

V. Una mirada crítica a los debates en torno a la adopción del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

5.1. INTRODUCCIÓN

La aplicación de los principios y normas del derecho internacional ha dejado de ser un asunto exclusivo de los Estados, pues estos han cedido algunas competencias de supervisión a órganos internacionales, como los comités de los tratados de derechos humanos, entre las que destacan el sistema de informes y el sistema de peticiones.

Dentro de los mecanismos de supervisión, el sistema de informes es el más común, ya que todos los comités de los nueve tratados de derechos humanos están facultados para recibir y examinar informes periódicos de los Estados. Con la entrada en vigor de un protocolo facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño que faculta al comité a admitir comunicaciones o quejas individuales a partir de abril de 2014, ahora todos los comités también pueden recibir denuncias sobre presuntas violaciones a las disposiciones de los tratados.

Sin embargo, 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 parte para proveer información fidedigna y pertinente al órgano de control, cuyo mandato se limita a prestar asistencia y asesoría

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

a los Estados en la aplicación de las disposiciones del PIDESC en sus respectivas jurisdicciones.¹

En cambio, el sistema de peticiones o comunicaciones individuales es considerado el medio más eficaz para la protección de los derechos humanos, puesto que, al admitir que el órgano de control pueda conocer y pronunciarse sobre la posible violación de un derecho consagrado en el tratado en cuestión, se promueve la creación de una “jurisprudencia” en la materia. En el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, la creación del recurso individual reforzará la capacidad del Comité DESC de dar mayores aclaraciones sobre las normas que obligan a los Estados parte, así como de crear precedentes cuasijudiciales sobre el respeto de tales derechos.²

Por otro lado, se permite que las víctimas tengan posibilidades reales de obtener una reparación adecuada, dado que no es difícil argumentar que las personas que han sido víctimas de graves violaciones a sus derechos económicos, sociales y culturales tienen derecho a un recurso que remedie dicha situación; por tanto, los esfuerzos dirigidos a la prevención de abusos de estos derechos deben hacer hincapié en la necesidad de lograr que las víctimas tengan acceso a una indemnización, restitución y reparación, en el caso de que tales derechos sean vulnerados.³

Hasta diciembre de 2008, el Comité DESC no estaba facultado para recibir comunicaciones o quejas individuales, lo cual contradecía el reiterado reconocimiento teórico de la indivisibilidad de todos los derechos humanos. Por ello, la comunidad internacional asumió la responsabilidad de superar la arbitraria prioridad normativa de los derechos civiles y políticos, y la limitada protección de los derechos económicos, sociales y culturales,

¹ Véase Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights...*, cit., pp. 57-89.

² 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, núm 6, feb, Madrid, 1998, p. 86.

³ Leckie, Scott y Gallagher, Anne (eds.), *Economic, Social, and Cultural Rights. A legal resource guide*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2006, p. xxiv.

Una mirada crítica a los debates en torno a la adopción...

mediante la adopción de las garantías secundarias del PIDESC; es decir, un protocolo facultativo.

La adopción del protocolo facultativo al PIDESC: *a)* contribuye a rebatir los argumentos en que se sustenta la concepción que ve en los derechos económicos, sociales y culturales una especie de defecto genético que no les permite equipararse a los derechos civiles y políticos, y mucho menos ser justiciables, y *b)* demuestra que su protección debilitada es una cuestión de voluntad política y que, por tanto, fue superada normativamente mediante la elaboración y adopción de las debidas garantías que significa dicho protocolo.

No está de más recordar que un protocolo facultativo es un tratado que complementa y completa un tratado principal de derechos humanos ya existente. Por eso, solo los Estados que hayan ratificado este último, en este caso el PIDESC, pueden ser parte en su protocolo facultativo. Los protocolos, en general, pueden: *a)* referirse a una nueva área sustantiva que no fue incluida en el texto original del tratado principal, o *b)* referirse a aspectos de procedimiento sobre la forma en que el mismo es supervisado por un órgano de control. La mayoría de estos protocolos crea procedimientos que facultan a las personas o a los propios Estados a presentar comunicaciones individuales e interestatales, respectivamente, contra un Estado que no cumpla con sus obligaciones internacionales derivadas del tratado principal.

5.2. ANTECEDENTES Y GENERALIDADES

A pesar de que desde la adopción del PIDESC en 1966 no se contempló un mecanismo de comunicaciones individuales, el Comité DESC ha tenido la habilidad de establecer obligaciones concretas a cargo de los Estados parte respecto de los derechos consagrados en el tratado. La ausencia de un mecanismo de este tipo en materia de derechos económicos, sociales y culturales ha representado, en la práctica, una deuda histórica del discurso de la comunidad internacional sobre la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos.

La idea de adoptar un protocolo facultativo ha estado presente en la agenda de la comunidad internacional desde hace varios

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

años. Aunque, al menos en la década de los 80, era inconcebible pensar que los Estados parte en el PIDESC estarían dispuestos a someterse a un mecanismo de comunicaciones individuales.⁴ Sin embargo, desde la sociedad civil, organizaciones como Food First Information and Action Network (FIAN) y la Coalición Habitat Internacional comenzaron una importante campaña sobre la necesidad de contar con un instrumento facultativo y elaboraron un borrador del texto de un posible mecanismo de quejas individuales.⁵

A partir de 1990, el Comité DESC, con el apoyo de diversas organizaciones de la sociedad civil, y pese a la posición de algunos Estados, comenzó una serie de discusiones para llamar la atención sobre la posibilidad de elaborar un protocolo facultativo del PIDESC que estableciera un mecanismo de quejas individuales, similar a los existentes bajo los demás tratados de derechos humanos. Además, destacó la necesidad de realizar un estudio comparado sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en los sistemas internos de los Estados parte.⁶

En su 5ª sesión, el Comité DESC encomendó a un relator especial presentar un análisis sobre las principales cuestiones que debían debatirse alrededor de la idea de elaborar un borrador de un protocolo facultativo del PIDESC que permitiera la sumisión de comunicaciones relativas a algunos o todos los derechos reconocidos en dicho instrumento.⁷ En su 6ª sesión señaló que

⁴ Westerveen, G., “Towards a system for supervising States’ compliance with the right to food”, en Alston, P. y Tomaševski, K. (eds.), *op. cit.*, p. 127.

⁵ Langford, Malcolm y King, Jeff A., “Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, en Langford, Malcom (ed.), *Social rights jurisprudence. Emerging trend in international and comparative law*, Nueva York, Cambridge University Press, 2008, p. 514.

⁶ Cançado Trindade, Antônio A., *El derecho internacional de los derechos humanos...*, *cit.*, p. 115. En las primeras sesiones del Comité DESC, el debate sobre la posibilidad de adoptar un protocolo facultativo que contuviera un sistema de comunicaciones individuales terminaba con la conclusión de que aún era demasiado pronto para considerar realísimamente dicho sistema, véase Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights...*, *cit.*, p. 98.

⁷ U.N. Doc. E/1991/23, párr. 285.

Una mirada crítica a los debates en torno a la adopción...

sus miembros apoyaban la elaboración de un protocolo facultativo con base en la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos, pues permitiría que el PIDESC dejara de ser el “pariente pobre” del resto de instrumentos internacionales de derechos humanos.⁸

Al mismo tiempo, en 1992, Danilo Turk, relator especial de la subcomisión de la lucha contra las medidas discriminatorias y de la protección de minorías —hoy Subcomisión de la Promoción y de la Protección de los Derechos Humanos— recomendó en su informe final la adopción de un protocolo facultativo del PIDESC para tutelar de forma más efectiva la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, y expresó su esperanza de que esta cuestión siguiera siendo discutida por los órganos relevantes de la ONU.⁹

Ante el creciente interés por una mayor protección de los derechos económicos, sociales y culturales, el Comité DESC continuó con el análisis de esta cuestión y profundizó en los argumentos de que el protocolo facultativo del PIDESC: a) posibilitaría exigir a los Estados la adopción de medidas concretas para implementar los derechos económicos, sociales y culturales; b) fortalecería la responsabilidad estatal en el ámbito internacional; c) daría mayor precisión a la tesis de la indivisibilidad de los derechos humanos; d) propiciaría la formación de jurisprudencia en la materia, y e) fortalecería un sistema eficaz de investigaciones.¹⁰

Específicamente, en su 7ª sesión de 11 de diciembre de 1992, el Comité DESC adoptó un documento analítico titulado “Hacia un Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, que remitió a la Conferencia Mundial de Derechos Humanos desarrollada en Viena en 1993.¹¹

⁸ U.N. Doc. E/C.12/1991/WP. 2.

⁹ U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1992/16, párr. 211.

¹⁰ Cançado Trindade, A., *El derecho internacional de los derechos humanos...*, cit., pp. 115-116.

¹¹ “Toward an Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, Analytical paper adopted by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights at its seventh session, 11 de diciembre de 1992, World Conference on Human Rights, *Status of preparation of*

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

En la declaración y programa de acción aprobada por esta conferencia, los Estados decidieron “alentar a la Comisión de Derechos Humanos para que, en cooperación con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, continúe la evaluación de protocolos facultativos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.¹²

Este compromiso fue reiterado por la propia Comisión de Derechos Humanos, al invitar al Comité DESC a informar sobre los pasos efectuados a fin de redactar un protocolo facultativo del PIDESC.¹³ El Comité DESC remitió a la Comisión de Derechos Humanos un breve informe sobre los progresos alcanzados¹⁴ y esta, en su 52º periodo de sesiones, tomó nota de los pasos tomados por el Comité DESC.¹⁵

Nótese que la Comisión de Derechos Humanos es animada a evaluar varios protocolos facultativos y no uno, como el que finalmente fue adoptado en diciembre de 2008, ya que, de acuerdo con algunos observadores, era necesario elaborar dos protocolos facultativos del PIDESC: uno sobre el procedimiento de quejas o comunicaciones individuales y otro sobre el procedimiento de investigación. Para algunos, un único protocolo era suficiente para ambos procedimientos, pero para otros, era “necesario igualmente enmendar el PIDESC para tener todo esto en cuenta”.¹⁶

En su documento analítico “Hacia un Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, el Comité DESC enfatizó que: a) cualquier protocolo del PIDESC tendría que ser estrictamente opcional y, por

publications, studies and documents for the World Conference, Addendum. Contribution submitted by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, A/CONF.157/PC/62/Add.5, 26 de marzo de 1993, pp. 7-28.

¹² Declaración y Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993, A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993, punto 75, p. 19.

¹³ Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1994/20.

¹⁴ U.N. Doc. E/CN.4/1996/96.

¹⁵ Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1996/11, párr. 5.

¹⁶ Özden, Malik y Ndagijimana, François, *¿Por un Protocolo del PIDESC!?*, Centro Europa-Tercer Mundo (CETIM), 2006, p. 10, nota 16.

Una mirada crítica a los debates en torno a la adopción...

consiguiente, aplicable únicamente a aquellos Estados que lo ratificaran; *b*) el principio general de permitir un sistema de quejas individuales en materia de derechos económicos, sociales y culturales no es de ninguna manera nuevo o innovador, ya que existe un importante número de procedimientos internacionales establecidos, como en el marco de la OIT, del procedimiento 1503 del ECOSOC, de la UNESCO, del Consejo de Europa y de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Protocolo de San Salvador”.¹⁷

Además, subrayó que: *c*) la experiencia de otros procedimientos internacionales de peticiones individuales demuestran que no hay razón para temer que el Comité DESC será desbordado con quejas sobre posibles violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales; *d*) el procedimiento de quejas no implica que le dará un poder absoluto al Comité DESC para imponer a los Estados parte ciertas medidas específicas, y *e*) un protocolo facultativo del PIDESC contribuiría a tomar en serio la teórica indivisibilidad, interdependencia e interrelación de los todos los derechos humanos.¹⁸

En este mismo documento, el Comité señaló que los principales argumentos a favor de un protocolo facultativo del PIDESC residen en que: *a*) contribuiría significativamente a que las personas alrededor del mundo puedan disfrutar en mayor medida sus derechos económicos, sociales y culturales; *b*) fortalecería la rendición de cuentas de los Estados parte en relación con su nivel de cumplimiento de las disposiciones del PIDESC; *c*) colocaría a los derechos económicos, sociales y culturales en un nivel similar al de los derechos civiles y políticos; y, sobre todo, *d*) favorecería a una mejor aplicación del PIDESC en el ámbito interno de los Estados parte.¹⁹

Para el Comité DESC, un sistema de comunicaciones individuales: *a*) contribuiría a que los problemas reales y tangibles de

¹⁷ “Toward an Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights...”, *cit.*, párrs. 7-11.

¹⁸ *Ibidem*, párrs. 12-14.

¹⁹ *Ibidem*, párr. 20.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

personas o grupos agraviados puedan ser analizados concretamente y no en abstracto, como sucede en el marco del sistema de informes; *b*) facilitará el intercambio de información precisa y detallada sobre un caso concreto que redundará positivamente en la aplicación de la provisión del PIDESC objeto de análisis; *c*) alentará a los Estados parte a garantizar que en su derecho interno existan recursos más efectivos para proteger los derechos económicos, sociales y culturales, y así evitar su exposición ante la comunidad internacional.²⁰

A su vez, *d*) la existencia de un remedio potencial en el ámbito internacional proporcionaría un incentivo adicional a las personas y grupos para formular sus reclamos o quejas de forma más precisa, y de acuerdo con las disposiciones del PIDESC; *e*) la posibilidad de una decisión “condenatoria” por parte del Comité DESC daría un mayor impulso a los derechos económicos, sociales y culturales, en tanto los Estados parte “condenados” tendrían una mayor preocupación política por garantizar estos derechos, y *f*) un procedimiento de comunicaciones individuales produciría un resultado concreto y tangible para la vida de las personas cuyos derechos hayan sido violados.²¹

De esta manera, desde 1992 hasta 1996, año en que el Comité DESC adoptó un primer proyecto de protocolo facultativo del PIDESC, este dedicó varias sesiones oficiales a examinar esta cuestión y además, a petición suya, Philip Alston preparó cuatro informes separados sobre el tema, que sirvieron de base para las discusiones dentro del Comité DESC. En términos generales, los puntos principales que se debatieron se referían a: *a*) los sujetos que tendrían acceso al procedimiento de quejas o comunicaciones

²⁰ *Ibidem*, párrs. 32-35.

²¹ *Ibidem*, párrs. 35-39. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) reconoce que pese a las virtudes de un sistema de comunicaciones individuales, hay varias razones por las que las personas cuyos derechos hayan sido violados no puedan acceder al mismo, como: *a*) ignorancia de la existencia de dicho procedimiento; *b*) falta de tiempo y recursos; *c*) imposibilidad física para asumir las implicaciones de llevar adelante una denuncia; *d*) dificultad para demostrar la justificación de su denuncia, y *e*) la creencia de que es improbable que un órgano internacional como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales asuma una posición a favor de la víctima en una situación dada.

Una mirada crítica a los debates en torno a la adopción...

individuales; b) los derechos que estarían cubiertos por el procedimiento; c) las reglas procedimentales que se aplicarían, y d) los resultados concretos que se preverían en el procedimiento.²²

En su 52° periodo de sesiones, la entonces Comisión de Derechos Humanos tomó nota de las medidas adoptadas por el Comité DESC de cara a la elaboración de un borrador de protocolo facultativo del PIDESC sobre un sistema de quejas o comunicaciones individuales, que permitiera a los individuos o grupos denunciar ante el Comité DESC la posible violación de uno de los derechos reconocidos en el PIDESC, tal y como fue recomendado por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena; y le pidió que le remitiera un informe completo sobre esta cuestión para ser discutido en su 53° periodo de sesiones.²³

En 1996, el Comité DESC finalizó la redacción de un proyecto de protocolo facultativo del PIDESC, cuyo borrador fue presentado a la Comisión de Derechos Humanos en 1997 en el marco del informe pedido por esta, quien a su vez solicitó al secretario general de la ONU distribuirlo entre los Estados, las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales para que transmitieran sus comentarios al respecto.²⁴

Es importante señalar que el informe que contiene el borrador del Protocolo Facultativo refleja: a) los resultados de las deliberaciones sostenidas por el Comité DESC durante el curso de un buen número de sesiones, sobre todo desde su 11° periodo de sesiones hasta el 15°, en el cual adoptó dicho borrador, y b) las divergencias mantenidas en el seno del Comité DESC respecto del sistema de comunicaciones individuales en materia de derechos económicos, sociales y culturales, pues uno de sus miembros, el señor Grissa, se opuso abiertamente a la adopción de un borrador de protocolo facultativo del PIDESC.²⁵

²² Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights...*, cit., p. 99.

²³ Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1996/16, párr. 10.

²⁴ U.N. Doc. E/CN.4/1997/105.

²⁵ “Report of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights to the Commission on Human Rights on a draft optional protocol for the consideration of communications to the International Covenant on Economic,

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

Aunque fueron pocos los Estados que realizaron sus comentarios, la gran mayoría se mostró favorable a adoptar el protocolo. A pesar de estos primeros pasos, los avances para adoptarlo fueron muy lentos, a lo que contribuyó que la posición de algunos Estados fue bastante ambigua.²⁶

Este primer borrador consta de varias partes o secciones, cada una de las cuales incluye las discusiones y posiciones que se dieron al momento de elaborar una propuesta final. El preámbulo resalta que la justicia social y el desarrollo, incluyendo la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, son elementos esenciales en la construcción de un orden nacional e internacional justo y equitativo. En ese sentido, reconoce la importancia de la indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos. A su vez, destaca el papel del Comité DESC en el desarrollo de una mejor comprensión del PIDESC y subraya que la adopción de un sistema de comunicaciones individuales es un medio necesario para garantizar plenamente los derechos en él reconocidos.²⁷

La sección sobre el alcance de la competencia del Comité DESC plantea una serie de cuestiones terminológicas en relación con la palabra a utilizar para definir el incumplimiento de una de las disposiciones del PIDESC por parte de un Estado. Así, se plantearon las propuestas de usar: a) “no cumplir con las obligaciones que impone el Pacto”, como se emplea en el artículo 41 del PIDCP referido a las comunicaciones interestatales; b) “no

Social and Cultural Rights” (Annex), en Commission on Human Rights, *Status of the International Covenants on Human Rights*, E/CN.4/1997/105, 18 de diciembre de 1996, p. 2, párrs. 3-4.

²⁶ 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)*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea-SRE, 2005, p. 266.

²⁷ “Report of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights to the Commission on Human Rights on a draft optional protocol for the consideration of communications to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights...”, *cit.*, p. 8, párr. 16.

Una mirada crítica a los debates en torno a la adopción...

velar por la aplicación satisfactoria de una disposición”, como lo establece el Protocolo Adicional de la Carta Social Europea; o c) “no haber velado por asegurar la observancia de algunos de los derechos”, propuesta por la OIT. El Comité optó por el término “violación”, siguiendo el ejemplo del Primer Protocolo Facultativo del PIDCP.²⁸

Sobre la presentación de quejas o comunicaciones por parte de individuos y grupos, al contrario del protocolo adicional a la Carta Social Europea que excluye esta posibilidad para la mayoría de los derechos, el Comité DESC estableció que era esencial la inclusión de un sistema que garantizara el derecho de los individuos a presentar comunicaciones, como lo había referido la Comisión de Derechos Humanos en la ya citada resolución 1994/20.²⁹

En relación con la facultad de terceras partes para remitir comunicaciones o quejas en nombre de supuestas víctimas, el Comité DESC señaló que establecer esta permisión tiene sus ventajas, en tanto permitiría prevenir inminentes violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales; pero también planteó que una desventaja es que ampliaría considerablemente el alcance de las obligaciones asumidas por los Estados parte y abriría la puerta a potenciales denuncias especulativas. No obstante, planteó que esta permisión haría más accesible el procedimiento, por lo que estableció que las terceras partes que denuncien la violación de un derecho en nombre de una víctima deben actuar con el conocimiento y consentimiento de esta.³⁰

Otro aspecto fundamental que se consideró fue si el protocolo facultativo debía cubrir todos los derechos reconocidos en el PIDESC o solo algunos de ellos. Aunque hubo varias posiciones que limitaban el rango de derechos a ser cubiertos por el protocolo facultativo, el Comité DESC optó por asumir un enfoque inclusivo y no restrictivo, estableciendo que el protocolo se apli-

²⁸ *Ibidem*, pp. 9-10, párrs. 17-18. La única diferencia que se planteó fue que se utilizara el término “reconocidos” (*recognized*) en vez del término “enunciados” (*set forth*) en vista de la terminología distinta utilizada en cada uno de los Pactos; es decir, el PIDCP y el PIDESC.

²⁹ *Ibidem*, pp. 10-11, párrs. 19-21.

³⁰ *Ibidem*, pp. 11-12, párrs. 22-23.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

caría a todos los derechos contenidos en los artículos 1 al 15. Asimismo, señaló que el derecho a la libre determinación de los pueblos sería sujeto del procedimiento de quejas, siempre que una supuesta violación del mismo incluyera su dimensión social, económica y cultural, pues la dimensión civil y política debe ser objeto de examen por parte del Comité de DDHH.³¹

Hay que resaltar que desde la adopción de este primer borrador de protocolo hasta la adopción del borrador final en diciembre de 2008, dos enfoques han sido los que han centrado las discusiones entre los miembros del Comité DESC y entre los Estados parte del PIDESC. Por un lado, el enfoque selectivo o “enfoque a la carta”, que puede tomar dos formas: la primera requiere que los Estados indiquen las provisiones del PIDESC que no estarían cubiertas por el sistema de comunicaciones y la segunda requiere que los Estados indiquen las disposiciones del PIDESC que sí lo estarían. Por otro lado, el enfoque amplio, que permite que el protocolo facultativo sea aplicable a la totalidad de los derechos reconocidos en el PIDESC.³²

El borrador también incluye una sección relativa a la protección del acceso al procedimiento establecido en el protocolo facultativo del PIDESC, en el sentido de que el Comité DESC está consciente de que es posible que los individuos o grupos que presenten una comunicación ante él, puedan sufrir intimidaciones u otros actos de hostigamiento. Por ello, recalcó la necesidad de que los Estados parte tomaran las medidas necesarias para proteger a los denunciantes. Con respecto a las disposiciones sobre la recepción y la admisibilidad de una comunicación, las reglas establecidas en el Primer Protocolo Facultativo del PIDCP, prácticamente quedaron idénticas.³³

En cuanto a la justificación de la denuncia, el borrador plantea que: a) el Comité DESC puede negarse a seguir examinando una comunicación en caso de que el autor, después de que se le haya dado una oportunidad razonable para hacerlo, no facilite información que pueda fundamentar suficientemente las alega-

³¹ *Ibidem*, pp. 12-13, párrs. 24-25.

³² *Ibidem*, p. 13, párr. 26.

³³ *Ibidem*, pp. 15-17, párrs. 29-33.

Una mirada crítica a los debates en torno a la adopción...

ciones contenidas en la comunicación, y que *b*) el Comité DESC puede, a petición del peticionario en una queja, reiniciar el examen de una comunicación que haya declarado inadmisibile en virtud del artículo 3, si han cambiado las circunstancias en que basó su decisión.³⁴

A diferencia del Primer Protocolo Facultativo del PIDCP, el borrador incluye una sección sobre medidas provisionales que pueden ser adoptadas por un Estado parte a solicitud del Comité DESC, en caso de que un estudio preliminar suscite temores razonables de que las alegaciones, de ser ciertas, puedan conducir a daños irreparables a las víctimas. Asimismo, siguiendo a la mayoría de procedimientos de denuncia, se incluye la posibilidad de un arreglo amistoso entre el Estado denunciado y las víctimas, dado que en materia de derechos económicos, sociales y culturales, un arreglo de este tipo sería especialmente apropiado.³⁵

En relación con el examen de las comunicaciones, el borrador plantea que el Comité DESC lo realizará a la luz de toda la información recibida por el denunciante, por el Estado parte denunciado y por la obtenida de otras fuentes. También establece la posibilidad de que el Comité DESC pueda realizar una visita *in situ* al territorio del Estado denunciado. Sobre los resultados del examen de las comunicaciones, el Comité DESC consideró no recomendable incluir una disposición que expresamente obligue al Estado parte a implementar sus recomendaciones, proporcionar un remedio apropiado o asegurar las debidas reparaciones.³⁶

A diferencia del Primer Protocolo Facultativo del PIDCP, el Comité DESC recomendó incluir en el borrador las disposiciones referidas a un procedimiento de seguimiento de sus recomendaciones por parte del Estado, lo cual se refleja en el artículo 9, numeral 2 del borrador, que establece que el Comité DESC puede invitar al Estado parte denunciado a incluir en sus informes periódicos los detalles de las medidas adoptadas en respuesta a las recomendaciones del Comité DESC.³⁷

³⁴ *Ibidem*, p. 17, párrs. 34-35.

³⁵ *Ibidem*, pp. 18-19, párrs. 36-41.

³⁶ *Ibidem*, pp. 19-21, párrs. 45-49.

³⁷ *Ibidem*, pp. 21-22, párrs. 50-51.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

Sobre las reglas del procedimiento, el Comité DESC siguió lo señalado en los grandes tratados de derechos humanos, en el sentido de determinar que puede establecer sus propias reglas al respecto. Y finalmente, propuso una serie de artículos finales relativos a la firma, ratificación, adhesión, entrada en vigor, enmienda y denuncia del protocolo facultativo.³⁸

A pesar de que el borrador de protocolo fue presentado por el Comité DESC a la Comisión de Derechos Humanos en 1997, fue hasta el año 2001 cuando esta, en su 57° periodo de sesiones, decidió nombrar por un período indefinido a Hatem Kotrane como “Experto Independiente sobre la cuestión de la elaboración de un Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” para examinar la cuestión del protocolo facultativo de dicho instrumento e informarle, en su 58° periodo de sesiones, sobre posibles acciones a seguir, incluyendo la creación de un Grupo de Trabajo que examine la cuestión del protocolo facultativo.³⁹

En este mismo periodo de sesiones, la Comisión de Derechos Humanos “había tomado nota de un informe del seminario sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (E/CN.4/2001/62/Add.2), que se había celebrado los días 5 y 6 de febrero de 2001 convocado por [la OANUDH] y por la Comisión Internacional de Juristas, así como de un informe de la Alta Comisionada sobre el Proyecto de Protocolo Facultativo del Pacto (E/CN.4/2001/62 y Add.1)”, lo cual, en cierta medida, desencadenó el nombramiento del experto independiente.⁴⁰

³⁸ *Ibidem*, pp. 22-25, párrs. 51-58. Se debe resaltar que durante la elaboración del borrador, se discutió mucho la inclusión o exclusión de una disposición sobre la posibilidad de hacer reservas al Protocolo Facultativo; no obstante, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales simplemente acordó recomendar a la Comisión de Derechos Humanos considerar este asunto en relación con el enfoque amplio o restrictivo que analizamos en líneas anteriores.

³⁹ Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2001/30, párr. 8.

⁴⁰ Sepúlveda, Magdalena, “La necesidad de adoptar un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales...”, *cit.*, pp. 266-267, nota 18.

Una mirada crítica a los debates en torno a la adopción...

Para enriquecer su trabajo, el experto independiente realizó una diversidad de consultas con la OACNUDH, miembros y funcionarios del Comité DESC, del Comité DDHH, del CDN y de la OIT. También llevó a cabo consultas con las delegaciones permanentes de los Estados miembros de la ONU y con profesores universitarios de reconocido prestigio internacional en la materia. Finalmente, en 2002, presentó su primer informe a la Comisión de Derechos Humanos en su 58° periodo de sesiones, avalando la necesidad de adoptar el protocolo facultativo.⁴¹

Asimismo, le recomendó adoptar una resolución que incorporase los siguientes puntos: *a)* que confirme que los Estados están solemnemente comprometidos a una eventual adopción de un protocolo facultativo; *b)* que establezca la necesidad de crear un Grupo de Trabajo abierto que se encargue de la cuestión de un protocolo facultativo, y *c)* que renueve el mandato del experto independiente para que continúe sus investigaciones más a profundidad y le presente un informe en su 59° periodo de sesiones, el cual sirva de base para que el Grupo de Trabajo comience su labor.⁴²

En este mismo periodo de sesiones, la Comisión de Derechos Humanos tomó nota con interés del informe del experto independiente, decidió renovar su mandato por un año y le solicitó investigar más a profundidad: *a)* la cuestión sobre el carácter y el alcance de las obligaciones contraídas por los Estados parte en virtud del PIDESC; *b)* las cuestiones conceptuales sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, con particular referencia a la experiencia adquirida en los últimos años en la aplicación de los instrumentos y mecanismos de derechos humanos universales, regionales y nacionales, y *c)* 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 mecanismos.⁴³

⁴¹ “Report of the independent expert on the question of a draft optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, en Commission on Human Rights, *Economic, Social and Cultural Rights. Status of the international covenants on human rights*, U.N. Doc. E/CN.4/2002/57, 12 de febrero de 2002, pp. 3, 6-7, párrs. 12-14.

⁴² *Ibidem*, pp. 3 y 17, párrs. 51-56.

⁴³ Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2002/24, punto 9.c.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

Para ello, Kotrane realizó nuevamente amplias consultas mediante el envío de una nota a los Estados y cartas a las organizaciones y los expertos interesados, en las que pedía sus contribuciones sobre las cuestiones anteriormente señaladas; asimismo estableció, con el apoyo de la OACNUDH, un programa de consultas sobre tales cuestiones. El experto independiente recibió respuestas de Argentina, Cuba, Italia, México, Países Bajos, Portugal, Irán, República Checa, Suecia, Tailandia, la OMS, la OACNUDH, un grupo de 56 ONG y la Comisión Internacional de Juristas, y se reunió con el relator especial sobre una vivienda adecuada, con dos expertos del Comité DESC, un experto de la Comisión Internacional de Juristas, dos representantes de la OIT y un experto en comercio internacional.⁴⁴

En 2003 presentó su segundo informe sobre las tres cuestiones planteadas en la resolución 2002/24. Sobre la primera, el alcance de las obligaciones estatales, el experto señala que todos los Estados tienen las siguientes obligaciones de carácter progresivo, pero con efecto inmediato: a) actuar inmediatamente mediante la adopción de medidas legislativas, administrativas, financieras y de otro tipo, y a través de la creación de mecanismos adecuados a fin de participar, de forma progresiva pero activa, en la realización plena del conjunto de derechos económicos, sociales y culturales.⁴⁵

Asimismo, b) esforzarse por garantizar el mayor goce posible del conjunto de tales derechos sin discriminación y en condiciones de igualdad de oportunidades, prestando especial atención a la protección de los derechos de los grupos más vulnerables de la población y a la utilización equitativa y efectiva de los recursos disponibles, y c) eliminar de manera inmediata todas las formas de discriminación que emanen de los textos legales y de combatir, con medios activos y apropiados, las que

⁴⁴ “Informe del Sr. Hatem Kotrane, experto independiente encargado de examinar la cuestión de un proyecto de protocolo facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en *Comisión de Derechos Humanos, Los derechos económicos, sociales y culturales. Situación de los pactos internacional de derechos humanos*, U.N. Doc. E/CN.4/2003/53, 13 de enero de 2003, p. 6, párrs. 5-6.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 10, párr. 16.

Una mirada crítica a los debates en torno a la adopción...

emanen de las prácticas y tradiciones que impiden el goce de dichos derechos.⁴⁶

Además, señaló que las obligaciones estatales: a) constituyen a veces verdaderas obligaciones de resultado, cuya violación puede constatarse y apreciarse con facilidad, y ello cada vez que el Estado parte hubiera cometido violaciones por actos de comisión, y b) que a menudo sus violaciones se dan por actos de omisión “y constituyen, según el caso, una violación de verdaderas obligaciones de resultado o simples obligaciones de comportamiento, según el margen de discreción y los medios de que objetivamente dispongan los Estados para satisfacer los derechos que deben garantizar”. Asimismo, resaltó que en cualquier caso, los Estados parte tienen la obligación fundamental mínima de asegurar la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos consagrados en el PIDESC.⁴⁷

Con respecto a la segunda cuestión, es decir, la referida a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, el experto independiente concluyó que no hay lugar a duda del desarrollo y reconocimiento de estos derechos y de los mecanismos que supervisan su aplicación en los planos nacional, regional e internacional. Por tanto: a) si todos estos derechos son justiciables, es preciso reconocer también que los casos relacionados con ellos deben solucionarse dentro de plazos cortos y con una celeridad particular y b) el carácter progresivo que se les atribuye, si bien puede suscitar un debate sobre la naturaleza y el alcance de las obligaciones estatales, no plantea dudas respecto del carácter esencialmente justiciable del conjunto de derechos garantizados por el PIDESC.⁴⁸

Y en relación con la tercera cuestión, relativa a los beneficios y la viabilidad de un sistema de comunicaciones individuales en el marco del PIDESC, el experto independiente afirmó que un mecanismo de este tipo permitiría dar mayor efectividad a dicho instrumento, y además sería ventajoso, en tanto que: a) constituiría una medida importante para el ejercicio del derecho de

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 10-11, párr. 16.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 11-12, párrs. 19, 22 y 24. La cita textual corresponde al párr. 22.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 19, párrs. 50-51.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

una persona a interponer un recurso en caso de violación de sus derechos económicos, sociales y culturales; b) contribuiría a la elaboración de un cuerpo coherente de principios y al desarrollo de jurisprudencia fundada en casos concretos y situaciones reales, y c) ayudaría a respaldar más activamente el principio de la indivisibilidad y la interdependencia.⁴⁹

Por todo lo anterior, el experto independiente concluyó que la aprobación de un proyecto de protocolo facultativo del PIDESC contribuiría a los esfuerzos tendientes a promover el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y sus derechos iguales e inalienables, que constituyen la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo, teniendo presente que el ideal del ser humano libre del temor y la miseria solo puede lograrse si goza tanto de sus derechos civiles y políticos como de sus derechos económicos, sociales y culturales.⁵⁰

En tal sentido, recomendó a la Comisión de Derechos Humanos adoptar

[...] una resolución que confirme la decisión que figura en su resolución 2002/24 [...] y establezca, en su 59º período de sesiones, un grupo de trabajo de la Comisión, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a la luz del informe del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a la Comisión acerca de un proyecto de protocolo facultativo, de las observaciones de los Estados, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, así como del informe del experto independiente.⁵¹

En su 59º periodo de sesiones del año 2002, la Comisión de Derechos Humanos tomó nota con interés del informe del experto independiente y las recomendaciones allí contenidas, y decidió establecer un Grupo de Trabajo de composición abierta (en adelante el Grupo de Trabajo) con miras a considerar las op-

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 20-21, párrs. 54-55.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 26, párr. 75.

⁵¹ *Ibidem*, p. 26, párr. 76.

Una mirada crítica a los debates en torno a la adopción...

ciones relativas a la elaboración de un protocolo facultativo del PIDESC.⁵²

Posteriormente, la Comisión de Derechos Humanos pidió: a) al Grupo de Trabajo, reunirse durante diez días útiles antes de su 60º periodo de sesiones, con miras a estudiar las opciones relativas a la elaboración de un protocolo facultativo del PIDESC y formular recomendaciones concretas al respecto; b) a la OACNUDH, facilitarle para el siguiente período de sesiones del Grupo de Trabajo las observaciones y opiniones formuladas por los Estados y las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales sobre las tres cuestiones abordadas por el experto independiente; c) al secretario general, presentar un informe sobre la aplicación de esta resolución; y d) invitó a todos los relatores especiales, cuyos mandatos tuvieran que ver con la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, a que compartan sus opiniones sobre la materia.⁵³

En el mismo sentido, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos instó: a) a la Comisión de Derechos Humanos a facultar al Grupo de Trabajo para que proceda a elaborar el texto sustantivo de un Protocolo Facultativo del PIDESC; b) al Grupo de Trabajo a elaborar un proyecto de Protocolo Facultativo “de alcance amplio y en el que se prevea la posibilidad de que las víctimas, individuales y colectivas, puedan presentar comunicaciones, y que particulares y grupos de personas puedan presentarlas en su nombre. Además, el instrumento deberá formularse como mecanismo de queja y como procedimiento de investigación y debe excluir la posibilidad de que los Estados parte formulen reservas”, y c) decidió seguir examinan-

⁵² Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2002/24, párr. 9, lit. f. Asimismo, mediante la decisión 2002/254 del ECOSOC, este hizo suya la decisión de la Comisión de Derechos Humanos de establecer un Grupo de Trabajo de composición abierta. “Al tratarse de un «grupo de trabajo de composición abierta», todos los Estados miembros de la ONU, las organizaciones intergubernamentales y las organizaciones no gubernamentales con estatuto consultivo en el ECOSOC pueden atender estas reuniones”, en Sepúlveda, Magdalena, “La necesidad de adoptar un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales...”, *cit.*, p. 267, nota 20.

⁵³ Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2003/18, párrs. 13-17.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

do los progresos en la elaboración ulterior y en las actividades encaminadas a la aprobación del proyecto de dicho protocolo.⁵⁴

En cumplimiento de las resoluciones 2002/24 y 2003/18 de la Comisión de Derechos Humanos, varios Estados miembros, organizaciones intergubernamentales, no gubernamentales y relatores especiales remitieron al Grupo de Trabajo, a través del secretario general y de la OACNUDH, sus puntos de vista sobre las cuestiones que también analizó el experto independiente, es decir: *a)* el carácter y alcance de las obligaciones estatales en virtud del PIDESC; *b)* la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, y *c)* los beneficios y la viabilidad de un mecanismo de examen de quejas individuales.⁵⁵

El secretario general presentó su informe al Grupo de Trabajo en su primera sesión en Ginebra, del 23 de febrero al 5 de marzo de 2004, el cual consiste en una compilación de las posiciones de los actores mencionados, respecto de las tres cuestiones abordadas por el experto independiente en la resolución 2002/24. La importancia de este informe no solo reside en que sirvió de base de discusión al Grupo de Trabajo en su primera sesión, sino también en que fue útil para conocer, particularmente, los puntos de vista de los Estados acerca de los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales, en muchos casos, no descansan sobre sólidas bases teóricas.⁵⁶

⁵⁴ Resolución 2003/19, puntos 1-3.

⁵⁵ ONU, Informe preparado por el secretario general en cumplimiento de la resolución 2003/18 de la Comisión, E/CN.4/2004/WG.23/2, 17 de noviembre de 2003.

⁵⁶ He decidido centrarme en las posiciones de los Estados, dada su relevancia como creadores de las normas internacionales. Las opiniones de las ONG, expertos y demás actores, pueden consultarse en este y los demás informes que iremos analizando. Además de los Estados y las ONG, dos relatores especiales presentaron sus puntos de vista, los cuales pueden consultarse en los siguientes documentos: (1) "Information provided by the Special Rapporteur on the Right to Education Ms. Katarina Tomasvski. Experiences with legal enforcement of the right to education as food-for-thought in exploring models for an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", E/CN.4/2004/WG.23/CRP.4, 3 de febrero de 2004, y (2) "Information provided by the Special Rapporteur on the Right to Food Mr. Jean Ziegler", E/CN.4/2004/WG.23/CRP.7, 5 de febrero de 2004.

Una mirada crítica a los debates en torno a la adopción...

Así, respecto del carácter y alcance de las obligaciones estatales, el gobierno de Argentina señaló que el párrafo 1, del artículo 2 del PIDESC no crea obligaciones de obtener un resultado inmediato, sino que exige que los Estados adopten medidas, utilizando el máximo de los recursos disponibles, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en dicho instrumento. Burkina Faso, por su parte, subrayó que las obligaciones derivadas del PIDESC son de la misma naturaleza que las obligaciones asumidas en virtud de cualquier instrumento jurídico, pero que, por su naturaleza, es indispensable que los Estados tengan los medios para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales, lo que no es el caso del gobierno de Burkina Faso.⁵⁷

El gobierno de Cuba subrayó que, al igual que en el caso de los derechos civiles y políticos, los Estados tienen la obligación de proteger y garantizar los derechos económicos, sociales y culturales. La obligación de proteger presupone que los Estados tomen todas las medidas necesarias para impedir que los terceros, sean personas naturales o personas jurídicas, violen tales derechos, o para poner fin a tales violaciones, y la obligación de garantizarlos exige que los Estados adopten todas las medidas y políticas pertinentes para promover y asegurar su plena efectividad “bien prestando directamente los servicios públicos esenciales, bien creando las condiciones necesarias para asegurar el acceso universal a unos servicios de calidad. La negligencia en el cumplimiento de cualquiera de estas obligaciones constituye una violación de los derechos humanos”.⁵⁸

Por su parte, República Checa sostuvo que las obligaciones derivadas del PIDESC son de conducta y de resultado, y que aparte de los derechos de carácter progresivo, los derechos económicos, sociales y culturales son también de carácter inmediato. Más allá de los recursos disponibles, los Estados tienen la obligación de, al menos, tomar unas medidas mínimas de bajo costo y buscar la asistencia y cooperación internacionales para enfrentar la limitación de recursos.⁵⁹

⁵⁷ ONU, Informe preparado por el secretario general en cumplimiento de la resolución 2003/18 de la Comisión..., *cit.*, p. 4, párrs. 5-6.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 4, párr. 7.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 5, párr. 8.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

El gobierno de Italia argumentó que las obligaciones impuestas por el PIDCP son vinculantes, mientras que las derivadas del PIDESC son solo declaraciones de intención que tienen un peso moral y político, pero que no imponen obligaciones jurídicas directas a los Estados parte. México señaló que la obligación de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, hasta el máximo de los recursos disponibles, no puede justificar que un Estado no tome medidas rápidas, constantes y eficientes. Por tanto, las limitaciones de recursos no liberan a los Estados de su obligación de asegurar el disfrute más amplio posible de esos derechos.⁶⁰

Por su parte, el gobierno de los Países Bajos manifestó que la naturaleza progresiva de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales no les resta valor, ya que la efectividad progresiva significa que los Estados parte están obligados a demostrar que han tomado medidas, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para lograr la plena efectividad de tales derechos. Para este Estado, los derechos relativos al principio de no discriminación son absolutos, en tanto que la mayoría de los demás derechos están relacionados en mayor medida con la disponibilidad de recursos y, por tanto, dependen frecuentemente de la situación económica existente.⁶¹

Para el gobierno de Portugal existen dos maneras de interpretar las obligaciones derivadas del PIDESC. La primera consiste en hacer una distinción entre las obligaciones de conducta y las obligaciones de resultado y, la segunda, en considerar las obligaciones estatales en términos de respetar, proteger y realizar los derechos económicos, sociales y culturales. En este marco, Portugal señaló que compartía la opinión expresada por el Comité DESC en su observación general 3. Suecia indicó que los conceptos de

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 5-6, párr. 11. Bajo esos parámetros, la adopción de medidas regresivas es una violación de las disposiciones del PIDESC, “a menos que esté justificada por la existencia de circunstancias excepcionales. Hecho importante, México pone de relieve la necesidad de aclarar el contenido de cada derecho económico, social y cultural y de las obligaciones respectivas que se imponen al Estado, teniendo en cuenta que algunas obligaciones de los Estados son de efecto inmediato”.

⁶¹ *Ibidem*, p. 6, párr. 12.

Una mirada crítica a los debates en torno a la adopción...

“progresividad” y “disponibilidad de recursos” no están claros en el PIDESC, razón por la cual es recomendable esclarecerlos antes de examinar la posibilidad de un mecanismo de denuncia.⁶²

Me parece importante apuntar que ante las preocupaciones de algunos Estados sobre la manera en que el Comité DESC podría examinar una comunicación relativa a la obligación de adoptar medidas —hasta el máximo de los recursos disponibles— para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, este estableció que la disponibilidad de recursos “aunque condiciona la obligación de adoptar medidas, no modifica el carácter inmediato de la obligación, de la misma forma que el hecho de que los recursos sean limitados no constituye en sí mismo una justificación para no adoptar medidas”.⁶³

Por tanto, cuando el Comité DESC estudie una comunicación que denuncie que un Estado parte no ha adoptado dichas medidas, tendrá en cuenta: *a)* hasta qué punto las medidas adoptadas fueron deliberadas, concretas y orientadas al goce de los derechos económicos, sociales y culturales; *b)* si el Estado ejerció sus facultades discrecionales de manera no discriminatoria y no arbitraria; *c)* si la decisión estatal de no asignar recursos disponibles se ajustó a las normas internacionales de derechos humanos; *d)* si el Estado se inclinó por la opción menos limitativa de los derechos; *e)* el marco cronológico en que se adoptaron tales medidas, y *f)* si el Estado tomó en cuenta la precaria situación de los sectores menos favorecidos de la sociedad.⁶⁴

Ante la justificación estatal de “limitación de recursos” para argumentar la adopción de una medida regresiva, el Comité DESC examinará la cuestión en función de las circunstancias concretas del país aludido y de conformidad con: *a)* su nivel de desarrollo; *b)* la gravedad de la presunta infracción; *c)* su situación económica en ese momento, tomando en cuenta si se está atravesando

⁶² *Ibidem*, p. 7, párrs. 16-17.

⁶³ Comité DESC, Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos de que disponga” de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto, declaración E/C.12/2007/1, 21 de septiembre de 2007, p. 2, párr. 4.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 3, párr. 8.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

por una recesión económica; *d*) la existencia de otras necesidades importantes que el Estado debe satisfacer con los recursos limitados de que dispone; *e*) si trató de encontrar opciones de bajo costo, y *f*) si obtuvo recursos de la cooperación y asistencia de la comunidad internacional, o rechazó sin justificación suficiente tales recursos.⁶⁵

Finalmente, en el marco de un protocolo facultativo, el Comité DESC podría formular recomendaciones al Estado denunciado, como: *a*) adoptar medidas rectificativas; *b*) poner remedio a las circunstancias que dieron lugar a la violación del derecho; *c*) sugerir medidas para ayudarlo a aplicar las recomendaciones, enfocándose en las medidas de bajo costo, y *d*) recomendar un mecanismo de supervisión que garantice su rendición permanente de cuentas.⁶⁶

Por todo lo anterior, el protocolo facultativo constituye un instrumento valioso para impedir que los Estados parte adopten medidas ilícitas de bloqueo o regresivas, so pretexto de un contexto económico desfavorable, dado que la posibilidad de un estudio exhaustivo de los hechos alegados por las partes y del contexto en que se produce la acción o inacción estatal, con la consiguiente formulación de observaciones, implica un nuevo escenario en el que el tenue control contemplado en el procedimiento de informes se verá claramente reforzado por la posibilidad cierta de realizar recomendaciones precisas que puedan reorientar las políticas nacionales en aras de una efectiva —aunque flexible— optimización de los recursos estatales, tomando como referencia central el PIDESC en su integralidad.⁶⁷

En relación con la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, el gobierno de Argentina subrayó que aunque su Constitución garantiza la protección de estos derechos

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 3-4, párr. 10.

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 4-5, párr. 13.

⁶⁷ Quel López, F. Javier, “Un paso esencial hacia la eficacia internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Luces y sombras del Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en Embid Irujo, Antonio (dir.), *Derechos económicos y sociales*, Madrid, Iustel, 2009, pp. 313-314.

Una mirada crítica a los debates en torno a la adopción...

mediante su invocación ante los tribunales, sigue resultando difícil determinar el contenido exacto de tales derechos. Burkina Faso observó que las normas del PIDESC son, en general, demasiado vagas para ser invocadas ante un tribunal, por lo que es preciso “un instrumento jurídico interno que enuncie el contenido de los derechos económicos, sociales y culturales, así como sus modalidades de aplicación”.⁶⁸

Por el contrario, para Cuba, las normas y los principios consagrados en el PIDESC están claramente definidos, sin ambigüedad. Por tanto pueden, tal como sucede en su derecho interno, ser exigidos en sede judicial. El gobierno de República Checa consideró que pueden invocarse ante sus tribunales nacionales los artículos 2.2, 3, 4, 6, 7 a), 7 b), 7 i), 8, 9, 10.1, 2) y 3), 12.2 c) y d), 13.2 a), 13.2 b), 13.2 c), 13.2 d), 13.3, 13.4, 15.1 c) y 15.3 del PIDESC. Pero Italia señaló que debido a que los derechos económicos, sociales y culturales no entrañan directamente obligaciones jurídicas directas, ello le impide realizar una evaluación exhaustiva de los distintos aspectos de la posibilidad de invocarlos ante los tribunales nacionales.⁶⁹

México subrayó que es importante garantizar la posibilidad de juzgar las denuncias presentadas sobre los derechos económicos, sociales y culturales, pues deben ser aplicados de buena fe por los Estados parte en el PIDESC, dado que es un instrumento internacional jurídicamente vinculante. El gobierno de los Países Bajos señaló que sus tribunales no consideran que la mayoría de estos derechos sean de aplicación inmediata en su sistema jurídico; no obstante, en el ámbito internacional se remite al mecanismo del Comité de Expertos y el Comité de Libertad Sindical de la OIT. Por su parte, Portugal señaló que los artículos 3, 7 a), 7 i), 8, 10.3, 13.2 a), 13.3, 13.4 y 15.3 del PIDESC pueden ser aplicados directamente por los órganos judiciales y otros órganos en muchos ordenamientos jurídicos nacionales y remitió al mecanismo del Comité Europeo de Derechos Sociales.⁷⁰

⁶⁸ Informe preparado por el secretario general en cumplimiento de la resolución 2003/18 de la Comisión..., *cit.*, p. 8, párrs. 23-24.

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 8-9, párrs. 25, 26 y 28.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 9-10, párrs. 29-31.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

Finalmente, en cuanto a los beneficios y la viabilidad de un mecanismo de examen de quejas individuales, Argentina consideró que es oportuna la propuesta de crear un sistema de quejas análogo al establecido en el PIDCP, pues el hecho de que los derechos económicos, sociales y culturales entrañen obligaciones de medios no significa que no puedan ser invocados ante los tribunales. Además, un mecanismo de este tipo contribuiría a esclarecer más el contenido y el significado de estos derechos. No obstante, aconsejó que debido a las dificultades en torno de los mismos, el mecanismo de examen de las denuncias se circunscribiera a determinados derechos enunciados en el PIDESC y que posteriormente se ampliase el alcance a otros.⁷¹

El gobierno de Burkina Faso consideró que un protocolo facultativo del PIDESC podría ser muy útil, aunque también podría parecer utópico en el caso de un país tan endeudado como el suyo. De cualquier manera, destacó que un sistema de comunicaciones individuales permitiría que la sociedad ejerza cierto control sobre las opciones y políticas de los gobiernos en el sector social y “serviría para reforzar el Estado de derecho, en los aspectos generales relacionados con los derechos humanos”.⁷²

Cuba, por su parte, destacó que no aprobar un protocolo facultativo del PIDESC sería regresivo para la promoción y protección de los derechos en él contenidos. Además, destacó que es fundamental definir las responsabilidades en caso de violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, y que un mecanismo de denuncias, además de viable, es necesario para hacer efectivo el pleno ejercicio de todos los derechos humanos, y

⁷¹ *Ibidem*, p. 11, párr. 33. Argentina también subrayó que “sigue habiendo dificultades en relación con los derechos económicos, sociales y culturales. En particular, no está claro su contenido; muchos gobiernos son ambivalentes en lo que se refiere a esos derechos; existen prejuicios ideológicos contra los derechos económicos, sociales y culturales; a menudo faltan instituciones nacionales dedicadas a los derechos económicos, sociales y culturales; los derechos exigen una información compleja y detallada para lograr su supervisión efectiva; algunos aspectos de esos derechos son programáticos; faltan textos legales y decisiones acerca de los derechos económicos, sociales y culturales; y las ONG que trabajan en este ámbito son escasas”.

⁷² *Ibidem*, p. 12, párr. 34.

Una mirada crítica a los debates en torno a la adopción...

contribuiría a la efectividad, no solo de los derechos económicos, sociales y culturales, sino también de los derechos civiles. Además, el gobierno cubano recomendó incluir un procedimiento de examen de denuncias interestatales.⁷³

Para el gobierno de República Checa la justificación básica de la adopción de un protocolo facultativo del PIDESC deriva de la interdependencia, indivisibilidad e interrelación de los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos civiles y políticos; por tanto, para disfrutar plenamente de todos los derechos, se necesitan mecanismos de supervisión eficaces, como el de examen de denuncias presentadas por particulares, que contribuiría: *a)* al desarrollo de jurisprudencia; *b)* a refinar el contenido de los derechos económicos, sociales y culturales, y *c)* a acrecentar la responsabilidad de los Estados parte y de la comunidad internacional en lo que se refiere a estos derechos.⁷⁴ En este orden de ideas, República Checa propuso:

[...] un procedimiento cuasi judicial, en el que la decisión definitiva sobre lo que debe hacerse en respuesta a un dictamen aprobado por el Comité debe corresponder al Estado; la sustitución de la referencia a “las violaciones” por “la insatisfactoria aplicación” del Pacto o “el incumplimiento de los derechos” reconocidos en el Pacto; las comunicaciones de particulares y comunicaciones limitadas de grupos, pero no comunicaciones entre Estados; comunicaciones presentadas por terceras partes en nombre de presuntas víctimas, pero solamente con el conocimiento y el consentimiento de la presunta víctima; un protocolo facultativo general que abarque todos los derechos sustantivos reconocidos en el Pacto, aunque es preciso analizar más esta cuestión; en relación con la admisibilidad, el agotamiento de los recursos internos (a menos que la aplicación de los recursos internos se prolongue injustificadamente), e inadmisibilidad de toda comunicación que plantee las mismas cuestiones de

⁷³ *Ibidem*, p. 12, párr. 35. A la vez, Cuba destacó que en un mundo en vías de mundialización, estos derechos entrañan obligaciones para distintas entidades. “Aun cuando la responsabilidad primordial de hacer valer los derechos económicos, sociales y culturales recaiga en los Estados, es imposible pasar por alto la responsabilidad de otras entidades como las instituciones financieras y comerciales multilaterales y las empresas transnacionales”.

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 12-13, párr. 36.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

hecho y de derecho que estén siendo examinadas en otro procedimiento internacional de investigación.⁷⁵

Al igual que Cuba, el gobierno de México apoyó la adopción de un mecanismo de examen de denuncias presentadas por particulares, lo cual consideró no solo viable, sino también necesario. En este sentido, manifestó que el protocolo facultativo del PIDESC debería tener, al menos: *a)* un sistema de comunicaciones que incluyera la posibilidad de que particulares, ONG o grupos presenten denuncias en nombre de presuntas víctimas; *b)* la admisibilidad de las comunicaciones colectivas; *c)* la admisibilidad de las comunicaciones sobre cualquiera de los derechos sustantivos consagrados en el PIDESC; *d)* la inclusión de excepciones al requisito del agotamiento de los recursos internos; *e)* la fijación de fechas y de plazos en el caso de los recursos cautelares; *f)* el reconocimiento de la posibilidad de una solución amistosa de las comunicaciones, y *g)* la inclusión de disposiciones que permitan supervisar la aplicación del dictamen del Comité DESC sobre una comunicación por medios distintos de su informe anual.⁷⁶

Los Países Bajos manifestaron que no habían llegado a ninguna conclusión sobre la conveniencia de un mecanismo de este tipo, pero subrayaron la necesidad de profundizar en el conocimiento acerca de: *a)* la determinación de los derechos que deben incluirse en el protocolo facultativo; *b)* la mejor aclaración y definición de los elementos de la propuesta del experto independiente, y *c)* la determinación de los asuntos en que pueden presentar denuncias los particulares y los grupos. Por último, también plantearon la necesidad de “examinar la cuestión de la accesibilidad de los pobres a los mecanismos de examen de las denuncias y plantean la posibilidad de que con un mecanismo de ese tipo se corra el riesgo de que tengan principalmente acceso a él los ciudadanos de los países más ricos, creando así algún tipo de discriminación indirecta”.⁷⁷

⁷⁵ *Ibidem*, p. 13, párr. 36.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 13, párr. 37.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 14, párr. 38.

Una mirada crítica a los debates en torno a la adopción...

Por su parte, Portugal consideró que la adopción de un sistema de denuncias: *a)* promovería una comprensión más completa y una definición más precisa de los derechos contenidos en el PIDESC; *b)* colocaría a los derechos económicos, sociales y culturales en el mismo plano que los derechos civiles y políticos; *c)* alentaría a los Estados a promulgar disposiciones legislativas para cumplir con las obligaciones derivadas del PIDESC, y *d)* “daría la oportunidad de refutar los argumentos que con frecuencia aducen sobre la imposibilidad de invocar ante los tribunales los derechos económicos, sociales y culturales, y sobre la incapacidad de los Estados para hacer efectivos esos derechos sin recursos suficientes”.⁷⁸

Finalmente, el gobierno de Suecia manifestó no estar convencido de que un sistema de denuncias individuales aclare suficientemente las deficiencias existentes en lo referente a las medidas adoptadas por un Estado para hacer efectivo un determinado derecho ni, por ende, implique una mejora real de la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Para Suecia, en vez de crear un mecanismo de este tipo, habría que corregir el sistema actual de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos.⁷⁹

En su primera sesión, el Grupo de Trabajo eligió, por aclamación, como presidenta-relatora a la portuguesa Catarina de Albuquerque, quien de conformidad con la resolución 2003/18 de la Comisión de Derechos Humanos, presentó su informe relativo a recomendaciones concretas sobre las medidas adoptadas con respecto de la posible adopción de un protocolo facultativo del PIDESC. En el informe, la presidenta-relatora estableció que el Grupo de Trabajo no había llegado a un consenso sobre la cues-

⁷⁸ *Ibidem*, p. 14, párr. 39.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 14, párr. 40. “Además, a Suecia le preocupa profundamente la falta de recursos para el funcionamiento de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, incluida la tramitación de las denuncias presentadas por particulares, que exige que la secretaría disponga de más recursos profesionales. Además, Suecia hace hincapié en la importancia de incluir en la asistencia para el desarrollo un enfoque basado en los derechos humanos, como medio de promover los derechos económicos, sociales y culturales”.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

ción de iniciar la redacción de un protocolo facultativo, por lo que recomendó a la Comisión de Derechos Humanos: *a)* renovar el mandato del Grupo de Trabajo por un periodo de dos años; *b)* autorizarlo para reunirse durante periodos de diez días hábiles antes de los periodos de sesiones 61° y 62° de la Comisión de Derechos Humanos, y *c)* invitar a un representante del Comité DESC a asistir a esas reuniones en calidad de especialista.⁸⁰

También recomendó: *a)* determinar los expertos a los que se puede invitar a futuros periodos de sesiones del Grupo de Trabajo, tales como representantes de los tres comités de derechos humanos con procedimientos de comunicación, representantes de los mecanismos regionales de derechos humanos, de la OIT y la UNESCO, y procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos, y *b)* pedir “para su próximo periodo de sesiones como documento de antecedentes un informe del secretario general en que se proporcione al Grupo de Trabajo, en su segundo periodo de sesiones, un resumen comparativo de los procedimientos y prácticas de comunicación e investigación vigentes establecidos al amparo de los instrumentos internacionales de derechos humanos y del sistema de las Naciones Unidas”.⁸¹

El 19 de abril de 2004, la Comisión de Derechos Humanos acogió con beneplácito el informe del Grupo de Trabajo y decidió renovar su mandato por dos años para que estudiara las opciones de elaboración de un protocolo facultativo del PIDESC, y lo autorizó a reunirse durante diez días hábiles, antes de los periodos

⁸⁰ ONU, Comisión de Derechos Humanos, Los derechos económicos, sociales y culturales, Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta sobre un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su primer periodo de sesiones, U.N. Doc. E/CN.4/2004/44, 15 de marzo de 2004, p. 22, párrs. 75-76.a,b,c. El 15 de noviembre de 2004 la OACNUDH presentó su informe “Documento de antecedentes preparado por la secretaria. Selección de precedentes en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, E/CN.4/2005/2G.23/CRP.1; y el 22 de noviembre de 2004, el secretario general presentó su informe “Resumen comparativo de los procedimientos y las prácticas de comunicación e investigación en relación con instrumentos internacionales de derechos humanos y el sistema de las Naciones Unidas”, E/CN.4/2005/WG.23/2), 22 de noviembre de 2004.

⁸¹ *Ibidem*, p. 23, párrs. 77.a.b.

Una mirada crítica a los debates en torno a la adopción...

de sesiones 61° y 62° de la Comisión de Derechos Humanos. A su vez, invitó a un representante del Comité DESC a que asista a tales reuniones en calidad de especialista y pidió a la presidenta-relatora del Grupo de Trabajo que determinara los expertos que podrían invitarse a futuros periodos de sesiones del mismo. Asimismo, pidió al Grupo de Trabajo y al secretario general de la ONU informar sobre la aplicación de las cuestiones anteriores.⁸²

El segundo periodo de sesiones del Grupo de Trabajo tuvo lugar del 10 al 21 de enero de 2005, y en este, Catarina de Albuquerque fue reelecta relatora-presidenta. El Grupo de Trabajo preparó un informe en que se incluyeron las posiciones de varios Estados sobre la posibilidad de adoptar un protocolo facultativo del PIDESC. Así, Rusia, Portugal y Francia expresaron su apoyo a la inclusión de una disposición en el protocolo facultativo que declarara inadmisibles las comunicaciones anónimas. Brasil, Costa Rica, Etiopía, Finlandia, México, Portugal y Sudáfrica propusieron que la aplicación del protocolo facultativo fuera general, mientras que Rusia señaló que apoyaba un enfoque “a la carta”.⁸³

Francia planteó que el alcance del protocolo facultativo debía restringirse a las violaciones graves de los derechos económicos, sociales y culturales, lo cual fue apoyado por Grecia y Alemania. Ghana, Finlandia y Rusia manifestaron su oposición a esta propuesta, al considerar que plantearía problemas para definir los requisitos de admisibilidad e introduciría nuevos obstáculos para las víctimas. En el mismo sentido, Bélgica señaló que sería difícil elaborar criterios que limitaran los derechos sujetos al procedimiento de presentación de denuncias del protocolo facultativo sin modificar el contenido del PIDESC.⁸⁴

⁸² Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2004/29, párrs. 14.a.b.c.d.e, 15-17.

⁸³ ONU, Comisión de Derechos Humanos, Los derechos económicos, sociales y culturales, Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta encargado de estudiar las opciones para la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su segundo periodo de sesiones, U.N. Doc. E/CN.4/2005/52, 10 de febrero de 2005, p. 20, párrs. 86-87.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 20, párr. 88. Alemania, además, “recomendó que se limitaran los mecanismos de comunicaciones a los casos relativos a violaciones del

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

Prácticamente todos los Estados mostraron su anuencia a incluir en el protocolo facultativo una disposición respecto del agotamiento de los recursos internos, aunque algunos, como Australia, Bélgica, Brasil, Costa Rica, Grecia, Rusia, España y Etiopía, en nombre del Grupo de Estados de África, sugirieron que tales recursos no se agotaran en los recursos judiciales. México y Brasil propusieron que estos también fueran efectivos. Otros, como Angola, Argentina, Costa Rica y Francia propusieron, además, que se agotaran los recursos regionales, y Reino Unido señaló que algunos recursos internos podrían ser de carácter político. China, por su parte, pidió que los criterios de admisibilidad fueran lo más específicos posible.⁸⁵

Aunque el Grupo de Trabajo tuvo ante sí el proyecto de Protocolo Facultativo que el Comité DESC presentó a la Comisión de Derechos Humanos en 1997, se decidió que era necesario actualizarlo y revisarlo, por lo que solicitó a la relatora-presidenta elaborar un documento que incluyera una lista de elementos que debería contener el protocolo facultativo; además, se estableció que el documento debería: *a)* explicar la naturaleza y el alcance del mismo; *b)* analizar las ventajas respectivas de un instrumento con un enfoque general o un enfoque “a la carta”; *c)* exponer detalladamente las maneras de garantizar el funcionamiento eficaz de un procedimiento de comunicaciones, y *d)* enumerar los criterios de admisibilidad y otros elementos.⁸⁶

En la continuación del debate sobre la elaboración del protocolo facultativo, varios países⁸⁷ manifestaron su apoyo para la concretización de dicho proyecto. Sin embargo, Rusia y Suiza apuntaron que este instrumento debía adoptar un enfoque “a la carta”. La mayoría expresó su apoyo a la idea de un protocolo

contenido básico de un derecho”. Por su parte, Australia “señaló que al autor de una comunicación debía afirmar que era víctima de una violación específica”.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 21, párrs. 92-93.

⁸⁶ *Ibidem*, pp. 22, 23, 25-26, párrs. 98, 102, 108-109.

⁸⁷ Alemania, Bélgica, Chile, Costa Rica, Croacia, Cuba, Ecuador, Eslovenia, España, Rusia, Finlandia, Francia, México, Perú, Portugal, República Checa, Venezuela, Argentina, en nombre del Grupo de Países de América Latina y el Caribe (GRULAC) y Etiopía, en nombre del Grupo de Estados de África,

Una mirada crítica a los debates en torno a la adopción...

facultativo con un enfoque general, y el Grupo de Países de América Latina y el Caribe (GRULAC) “consideró que la existencia de un protocolo facultativo contribuiría de manera significativa a garantizar que los derechos económicos, sociales y culturales recibían el mismo trato que los derechos civiles y políticos”.⁸⁸

Australia, Canadá, Estados Unidos, Japón y Polonia se mostraron desconfiados de que un mecanismo de denuncia contribuyera eficazmente a mejorar la realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Estados Unidos sostuvo que el protocolo facultativo sería ineficaz y costoso, y Canadá afirmó que se deberían buscar otras maneras de mejorar la supervisión de estos derechos, tales como modificar el actual proceso de presentación de informes estatales para permitir al Comité DESC estudiar las situaciones individuales de posible incumplimiento; “la ampliación de los mandatos de los relatores especiales, de forma que pudieran recibir y examinar las comunicaciones urgentes; revisión de los procedimientos de comunicaciones de la UNESCO y la OIT; o la creación de un procedimiento para la solución amistosa de las denuncias”.⁸⁹

En el tercer período de sesiones del Grupo de Trabajo, la Presidenta-relatora presentó el documento solicitado sobre los elementos que deberían tomarse en cuenta para elaborar el protocolo facultativo del PIDESC. En este planteó cinco enfoques para determinar a qué derechos contenidos en el PIDESC deberían aplicárseles el protocolo facultativo. Así, se encuentra: a) el enfoque exhaustivo, que puede ser de dos formas: i) que se permita a la víctima presentar una denuncia que alegue una violación de cualquiera de las disposiciones del PIDESC y ii) que se permita a la víctima presentar una denuncia en la que alegue una violación de cualquiera de las disposiciones de la parte III

⁸⁸ *Ibidem*, p. 23, párrs. 101-102. “Suiza además consideró que era interesante la idea de un enfoque, ya fuera general o «a la carta», limitado al contenido mínimo de los derechos y centrado en las denuncias de violaciones de las obligaciones de respetar y proteger, con un posible procedimiento de no aceptación” y “Alemania expresó su apoyo a la idea de que el alcance del protocolo facultativo se centrara en el contenido básico de los derechos”.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 24, párrs. 103-104 y 107.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

del PIDESC, contemplada conjuntamente con las Partes I y II;⁹⁰ b) el enfoque “a la carta”, que permite a los Estados limitar la aplicación del Protocolo Facultativo a determinadas disposiciones del PIDESC; c) el enfoque de reserva o “rechazar la carta”, que permite a los Estados excluir de la aplicación del Protocolo Facultativo una o varias disposiciones del PIDESC; d) el enfoque de plazos limitados, que permite a los Estados parte limitar la aplicación del protocolo facultativo a determinadas disposiciones del PIDESC, al tiempo que los obliga a aumentar el número de disposiciones sujetas al procedimiento en unos plazos determinados con el objetivo de conseguir la cobertura total, y e) el enfoque limitado, que permite a la víctima presentar una denuncia únicamente en relación con algunas partes o algunas disposiciones del PIDESC.⁹¹

De acuerdo con la presidenta-relatora, al momento de decidir por uno de estos enfoques, los Estados parte deben tomar en cuenta los siguientes aspectos: a) las consecuencias del enfoque adoptado sobre los principios de indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos; b) las opiniones que el Comité DESC expresó en su proyecto de protocolo facultativo; c) la influencia del enfoque adoptado para facilitar la rápida ratificación del protocolo facultativo; d) los efectos de la exclusión de algunas de las disposiciones del PIDESC del mecanismo de denuncias; e) la importancia de la flexibilidad de que pueda gozar un Estado en la aplicación de un procedimiento de denuncias; f) los efectos del enfoque adoptado sobre la afirmación de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, y g) la posibilidad de que los objetivos perseguidos con los enfoques “elegir a la carta” o “rechazar a la carta” pudie-

⁹⁰ ONU, Elementos para la elaboración de un Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Documento analítico preparado por la presidenta-relatora, Sra. Catarina de Albuquerque, U.N. Doc. E/CN.4/2006/WG.23/2, p. 4, párr. 5.

⁹¹ *Ibidem*, pp. 4-5, párr. 5. “Mientras que el enfoque de «elegir a la carta» parte de la hipótesis de que el procedimiento debe aplicarse únicamente a un número limitado de disposiciones del Pacto, el enfoque de «reserva» parte de la base de que el procedimiento de presentación de comunicaciones se aplicaría en principio a la totalidad del tratado con algunas excepciones”.

Una mirada crítica a los debates en torno a la adopción...

ran conseguirse a través de la formulación de reservas al protocolo facultativo.⁹²

Para la presidenta-relatora, la no elaboración de un protocolo facultativo podría indicar que: a) es suficiente el sistema de informes para supervisar el cumplimiento del PIDESC; b) los derechos económicos, sociales y culturales no son justiciables; c) estos derechos son diferentes y de distinta naturaleza que los civiles y políticos; d) estos son de una naturaleza esencialmente vaga y no constituyen más que una aspiración; e) son discrecionales y costosos; f) la interpretación del PIDESC seguirá dependiendo del diálogo constructivo entre el Comité DESC y los Estados parte, y g) no hay suficiente justificación para ampliar los recursos humanos y financieros de la OACNUDH “para que pueda proporcionar apoyo de secretaría para la aplicación de un protocolo facultativo”.⁹³

El 15 de abril de 2005, la Comisión de Derechos Humanos acogió con satisfacción el informe del Grupo de Trabajo y le pidió informarle, en su 62º periodo de sesiones, sobre las opciones para elaborar un protocolo facultativo.⁹⁴ El Grupo de Trabajo tuvo su tercer periodo de sesiones del 6 al 17 de febrero de 2006. Durante los debates, Brasil, en nombre del GRULAC, señaló que debía corregirse el desequilibrio histórico entre los derechos económicos, sociales y culturales y otros derechos, y que sin un procedimiento o sistema de denuncias similar al de otros órganos de carácter convencional, estos derechos seguirían siendo un ideal inaccesible.⁹⁵

⁹² *Ibidem*, pp. 5-6, párr. 6.

⁹³ *Ibidem*, pp. 27-28, párr. 60. En lo demás, el documento analítico propone algunas cuestiones que son comunes en los procedimientos cuasijudiciales y judiciales de los comités de los tratados de derechos humanos y de los tribunales regionales de derechos humanos, respectivamente, como: a) los criterios de admisibilidad; b) legitimación para presentar denuncias; c) actuaciones sobre el fondo; d) solución amistosa; e) medidas provisionales; f) dictámenes; g) procedimientos de seguimiento, y h) comunicaciones interestatales, entre otros.

⁹⁴ Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2005/22, párrs. 14-15.

⁹⁵ ONU, Comisión de Derechos Humanos, Los derechos económicos, sociales y culturales, Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta encar-

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

Marruecos, en nombre del Grupo de Estados Africanos, manifestó su respaldo a un protocolo facultativo con un enfoque amplio en su aplicación; Austria, en nombre de la Unión Europea, señaló la necesidad de comprender mejor los requisitos para mejorar el cumplimiento del PIDESC y examinar las medidas concretas a adoptar cuando acabase el mandato del Grupo de Trabajo. Australia, por su parte, manifestó que los derechos económicos, sociales y culturales estaban formulados de una manera tan amplia, que no eran susceptibles a la investigación de probables violaciones.⁹⁶

Para Portugal, un sistema de denuncias: a) ayudaría a los Estados parte a cumplir con sus obligaciones derivadas del PIDESC; b) mejoraría la visibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, y c) ejercería una función catalizadora en el plano nacional. Finlandia manifestó que el protocolo facultativo reforzaría el principio de responsabilidad internacional y contribuiría a la interpretación de tales derechos. Croacia expresó que un instrumento de esta clase aclararía las obligaciones estatales en virtud del PIDESC y proporcionaría orientación a los tribunales nacionales así como recursos a las víctimas de violaciones para sus derechos económicos, sociales y culturales.⁹⁷

Estados Unidos subrayó que el PIDESC carecía de un criterio significativo que permitiera el ejercicio de tales derechos, y enfatizó que no era necesario considerar la posibilidad de aprobar el protocolo facultativo. Los Países Bajos expresaron su acuerdo sobre la indivisibilidad de los derechos humanos, pero aseveraron que, dadas las diferencias considerables en su aplicación, era una simplificación excesiva considerar que la inexistencia de un sistema de denuncias para los derechos económicos, sociales y culturales crea una desigualdad respecto de otros derechos.⁹⁸

gado de estudiar las opciones para la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su tercer período de sesiones, U.N. Doc. E/CN.4/2006/47, 14 de marzo de 2006, pp. 3-4, párr. 6.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 4, párrs. 7-9.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 4, párr. 10.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 6, párrs. 18-23.

Una mirada crítica a los debates en torno a la adopción...

En cuanto al alcance de la aplicación del protocolo facultativo, Angola, Argentina, Azerbaiyán, Bélgica, Brasil, Ecuador, Egipto, Etiopía, Finlandia, Italia, México, Nigeria, Noruega, Portugal, Senegal, España, Suiza, y Marruecos, en nombre del Grupo de Estados Africanos, manifestaron su apoyo a un enfoque exhaustivo o amplio del alcance de los derechos sujetos a un sistema de denuncias o comunicaciones. Suiza sugirió una combinación entre un enfoque exhaustivo respecto de la aplicación no discriminatoria de los derechos, y un enfoque de reserva o “rechazo a la carta”, que podría excluir la dimensión de satisfacción.⁹⁹

Por su parte, Reino Unido e India subrayaron que un enfoque exhaustivo sería inviable, y que una posibilidad sería limitar el sistema de quejas a la cuestión de la discriminación. Canadá, Grecia y Rusia mostraron su preferencia por un protocolo facultativo con un enfoque “a la carta”, ya que: *a)* es un enfoque más flexible; *b)* promovería más ratificaciones; *c)* sería una forma de reconocer que algunos derechos están definidos con más claridad, y *d)* permitiría que los Estados ampliaran, con el tiempo, la lista de derechos.¹⁰⁰

Finalmente, Brasil, en nombre del GRULAC, Marruecos, en nombre del Grupo de Estados Africanos, Angola, Argentina, Azerbaiyán, Bélgica, Burkina Faso, Chile, Costa Rica, Croacia, Cuba, Egipto, Finlandia, México, Portugal, Rusia, Sudáfrica, España y Timor-Leste, “propusieron que se encargara a la actual presidenta-relatora la preparación de un primer borrador de protocolo facultativo, que tuviera en cuenta las opiniones expresadas y los debates del Grupo de Trabajo tanto en su actual periodo de sesiones como en el anterior, y que sirviera de base para las futuras negociaciones”.¹⁰¹

⁹⁹ *Ibidem*, p. 7, párrs. 27-28.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 7, párrs. 29-30.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 24, párr. 126. En lo demás, el informe aborda el análisis de cuestiones que también son comunes en los procedimientos cuasijudiciales y judiciales de los comités de los tratados de derechos humanos y de los tribunales regionales de derechos humanos, respectivamente, tales como: *a)* los criterios de admisibilidad; *b)* legitimación para presentar denuncias; *c)* actuaciones sobre el fondo; *d)* solución amistosa; *e)* medidas provisionales; *f)* dictámenes; *g)* procedimientos de seguimiento, y *h)* comunicaciones interestatales; entre otros. Véanse pp. 9-22.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

El 29 de junio de 2006, durante la primera sesión del actual Consejo de Derechos Humanos, acogió con satisfacción el informe del Grupo de Trabajo y decidió

[...] prorrogar el mandato del grupo de trabajo por un período de dos años a fin de elaborar un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, a este respecto, pide a la presidenta del Grupo de Trabajo que prepare, teniendo en cuenta todas las opiniones expresadas durante los periodos de sesiones del Grupo de Trabajo, entre otras cosas, sobre el alcance y la aplicación de un protocolo facultativo, un primer proyecto de protocolo facultativo en el que se incluyan proyectos de disposiciones correspondientes a los distintos enfoques principales esbozados en el informe analítico de la presidenta del Grupo de Trabajo, que sirva de base para las próximas negociaciones.¹⁰²

El cuarto periodo de sesiones del grupo de trabajo tuvo lugar del 16 al 27 de julio de 2007. En este, Catarina de Albuquerque fue reelecta por aclamación como presidenta-relatora.¹⁰³ Como ya hemos visto, el GTCAPF se ha reunido, desde su constitución, en cuatro ocasiones: marzo de 2004, enero de 2005, febrero de 2006 y julio de 2007; esta última es la primera bajo el mandato de redactar un borrador de protocolo facultativo del PIDESC.

Así, en virtud de la resolución 1/3 del Consejo, Catarina de Albuquerque preparó un borrador de protocolo facultativo que fue examinado por el Grupo de Trabajo. El borrador se acompañó de un memorando explicativo que expone la lógica subyacente al texto propuesto y expone cómo se recogen las diversas propuestas que se hicieron durante las deliberaciones en los anteriores periodos de sesiones del Grupo de Trabajo.¹⁰⁴

¹⁰² Resolución del Consejo de Derechos Humanos 1/3, párr. 2.

¹⁰³ ONU, Consejo de Derechos Humanos, Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta sobre un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre su cuarto periodo de sesiones (Ginebra, 16 a 27 de julio de 2007), A/HRC/6/8, 30 de agosto de 2007, p. 4, párr. 4.

¹⁰⁴ Proyecto de Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Preparado por la presidenta-relatora,

Una mirada crítica a los debates en torno a la adopción...

El proyecto de protocolo consta de un preámbulo y 26 artículos. En el primero se reafirma que todos los derechos son universales, indivisibles e interdependientes y se considera que, para asegurar el mejor logro de los propósitos del PIDESC, es conveniente facultar al Comité DESC para recibir y considerar comunicaciones sobre las violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en dicho instrumento. El artículo 1 se refiere a la competencia del Comité DESC para recibir comunicaciones, el cual sigue el texto del primer protocolo facultativo al PIDCP y del Protocolo Facultativo de la CEDAW, se le agrega una referencia a la competencia del Comité DESC para “realizar investigaciones”.¹⁰⁵

El artículo 2, sobre las comunicaciones de particulares, incluye tres opciones de texto: a) un enfoque amplio; b) un enfoque restrictivo; y c) un enfoque de “reserva” y “exclusión”. En relación con las comunicaciones colectivas, se establece en el artículo 3 que las ONG reconocidas como entidades consultivas por el ECOSOC quedan habilitadas para presentar comunicaciones. El artículo 4 se refiere a la admisibilidad de las comunicaciones, lo cual es similar a lo establecido en los procedimientos de otros comités.¹⁰⁶

El artículo 5 describe la figura de las medidas provisionales que debe considerar el Comité DESC, tomando en cuenta los problemas de recursos del Estado en cuestión. Los artículos 6 y 7 se refieren a la transmisión de las comunicaciones y a la solución amistosa, respectivamente, que al no suscitar controversia, fueron incorporados sin más al proyecto. El artículo 8 trata sobre el examen del fondo, y se redactó a la luz de la fórmula utilizada en otros procedimientos de comunicaciones. El artículo 9 se refiere al procedimiento interestatal, y su texto es parecido al establecido en otros procedimientos. Los artículos 10 y 11, sobre un procedimiento de investigación, han generado opiniones a favor y en contra, por lo que requieren de mayor

Catarina de Albuquerque, A/HRC/6/WG.4/2, 23 de abril de 2007, p. 3, párr. 6.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 14.

¹⁰⁶ *Ibidem*, pp. 14-17.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

deliberación. En tal sentido, se incluye un texto extraído de disposiciones idénticas en otros procedimientos en el marco convencional de la ONU.¹⁰⁷

El proyecto también incluye en su artículo 12 la figura de las medidas de protección de forma similar al texto del artículo 11 del protocolo facultativo de la CEDAW. Los artículos 13 y 14 se refieren a la asistencia y cooperación internacionales, y a la creación de un fondo especial para ayudar a los países con graves dificultades económicas para aplicar los dictámenes del Comité DESC. Finalmente, los artículos 15 al 26 tratan sobre una serie de aspectos técnicos, como el informe anual (art. 15); el deber de los Estados de divulgar información sobre el protocolo facultativo (art. 16); el reglamento (art. 17); la firma, ratificación y adhesión (art. 18); la entrada en vigor (art. 19); la competencia del Comité DESC respecto del procedimiento de investigación (art. 20); las reservas (art. 21); las enmiendas (art. 22); la transferencia de competencias (art. 23); la denuncia (art. 24); la notificación por el secretario general (art. 25); y los idiomas oficiales (art. 26).¹⁰⁸

Frente al proyecto de protocolo facultativo presentado por la presidenta-relatora, Brasil, en nombre del GRULAC, lo encomió; Portugal, en nombre de la Unión Europea y los países asociados, México, Azerbaiyán y Chile, enfatizó la importancia de que los derechos económicos, sociales y culturales se pusieran en igualdad de condiciones con los derechos civiles y políticos. Egipto, en nombre del Grupo de Estados Africanos, reiteró su apoyo a la elaboración del protocolo facultativo. Bielorrusia, Croacia, España, Etiopía y Perú manifestaron que el instrumento debía tener un alcance exhaustivo, y Colombia y Sudáfrica expresaron que la negociación en curso era una buena oportunidad para promover los derechos económicos, sociales y culturales.¹⁰⁹

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 18-22.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pp. 22-24.

¹⁰⁹ Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta sobre un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre su cuarto periodo de sesiones (Ginebra, 16 a 27 de julio de 2007)..., *cit.*, p. 4, párrs. 6-9.

Una mirada crítica a los debates en torno a la adopción...

Por su parte, Grecia y Suiza expusieron su preferencia por un criterio flexible en la aplicación del protocolo facultativo; Suiza recaló la necesidad de contar con una cláusula potestativa de exclusión, y Turquía manifestó su preferencia por una opción que permitiera que los Estados, con el tiempo, ampliaran el número de derechos sujetos al protocolo facultativo. China indicó que debían examinarse aún más los mecanismos de quejas y los procedimientos de investigación. Australia, Japón e India señalaron que el protocolo facultativo debería establecer criterios claros para evaluar las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales. Estados Unidos expresó su preocupación por la elaboración del instrumento, ya que los derechos económicos, sociales y culturales tienen una naturaleza que les impide ser justiciables, e Italia recaló que en el protocolo facultativo debía tenerse en cuenta la naturaleza específica de algunos de esos derechos.¹¹⁰

A la vez, Nigeria y Estados Unidos insistieron en que el derecho de un Estado parte a definir sus propias prioridades de política económico-social no debía verse limitado por un protocolo facultativo; la República de Corea manifestó su preferencia por restringir las comunicaciones individuales a violaciones graves de los derechos económicos, sociales y culturales. Por su parte, Brasil insistió en que un protocolo facultativo con un enfoque “a la carta” constituiría un retroceso conceptual, y Ecuador “recordó que el concepto de realización gradual no daba lugar a que los Estados aplazaran más de la cuenta la aplicación de medidas para lograr la plena realización de los derechos de que trataba”.¹¹¹

Con base en las deliberaciones realizadas en el cuarto periodo de sesiones, la presidenta-relatora preparó una versión revisada del proyecto de protocolo facultativo, en la que incluyó las recomendaciones de los Estados y la sometió a consideración del Grupo de Trabajo en la primera parte de su 5° periodo de sesiones, que se celebró del 4 al 8 de febrero de 2008. Posteriormente, teniendo en cuenta los debates surgidos en esas reuniones, preparó un segundo proyecto revisado que sometió a exa-

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 5, párrs. 10-13.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 6, párrs. 14-18.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

men del Grupo de Trabajo en la segunda parte de su 5° periodo de sesiones, celebrado del 31 de marzo al 4 de abril de 2008, con el objetivo de facilitar el proceso de negociación entre los Estados.¹¹²

La presidenta-relatora acompañó el texto del segundo proyecto revisado con una carta a los miembros del Grupo de Trabajo, en la que reconoció los considerables progresos y acuerdos alcanzados en muchas disposiciones del proyecto del protocolo facultativo. No obstante, también señaló que aún había que llegar a soluciones consensuadas sobre el artículo 2, relativo a las comunicaciones; al párrafo 4 del artículo 8, referente al examen de las comunicaciones; y al artículo 14, relativo al fondo fiduciario. Además, expresó que en el proyecto presentado se incorporaron las propuestas que obtuvieron mayor apoyo entre los delegados estatales, y se excluyeron las que tropezaron con considerables objeciones.¹¹³

En términos generales, el segundo proyecto revisado suprime el artículo 3 referido a las comunicaciones colectivas, el artículo 17 relativo al reglamento, y el artículo 23 referente a la transferencia de competencias. Por otra parte, se excluyen las comunicaciones interestatales y las quejas de víctimas no residentes en el Estado responsable de la violación de sus derechos económicos, sociales y culturales. Finalmente, el artículo 20, relativo a la competencia del Comité DESC, en relación con el procedimiento de investigación, se convierte en el artículo 11 bis.¹¹⁴

¹¹² Proyecto revisado de Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, U.N. Doc. A/HRC/8WG.4/3, 28 de febrero de 2008. A su vez, después de realizar consultas informales con algunas delegaciones estatales en Ginebra, del 25 al 28 de febrero de 2008, la presidenta-relatora preparó, para la segunda parte del 5° periodo de sesiones, proyectos adicionales sobre los arts. 4, 5, 8, 13 y 14, que se distribuyeron entre las delegaciones el 25 de marzo de 2008. Véase “Drafting proposals for the optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights” by the Chairperson-Rapporteur of the Open-ended Working Group, 25 de marzo de 2008.

¹¹³ Proyecto revisado de Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales..., *cit.*, p. 2.

¹¹⁴ *Ibidem*, pp. 3-13.

Una mirada crítica a los debates en torno a la adopción...

Durante los debates en las reuniones del 5° periodo de sesiones del Grupo de Trabajo, varias delegaciones estatales señalaron que el 60° aniversario de la Declaración Universal era una excelente ocasión para adoptar el protocolo facultativo, con lo cual se reafirmaría la indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos. Asimismo, se mantuvieron las posiciones de aquellos Estados que apoyaban un enfoque amplio o exhaustivo de aplicación de dicho instrumento, y la de aquellos que preferían un enfoque “a la carta”. Mientras que algunos Estados, como Sudáfrica, afirmaron la justiciabilidad de todos los derechos económicos, sociales y culturales, otros, como Canadá y Estados Unidos, argumentaron que su naturaleza progresiva lo excluía de exigirlos en sede judicial o cuasijudicial.¹¹⁵

En virtud de lo anterior, y teniendo en cuenta las sesiones del Grupo de Trabajo, se ha podido observar la presencia de varias fuerzas con una posición determinada alrededor del protocolo facultativo: *a)* el GRULAC y los Estados africanos, que han apoyado decididamente la adopción del instrumento; *b)* el grupo de Estados de Asia, que han mostrado una aparente falta de interés en el tema, pues su participación en las sesiones ha sido limitada; *c)* el grupo de países de Europa del Este, Asia Central y Rusia, que han mostrado su apoyo al protocolo facultativo (Rusia lo ha hecho de manera significativa), y *d)* el grupo occidental y otros, cuyo apoyo al protocolo facultativo ha sido débil.¹¹⁶

¹¹⁵ “Report of the Open-ended Working Group on an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights on its fifth session (Ginebra, 4-8 de febrero y 31 de marzo-4 de abril 2008)”, en Human Rights Council, *Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development*, A/HRC/8/7, 6 de mayo de 2008, pp. 3-4, párrs. 7-10. En este informe pueden consultarse los debates en torno del primer y segundo proyecto revisado de Protocolo Facultativo.

¹¹⁶ Sepúlveda, Magdalena, “La necesidad de adoptar un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Un llamado a la acción”..., *cit.*, pp. 268-269. Dentro del grupo de Estados africanos, Egipto ha manifestado su oposición al protocolo facultativo al PIDESC; en el grupo de Estados asiáticos, Irán también ha expresado su rechazo a este instrumento; y, dentro del grupo de Estados europeos occidentales y otros, existe una clara división. “Las intervenciones de algunos

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

Es importante señalar que el trabajo de los Estados que conforman el GRULAC ha sido fundamental para que se estableciera el Grupo de Trabajo y para que su mandato fuera renovado. Junto con los Estados africanos, su defensa de la exigibilidad judicial de los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en el PIDESC, incidió fuertemente para que el Grupo de Trabajo pudiera concluir su mandato con un texto de protocolo facultativo consensuado. De hecho, en muchas observaciones finales adoptadas por el Comité DESC después de examinar los informes periódicos de los Estados latinoamericanos y del Caribe, se valora significativamente “el apoyo ofrecido” o “la actitud positiva” de estos países en relación con la aprobación de un protocolo facultativo al PIDESC.¹¹⁷

Todo lo anterior refleja lo difícil que ha sido el camino para llegar a un consenso sobre un texto de protocolo facultativo al PIDESC. Pero en la segunda parte del 5° periodo de sesiones del Grupo de Trabajo, y después de varios años de arduas negociaciones, las esperanzas de la presidenta-relatora se hicieron realidad: los Estados se flexibilizaron para alcanzar un consenso, lo que permitió al Grupo de Trabajo completar su mandato con un texto que fue transmitido al Consejo para su examen y posible aprobación.¹¹⁸

delegados de países europeos, como Finlandia y Portugal, han demostrado un consistente y fuerte apoyo al Protocolo, sin embargo, otros han hecho evidente su escepticismo (*p. ej.* Noruega y la República Checa) y otros su rechazo (*p. ej.* Polonia y Reino Unido). Asimismo, países como Estados Unidos, Canadá y Australia, son fuertes oponentes de un protocolo facultativo al Pacto”.

¹¹⁷ Véase, entre otros, Comité DESC, observaciones finales: Brasil, E/C.12/1/Add.87, 26 de junio de 2003, párr. 13; observaciones finales: El Salvador, E/C.12/1/Add.4, 28 de mayo de 1996, párr. 11; observaciones finales: Honduras, E/C.12/1/Add.57, 21 de mayo de 2001, párr. 4; observaciones finales: México, E/C.12/1/Add.41, 8 de diciembre de 1999, párr. 11, y observaciones finales: México, E/C.12/MEX/CO/4, 9 de junio de 2006, párr. 4; observaciones finales: Panamá, E/C.12/1/Add.64, 24 de septiembre de 2001, párr. 7.

¹¹⁸ “Report of the Open-ended Working Group on an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights on its fifth session (Ginebra, 4-8 de febrero y 31 de marzo-4 de abril 2008)...”, *cit.*, pp. 17 y 26, párrs. 137 y 211.

Una mirada crítica a los debates en torno a la adopción...

5.3. LOS ARGUMENTOS ESTATALES A FAVOR Y EN CONTRA DE LA ADOPCIÓN DEL PROTOCOLO FACULTATIVO

Las discusiones y argumentos a favor y en contra de la adopción de un mecanismo de denuncias aplicable al PIDESC no es algo que surge en los años noventa con la idea de elaborar y adoptar un protocolo facultativo de tal instrumento. Ya en 1954, los Estados habían rechazado varias propuestas relativas al establecimiento de un sistema de quejas o comunicaciones que permitiera el examen de denuncias sobre posibles violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en el PIDESC.¹¹⁹ Pese al tiempo transcurrido, los argumentos en contra prácticamente siguen siendo los mismos y pareciera que quienes los sostienen ignoran los importantes avances jurisprudenciales, doctrinales y normativos en la materia.

Por ello, y como lo venimos observando a lo largo de estas páginas, los debates en todas las sesiones del Grupo de Trabajo no han sido pacíficos, ya que la concepción de algunos Estados sobre los derechos económicos, sociales y culturales sigue condicionada por razones teóricas difícilmente sostenibles de forma absoluta en la actualidad. Si bien es cierto que se les pueden imputar algunas de las “imperfecciones” o “defectos” que se han esgrimido (requieren recursos, algunos no son precisos, generan obligaciones positivas o de hacer), estas también son perfectamente imputables a los derechos civiles y políticos.¹²⁰

En términos generales, de la lectura de los informes del Grupo de Trabajo podemos extraer que los argumentos de aquellos Estados que expresan su rechazo al protocolo facultativo se pueden clasificar en tres grandes grupos: a) los que siguen manteniendo la idea de que los derechos económicos, sociales y cul-

¹¹⁹ Dennis, Michael J. y Stewart, David P., “Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights: Should There Be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing, and Health?”, en *The American Journal of International Law*, vol. 98, núm. 3, Washington, jul, 2004, p. 485.

¹²⁰ Hierro, Liborio, “Los derechos económicos-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, en Alexy, Robert, *et al.*, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pp. 172-173.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

turales tienen unas características innatas que les impiden ser justiciables; b) los que consideran que la falta de precisión del contenido del PIDESC no permite determinar exactamente lo que se puede exigir ante el Comité DESC, y c) los que, por una simple conveniencia política, consideran que los comités de los tratados de derechos humanos no pueden ser competentes para conocer denuncias individuales.¹²¹

En relación con lo primero, la idea de una “naturaleza” no justiciable de los derechos económicos, sociales y culturales fue argumentada por algunos Estados durante la década de los años cincuenta en pleno apogeo de la Guerra Fría, por lo que esgrimirlos en la actualidad y fuera de su contexto “se acerca a la insensatez” y no es congruente con “el dinámico desarrollo que ha tenido el derecho internacional de los derechos humanos”, que ha demostrado que tal idea es contra fáctica.¹²²

Como lo vimos en el apartado 1 de este capítulo, en gran parte, el problema de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales se debe a la falta de garantías secundarias que, por decisión política y no por una cuestión natural, los Estados no han decidido instituir, a pesar de tener la obligación de colmar las lagunas que impiden que un derecho cumpla con las expectativas que genera desde el momento de su adopción normativa.

Aunque se pueda superar la falta de garantías de los derechos económicos, sociales y culturales, no desaparecen las críticas sobre la falta de legitimidad democrática y de capacidad técnica de los órganos judiciales o cuasijudiciales para resolver asuntos relativos a estos derechos. En este sentido, uno de los argumentos persistentes es que la judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales es por naturaleza antidemocrática, en tanto que los tribunales usurpan el papel de los representantes democráticamente elegidos, en cuestiones de políticas sociales y asignación de recursos.¹²³

¹²¹ Sepúlveda, Magdalena, “La necesidad de adoptar un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Un llamado a la acción”..., *cit.*, pp. 270-273.

¹²² *Ibidem*, Las citas textuales corresponden, en su orden, a las pp. 270-271.

¹²³ Langford, Malcom, “The justiciability of social rights: From practice to theory”, en Langford, Malcom (ed.), *Social rights jurisprudence...*, *cit.*, p. 31.

Una mirada crítica a los debates en torno a la adopción...

Frente a este argumento se debe señalar que frecuentemente en sede judicial se resuelven casos que tienen implicaciones económicas importantes en materia laboral, civil, mercantil, contractual que, por lo general, encierran “tasaciones y gestión de bienes, estipulación de daños y perjuicios, cálculos de intereses y de lucro cesante, y otras cuestiones de indudable complejidad”.¹²⁴ Si bien se puede argumentar que no tienen la capacidad técnica para ello, los órganos judiciales se apoyan en informes técnicos y periciales para decidir sobre estos asuntos, de la misma manera que lo hacen muchos parlamentarios que ante su incompetencia técnica en asuntos de políticas públicas en general también se apoyan en asesores, consultores, peritos y comisiones especiales. El propio Comité DESC ha establecido que

Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad.¹²⁵

Por tanto, tal como lo demuestra la experiencia de distintos órganos judiciales y cuasijudiciales nacionales e internacionales, la oposición política a la intervención judicial en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales no redundará en una mayor democratización de los sistemas políticos, sino que más bien constituye un pretexto para dejar en la impunidad la actuación restrictiva y regresiva de los poderes públicos en relación con estos derechos, sobre todo cuando se trata de los grupos más vulnerables de la sociedad. En tal sentido, “la ausencia de garantías

¹²⁴ Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, p. 95.

¹²⁵ Comité DESC, *La aplicación interna del Pacto...*, observación general 9, 1998, *cit.*, párr. 10.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

jurisdiccionales en materia de derechos sociales, lejos de redundar en beneficio del sistema democrático, actúa en su detrimento”.¹²⁶

En referencia a lo segundo, se argumenta que la falta de determinación del contenido de los derechos económicos, sociales y culturales constituye un impedimento insuperable para exigirlos en sede judicial o cuasijudicial, ya que el Comité DESC, por ejemplo, no podría determinar la conducta que provoca su incumplimiento.¹²⁷ Sin embargo, el hecho de que estos derechos hayan sido incorporados en muchas constituciones nacionales e instrumentos internacionales con cierto grado de indeterminación no se debe a una cuestión relacionada con su naturaleza, sino con la falta de voluntad política de los Estados para precisar su contenido mediante el debido desarrollo legislativo, como se ha hecho con los derechos civiles y políticos.

Es preciso apuntar que la generalidad y la vaguedad son características de las normas jurídicas en general, y de todos los derechos humanos en particular¹²⁸ y, dentro de ellos, no solo es una cuestión relativa a los derechos económicos, sociales y culturales. Por ejemplo, la noción de “tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” no es más precisa o específica que la noción de “educación básica obligatoria y gratuita”. Sin embargo, tradicionalmente la actividad legislativa, jurisdiccional y doctrinal se ha enfocado en determinar el alcance y contenido del primero y del resto de derechos civiles y políticos, mientras que el segundo, y demás derechos económicos, sociales y culturales, han sido prácticamente ignorados.¹²⁹

En este orden de ideas, en el ámbito de los tratados de derechos humanos es posible encontrar disposiciones sobre derechos humanos cuya redacción es general e imprecisa, y otras cuya redacción es detallada. Por ejemplo, en el PIDCP hay varias

¹²⁶ Pisarello, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona, Icaria, 2003, p. 159.

¹²⁷ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles...*, cit., p. 122.

¹²⁸ Jori, Mario, “Ferrajoli sobre los derechos”, en Cabo, Antonio de y Pisarello Gerardo (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales: debate con Luca Baccelli*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 112-113.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 68.

Una mirada crítica a los debates en torno a la adopción...

disposiciones que se caracterizan por su brevedad, generalidad e indeterminación, por lo que es difícil extraer de su simple lectura el alcance y contenido preciso de los derechos allí reconocidos. Así, el artículo 7 establece: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

Por su parte, el artículo 11 señala: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”. El artículo 19.1 establece que “Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones”. El artículo 21 indica:

Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho solo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

¿Qué constituye exactamente la tortura? ¿En qué se diferencia de los tratos crueles? ¿Cuál es el contenido de la personalidad jurídica? La frase “en todas partes”, ¿solo se refiere a dentro del territorio de un Estado? ¿Las opiniones de una persona tienen algún límite? ¿Qué es “el orden público”, “la seguridad nacional” o “la moral pública”? Evidentemente, ha sido necesario un mayor desarrollo interpretativo, legislativo y casuístico para ir definiendo poco a poco los parámetros y límites de cada uno de los derechos mencionados.

La indeterminación e imprecisión de estos derechos no ha llevado a la conclusión de que los derechos civiles y políticos no sean verdaderos derechos o no susceptibles de exigibilidad judicial o cuasijudicial; al contrario, más bien ha generado una mayor preocupación por especificar “su contenido y límites, a partir de distintos procedimientos de afinamiento de su significado —principalmente, la reglamentación legislativa y administrativa, la jurisprudencia y el desarrollo de la dogmática jurídica—. ¹³⁰

¹³⁰ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles...*, cit., pp. 122-123.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

Por otra parte, el mismo PIDCP contiene otras disposiciones cuya precisión contrasta con la brevedad e indeterminación de las anteriores. Así, el artículo 14 es exhaustivo al momento de determinar y definir el contenido del derecho a las garantías judiciales (consta de siete numerales y el 3 tiene siete literales). De la misma manera, la brevedad del artículo 9 contrasta con la precisión y especificidad del artículo 13. Así, mientras que el artículo 9 señala que “Los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”, el artículo 13, relativo a la enseñanza primaria, tiene cuatro numerales y el 2 consta de cinco literales.

No se niega que existe un mayor número de disposiciones en el PIDESC que han sido redactadas de manera más general que en el PIDCP. No obstante, ello solo es reflejo de una opción política de los Estados, que decidieron que fueran escritas de esa manera, y no obedece a una supuesta naturaleza indeterminada, vaga e imprecisa de los derechos económicos, sociales y culturales. De hecho, esta redacción de las disposiciones del PIDESC

“se realizó en el entendimiento de que serían posteriormente desarrolladas, como así ha sucedido gracias a la labor de algunas Organizaciones Internacionales como la OIT o la UNESCO, así como a algunos órganos de Naciones Unidas, en particular la Subcomisión para la prevención de las discriminaciones y protección de las minorías”.¹³¹

Por tanto, lo que se requiere es un mayor desarrollo de tales normas, tal como lo ha venido haciendo el Comité DESC a través de sus interpretaciones en el marco de las observaciones generales; y en este sentido, la aplicación del protocolo facultativo a casos concretos de violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales contribuiría a especificar aún más su contenido, “del mismo modo en que lo ha hecho el establecimiento de sistemas

¹³¹ Fernández Liesa, Carlos R., “Los derechos económicos, sociales y culturales en el orden internacional”, en Mariño Menéndez, Fernando M. y Fernández Liesa, Carlos R. (coords.), *Política social internacional y europea*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, p. 88.

Una mirada crítica a los debates en torno a la adopción...

de petición individual en el caso de violación de derechos civiles y políticos, tanto a nivel universal como regional”.¹³²

Y en relación con lo tercero, es evidente que algunos Estados como Sudáfrica, Estados Unidos, Mozambique o Arabia Saudita, por ejemplo, tenían un interés político en que el protocolo facultativo del PIDESC no fuera acogido, pues consideraban que el reforzamiento del sistema de supervisión, mediante la adopción de un nuevo instrumento, a la larga, les obligaría moralmente a adoptarlo. Irónicamente, hasta la fecha, ninguno de los Estados mencionados ha ratificado el PIDESC.¹³³

Con base en esta clasificación se pueden identificar cuatro problemas fundamentales que originaron la oposición inicial de algunos Estados a adoptar un protocolo facultativo: *a)* ignorancia, ya que algunos Estados continúan usando erróneamente los argumentos que surgieron en 1966 sobre la naturaleza de los derechos consagrados en el PIDESC, y *b)* falta de disposición de los Estados, por considerar que pueden comprometer sus programas económicos.¹³⁴

También *c)* temor a la idea de justiciabilidad, dado que al permitir a los individuos exigir ante los tribunales la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales, se abriría el debate sobre la obligación estatal de cumplir con tales disposiciones, y *d)* argumentos políticos consistentes en que, mientras los países en desarrollo han manifestado que no tienen obligación de implementar los derechos económicos, sociales y culturales hasta en tanto no reciban la necesaria cooperación internacional para su desarrollo económico, los países desarrollados han argu-

¹³² Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles...*, cit., p. 123.

¹³³ Sepúlveda, Magdalena, “La necesidad de adoptar un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Un llamado a la acción”..., cit., p. 272.

¹³⁴ 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*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Comisión Europea, 2005, p. 246.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

mentado que ellos no tienen el deber de ser responsables por la falta de desarrollo de los primeros.¹³⁵

Como resultado de las concepciones contrapuestas sobre el protocolo facultativo al PIDESC, dada la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales, en los debates de las sesiones del Grupo de Trabajo se manifestaron mayoritariamente dos enfoques con alcances diferentes sobre la gama de derechos a ser protegidos mediante un sistema de peticiones individuales.

Por un lado, un enfoque amplio encabezado por el propio Comité DESC quien, en su borrador de protocolo, consideró apropiado que todos los derechos consagrados en los artículos 1 al 15 del PIDESC debían ser 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 observadoras en todos los debates de las sesiones.¹³⁶

Por otro lado, un enfoque restrictivo o enfoque “a la carta”, que consiste en que los Estados conciben al PIDESC como un “menú de derechos” para determinar los derechos y obligaciones sobre los que estarían dispuestos a aceptar denuncias mediante un sistema de comunicaciones individuales. Al respecto, se argumentó que de esta manera: *a)* se permitiría a los Estados decidir la amplitud de las obligaciones que aceptan ajustándose a la situación del país, lo que haría más factible aceptar el principio del procedimiento de formulación de denuncias, y *b)* facilitaría la aceptación paulatina de una gama más amplia de derechos en el transcurso del tiempo.¹³⁷

¹³⁵ *Idem.*

¹³⁶ Además de la versión del proyecto de protocolo elaborada por el Comité DESC, existen otras versiones: *a)* una preparada en una reunión de expertos, realizada en Utrecht, Holanda, del 25 al 28 de enero de 1995 y *b)* otra preparada a instancias del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, cuyos antecedentes de trabajo en esta línea se remontan a 1993.

¹³⁷ “Report of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights to the Commission on Human Rights on a draft optional protocol for the consideration of communications to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights...”, *cit.*, p. 14, párr. 27.

Una mirada crítica a los debates en torno a la adopción...

También se argumentó que: *c)* resolvería parte de la cuestión de qué derechos son exigibles y en qué medida, al permitir a los Estados resolverla por sí mismos y ampliar su planteamiento, conforme se vaya aclarando el contenido de cada uno de los derechos, y *d)* haría que el procedimiento en conjunto fuese de empleo más sencillo y por tanto más aceptable, para un número mayor de Estados.¹³⁸

Aunque la mayoría de Estados apoyó el enfoque amplio de un protocolo facultativo que abarque todos los niveles de derechos y obligaciones del PIDESC, los pocos Estados que preferían un enfoque restrictivo trataron de usar su poder de incidencia para obstaculizar los avances en esta materia, e incluso lograr, en nombre del consenso y de una aceptación más universal del protocolo, que el enfoque “a la carta” fuera el adoptado finalmente. Estados Unidos, por ejemplo, nunca dejó de manifestar su preocupación por la elaboración del protocolo facultativo, e insistió en que los derechos económicos, sociales y culturales eran por naturaleza diferentes; por tanto, no susceptibles de un mecanismo de supervisión de este tipo.¹³⁹

Si se hubiera optado por un enfoque restrictivo o a la carta: *a)* se hubiera puesto en duda el principio de que todos los derechos son igualmente importantes; *b)* el planteamiento hubiera diferido del holístico, plasmado en el primer protocolo facultativo del PIDCP, y *c)* hubiera habido el riesgo de que los Estados optasen inicialmente por aceptar el procedimiento únicamente respecto de una gama indebidamente restringida de derechos.¹⁴⁰

De la misma manera: *a)* se hubiera promovido la existencia de una jerarquía entre los derechos económicos, sociales y culturales, en el sentido de que solo algunos de ellos, por su naturaleza,

¹³⁸ *Idem.*

¹³⁹ “Report of the Open-ended Working Group on an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights on its fifth session (Ginebra, 4-8 de febrero y 31 de marzo-4 de abril 2008)...”, *cit.*, p. 26, párr. 217.

¹⁴⁰ “Report of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights to the Commission on Human Rights on a draft optional protocol for the consideration of communications to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights...”, *cit.* p. 14, párr. 27.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

podían ser justiciables; b) se hubiera dificultado una supervisión más eficaz del PIDESC en cuanto cada Estado podría obligarse respecto de diferentes derechos, y c) se hubiera producido un retroceso respecto de los avances en materia de exigibilidad judicial que se han logrado en las jurisdicciones nacionales.¹⁴¹

5.4. LA APROBACIÓN DEL TEXTO FINAL DEL PROTOCOLO FACULTATIVO

Al final de la discusión en la segunda parte del 5° periodo de sesiones del Grupo de Trabajo, la presidenta-relatora observó que no había objeciones para que se transmitiera al Consejo el texto del protocolo facultativo al PIDESC que había sido examinado.¹⁴² Sin duda, alcanzar un consenso sobre un texto de esta clase al final del mandato del Grupo de Trabajo representó un primer gran paso histórico de cara a la protección efectiva de todos los derechos humanos; a la vez, significó el reconocimiento de que cuando hay voluntad política, los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser exigidos en sede judicial o cuasijudicial a través de la elaboración de sus respectivas garantías.

Pese al avance que este protocolo facultativo representa, conviene reconocer que en el texto finalmente aprobado no se incluyeron algunos puntos importantes debido a la falta de acuerdo entre aquellos Estados como Canadá, Estados Unidos y Reino Unido, que hasta el último momento intentaron debilitar el instrumento, y los países africanos y latinoamericanos, junto a varios Estados asiáticos y europeos, que lo respaldaron decididamente. Así, “nos encontramos ante un texto de mínimos en el que quedan reflejadas las exigencias de numerosos Estados que han impuesto, para su incorporación al protocolo, un perfil bajo

¹⁴¹ Sepúlveda, Magdalena, “La necesidad de adoptar un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Un llamado a la acción...”, *cit.*, pp. 268-273.

¹⁴² “Report of the Open-ended Working Group on an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights on its fifth session (Ginebra, 4-8 de febrero y 31 de marzo-4 de abril 2008)...”, *cit.*, p. 26, párr. 211.

Una mirada crítica a los debates en torno a la adopción...

en cuanto a la naturaleza y alcance de los diversos procedimientos descritos”.¹⁴³

De esta manera, los días de sesiones del Grupo de Trabajo siempre se caracterizaron por los encuentros y desencuentros entre los que apoyaban y se oponían al protocolo facultativo que, en términos generales, no tuvieron un impacto significativamente negativo sobre el texto redactado, gracias a la firme posición de los Estados que lo defendían, al apoyo e incidencia constante de una coalición mundial de organizaciones de la sociedad civil, y al compromiso y dedicación de la presidenta-relatora del Grupo de Trabajo para lograr el mejor resultado posible.

De la lectura de los distintos informes del Grupo de Trabajo se puede extraer que los Estados donde los derechos económicos, sociales y culturales han alcanzado un alto nivel de protección, como Suecia, han mostrado sus reticencias respecto del protocolo facultativo; y los Estados con menos capacidad económica han sido los más entusiastas, como es el caso del GRULAC. Por otra parte, las organizaciones de la sociedad civil han realizado un papel de incidencia fundamental para la adopción de dicho instrumento.

Por ello, considero importante destacar la creación de la Coalición Internacional de ONG por un protocolo facultativo del PIDESC, compuesta por individuos y organizaciones de todo el mundo, y cuyos miembros incluyen ONG internacionales, redes regionales, grupos de base, activistas y organizaciones sociales, que encabezó la *Campaña por la justicia internacional para víctimas de violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales*.

Sus exigencias pueden resumirse en las siguientes: a) que el protocolo facultativo contenga por lo menos un procedimiento de comunicación y un procedimiento de investigación; b) que los procedimientos establecidos en el protocolo estén disponibles a las víctimas de violaciones de todos y cada uno de los derechos reconocidos en el PIDESC; c) que las violaciones a examinarse

¹⁴³ Quel López, F. Javier, “Un paso esencial hacia la eficacia internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Luces y sombras del Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”..., *cit.*, p. 309, nota 8.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

en el marco del protocolo facultativo del PIDESC se refieran a todos los niveles de obligaciones estatales; *d*) que tanto individuos como grupos de personas y organizaciones estén legitimados para presentar sus peticiones, y *e*) que no se permitan reservas a dicho instrumento.

La adopción del protocolo facultativo del PIDESC también contó con el apoyo de la titular del OACNUDH, Louise Arbour, quien en una declaración ante el Grupo de Trabajo el primer día de su 5º periodo de sesiones expresó su optimismo respecto de que el trabajo sobre el protocolo facultativo llegara a buen término. Enfatizó, además, que la aprobación de este instrumento constituiría un hito en la historia del sistema universal de derechos humanos, en el sentido de que marca un punto álgido de la gradual tendencia hacia un mayor reconocimiento de la indivisibilidad e interrelación de todos los derechos humanos y una progresión que, de hecho, es simplemente una vuelta a la visión unificada de los derechos humanos enunciados en la Declaración Universal hace más de medio siglo atrás.¹⁴⁴

Asimismo, señaló que el protocolo facultativo del PIDESC envía un poderoso e inequívoco mensaje acerca del igual valor e importancia de todos los derechos humanos y ayuda a refutar la idea de que los remedios legales o cuasijudiciales no son relevantes para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Finalmente, expresó que este instrumento proporcionará un importante impulso para una renovada y mejor orientada atención hacia tales derechos.¹⁴⁵

Obviamente, debido a las posiciones opuestas entre los Estados que respaldan el protocolo facultativo del PIDESC y los que no, la aprobación de varios artículos importantes no se realizó hasta el final, y mediando algunas concesiones de unos y otros. En tal sentido, quedó claro que países como Australia, Canadá, Dinamarca, Grecia, Irlanda, Holanda, Nueva Zelanda, Suecia,

¹⁴⁴ Statement by Ms. Louise Arbour, High Commissioner for Human Rights to the Open-ended Working Group on an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Fifth session, Salle XII, Palais des Nations, lunes, 31 de marzo de 2008.

¹⁴⁵ *Idem*.

Una mirada crítica a los debates en torno a la adopción...

Suiza, Estados Unidos y Reino Unido se opusieron a la adopción del protocolo facultativo del PIDESC con un enfoque abarcador y trataron de debilitar el texto hasta el último momento, mediante la presentación de ciertas propuestas contrarias al espíritu garantista que debería tener tal instrumento.¹⁴⁶

Por ejemplo, Canadá, Australia, Dinamarca, Irlanda, Japón, Noruega, Polonia, Suiza, Estados Unidos, Nueva Zelanda y Reino Unido exigieron criterios de admisibilidad adicionales, como la cuestión de la “desventaja significativa”, bajo el argumento de evitar que el Comité DESC se sobrecargue de trabajo con casos triviales y propiciar que pueda tener la discrecionalidad suficiente para decidir la admisión de casos verdaderamente importantes. Por su parte, Noruega propuso que se especificara el “carácter voluntario” de las solicitudes de medidas cautelares reconocidas en el artículo 5 para evitar que el Comité DESC interpretara, como lo han hecho el Comité DDHH y el CCT, que la negativa de un Estado parte a cumplir con una solicitud de medidas cautelares implica un incumplimiento de sus obligaciones emanadas del tratado, de cooperar de buena fe con el Comité DESC.¹⁴⁷

A su vez, Italia y Suiza insistieron en incluir en el texto la referencia al “margen de apreciación” o “margen de discreción”, lo cual no tiene precedentes en ningún tratado de derechos humanos en el marco del sistema de protección de la ONU, y que podría traer como consecuencia que los derechos económicos, sociales y culturales sean tratados de manera diferente, especialmente cuando se trata de los recursos disponibles para su realización. Y Noruega, que inicialmente respaldaba un enfoque abar-

¹⁴⁶ “Report of the Open-ended Working Group on an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights on its fifth session (Ginebra, 4-8 de febrero y 31 de marzo-4 de abril de 2008)...”, *cit.*, p. 18, párrs. 145-146. En lo que sigue, también se utiliza la información obtenida de las noticias sobre Protocolo Facultativo y la actualización diaria que la Coalición Internacional de ONG por un Protocolo Facultativo del PIDESC ha estado enviando regularmente vía correo electrónico a las ONG e individuos que de diversas maneras nos hemos sumado a la “Campaña por la justicia internacional para víctimas de violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales”.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 19, párrs. 155-158.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

gador del protocolo facultativo, al final cedió a las presiones de otros países y pasó a apoyar un “enfoque a la carta”.¹⁴⁸

En virtud de lo anterior, las disposiciones más discutidas y sobre las que no hubo acuerdo hasta el final fueron: a) el artículo 2, debido a las posiciones a favor y en contra de un enfoque abarcador o “a la carta”, respectivamente, y el cual finalmente hizo que el texto del protocolo facultativo transmitido al Consejo constituya una mezcla, ya que adopta un enfoque abarcador que incluye todos los derechos contenidos en la Parte II y III del PIDESC, pero deja fuera lo establecido en la Parte I; b) el artículo 5, a causa de la propuesta de referirse explícitamente al carácter voluntario de las solicitudes de medidas cautelares, lo que finalmente no se incluyó;¹⁴⁹ c) El artículo 8.4, debido a la inclusión de la referencia al “margen de apreciación” o “margen de discreción”, que tampoco fue considerada en el texto, y (d) y el artículo 21, relativo a las cuestiones sobre si el protocolo facultativo del PIDESC debía guardar silencio respecto de las reservas, prohibirlas o permitir las explícitamente. Finalmente, se eliminó la prohibición de reservas sobre la base de que no se puede permitir ninguna reserva que sea incoherente con el objeto o fin del tratado, conforme a lo previsto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.¹⁵⁰

Superados los grandes obstáculos en el Grupo de Trabajo sobre la redacción de un protocolo facultativo, podemos señalar

¹⁴⁸ *Ibidem*, pp. 4 y 18, párrs. 11 y 145. En particular, sobre la posición que debería asumir Noruega frente al recién adoptado protocolo facultativo, véase Evju, Stein, “Should Norway ratify the Optional Protocol to the ICESCR? -That is the question”, en *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 27, núm. 1, edición especial: Perspectives on a New Complaint and Inquiry Procedure: The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 2009, pp. 82-90. En el mismo número puede consultarse una posición contraria a la planteada por Evju, Lorange Backer, “Ideals and Implementation: Ratifying Another Complaints Procedure? A Reply to Evju”, pp. 91-96.

¹⁴⁹ “Report of the Open-ended Working Group on an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights on its fifth session (Ginebra, 4-8 de febrero y 31 de marzo-4 de abril de 2008)...”, *cit.*, pp. 5-7, 9 y 17-20, párrs. 11, 31-44, 60-67, 145 y 158-161.

¹⁵⁰ *Ibidem*, pp. 10-12, 16, 20 y 25, párrs. 81-92, 130, 164-175 y 205.

Una mirada crítica a los debates en torno a la adopción...

que la adopción de un instrumento de este tipo tiene las siguientes ventajas: *a)* clarificará el alcance y contenido de los derechos económicos, sociales y culturales, caso por caso; *b)* aplicará en la práctica la Declaración y el Programa de Acción de Viena de 1993, en los que se confirmó la indivisibilidad, interrelación e interdependencia de los derechos humanos, garantizando que las víctimas de violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales tengan derecho a un recurso en el ámbito internacional, y *c)* supondrá un mayor estrechamiento de las relaciones entre el Comité DESC y los Estados parte.¹⁵¹

Asimismo, *d)* obligará al Comité DESC a examinar situaciones más concretas relacionadas con la aplicación del PIDESC; *e)* promoverá una aplicación más concertada del PIDESC en la esfera nacional; *f)* alentará a los titulares de derechos y a la sociedad civil a formular de manera más concreta y específica sus denuncias sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales; *g)* la dimensión de “interés humano” de los asuntos propiciará un mayor reconocimiento del PIDESC, y *h)* dará más legalidad, uniformidad, justicia y estabilidad para equilibrar la volatilidad de las fuerzas económicas y políticas en juego en el ámbito internacional.¹⁵²

Entre el 2 y 18 de junio de 2008, el Consejo de Derechos Humanos celebró su 8º periodo de sesiones. El 18 de junio acogió con satisfacción el informe del Grupo de Trabajo y la decisión de someter a su consideración el proyecto de protocolo facultativo del PIDESC, lo aprobó, y recomendó a la Asamblea General hacer lo mismo.¹⁵³

Es de destacar que, antes de aprobarlo, el Consejo decidió mejorar sustancialmente el proyecto transmitido por el Grupo de Trabajo, el cual limitaba la competencia del Comité DESC a

¹⁵¹ Las ventajas aquí expuestas fueron señaladas por las ONG en una declaración conjunta presentada ante el secretario general de la ONU, las cuales fueron recogidas en el ya citado Informe preparado por el secretario general en cumplimiento de la resolución 2003/18 de la Comisión..., *cit.*, pp. 14-15, párr. 41.

¹⁵² *Ibidem*, p. 15, párr. 41.

¹⁵³ Resolución del Consejo de Derechos Humanos 8/2, párrs. 1-2.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

conocer sobre violaciones a los derechos consagrados en la Parte II y Parte III del PIDESC, de tal manera que el protocolo constituía una mezcla entre el enfoque restrictivo y el enfoque amplio. Así, el Consejo modificó y amplió el alcance de la competencia del Comité DESC a cualquiera de los derechos contenidos en el PIDESC; es decir, adoptó el enfoque amplio, como se puede observar en la tabla siguiente

<i>Texto adoptado por el Grupo de Trabajo</i>	<i>Texto adoptado por el Consejo</i>
Art. 2. Comunicaciones. Las comunicaciones podrán ser presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en las partes II y III del Pacto. Para presentar una comunicación en nombre de personas o grupos de personas se requerirá su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar que actúa en su nombre sin tal consentimiento.	Art. 2. Comunicaciones. Las comunicaciones podrán ser presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto. Para presentar una comunicación en nombre de personas o grupos de personas se requerirá su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar que actúa en su nombre sin tal consentimiento.

Ese mismo año, el Consejo presentó su informe a la Asamblea General de la ONU¹⁵⁴ que, en su segunda sesión plenaria, llevada a cabo el 19 de septiembre de 2008, decidió incluirlo en el programa de su 63° periodo de sesiones bajo el tema titulado “Informe del Consejo de Derechos Humanos”. En su 34ª sesión plenaria, celebrada el 30 de octubre del mismo año, la Asamblea General decidió que el tema se examinaría en la Tercera Comi-

¹⁵⁴ Asamblea General, Informe del Consejo de Derechos Humanos, documentos oficiales, 63° periodo de sesiones, suplemento 53 (A/63/53), Nueva York, 2008, pp. 203-211.

Una mirada crítica a los debates en torno a la adopción...

sión, de quien esperaba analizara todas las recomendaciones del Consejo y tomara las medidas al respecto. La Tercera Comisión examinó el informe del Consejo en sus sesiones 32^a, 39^a, 40^a y 48^a, realizadas los días 31 de octubre y 11, 18 y 25 de noviembre de 2008.¹⁵⁵

En la 39^a sesión del 11 de noviembre, Portugal, en nombre de varios Estados,¹⁵⁶ presentó un proyecto de resolución titulado “Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (A/C.3/63/L.47), el cual fue aprobado por la Tercera Comisión en su 40^a sesión del 18 de noviembre, y acordó por consenso remitirlo a la Asamblea General para su examen en sesión plenaria el 10 de diciembre de 2008, recomendándole su aprobación.¹⁵⁷

Finalmente, el 10 de diciembre de 2008, la Asamblea General de la ONU, durante su 66^o periodo de sesiones, adoptó por consenso el protocolo facultativo al PIDESC que establece un procedimiento de quejas por violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, y recomendó que el instrumento quedara abierto a firma en una ceremonia que se celebraría en 2009.¹⁵⁸ De acuerdo con el artículo 17 del protocolo facultativo, este instrumento “estará abierto a la firma de cualquier Estado que haya firmado el Pacto, lo haya ratificado o se haya adherido a él”.

La ceremonia de firma se llevó a cabo el 24 de septiembre de 2009 en la sede central de la ONU en Nueva York, en la cual los si-

¹⁵⁵ Asamblea General, Informe de la Tercera Comisión, Relator: Khalid Alwafi (Arabia Saudita), 63^o periodo de sesiones, tema 58 del programa, A/63/435, 28 de noviembre de 2008, p. 1, párrs. 1-3.

¹⁵⁶ Albania, Alemania, Angola, Armenia, Azerbaiyán, Bélgica, Benin, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Chile, Colombia, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Croacia, Cuba, Djibouti, Ecuador, Egipto, Eslovaquia, Eslovenia, España, Etiopía, ex República Yugoslava de Macedonia, Finlandia, Francia, Gabón, Guatemala, Guinea-Bissau, Hungría, Italia, Marruecos, México, Montenegro, Panamá, Perú, Portugal, Santo Tomé y Príncipe, Senegal, Serbia, Timor-Leste, Uganda, Uruguay y Venezuela. Posteriormente, Bolivia, Burkina Faso, Cabo Verde, Honduras, Indonesia, Mongolia, Nicaragua, República Dominicana y Ucrania se sumaron a los patrocinadores del proyecto de resolución.

¹⁵⁷ Informe de la Tercera Comisión..., *cit.*, p. 2, párrs. 6-11.

¹⁵⁸ Resolución A/RES/63/117, párrs. 1-2.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

guientes 20 Estados firmaron el protocolo facultativo: Argentina, Bélgica, Chile, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Finlandia, Gabón, Ghana, Guatemala, Holanda, Islas Salomón, Luxemburgo, Mali, Montenegro, Portugal, Senegal, Ucrania y Uruguay. El 31 de octubre de 2015, 45 Estados habían firmado el protocolo facultativo del PIDESC y 22 lo habían ratificado.¹⁵⁹

Este hecho representa un avance histórico en materia de derechos humanos y constituye la mejor manera de celebrar el 60° aniversario de la Declaración Universal y el 15° aniversario de la Conferencia Mundial de Viena sobre Derechos Humanos. 42 años después de que se adoptara un mecanismo similar para la protección de los derechos civiles y políticos consagrados en el PIDCP, el protocolo facultativo del PIDESC es consistente con las disposiciones de la Declaración Universal y constituye un paso fundamental para hacer efectiva la afirmación de que todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes y que están relacionados entre sí.

Para la Coalición de ONG para un Protocolo Facultativo del PIDESC y la Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la adopción de este instrumento resulta especialmente significativa, ya que permite que las víctimas de violaciones a sus derechos económicos, sociales y culturales ahora cuenten con un mecanismo internacional que les brinde la posibilidad de acceder a recursos efectivos para exigir reparación por dichas violaciones. Además, consideran que el protocolo facultativo es el resultado de la cooperación, el consenso y las concesiones de todos y que expresa el compromiso de los Estados con el desarrollo de instrumentos efectivos para las víctimas de violaciones a estos derechos. No obstante, también señalan que son “conscientes de la necesidad de que los Estados traduzcan sus compromisos orales en realidades concretas”.¹⁶⁰

¹⁵⁹ El estatus de las firmas y ratificaciones disponible en https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3-a&chapter=4&clang=_en

¹⁶⁰ Declaración de la Coalición de ONG para un Protocolo Facultativo del PIDESC y la Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 10 de diciembre de 2008, disponible en http://www.escr-net.org/news/news_show.htm?doc_id=692563&attribLang_id=13441

Una mirada crítica a los debates en torno a la adopción...

5.5. CONCLUSIÓN

La adopción del texto definitivo del Protocolo Facultativo del PIDESC representa un logro muy importante en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Es significativo que por consenso se haya acordado entregar el texto al Consejo para su aprobación, y que tanto ahí como en la Asamblea General se haya adoptado este instrumento sin mayores inconvenientes. Evidentemente, el texto aprobado no llena todas las expectativas de justicia que se plantearon inicialmente, pero después de tantos años de negociaciones, avances y retrocesos para llegar hasta este punto, el acuerdo implica un paso fundamental para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violaciones de sus derechos económicos, sociales y culturales.

De ahí que con la adopción de este protocolo se permitirá:

- a) fortalecer la vigencia y protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, mediante el acceso de individuos y grupos a recursos internacionales que les permitan obtener reparación por las violaciones a sus derechos cometidas por un Estado parte;
- b) establecer jurisprudencia en cada país sobre estos derechos y, en ese sentido, contribuir a fortalecer la concepción de los derechos contenidos en el PIDESC como derechos subjetivos plenamente justiciables;
- c) reafirmar el principio de universalidad, indivisibilidad, interrelación e interdependencia de todos los derechos humanos que más de 170 Estados ratificaron en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos celebrada en Viena.
- d) Incrementar la conciencia ciudadana sobre estos derechos y una auditoría social más efectiva sobre las obligaciones estatales en la materia, lo cual les daría mayor relevancia en el ámbito nacional e internacional y proporcionaría una plataforma pública para que sean conocidas las denuncias y peticiones de las víctimas;
- e) avanzar notablemente en identificar y aclarar las obligaciones de los Estados parte derivadas del PIDESC, tal como ha venido sucediendo con el PIDCP después de la entrada en vigor de su protocolo, y

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

- f) fortalecer la base que se ha establecido en el protocolo facultativo para que unos Estados puedan asistir a otros en la protección y promoción de los derechos reconocidos en el PIDESC, mediante la cooperación y la asistencia internacional (art. 14).

Así, la implementación del protocolo facultativo: a) permitirá que en el marco de las denuncias de particulares, la discusión sobre los derechos pase del análisis de principios abstractos a casos concretos, contribuyendo al consenso más claro sobre el significado de las obligaciones contenidas en el PIDESC; b) potenciará a la sociedad civil en su trabajo de interpretación de las leyes, a través de las vidas y experiencias de individuos concretos, y c) fomentará el desarrollo y la utilización de los mecanismos nacionales para hacer frente a quejas de los ciudadanos, con lo cual, al necesitar el agotamiento de los recursos internos para activar la competencia del Comité DESC, los individuos y los grupos aprenderán acerca de los límites y posibilidades para exigir la atención a sus derechos económicos y sociales en su contexto nacional.¹⁶¹

La importancia de este paso histórico radica en que no hay ningún otro texto convencional en el ámbito internacional que garantice la protección de los derechos económicos, sociales y culturales sociales como el PIDESC, por lo que la adopción y posterior entrada en vigencia de su protocolo facultativo permitirá a las víctimas someter a escrutinio cuasijudicial la falta de cumplimiento estatal de las obligaciones en esta materia.

En tal sentido, la adopción del protocolo facultativo por la Asamblea General de la ONU implica el reconocimiento, por parte de la comunidad internacional, de que los derechos contenidos en el PIDESC son tan exigibles como los reconocidos en el PIDCP. Por tanto, se fortalece en la práctica la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos proclamada en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán el 13 de mayo de 1968, y reafirmada por la ya mencionada Conferencia Mundial de Viena.

¹⁶¹ Simmons, Beth A., "Should States ratify? Process and consequences of the Optional Protocol to the ICESCR", en *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 27..., *cit.*, pp. 68-69.

Una mirada crítica a los debates en torno a la adopción...

Evidentemente, el hecho de que se haya adoptado el Protocolo Facultativo del PIDESC no implica el final del proceso, dado que todavía hay que esperar a que el texto entre en vigor mediante su ratificación por parte de diez Estados (art. 18); y es posible que los Estados que se han opuesto o no han manifestado mayor interés en él no lo ratifiquen o, al menos, tarden muchos años en hacerlo, como lo demuestran algunas experiencias con los protocolos facultativos de otros tratados de derechos humanos, y que, a la larga, restan universalidad a la protección de los derechos en ellos contenidos.¹⁶²

Paradójicamente, la mayoría de los Estados que se ha opuesto al protocolo facultativo son ricos y desarrollados y, en mayor o menor medida, han logrado garantizar los derechos económicos, sociales y culturales a sus ciudadanos; mientras que la mayoría de Estados que lo han apoyado forman parte de los países en vías de desarrollo que, hasta el momento, no han sido capaces de garantizar estos derechos a las personas sujetas a su jurisdicción.

Por el apoyo decidido que estos últimos han dado al protocolo facultativo, es posible que sean los primeros en ratificarlo, con lo cual es probable que pronto nos encontremos con un panorama en que el Comité DESC recibirá un elevado número de comunicaciones individuales que denuncian la violación de un derecho económico, social o cultural por parte de estos países, que *prima facie* no tienen la capacidad para garantizarlos efectivamente.¹⁶³

¹⁶² Por ejemplo, el primer protocolo facultativo del PIDCP, que otorga al Comité de Derechos Humanos competencia para examinar las denuncias de los particulares, fue abierto a firma y ratificación el 9 de diciembre de 1966, y entró en vigor hasta el 23 de marzo de 1976; es decir, diez años después. Hasta el momento, de los 167 Estados parte en el PIDCP, 115 también son parte de su primer protocolo facultativo. Si analizamos el proceso de ratificación del mismo, observamos que, entre 1968 a 1970, solo cuatro países habían ratificado este protocolo; entre 1971 a 1980, 19 Estados; entre 1981 a 1990, 28; entre 1991 a 2000, 48; y, entre 2001 hasta el 31 de julio de 2011, 16 países.

¹⁶³ Como ya lo apuntamos, dos Estados en vías de desarrollo, Ecuador y Mongolia, fueron los dos primeros en ratificar el protocolo facultativo del PIDESC.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

De cualquier manera, hay quienes sostienen que en lugar de una avalancha de quejas, lo que se espera es un flujo constante y limitado de casos que le dará una nueva vida al PIDESC, y abrirá una nueva etapa en la afirmación de la igualdad de todos los derechos humanos, convirtiendo a los derechos económicos, sociales y culturales en “derechos reales o verdaderos”; es decir, herramientas para el empoderamiento de las personas y la justicia.¹⁶⁴

Sin duda, la exigibilidad jurídica es 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 de manera efectiva los derechos humanos, sobre todo los de carácter económico, social y cultural.¹⁶⁵

Así que, aunque la ratificación y entrada en vigor del protocolo facultativo del PIDESC permita la configuración de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos subjetivos, este mecanismo no puede considerarse como el único medio para garantizar las diversas formas en que se manifiestan las exigencias que contienen tales derechos, pues si así fuera, se limitaría su carácter emancipatorio y su 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”.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Scheinin, Martin y Langford, Malcolm, “Evolution or Revolution? Extrapolating from the Experience of the Human Rights Committee...”, *cit.*, p. 113.

¹⁶⁵ Rosas, Allan y Scheinin, Martin, “Implementation Mechanisms and Remedies”, en Asbjørn, Eide, Krause, Catarina y Rosas, Allan (eds.), *Economic, social and cultural rights. A textbook*, 2ª ed. rev., Boston-Londres-Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, pp. 425-426.

¹⁶⁶ Aunque se debe reconocer que la ley es a menudo el único instrumento que las víctimas de violaciones de los derechos humanos tienen a su disposición, y de la calidad de este instrumento dependerá en gran medida la eficacia y la competencia de los órganos de vigilancia que tienen que hacer cumplir y proteger esos derechos, en Langa, Pius, “Taking Dignity seriously. Judicial Reflections on the Optional Protocol to the ICESCR”, en *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 27..., *cit.*, p. 38.

Una mirada crítica a los debates en torno a la adopción...

Por tanto, la entrada en vigor del protocolo facultativo del PIDESC debe ser entendida como *uno* de los tantos mecanismos que puede permitir asegurar la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Lo primordial radica en que las personas, individualmente u organizadas, no permanezcan pasivas ante la creencia de que la existencia de tales derechos se resume simplemente en un deber a cargo del Estado, que debe orientar sus tareas en el sentido que esa obligación establece,¹⁶⁷ sino que jueguen un papel protagónico en la transformación de las situaciones que producen la intolerable desigualdad que caracteriza a nuestras sociedades.¹⁶⁸

En este orden de ideas, es fundamental promover una conciencia política que sitúe a las personas y a los grupos de la sociedad civil como titulares de los derechos económicos, sociales y culturales, “y no simplemente como objetos focalizados de políticas públicas de combate a la pobreza, más o menos extensas o complementarias”.¹⁶⁹

De ahí que, aunque el protocolo facultativo colma en gran medida la histórica ausencia de garantías de los derechos económicos, sociales y culturales en el ámbito internacional, resultará

¹⁶⁷ Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, núm. 98, voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, punto 3.

¹⁶⁸ Como lo señala Barcellona, la experiencia de estas últimas décadas nos dice, sin embargo, que el reconocimiento normativo de los DESC no basta si no está apoyado “por una continua movilización democrática y por la construcción de nuevas estructuras de poder arraigadas en la sociedad y capaces de realizar un control difuso [...]. En realidad, la estrategia de los derechos tiene el riesgo de crear únicamente expectativas engañosas. Pues no basta transformar las expectativas en derecho si no se modifican las condiciones práctico-materiales que determinan las necesidades y al mismo tiempo definen los ámbitos y los tipos de acción. En todos estos casos no se puede sustituir con una política de derechos la falta o la inadecuación de una reforma de la ciudad y del proceso de trabajo, etc.”, en Barcellona, Pietro, *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, Madrid, Trotta, 1992, pp. 50 y 107.

¹⁶⁹ Concha, Miguel, “La izquierda social y los DESC”, en AA.VV., *La dimensión política de los derechos económicos, sociales y culturales. Una invitación al debate*, México, Terre des Hommes France-REMISOC, 2006, p. 34.

DIEZ CUESTIONES ACTUALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

“incompleto, irrealista y en última instancia, fútil, sin la existencia y permanente promoción de múltiples y robustos espacios ciudadanos en condiciones de *garantizar socialmente* la eficacia de las aludidas garantías institucionales y de conjurar su ya probada tendencia a la autoprogramación. Sin una clara identificación de las obligaciones y de los sujetos obligados, los derechos pierden toda su fuerza reivindicativa. Pero los obligados, a su vez, solo son concebibles si existen actores capaces de obligar”.¹⁷⁰

De esta manera, el éxito del protocolo facultativo al PIDESC en su objetivo de revitalizar y concretar la visión de un sistema unificado de los derechos humanos y de recursos eficaces, requiere del compromiso de los tres actores principales: los Estados parte, las personas o grupos de personas que presenten las comunicaciones, y el propio Comité DESC. Esta visión implica reconocer que con este instrumento se afirma el principio de la igualdad sustantiva de las personas, cuyos derechos económicos, sociales y culturales fueron marginados y discriminados de la protección judicial o cuasijudicial con su consecuente reparación en caso de violación.¹⁷¹

Por todo ello, los Estados parte en el PIDESC deberían ratificar el protocolo facultativo como una forma de asumir un mayor compromiso con la dignidad de las personas, dándole al Comité DESC la autoridad para realizar recomendaciones sobre las quejas de los individuos, asumiendo que el mecanismo de comunicaciones constituye un complemento importante para el diálogo entre el Comité DESC y los Estados parte.¹⁷²

¹⁷⁰ Pisarello, Gerardo, “El Estado social como Estado constitucional: mejores garantías, más democracia”, en Abramovich, Víctor; Añón, María José y Courtis, Christian (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Ediciones Coyoacán, 2003, p. 45.

¹⁷¹ Porter, Bruce, “The reasonableness of article 8(4). Adjudicating claims from the margins”, en *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 27..., *cit.*, pp. 43 y 53.

¹⁷² Simmons, Beth A., *op. cit.*, pp. 65 y 68.