil. “Preparación y redacción de los informes nacionales”. En: *Manual de preparación de informes sobre los derechos humanos*, HR/PUB/91/1, página 21.

Aunque durante estas sesiones, que son de carácter público, pueden estar presentes las ONG, ellas no tienen derecho a voz. Sin perjuicio de ello, su presencia es fundamental puesto que generalmente participan pasando información por escrito a los miembros del Comité durante la misma sesión y realizando un incansable cabildeo en los pasillos²⁵.

En definitiva, el valor del diálogo que se plantea entre los miembros del Comité y los representantes de los gobiernos depende de la capacidad y la voluntad política que tengan estos últimos para actualizar el informe (de manera que incluya el tiempo transcurrido entre su presentación y su examen), para eliminar toda laguna que pudiera existir, y para realizar un análisis veraz de cualquiera duda que pudiera surgir durante el examen del mismo.

Debido a que es realista pensar que los Estados pueden ser reticentes a informar de manera completa y veraz sobre la situación de aplicación del Pacto, es que la participación de las ONG resulta un asunto de crucial importancia. Esto por cuanto permite al Comité obtener información de otras fuentes, para poder cotejarla con la presentada por el gobierno, y efectuar

25 Es importante agregar que la primera tarde de cada una de las sesiones está reservada para que los representantes de las organizaciones no gubernamentales presenten verbalmente información al Comité. Asimismo, han podido participar en las sesiones del grupo de trabajo anterior al período de sesiones y nada impide que cualquier organización no gubernamental entregue información a los miembros del Comité, ya sea en persona o por escrito, siempre que se refiera a asuntos del programa del grupo de trabajo.

así un examen más equilibrado. Aunque la presencia de diferentes ONG nacionales en la presentación de los informes de los Estados es la situación ideal, lo cierto es que las limitaciones presupuestarias que afectan a muchas de ellas hace ilusoria, en numerosos casos, la posibilidad de enviar una representación a Ginebra, a las sesiones del Comité.

D) Ausencia de mecanismos efectivos para exigir el cumplimiento de las observaciones adoptadas por el Comité

Otra carencia que presenta un sistema de control a través de informes es que, una vez que el Comité emite sus observaciones finales, estas reciben escasa publicidad y, muchas veces, no tienen ninguna repercusión en el ámbito nacional del Estado informante²⁶.

Existen situaciones en que el Comité pone de manifiesto diferentes aspectos en los que considera que el Estado está descuidando los derechos y, sin llegar a los casos excepcionales en que el Comité solicita mayor información o una misión in situ, el Estado respectivo demuestra su falta de voluntad política y de buena fe en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Se desentiende, entonces,

26 Aunque las observaciones finales sobre cada Estado, contenidas en el informe anual del Comité al ECOSOC, son documentos públicos de Naciones Unidas y se publican en la página Web de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, para el común de la gente son documentos desconocidos y de difícil acceso.

de las observaciones emitidas por el Comité y, por ende, no realiza ninguna actividad seria que tienda a mejorar las situaciones observadas como deficientes.

Frente a la inactividad del Estado –de la cual solo tendrá que responder internacionalmente en su próximo informe, probablemente dentro de 5 años– son las ONG las que pueden y deben suplir esta carencia del sistema y actuar como medios de difusión de los comentarios acerca del incumplimiento de sus obligaciones. Procurarán abrir un debate público que permita hacer un seguimiento de la conducta del Estado frente a sus obligaciones internacionales.

E) Lo oneroso del procedimiento

Otro problema vinculado con los informes periódicos es la excesiva carga que le significa al Estado, en cuanto al tiempo y los recursos que debe destinar para su elaboración. Este es un enorme problema, especialmente si se tiene en cuenta que pueden coexistir diversas obligaciones de informar, en el caso de que los Estados sean partes de diferentes tratados internacionales. Para Estados en desarrollo, esta obligación de presentar informes y de enviar una delegación a Ginebra o Nueva York, para el diálogo constructivo, puede traducirse en una dificultad material real.

Este problema ha sido considerado por diferentes órganos de las Naciones Unidas y se han establecido directrices tendientes a unificar la información requerida

en los diversos informes, al menos en lo relativo a la parte inicial de los informes que se refiere básicamente a un perfil del Estado²⁷.

A través de los años, este problema que acarrea el sistema de informes periódicos ha sido largamente debatido en el seno de las Naciones Unidas. De hecho, se ha propuesto una reforma global del sistema de supervisión de los tratados internacionales que tiende a simplificar los procedimientos, y en la cual se prevé que cada Estado presentaría periódicamente un único informe global que cubra el conjunto de los tratados ratificados²⁸. Esta idea ha sido rechazada por el propio Comité²⁹, puesto que algunos de sus miembros manifestaron su preocupación de que, si se compactan en un solo informe las obligaciones impuestas a los Estados por varios instrumentos de derechos humanos, estos podrían eludir un análisis a profundidad, y también podría reducirse la importancia que los ellos vienen dando a los derechos económicos, sociales y culturales³⁰.

27 Esta consolidación y armonización de directrices, relativa a la parte inicial de los Informes que deben ser presentados por los Estados Partes, aparece en el Doc. A/44/98. En lo que se refiere al PIDESC, constituyen un desarrollo de la disposición del artículo 17.3 PIDESC, en virtud de la cual las cuestiones ya tratadas adecuadamente, con arreglo a las disposiciones de presentación de informes a otros organismos o a otros órganos de Naciones Unidas, creados en virtud de tratados de derechos humanos, no tienen que volver a tratarse necesariamente en extenso, en los informes prescritos en el Pacto.

28 Ver, por ejemplo: Strengthening of the United Nations: an agenda for further change report of the Secretary-General, de 9 de septiembre de 2002. Doc. A/57/387.

29 Esta decisión fue acordada por el Comité en su sesión vigésimo novena, en el mes de noviembre de 2002.

30 Ver Doc E/CN.4/2003/126, 26 febrero de 2003, párrafo 5.

Proyecto de Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Frente a todas las carencias del sistema de informes periódicos, único sistema de supervisión contemplado en el PIDESC, y frente a la tan aclamada indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos, resulta incomprensible que no exista un procedimiento de quejas individuales, en caso de violación a los derechos económicos, sociales y culturales. Sin lugar a dudas, un avance crucial para la protección y la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales sería la aprobación de un Protocolo Facultativo del Pacto que estableciera dicho sistema de quejas individuales.

Esta posibilidad permitiría que las víctimas de violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, así como también las ONG, pudieran acudir ante el Comité alegando violaciones a estos derechos.

La discusión acerca de la adopción del Protocolo al PIDESC es ya de larga data. Hace más de una década, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales empezó el estudio para la adopción de un Protocolo Facultativo que estableciera la posibilidad de quejas individuales por la violación de estos derechos³¹.

31 El Comité inició la discusión sobre el Protocolo Facultativo en su quinta sesión de 1991 (Doc. E/1991/23 par. 25). Asimismo, el Comité ha discutido sobre el contenido de un Protocolo Facultativo en tres diferentes sesiones: sesión No. 14 (30 abril-17 mayo 1996), sesión No. 15 (18 noviembre -6 Diciembre 1996) y sesión No. 16 (28 abril-16 mayo 1997).

Asimismo, en 1993, en la Conferencia de Viena y en el Plan de Acción³², se reafirmó por parte de los Estados la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos. Además, se recomendó a la Comisión de Derechos Humanos cooperar con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para el estudio de un protocolo facultativo. En 1996 el Comité finalizó un borrador que fue presentado a la Comisión de Derechos Humanos, en 1997³³.

A través de sucesivas resoluciones, la Comisión de Derechos Humanos solicitó al Secretario General de Naciones Unidas distribuir el texto a los gobiernos y organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, para que transmitieran sus apreciaciones³⁴. De los comentarios recibidos, se puede concluir que la mayoría estaba a favor de la adopción de un Protocolo Facultativo al PIDESC³⁵.

32 Doc. A/Conf.157/23.

33 Doc. E/CN.4/1997/105.

34 Véase Resoluciones 1997/104, 1998/33 y 1999/25.

35 Los comentarios recibidos han sido publicados en documentos de la Comisión de Derechos Humanos. Véase por ejemplo E/CN.4/1998/84 (54º período de sesiones) y E/CN.4/1999/112 (55º período de sesiones). Desgraciadamente, algunas veces los Estados parecen tener una memoria reducida; de hecho, muchos de los que respondieron positivamente a la iniciativa de un Protocolo facultativo tuvieron una participación muy débil en el Grupo de Trabajo donde se discutió el tema. Por ejemplo, sobre la base de la resolución 1997/104 de la Comisión de Derechos Humanos, se recibieron comentarios a favor de Chipre, Ecuador, Siria y Finlandia, pero solo este último Estado manifestó una actitud positiva a favor del Protocolo durante las sesiones del Grupo de Trabajo.

En el 2001, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos organizó un seminario, junto con la Comisión Internacional de Juristas, para debatir sobre el Protocolo Facultativo. El mismo año, la Comisión de Derechos Humanos decidió nombrar a un experto independiente para que analizara la cuestión de un Protocolo Adicional al PIDESC³⁶. En el año 2002, el experto Sr. Harem Kotrane, presentó un informe por medio del cual manifestó su apoyo a la adopción de un Protocolo Facultativo al PIDESC³⁷. La Comisión de Derechos Humanos renovó el mandato y le solicitó que investigara más profundamente sobre el alcance y la naturaleza de las obligaciones estatales, la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales y los beneficios y aspectos prácticos de la adopción de un Protocolo³⁸.

Un gran avance en este sentido se produjo en el año 2003, durante el 59º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos³⁹, en el que se creó un grupo de trabajo de composición abierta, cuyo mandato era considerar opciones con respecto a la elaboración de un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴⁰.

36 Comisión de Derechos Humanos, Resolución 2001/30.

37 Doc. E/CN.4/2002/57.

38 Comisión de Derechos Humanos, resolución 2002/24.

39 Realizada en Ginebra del 17 de marzo al 25 de abril del 2003.

40 De conformidad con la resolución que lo crea (véase resolución 2003/18 de la Comisión y decisión 2003/242 del Consejo Económico y Social), se denomina “Grupo de Trabajo de composición abierta encargado de estudiar las opciones relativas a la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”; en adelante: Grupo de Trabajo.

Según esta resolución, el grupo de trabajo debía reunirse por un período de 10 días hábiles, antes del 60º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, con el objeto de analizar las opciones para la elaboración de un protocolo, sobre la base del proyecto elaborado por el Comité, y los comentarios presentados por los Estados, las organizaciones no gubernamentales, las agencias especializadas y los informes de los relatores especiales.

La primera sesión del grupo de trabajo sobre el Protocolo Facultativo al PIDESC

La primera reunión del grupo de trabajo se llevó a cabo entre el 23 de febrero y el 5 de marzo de 2004, en Ginebra, Suiza⁴¹. Durante los diez días de esta primera sesión, se hizo evidente la falta de interés político por parte de algunos Estados de aceptar el derecho de los individuos a presentar quejas individuales en caso de violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, así como la ignorancia de ciertos representantes gubernamentales con respecto a los avances logrados en la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

En muchas ocasiones, la discusión de los representantes estatales hizo caso omiso de todos los

41 La autora participó durante las dos semanas de sesión de la primera reunión del Grupo de Trabajo, bajo los auspicios del Center for Economic and Social Rights, que cuenta con estatuto consultivo ante el ECOSOC, y como experta designada por la Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Red-DESC), una coalición de organizaciones y personas de todo el mundo comprometidas con el fortalecimiento de los derechos económicos, sociales y culturales. El informe fue presentado en la 27ª sesión, el 30 de marzo por la Sra. Catarina de Albuquerque, Presidenta-Relatora del Grupo de Trabajo encargado de estudiar las opciones relativas a la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

progresos alcanzados en el derecho internacional de los derechos humanos, y parecía evocar las discusiones en el seno de la Comisión de Derechos Humanos durante los años 50 y 60, en que se discutía la adopción de los dos Pactos de Naciones Unidas (PIDCP y PIDESC). Como se sabe, el contexto de aquella época, estaba fuertemente marcado por la Guerra Fría. Los representantes de países del bloque socialista apoyaban la consagración de derechos económicos, sociales y culturales, mientras que los de los países occidentales tendían a defender la consagración de derechos de carácter civil y político. Este antagonismo llevó a que, al momento de adoptarse un instrumento que hiciera vinculante la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que garantiza una amplia gama de derechos, tanto de carácter civil y político como de carácter económico, social y cultural, se decidiera adoptar dos Pactos diferentes⁴², con métodos de supervisión distintos⁴³.

42 En 1950, a través de la resolución 421 E (V) del 4 de diciembre de 1950, la Asamblea General de Naciones Unidas decidió por 35 votos contra 9 y 7 abstenciones adoptar un único Pacto que contemplara todos los derechos. Sin embargo, dos años más tarde, mediante resolución 543 (VI) del 5 de febrero de 1952, la Asamblea General se retractó y en una decisión de 27 votos contra 20 y 3 abstenciones decidió la adopción de dos Pactos.

43 El PIDCP establece como órgano de supervisión al Comité de Derechos Humanos, compuesto por expertos independientes, que tienen la atribución de conocer de los informes periódicos presentados por los Estados, recibir y examinar comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro no cumple con las obligaciones que le impone el Pacto y, además, a través de un Protocolo Adicional, se le atribuía la competencia de conocer las quejas (comunicaciones) presentadas por individuos que alegaran ser víctimas de una violación por parte del Estado, que haya ratificado esta competencia, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. Mientras que, como hemos señalado, el PIDESC no contempla ningún órgano de supervisión específico, y se le entrega la competencia de supervisar el cumplimiento al ECOSOC.

Este regreso al pasado, durante las sesiones del Grupo de Trabajo conducido por algunos de los representantes estatales, es realmente preocupante si se tiene en cuenta que los escenarios del período de adopción de los Pactos y los actuales difieren de manera significativa.

No se trata solo de que el marco ideológico de aquellos tiempos haya cambiado dramáticamente, sino también que, en la actualidad, existen variados mecanismos internacionales que permiten a los individuos presentar quejas individuales, en el caso de violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales. Asimismo, encontramos que los mecanismos establecidos para conocer de quejas en materia de derechos de carácter civil y político, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea y el Comité de Derechos Humanos, incluyen en sus decisiones consideraciones de tipo económico y social, como resultado inevitable de la indivisibilidad de todos los derechos humanos, y con ello han avanzado significativamente en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales.

Un buen ejemplo de la indivisibilidad de todos los derechos y de la exigibilidad de los derechos de carácter económico, social y cultural es la adopción del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptado en 1999, que contempla la posibilidad de presentar quejas individuales en caso de violación a los derechos de carácter económico, social y cultural. Asimismo, a nivel interamericano, el Protocolo de San Salvador también considera la posibilidad

de presentar quejas individuales con respecto a la violación de algunos de los derechos contemplados en el mismo⁴⁴. Estos avances han ido demostrando que no existen diferencias insuperables entre ambas categorías.

Asimismo, resulta innegable que actualmente existe un número creciente de jurisprudencia de tribunales domésticos que reconocen la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales⁴⁵. Frente a estos avances, no deja de sorprender que algunos representantes estatales parecen desconocer de manera absoluta todos estos logros.

Hay que reconocer también que, durante las sesiones del grupo de trabajo, algunos representantes estatales plantearon dudas sinceras acerca del ámbito de aplicación y las obligaciones que emanarían de un posible Protocolo Facultativo al PIDESC. Se preguntaron, por ejemplo, de qué manera las obligaciones internacionales de cooperación, mencionadas en los artículos 2.1, 2.2 y 2.3 del PIDESC, serían examinadas por el Protocolo. ¿Podría este incluir un procedimiento de quejas interestatales en esta materia? ¿Estaría el derecho al desarrollo sujeto al régimen de un protocolo opcional al PIDESC?

44 Véase Protocolo de San Salvador, artículo 19.6, con respecto al artículo 8.a (el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y afiliarse al de su elección) y artículo 13 (derecho a la educación).

45 Véase, por ejemplo, el documento preparado por la Secretaría que contiene una selección de precedentes en materia de derechos económicos, sociales y culturales E/CN.4/2004/WG.23/CRP.1 del 28 de noviembre de 2003.

A pesar de los esfuerzos de algunos representantes de gobierno por tratar de conducir el debate hacia una supuesta confrontación ideológica Norte-Sur, la realidad demostró un panorama totalmente diverso. En efecto, Estados tan diversos como Argentina, Venezuela, Finlandia y Portugal se alinearon en favor de un protocolo opcional, mientras que los Estados Unidos, Arabia Saudita, y la India se opusieron. En tanto que, para los representantes de algunos gobiernos, la aplicación de la cooperación internacional era una preocupación verdadera, para otros fue un tema que utilizaron con el solo propósito de desviar la discusión.

Desgraciadamente, el debate dentro del Grupo de Trabajo no llegó a nunca a detenerse en el examen del contenido del proyecto de protocolo facultativo que existe, sino que se mantuvo a distancia; se concentró más bien en la necesidad o no de adoptar dicho Protocolo, punto que la sociedad civil y algunos gobiernos ya han resuelto hace mucho años de manera positiva. Las dudas, sinceras o no, que surgieron con respecto a la exigibilidad de los derechos, el contenido de las obligaciones del Pacto y la adopción de un protocolo, eran inmediatamente resueltas por los representantes de la sociedad civil presentes en la sesión. Como se puso de manifiesto a través de las presentaciones realizadas por las ONG, un protocolo opcional al PIDESC tiene como objeto, precisamente, contribuir a clarificar las obligaciones existentes asumidas por los Estados en razón del PIDES, incluyendo las obligaciones en materia de cooperación internacional. Finalmente, no podemos dejar de mencionar que algunos de los Estados que con más fuerza e insistencia se

opusieron al protocolo opcional del PIDESC, como Estados Unidos y Arabia Saudita, no son partes del PIDESC y por lo tanto, de adoptarse un Protocolo Facultativo, ellos no asumirían ningún tipo de obligación⁴⁶.

¿Por qué necesitamos un Protocolo Facultativo al PIDESC?

El proyecto de protocolo actual, que fue elaborado por el propio Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no se encuentra a salvo de críticas⁴⁷. Sin embargo, teniendo presente el estado

46 Véase el informe de la presidenta del Grupo de Trabajo, Catarina de Albuquerque (Portugal) a la Comisión de Derechos Humanos (E/CN.4/2004/44 del 15 marzo 2004) y la votación en el 60º período de la Comisión de Derechos Humanos sobre la resolución relativa al Protocolo, en el informe anual de la Comisión: E/CN.4/2004/L.10/Add.10, 20 de abril de 2004.

47 Dentro de las diferentes críticas que ha realizado la doctrina al texto, consideramos de importancia destacar solo dos debilidades del proyecto de Protocolo:

(a) Con respecto a quién puede presentar denuncias, limitado a la víctima (persona o grupos) o a sus representantes. Se estima que debiera extenderse a “cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida”, como lo establece el artículo 44 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo al cual se remite el inciso 6 del artículo 19 del Protocolo de San Salvador.

La posibilidad de presentar denuncias por parte de cualquier institución o persona, que tenga conocimiento fidedigno de los hechos, está incorporada en diversas normas e instituciones internacionales; en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 44); en la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (artículo 56); en el procedimiento establecido por el Consejo Ejecutivo de la UNESCO en 1978 (104 EX/Dec. 3.3) y está admitida en los procedimientos de la OIT.

(Continúa en la página siguiente)

actual de la discusión, tan demorado por la reticencia de algunos Estados, nos vemos en la necesidad de detenernos, no en el contenido del borrador de Protocolo Facultativo, sino más bien en reafirmar la imperiosa necesidad de establecer un procedimiento de quejas individuales.

Este vendría a hacer frente a varias de las deficiencias y dificultades que hemos tratado de identificar en el presente trabajo. En primer lugar, otorgaría a los individuos un remedio legal internacional, en el caso de que falle su sistema doméstico de protección jurídica. En segundo lugar, permitiría el desarrollo de una jurisprudencia internacional, que contribuiría no solo a la interpretación de estos derechos, sino que también constituiría una valiosa herramienta de apoyo a los individuos y, en especial, a los tribunales domésticos, en su tarea de determinar el

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, solo admite las denuncias de quienes se consideren víctimas, incluyendo a las organizaciones no gubernamentales (artículo 25, inc. 1). Pero el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, adoptado por el Comité de Ministros el 22 de Junio de 1995, autoriza a presentar quejas alegando una aplicación insatisfactoria de la Carta a las organizaciones internacionales de empleadores y de trabajadores, a las otras organizaciones no gubernamentales con estatuto consultivo; a las organizaciones nacionales representativas de los empleadores y de los trabajadores del Estado denunciado; a organizaciones no gubernamentales a las cuales el Estado haya reconocido ese derecho. El proyecto aprobado por el Comité tampoco incluye a los Estados entre quienes pueden presentar denuncias.

- (b) Con respecto a la ausencia de mecanismos de investigación, como está establecido en algunos tratados de derechos humanos, como la Convención contra la Tortura (artículo 20) y el Protocolo Adicional de la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 10 y 11).

alcance de las obligaciones del Estado en relación con estos derechos⁴⁸. En tercer lugar, brindaría una posibilidad real para que el Comité realice sugerencias y recomendaciones precisas a los Estados para ayudarlos en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

En el pasado se ha argumentado en contra del Pacto mismo, aduciendo que su implementación constituye un asunto de naturaleza política y no un problema legal, que sus disposiciones establecen obligaciones morales y no legalmente vinculantes, y que introducir aquellos conceptos en un instrumento legal produce un efecto negativo en el sistema legal en su conjunto⁴⁹.

48 Como ha destacado claramente P. Alston, “the argument in favor of developing an optional protocol to the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights is that a system for the examination of individual cases offers the only real hope that the international community will be able to move towards the development of a body of jurisprudence which is absolutely indispensable if economic, rights are ever to be taken seriously”. Alston, Philip. *No Right to Complaint About Being Poor. The need for an optional protocol to the Economic, Social, and Cultural Rights Covenant*. En: “The Future Human Rights Protection in a Changing World. Fifty years since the four Freedoms Address. Essays in Honours of Torkel Opsahl”. Norwegian University Press, 1991, página 93.

49 El más completo artículo que sostiene esta crítica a los derechos contenidos en el PIDESC, es: Vierdag, E:W. *The Legal Nature of the Rights Granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. En: “Netherlands Yearbook of International Law”, vol. IX, 1978, páginas 69-105. Sin perjuicio de que ya hemos intentado refutar en el presente trabajo muchos argumentos, muy bien presentados, del autor, consideramos de importancia destacar que este artículo fue escrito en 1978, cuando el Pacto solo tenía dos años de vigencia, y aún no se evolucionaba en cuanto a los métodos de supervisión y control del mismo. Además, según el mismo autor

(Continúa en la página siguiente)

Consideramos que estos y otros argumentos semejantes, aunque en ocasiones son presentados de manera muy válida, han quedado en el pasado. A la luz de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, especialmente en las últimas décadas, así como ante el gran avance en la supervisión del Pacto, gracias a la labor realizada por el Comité; ante la precisión que se ha logrado de muchas de las obligaciones contenidas en el Pacto y la protección que se le ha otorgado a estos derechos en el plano nacional, regional e internacional, no es posible seguir argumentando –salvo con fines de retórica política– que los derechos contenidos en el mismo no son obligaciones legales vinculantes, que los Estados han asumido voluntariamente y que requieren de un mecanismo de quejas individuales para hacer realidad la tan aclamada indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos.

De adoptarse el Protocolo Facultativo que contemplara la posibilidad de presentar quejas o comunicaciones, así como también un mecanismo de

destaca en su artículo, “All aspects of economic, social and cultural rights: elements, forms, goals, methods of implementation, and so on, are economic, social and cultural rights, not -as yet- legal.” y agrega “Maybe it is not impossible that economic, social and cultural as well as legal conditions will develop in such a way that, e.g., the right to work can be legally described, and can become a fixed legal concept” (página 93, énfasis agregado). Lo que el presente trabajo plantea es precisamente que, dado el desarrollo que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha tenido en este aspecto, a la fecha, no cabe duda de que las obligaciones contenidas en el PIDESC son legalmente vinculantes y exigibles

investigación de oficio, se obtendrían, al menos, los siguientes beneficios⁵⁰:

Primero: proporcionar un recurso internacional de reparación para las violaciones de los derechos ESC

El Protocolo Facultativo proporcionará a individuos y grupos acceso a recursos internacionales en casos de violaciones de los derechos previstos por el PIDESC. Podría hacer un aporte significativo a la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en el PIDESC.

Mediante el mecanismo de presentación de denuncias del Protocolo Facultativo, las personas y grupos tendrían acceso a un procedimiento internacional de resolución de casos y a recursos relacionados específicamente con violaciones al PIDESC. Teniendo en cuenta el carácter subsidiario del derecho internacional, para tener acceso a este mecanismo los individuos tendrían que agotar los recursos internos.

El procedimiento de investigación facultaría al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para iniciar una investigación en casos particularmente graves de violaciones al PIDESC.

50 Los beneficios que se analizan a continuación han sido desarrollados por la Coalición de Organizaciones No Gubernamentales por un Protocolo Facultativo al PIDESC. Para destacar y divulgar la labor de la Coalición, incluyo sus conclusiones y procedo a profundizarlas.

Segundo: identificar y aclarar las obligaciones de los Estados Partes conforme al PIDESC

Como quedó demostrado con el primer Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), un Protocolo Facultativo al PIDESC permitiría, por medio del desarrollo de jurisprudencia internacional, facilitar la tarea de determinar el contenido y alcance de los derechos contenidos en el mismo. En particular, permitiría identificar qué constituye una violación de estos derechos y profundizar en el desarrollo de las correspondientes obligaciones de los Estados Partes. Además, el Protocolo Facultativo ayudaría a transformar las cláusulas generales del PIDESC en normas concretas, tangibles y alcanzables. El procedimiento de comunicaciones, que se concentra en violaciones específicas de los derechos de las personas, permite que el Comité asista a los Estados Partes con respecto a sus obligaciones relacionadas con el PIDESC en situaciones reales. Estas recomendaciones, a su vez, podrían constituir pautas para una aplicación y promoción efectiva de los DESC, según se enuncian en el PIDESC.

Tercero: asistir a los Estados Partes en la protección y promoción de los derechos consagrados en el PIDESC

La elaboración de un Protocolo Facultativo alentará a los Estados Partes a tomar medidas para la plena aplicación de todos los derechos consagrados en el PIDESC. Este sería un paso importante para fortalecer

el principio de que, por medio de la ratificación, los Estados Partes se han comprometido a lograr la progresiva efectividad de los derechos del PIDESC. Por medio de la promoción del mecanismo de denuncias y del procedimiento de investigación del Protocolo Facultativo, los Estados Partes tendrían más oportunidades para desarrollar el concepto de los derechos económicos, sociales y culturales en el ámbito nacional, para lograr que la opinión pública comprenda y conozca mejor estos derechos, y para reparar las desigualdades o injusticias que existan en sus leyes, políticas o procedimientos.

El Protocolo Facultativo alentaría la aplicación de todos los derechos consagrados en el PIDESC, a través de cambios progresivos en las leyes y políticas nacionales. Estos cambios, a su vez, redundarían en un mayor reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, en todos los niveles de la sociedad y ayudarían a todas las personas, incluyendo a las más marginadas, a buscar justicia y tener acceso a ella.

Cuarto: alentar el desarrollo de jurisprudencia nacional sobre los DESC

El Protocolo Facultativo les dará a los Estados Partes un rol directo en el desarrollo de la jurisprudencia internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales. Es decir, un conjunto de precedentes que el Comité y otros podrían utilizar para interpretar las cláusulas del PIDESC y aclarar las obligaciones de los estados. A su vez, la jurisprudencia internacional del PIDESC

promovería el desarrollo de jurisprudencia nacional sobre temas relacionados con los derechos económicos, sociales y culturales. Al deliberar sobre problemas como el derecho a la salud, al alimento, a la vivienda y la seguridad social, los tribunales nacionales podrían invocar la jurisprudencia internacional del Protocolo Facultativo en sus esfuerzos por promover el reconocimiento de estos derechos. Básicamente, se investigará y documentará en el marco de tribunales nacionales e internacionales el concepto de las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales, cómo se las debe reconocer e interpretar, y cómo se pueden reparar. Esta documentación también tendrá una influencia crucial sobre la sanción, aplicación e interpretación de leyes o procedimientos nacionales destinados a proteger los derechos conforme al PIDESC.

Quinto: fortalecer la aplicación internacional de los DESC

El Protocolo Facultativo al PIDESC servirá para fortalecer la relación entre los Estados Partes y el Comité, dado que impulsará, en el ámbito nacional, la promoción de la aplicación efectiva de los derechos del PIDESC. Por medio de los casos presentados, conforme al Protocolo Facultativo, al PIDESC, el Comité y los Estados Partes deberán proporcionar información detallada sobre la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales en sus comunidades. De esta manera, las instituciones estarán mejor informadas sobre cómo se hacen efectivos estos derechos.

Hace ya mucho tiempo que los académicos y las organizaciones señalan que uno de los principales obstáculos que enfrenta el Comité es la falta de información disponible. El Protocolo Facultativo posibilitaría una relación nueva y más comprometida entre el Comité y los Estados Partes. Al asistir en la aplicación efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales, el Protocolo Facultativo también desalentaría el ingreso al campo del PIDESC de otros mecanismos de denuncias que no se refieran a estos derechos, lo que se ha convertido en una práctica habitual a causa de la ausencia de este instrumento. Ya que el PIDESC y su Protocolo Facultativo constituirían el único mecanismo internacional de denuncias específicamente dedicado a los derechos económicos, sociales y culturales, su existencia tendría gran importancia, tanto para el desarrollo legal de los derechos en el ámbito internacional, como para la progresiva interpretación y sanción de leyes en el ámbito nacional.

Sexto: reafirmar la universalidad, indivisibilidad, interrelación e interdependencia de todos los derechos humanos

Los Estados miembros de las Naciones Unidas han afirmado, en reiteradas ocasiones, los principios de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos. Tales principios se encuentran consagrados ya en la declaración Universal de Derechos Humanos, la cual contempla ambas categorías de derechos. Asimismo, se establecen en el Preámbulo de ambos Pactos y se han reiterado a

través de una variedad de instrumentos, tales como la Proclamación de Teherán de 1968 (par. 13), la Declaración y Plan de Acción de Viena de 1993 (par. 5), y en innumerables resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas⁵¹ y de la Comisión de Derechos Humanos⁵².

Ha llegado el momento de que los Estados pongan en práctica estos principios, y pasen de la mera declaración a otorgar la misma protección a ambas categoría de derechos.

Sétimo: lograr una mayor conciencia pública sobre los DESC

El Protocolo Facultativo al PIDESC les daría a los derechos económicos, sociales y culturales una nueva relevancia en el ámbito nacional e internacional. Proporcionaría una plataforma para que las víctimas de violaciones puedan identificar y publicitar sus denuncias, e influir en el desarrollo de estándares internacionales de derechos humanos. Además, la publicación de comunicaciones e investigaciones contribuiría a promover la conciencia pública, nacional e internacional, sobre los estándares de derechos humanos consagrados en el PIDESC.

51 Ver, por ejemplo, Resolución 32/130 (1977) y Resolución 41/117 (1986).

52 Ver, por ejemplo, Resolución 1987/19 (1987), Resoluciones 1987/20 (1987) y 1988/22 (1988).

Además de estos beneficios, es importante agregar que la adopción de un Protocolo Facultativo al PIDESC es necesaria para que los propios Estados asuman los compromisos adquiridos y muestren consistencia entre lo que declaran públicamente y las obligaciones que se comprometen a asumir.

Solo se lograrán mayores avances en la determinación del sentido y alcance de las obligaciones impuestas por el PIDESC, si se otorga al Comité la facultad de conocer casos concretos y tangibles que serían discutidos en el marco del examen de quejas individuales. Únicamente a través de casos tangibles y concretos surgen los problemas que enfrentan los individuos, de una manera que no es posible durante la discusión abstracta del examen de los informes periódicos. Por otra parte, al enfocarse en casos particulares, se consigue llamar la atención sobre las circunstancias personales que revelan las faltas y carencias de las legislaciones o políticas públicas, y que muchas veces son desconocidas para los legisladores y administradores públicos quienes, en ocasiones, viven en circunstancias más confortables que la gran mayoría de la población.

Asimismo, solo a través del examen de casos concretos se le permitiría al Comité ir más allá de sus observaciones generales y referirse de manera específica al alcance y contenido de las disposiciones del Pacto, lo que contribuiría enormemente a clarificar el contenido de las obligaciones impuestas.

Por último, no podemos desconocer que la mera posibilidad de que los individuos puedan presentar quejas

individuales a un foro internacional anima a los gobiernos a tomar medidas que aseguren que remedios locales más eficaces en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales están disponibles para la población.

Observaciones finales

Los avances de la última década hacen indispensable la adopción de Protocolo Facultativo del PIDESC el cual establezca la posibilidad de presentar quejas individuales en casos de violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales.

En el seno de las Naciones Unidas, la posibilidad de adoptar un protocolo facultativo viene siendo discutida desde hace muchos años. Pero uno de los pasos más significativos en este sentido fue el establecimiento del Grupo de Trabajo de composición abierta, encargado de estudiar las opciones relativas a la elaboración de un protocolo facultativo al PIDESC.

La primera sesión del Grupo de Trabajo y la discusión que le sucedió, durante la 60ª sesión de la Comisión de Derechos Humanos, han significado ciertamente avances muy importantes en materia de protección de derechos económicos, sociales y culturales. El debate ha renovado el énfasis por estos derechos, que han sido descuidados por décadas. Sin embargo, no podemos negar que aún existen ciertos puntos importantes por debatir con respecto a un protocolo facultativo, y en ese sentido algunos países

han planteado preocupaciones sinceras y comprensibles sobre el tema. Los puntos abiertos al debate han de ser específicos sobre el contenido de dicho Protocolo y no sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, materia que ya está resuelta por la propia realidad, en la cual existen numerosos casos de exigibilidad de estos derechos, tanto a nivel doméstico como internacional.

Es necesario que las organizaciones no gubernamentales, los centros de investigación, las universidades y la sociedad civil en general asuman un rol más activo en la promoción de la adopción de un protocolo facultativo al PIDESC y se anime una discusión honesta, a nivel nacional, sobre este tema.

Durante el 60º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos (15 de marzo - 23 de abril del 2004), se renovó el mandato del Grupo de Trabajo por un período de dos años más. Sin embargo, este mandato es, nuevamente, el de “estudiar las opciones relativas a la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”⁵³.

Lamentablemente, y sin perjuicio de reconocer que es un logro importante el que se haya renovado el mandato del Grupo de Trabajo, creemos que debió

53 Resolución 2004/29 de la Comisión de Derechos Humanos, par. 14: “(a) To renew the mandate of the open-ended working group for a period of two years to consider options regarding the elaboration of an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”.

referirse directamente a la consideración del contenido mismo de dicho Protocolo, y no solo a opciones que, eventualmente, dentro de las particularidades de la diplomacia internacional, podrían incluir la de “no elaborar un Protocolo”.

La segunda sesión del Grupo de Trabajo para considerar opciones para la elaboración del Protocolo Facultativo para el PIDESC se realizará en Ginebra, del 10 al 21 de enero de 2005.

La labor de la sociedad civil, previa a esta sesión y durante la misma, es de vital importancia. Si deseamos que los Estados adopten un Protocolo Facultativo al PIDESC que, finalmente, haga realidad la tan aclamada indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos, sería necesario que la sociedad civil contribuyera activamente a este fin. Para enfrentar esta reunión, es vital que las ONG consoliden sus campañas públicas para construir apoyos al Protocolo a nivel doméstico, y exigir que sus gobiernos apoyen el Protocolo Facultativo durante la segunda sesión del Grupo de Trabajo. A su vez, expertos, centros de investigación y universidades también deben sumarse a esta campaña y contribuir a que el Protocolo sea finalmente una realidad.