

LA NECESIDAD DE ADOPTAR UN PROTOCOLO FACULTATIVO AL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. UN LLAMADO A LA ACCIÓN*

Magdalena Sepúlveda**

Los Derechos de carácter Económico, Social y Cultural (DESC) han sido marginalizados y considerados durante largo tiempo como derechos de “segunda clase”. Durante años, la mayor parte de la doctrina, la jurisprudencia y los intereses de las organizaciones no gubernamentales (ONGs) se han concentrado casi exclusivamente en los derechos civiles y políticos, impidiendo el debido desarrollo y conceptualización de los primeros y desconociendo el principio de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos.¹

Este tratamiento secundario que se ha dado a los Derechos de carácter Económico, Social y Cultural ha estado fuertemente influenciado por el hecho de que en 1966 se adoptaron dos instrumentos internacionales diversos para la protección de los derechos humanos: el Pacto Internacional

*Ponencia presentada, en agosto de 2005, durante el Seminario Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, realizado en instalaciones de la SRE, en Tlatelolco, D.F.

**Magdalena Sepúlveda Carmona, abogada, tiene un doctorado en derecho internacional por la Universidad de Utrecht (Holanda) y una maestría en derecho internacional de los derechos humanos por la Universidad de Essex (Inglaterra). Participa activamente en la campaña por la adopción de un Protocolo Facultativo al PIDESC como miembro del Comité Ejecutivo de la *Coalición de ONGs por la Adopción de un Protocolo Facultativo al PIDESC* (www.escrprotocolnow.org) y como punto focal de la *RED-DESC* en el tema del Protocolo (www.escr-net.org).

¹ Véase Proclamación de Teherán de 1968, Resolución 32/130 de la Asamblea General de Naciones Unidas, y Declaración y Plan de Acción de Viena de 1993 (párrafo 5º). Si se tiene presente que ambos Pactos (el de derechos civiles y políticos y el de derechos económicos, sociales y culturales) son de igual importancia y que este principio de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos es un principio consolidado en el ámbito de Naciones Unidas, es que creemos que esta igualdad teórica de los derechos debe reflejarse en los procedimientos que se establecen para la protección y la promoción de estos derechos.

de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante: “PIDESC” o “Pacto”)² y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante: “PIDCP”),³ adoptados ambos en el marco de la Organización de las Naciones Unidas.

La adopción de estos textos fue el resultado de un largo proceso de negociación que duró aproximadamente 20 años.⁴ La decisión inicial de la Asamblea General, de adoptar un sólo Pacto que contuviera ambas categorías de derechos humanos (Resolución 421 E (V) 4 diciembre 1950), adoptada con 35 votos a favor, 9 en contra y 7 abstenciones, fue revertida dos años más tarde debido a factores puramente políticos, fuertemente influenciados por la Guerra Fría. Así, a través de la Resolución 543 (VI) de 5 febrero 1952, se decide adoptar dos Pactos separados, en una decisión que refleja la falta de consenso sobre el tema, al contar sólo con 27 votos a favor, 20 en contra y 3 abstenciones.

Esta decisión de adoptar dos Pactos contenía una serie de suposiciones, no todas ellas bien fundadas, puesto que los argumentos se centraron en la diferente naturaleza de las obligaciones que cada categoría de derecho impondría. Se asumió que mientras los derechos civiles y políticos eran susceptibles de aplicación inmediata, requiriendo obligaciones de abstención por parte del Estado, los Derechos Económicos, Sociales y Culturales eran de aplicación apenas progresiva, requiriendo obligaciones positivas (de actuación) por parte del Estado.

En retrospectiva, muchas de estas suposiciones han sido exageradas o erróneas. La dinámica evolución del derecho internacional de los derechos humanos ha demostrado que la distinción entre ambas categorías de derechos no reviste un carácter absoluto. Los límites entre una y otra categoría de derechos no siempre son claros y tal vez la distinción sea antes una cuestión de gradación o énfasis, referida a las obligaciones generales que

² Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966. De conformidad a su Artículo 27 entró en vigor el 3 de enero de 1976.

³ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. De conformidad a su Artículo 49, entró en vigor el 23 de marzo de 1976

⁴ El proceso se inicia en 1947 con la primera sesión del Comité de Elaboración de un Borrador (Drafting Committee) de la Comisión de Derechos Humanos, y concluyó el 16 de diciembre de 1966 cuando la Asamblea General de UN adopta ambos Pactos.

⁵ Véase Magdalena Sepúlveda, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales frente a la supuesta dicotomía entre las obligaciones impuestas por los Pactos de

vinculan a los Estados Partes, más que una diferencia en la naturaleza misma de dichas obligaciones⁵

Finalmente, en 1966 se adoptan dos Pactos que contienen procedimientos de supervisión diversos. Mientras el PIDCP, contempla el establecimiento de un órgano de supervisión: el *Comité de Derechos Humanos*, y se adopta al mismo tiempo que su Protocolo Facultativo,⁶ que contempla un sistema de quejas individuales en caso de violación a los derechos contemplados en el mismo, el PIDESC no crea ningún órgano *ad hoc* de control del cumplimiento del mismo y sólo se limita a asignar al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) las funciones de supervisión previstas en el Artículo 16.3 PIDESC. El *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, actual órgano de supervisión o vigilancia del PIDESC no fue establecido sino hasta 1985.

Este segundo plano al que han sido relegados los Derechos de carácter Económico, Social y Cultural se refleja en la lentitud con que avanzan las negociaciones para la adopción un protocolo facultativo al PIDESC que establezca, entre otras, la posibilidad de presentar quejas individuales en caso de violación a los Derechos de carácter Económico, Social y Cultural. A pesar de la imperiosa necesidad de adopción de dicho protocolo, los Estados se han mostrado reticentes al mismo, y después de más de tres décadas de adopción de los Pactos, aún no se logra que ambos Pactos cuenten con el mismo sistema de supervisión o vigilancia. Esta disparidad que existe entre los mecanismos de vigilancia de ambos Pactos constituye un grave atentado a la tan proclamada indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos.

En efecto, si se tiene presente que ambos Pactos son de igual importancia y que el principio de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos es un principio consolidado en el ámbito de Naciones Unidas, es que creemos que esta igualdad teórica de los derechos debe reflejarse en los procedimientos que se establecen para la protección y la promoción de estos derechos.

Naciones Unidas,” en O. Cantón y S. Concuera, *Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ensayos y materiales*, México, Porrúa, 2004.

⁶ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 diciembre de 1966. De conformidad con el Artículo 9, entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

SISTEMA DE SUPERVISIÓN ESTABLECIDO EN EL PIDESC

Desde los primeros años de vigencia del Pacto, se hizo evidente que el Ecosoc no estaba en condiciones de llevar a cabo por sí mismo, las tareas necesarias para la supervisión de cumplimiento del Pacto, y se iniciaron debates para crear organismos subsidiarios del ECOSOC que realizaran, bajo la supervisión del mismo, el control del Pacto.

De esta forma se establecieron sucesivamente dos grupos de trabajo, encargados de esta labor.⁷ Ambos grupos de trabajo tenían serias limitaciones, principalmente respecto a su falta de independencia y sus actuaciones fueron duramente criticadas por la doctrina.⁸ Después del fracaso de los dos grupos de trabajo, sólo en 1985 se decide crear un órgano de vigilancia del PIDESC, paralelo al establecido en el texto del Pacto de Derechos Civiles y Políticos —el Comité de Derechos Humanos— que había iniciado sus funciones en 1976.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se reunió por primera vez en 1987. Este Comité está compuesto por 18 expertos de reconocida competencia en materia de derechos humanos que actúan de manera independiente, a título personal y no como representantes de los gobiernos. Los miembros del Comité son elegidos por el ECOSOC para mandatos de cuatro años y pueden ser reelegidos. Además en su proceso de selección se observan principios de distribución geográfica equitativa y de representación de distintos sistemas sociales y jurídicos.

A diferencia del Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante: Comité DESC o Comité) es un órgano subsidiario del Ecosoc y no un órgano convencional en sentido estricto puesto que, como hemos indicado, no está contemplado en el texto del Pacto. Sin perjuicio de esta característica única del Comité DESC en relación a los otros Comités creados en virtud de tratados —que en

⁷ En 1976 el Ecosoc crea a través de su Resolución 1988(LX) de 1976 y posteriormente la Resolución 1978/10 de 3 de mayo de 1978 el “Grupo de Trabajo del Periodo de Sesiones” (Sessional Working Group). Posteriormente, mediante su Resolución 1982/33 de 6 de mayo de 1982, establece un nuevo grupo de trabajo denominado “Grupo de Trabajo de Expertos Gubernamentales del Periodo de Sesiones sobre la Implementación del PIDESC” (Sessional Working Group of Governmental expert on the Implementation of the ICESCR).

⁸ Véase, por ejemplo, Alston, P. y Simma, B.: “First session of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, en *American Journal of International Law*, vol. 81, No. 3, 1987, pp. 603-615 y Alston, P., “The Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, en P. Alston (ed.), *The United Nations and human rights: a critical appraisal*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 473-508.

sentido estricto no son órganos de las Naciones Unidas— el Comité posee también ciertas características comunes con los demás órganos de establecidos por tratados, tales como, ser órganos técnicos integrados por expertos designados a título individual, que no pueden recibir instrucciones gubernamentales ni de ningún otro órgano u organización nacional o internacional y que desarrollan sus trabajos en periodos de sesiones predeterminados. Sus competencias se circunscriben al instrumento convencional que los crea o les sirve de soporte. Por último, en relación con el alcance de su competencia, ha de tenerse en cuenta, que la misma se centra fundamentalmente en el control y supervisión de la forma en que los Estados partes cumplen las obligaciones establecidas por los respectivos tratados.

En materia de derechos humanos existen diferentes procedimientos de supervisión o vigilancia de tratados. Estos procedimientos van desde aquellos más respetuosos de la soberanía del Estado, de carácter no acusatorio y que no permiten la participación de la víctima de una violación (*i.e.* sistema de informes periódicos), hasta aquellos de carácter netamente adversarial, que se inician a través de una queja o comunicación presentada por la supuesta víctima de un derecho y que termina a través de una decisión sobre la violación o no del derecho alegado (*i.e.* sistema de quejas individuales).

El tipo de supervisión de tratados de derechos humanos es el de uso más corriente. En efecto, se contempla en los siete principales tratados de derechos humanos de Naciones Unidas (*i.e.* Artículo 40 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículo 9 Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Artículo 18 Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Artículo 44 Convención sobre los Derechos del Niño; Artículo 19 Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y Artículo 73 Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares).

Este sistema es el único contemplado en el PIDESC en sus Artículos 16 y 17. Por el sólo hecho de aceptarse el Pacto, se asume esta obligación de presentar informes periódicos.

Aunque el procedimiento de supervisión a través de informes, tiene un antiguo arraigo dentro del sistema de Naciones Unidas, ya que se implantó desde 1955, aunque con carácter voluntario, y se vinculó a las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos, lo cierto que, como veremos, es muy limitado en cuanto a la protección que ofrece a los individuos

víctimas de violaciones a sus derechos y es muy restrictivo en cuanto a las posibilidades que otorga al Comité DESC para tener un papel activo en la protección de los individuos.

Antes de entrar a analizar las limitaciones del sistema de informes periódicos, es relevante señalar que además del examen de los informes estatales y la adopción de “observaciones finales” respecto de cada uno de ellos, el Comité DESC realiza también otras tareas, que si bien no pueden ser consideradas directamente como mecanismos de supervisión del Pacto, interpretan el contenido del Pacto y por lo tanto influyen fuertemente en la labor de supervisión. Estas otras funciones, no están contemplados en el Pacto, pero han sido desarrollados por el Comité con el objeto de contribuir a un mejor entendimiento de las normas contenidas en el mismo y para ayudar a los Estados partes en el cumplimiento de dichas obligaciones. Nos referimos aquí a la elaboración de “observaciones generales” y el “día de debate general”.⁹ A la fecha el Comité ha adoptado quince observaciones generales, que se refieren a los derechos, disposiciones y temas del Pacto y su principal objetivo es asistir a los Estados Partes en el cumplimiento de sus obligaciones.¹⁰

A pesar del gran avance que se ha logrado en los últimos años en materia de interpretación y aplicación del Pacto, lo cierto es que aún no se

⁹ A estos debates se invita a diversos expertos ya sea del ámbito académico, de organizaciones no gubernamentales, de organismos especializados, así como también, a Relatores de Naciones Unidas. El propósito de estos debates es profundizar la comprensión del Pacto, por parte de los mismos miembros del Comité, así como alentar a las partes interesadas a que contribuyan en su trabajo. En términos generales, los debates llevados a cabo se han referido a disposiciones concretas del Pacto o a otros temas de incumbencia directa.

¹⁰ El Comité empezó a preparar Observaciones Generales en 1988 y hasta la fecha ha elaborado quince. A saber, N° 1 (1989): la presentación de informes por los Estados Partes; N° 2 (1990): las medidas internacionales de asistencia técnica (Artículo 22 del Pacto); N° 3 (1990): la índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del Artículo 2 del Pacto); N° 4 (1991): el derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del Artículo 11 del Pacto); N° 5 (1994): las personas con discapacidad; N° 6 (1995): los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad; N° 7 (1997): el derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del Artículo 11 del Pacto); desalojos forzosos; N° 8 (1997): la relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales; N° 9 (1998): la aplicación interna del Pacto; N° 10 (1998): la función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales; N° 11 (1999): los planes de acción para la enseñanza primaria (Artículo 14 del Pacto); N° 12 (1999): el derecho a una alimentación adecuada (Artículo 11 del Pacto); N° 13 (1999): el derecho a la educación (Artículo 13 del Pacto); N° 14 (2000): el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (Artículo 12 del Pacto), N° 15 (2003) El derecho al agua (Artículos 11 y 12 del Pacto) y N° 16 (2005) sobre la igualdad entre hombres y mujeres.

desarrolla todo el potencial del mismo. Los aportes jurisprudenciales que ha realizado el Comité a través del examen de los informes estatales y de las observaciones generales tienen una limitación intrínseca. El Pacto sólo podrá desarrollar su plena potencialidad para la protección efectiva de los individuos cuando se le entregue al Comité DESC la facultad de recibir y examinar quejas individuales sobre posibles violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y entregar sus recomendaciones para que situaciones semejantes no vuelvan a ocurrir en el futuro.

SISTEMA DE INFORMES PERIÓDICOS: DESCRIPCIÓN Y LIMITACIONES

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

Como hemos señalado, se trata de un sistema de supervisión ordinaria, que por lo general es de naturaleza no conflictiva y se basa en el método del diálogo. A pesar de ser el mecanismo más común de supervisión de tratados de derechos humanos, no podemos desconocer que este sistema de control es un mecanismo muy débil en la protección efectiva de los individuos víctimas de violaciones a sus Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El sistema consiste en la presentación, por parte del Estado Parte del Pacto, de un informe que contenga “las medidas que hayan adoptado, y los progresos realizados, con el fin de asegurar el respeto de los derechos” reconocidos en el Pacto (Artículo 16 PIDESC). Los informes son elaborados por los Estados y para facilitar esta tarea el Comité ha elaborado unas directrices para la presentación de informes.¹¹

El proceso de examen de los informes presentados por los Estados consta de las siguientes etapas:

EL GRUPO DE TRABAJO ANTERIOR AL PERIODO DE SESIONES

Antes de cada sesión del Comité, cinco de sus miembros se reúnen con el objeto de identificar los temas más útiles de ser analizados con los representantes de los Estados. Este “grupo de trabajo” prepara una “lista de cuestiones”, que

¹¹ Véase *Documentos oficiales del Consejo Económico y Social*, 1998, Suplemento N° 2 (E/1998/22-E/C.12/1997/10), cap. I, proyectos de decisión I a IV.

trasmite a los Estados, permitiéndoles a ellos que se preparen sobre cuestiones determinadas. La “lista de cuestiones” no es exhaustiva y no restringe los temas que los miembros del Comité pueden tratar durante el diálogo con los representantes estatales, pero facilita el diálogo. A los Estados se les solicita que con anterioridad al periodo de sesiones donde se examinará su informe, entreguen al Comité respuesta escrita a las preguntas contenidas en la “lista de cuestiones”.

EL “DIÁLOGO CONSTRUCTIVO”

El Comité ha solicitado enérgicamente que los representantes estatales estén presentes en la reunión donde su informe es examinado. El debate entre los representantes estatales y los miembros del Comité se denomina “diálogo constructivo”. Representantes de las diversas agencias especializadas de Naciones Unidas, tales como la OIT, OMS y la UNICEF así como otras organizaciones, son también invitados a contribuir en esta etapa del diálogo.

Normalmente el procedimiento que se sigue es el siguiente: un representante del Estado presenta el informe haciendo una breve observación preliminar y dando respuestas por escrito a la lista de cuestiones que se les ha enviado con anterioridad. Luego, el Comité examina el informe tomando en cuenta estas respuestas. Los miembros del Comité pueden formular preguntas o hacer observaciones en relación a cada asunto y los representantes del Estado informante responderán de manera inmediata aquellas que no requieren de una investigación detenida.

Estas sesiones son de carácter público, y las organizaciones no gubernamentales (ONGs) pueden estar presentes. Sin embargo, durante las sesiones ellas no tiene derecho a voz, aunque generalmente participan entregando información por escrito a los miembros del Comité durante la misma sesión.¹²

Debido a que es realista pensar que los Estados pueden ser reticentes a informar de manera completa y veraz acerca del estado de aplicación del Pacto, es que la participación de las ONGs es de crucial importancia. Su par-

¹² Es importante notar que además se reserva la primera tarde de cada una de las sesiones del Comité para que los representantes de las ONGs presenten verbalmente información a sus miembros. Asimismo, las ONGs también han podido participar en las sesiones del grupo de trabajo anterior al periodo de sesiones y nada impide para que cualquier ONGs le entregue directamente información a los miembros del Comité ,ya sea en persona o por escrito, siempre que se refiera a asuntos del programa.

ticipación permite al Comité obtener información de fuentes no estatales, para poder cotejarlas con la presentada por el gobierno. Aunque la presencia de diferentes ONGs nacionales en la presentación de los informes de los Estados sería la situación ideal, lo cierto es que las limitaciones presupuestarias que afectan a muchas ONGs nacionales hace en muchos casos ilusoria esta posibilidad de enviar una comisión, por mínima que sea, a Ginebra a las sesiones del Comité. Sin perjuicio de ello, es posible contactar ONGs establecidas en Ginebra para facilitar el intercambio de información con los miembros del Comité.

El diálogo con los representantes estatales es una oportunidad muy valiosa que tiene el Comité para poder explicar el contenido normativo del Pacto y comentar las dificultades en la implementación del mismo. Frecuentemente, el diálogo es franco y abierto y los expertos estatales reconocen algunos de los errores cometidos por los Estados que ellos representan, así como las dificultades que han enfrentado para el cumplimiento del Pacto. El valor del diálogo que se plantea entre los miembros del Comité y los representantes de los gobiernos, depende de la capacidad y la voluntad política que tengan los representantes del gobierno para actualizar el informe (de manera que incluya el tiempo transcurrido entre su presentación y su examen); para eliminar toda laguna que pudiera tener; y para realizar un análisis veraz de cualquier duda que pudiera surgir durante el examen del mismo. Desgraciadamente, no es extraño encontrar que los representantes de los Estados informantes se rehúsan a participar de manera “activa” en el debate, dando respuestas evasivas y mediocres a las preguntas del Comité. Cuando esto sucede, obviamente el “diálogo constructivo” fracasa.

LAS OBSERVACIONES FINALES

Con posterioridad al diálogo con los representantes estatales, el Comité se reúne en una sesión privada, para discutir sus conclusiones y recomendaciones, que se denominan “observaciones finales”, que son aprobadas por consenso. Estas “observaciones finales” son luego comunicadas al Estado respectivo y publicadas a través de la página Web de la Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Las “observaciones finales” tienen la siguiente estructura: (1) introducción, (2) aspectos positivos, (3) factores y dificultades que obstaculizan la aplicación del Pacto, (4) principales motivos de preocupación, y (5) suge-

rencias y recomendaciones. Sin perjuicio de que esta estructura emplea un lenguaje extremadamente diplomático, a través de los años, el Comité ha empezado a tener una actitud cada vez más confrontacional y directa. Hoy en día, las “observaciones finales” no sólo contienen “sugerencias y recomendaciones”, sino por el contrario, un examen minucioso de las mismas refleja que, en mayor o menor medida, contienen declaraciones formales de cumplimiento o incumplimiento del Pacto. Incluso, en ocasiones, el Comité indica de manera expresa que el Estado ha “violado” ciertos derechos.

Las “observaciones finales” a los informes de cada Estado son de extrema importancia en las tareas de cabildeo, puesto que constituyen documentos oficiales de un comité de expertos de Naciones Unidas, que indican con mayor o menor claridad cómo el Estado está dando cumplimiento a las obligaciones impuestas por el Pacto. Sin embargo, aún existe un enorme trabajo por hacer para difundir estas observaciones a nivel doméstico. Es recomendable que las ONGs nacionales tomen conciencia del potencial de estas “observaciones finales” y traten de incorporarlas de manera más activa en sus trabajos de cabildeo.

Sin desconocer la importancia que tiene el sistema de informe periódico —que es básicamente igual en relación con todos los órganos de vigilancia de tratados— lo cierto es, como se ha adelantado, este sistema de supervisión de tratados internacionales presenta una serie de limitaciones. Sin entrar en detalle respecto de cada una de las deficiencias del sistema, por dar algunos ejemplos, podemos mencionar que los mayores obstáculos serían los siguientes: (a) algunos Estados no presentan los informes o lo hacen con un considerable retraso; (b) en ocasiones el contenido de los informes es parcial e incompleto; (c) el sistema depende de manera excesiva en el actuar que tenga el Estado informante, tanto en lo que respecta a la información contenida en el informe como respecto a la actitud que tengan los representantes del Estado durante el “diálogo constructivo”; y (d) ausencia de mecanismos efectivos para exigir el cumplimiento de las observaciones adoptadas por el Comité.

En este sentido, vale la pena señalar, que, en ocasiones, habiéndole el Comité comunicado al Estado las respectivas “sugerencias y recomendaciones” para una mejor implementación del Pacto, el Estado —mostrando falta de voluntad política y ausencia de buena fe— no realiza ninguna actividad que tienda a mejorar las situaciones observadas como deficientes por el Comité, ni de llevar a la práctica sus recomendaciones. Frente a esta inactividad del Estado —de la cual, por regla general, sólo tendría que responder

internacionalmente en su próximo informe, probablemente dentro de cinco años— son las ONGs las que pueden y deben suplir esta carencia del sistema y difundir las “observaciones finales” del Comité, procurando abrir un debate público a nivel doméstico que permita hacer un seguimiento de la conducta del Estado frente a sus obligaciones internacionales.

Finalmente, se debe tener presente que este sistema de informes periódicos no busca examinar situaciones individuales de violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; por lo tanto, los casos concretos de víctimas de violaciones a estos derechos no son conocidos por los miembros del Comité.

OTROS PROCEDIMIENTOS DE SUPERVISIÓN DE TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

Esta breve descripción del sistema de informes periódicos ha tenido como objeto demostrar sus flaquezas y limitaciones como mecanismo de protección a las víctimas de violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sin lugar a dudas, un avance crucial en este sentido sería la aprobación de un protocolo facultativo del Pacto que reforzara el sistema de supervisión contemplado en éste, incluyendo un sistema de quejas individuales y otros mecanismos de vigilancia.

Teniendo en cuenta los procedimientos de supervisión establecidos en otros tratados de derechos humanos, se puede concluir que los procedimientos que se pueden acordar para fortalecer la supervisión del PIDESC son los siguientes: (a) Procedimiento de quejas individuales, (b) Procedimiento de investigación y (c) Procedimiento de quejas entre Estados.

PROCEDIMIENTO DE QUEJAS INDIVIDUALES

Varios tratados de derechos humanos establecen la competencia del órgano de supervisión para recibir y examinar quejas o “comunicaciones” en las que se aleguen violaciones de derechos protegidos en esos instrumentos. En el marco de Naciones Unidas, este procedimiento se contempla en: el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (a través de su Primer Protocolo Facultativo); la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Artículo 14); el Protocolo

Facultativo a la Convención para la Eliminación de la de Discriminación contra la Mujer (Art. 1); la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Artículo 22); y en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (Artículo 77).

De adoptarse un protocolo facultativo al PIDESC que establezca un procedimiento de quejas individuales, se permitiría a las víctimas de violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales establecidos en el Pacto, luego de agotado los recursos internos —o cuando estos no estén disponibles o no sean efectivos—, acudir al Comité DESC para que éste decida la admisibilidad y el fondo del caso, y si es pertinente, recomiende al Estado algún tipo de reparación.

Este procedimiento vendría hacer frente a varias de las deficiencias en la supervisión o vigilancia de cumplimiento de las obligaciones del PIDESC. En efecto, este sistema de quejas individuales constituiría un recurso internacional de reparación a las víctimas de DESC, permitiría continuar identificando y aclarando las obligaciones de los Estados partes conforme al PIDESC, y promovería el desarrollo de una jurisprudencia internacional y nacional referida a la protección de estos derechos.¹³ Asimismo, el establecimiento de un procedimiento de quejas individuales en relación al PIDESC constituiría una realización práctica del tan aclamado principio de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos.

PROCEDIMIENTOS DE INVESTIGACIÓN

Algunos tratados de derechos humanos, adoptados más recientemente como la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Art. 20) y el Protocolo Facultativo a la Convención para la Eliminación de la de Discriminación contra la Mujer (Art. 8), establecen un procedimiento de conformidad al cual, si el respectivo Comité recibe

¹³ Como se ha señalado: “the argument in favour of developing an optional protocol to the Covenant on economic, social and Cultural rights is that a system for the examination of individual cases offers the only real hope that the international community will be able to move towards the development of a body of jurisprudence which is absolutely indispensable if economic, rights are ever to be taken seriously...” Alston, Philip: “No Right to Complaint About Being Poor. The need for an Optional protocols to the Economic, Social, and Cultural Rights Covenant,” en *The Future Human Rights Protection in a Changing World. Fifty years since the four Freedoms Address. Essays in Honours of Torkel Opsahl*, Norwegian University Press, 1991. p. 93.

información fiable o fidedigna que parezca indicar violaciones graves o sistemáticas a los derechos que consagra el Pacto respectivo y habiéndole solicitado información al Estado, el Comité queda facultado para llevar a cabo una investigación confidencial que podría incluir una visita al territorio del Estado.

Este mecanismo tiene la ventaja de otorgar al órgano de vigilancia un papel más activo en la protección de los derechos contemplados en el Pacto y de tomar acción aún cuando no se haya vencido aún el plazo para la presentación del informe periódico por parte del Estado.

La incorporación de este mecanismo en un protocolo facultativo al PIDESC sería un gran avance en la protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales al facultar al Comité DESC para responder en caso de violaciones masivas o sistemáticas a los DESC sin esperar que el informe estatal sea examinado. Este mecanismo le facultaría para investigar dichas situaciones, eventualmente realizar una visita al país respectivo y dar seguimiento. Este mecanismo permitiría también que el Comité conozca de situaciones en que individuos o grupos víctimas no puedan presentar sus quejas debido a limitaciones de carácter práctico o por temor a represalias.

PROCEDIMIENTO DE QUEJAS ENTRE ESTADOS

Algunos tratados internacionales establecen un procedimiento para que el órgano de vigilancia pueda examinar quejas presentadas por un Estado parte que considere que otro Estado parte no ha dado cumplimiento a las disposiciones del instrumento respectivo. En general, este procedimiento se aplica si ambos Estados partes (el acusador y el acusado) han realizado una declaración expresa aceptando este tipo de procedimiento.

Debido a la complejidad de las relaciones entre Estados, este tipo de procedimientos son de muy escasa aplicación. Por ejemplo, estando vigente un procedimiento de quejas entre Estados desde 1976 bajo el Protocolo Facultativo al PIDCP, el Comité de Derechos Humanos nunca ha conocido de este tipo de quejas. Sin perjuicio de la escasa aplicación práctica que han tenido este tipo de procedimientos, creemos que su inclusión en un protocolo facultativo al PIDESC ha de ser estudiada con detenimiento, puesto que podría ser de utilidad en relación a ciertas obligaciones internacionales relativas a la asistencia y cooperación internacional asumidas en el Artículo 2.1 del Pacto.

EL ARDUO CAMINO HACIA UN PROTOCOLO FACULTATIVO AL PIDESC

La idea de elaborar un protocolo facultativo al PIDESC para reforzar su sistema de supervisión tiene una larga historia. En efecto, ya en 1990 el Comité DESC empezó el estudio sobre un protocolo facultativo que estableciera la posibilidad de quejas individuales por la violación de los derechos contenidos en el PIDESC.¹⁴

A pesar de contar con el apoyo de una vasto número de organizaciones de la sociedad civil, los avances en materia de un protocolo fueron muy lentos y la posición de los Estados ambigua. Aunque ya en 1993, los Estados participantes de la Conferencia de Viena reafirmaron la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos y recomendaron a la Comisión de Derechos Humanos (en adelante: Comisión o CDH) cooperar con el Comité DESC para el estudio de un protocolo facultativo,¹⁵ los avances en el proceso han sido muy lentos.

En el año 1996, el Comité DESC finalizó un borrador de protocolo facultativo (Doc. E/CN.4/1997/105) que fue presentado a la CDH en 1997. La Comisión solicitó al Secretario General de Naciones Unidas distribuir el texto del borrador del Protocolo a los gobiernos y organizaciones gubernamentales y no gubernamentales para que transmitieran sus comentarios.¹⁶ Aunque un número reducido de Estados lo hizo, de los comentarios recibidos la gran mayoría se mostraban a favor del protocolo.¹⁷ Sin embargo, las cosas no avanzaron sino hasta el año 2001, cuando la Comisión decide en su 57º periodo de sesiones, nombrar un experto independiente (Sr. Hatem Kotrane) “encargado de examinar la cuestión de un proyecto de protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (Resolución 2001/30).¹⁸

¹⁴ El Comité ha invertido varias de sus sesiones a la discusión de un proyecto de protocolo facultativo al Pacto. Por ejemplo, ha dedicado tres días de debate general al tema (periodos de sesiones 13º, 1995, y 14º y 15º, 1996). E/C.12/1996/6 párrs. 367 y ss.

¹⁵ Véase Declaración y Programa de Acción de Viena (A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993, parte II, párr. 75).

¹⁶ Decisión 104/1997 del 3 de abril de 1997.

¹⁷ Se recibieron comentarios, por ejemplo, de Canadá, Chipre, Ecuador, Finlandia, Alemania y Siria (ver E/CN.4/1998/84 y E/CN.4/1999/112).

¹⁸ Durante este mismo periodo de sesiones (57º) la CIDH había tomando 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 el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y por la Comisión Internacional de Juristas, así como de un informe de la Alta Comisionada sobre el proyecto de

El experto independiente presentó su primer informe a la Comisión en su 58º periodo de sesiones (2002). En su informe el Sr. Kotrane, manifestó su apoyo a la adopción de un protocolo facultativo al PIDESC (Doc. E/CN.4/2002/57). En esta sesión la Comisión decidió renovar el mandato del experto independiente (Resolución 2002/24), solicitándole investigar más a profundidad el tema sobre el alcance y la naturaleza de las obligaciones estatales, la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la cuestión de la conveniencia y viabilidad de un mecanismo encargado de examinar las denuncias con arreglo al Pacto, así como la cuestión de la complementariedad entre los distintos mecanismos.¹⁹ A través de esta misma Resolución 2002/24, la Comisión decidió también “establecer, en su 59º periodo de sesiones, un grupo de trabajo, de composición abierta, de la Comisión con miras a estudiar las opciones relativas a la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.²⁰

La primera sesión del “Grupo de Trabajo Abierto para Considerar Opciones Relacionadas con la Elaboración de un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (en adelante: Grupo de Trabajo) se llevó a cabo en Ginebra del 23 de Febrero al 5 de Marzo del 2004. Con posterioridad a esta primera sesión del Grupo de Trabajo, la Comisión en su Resolución 2004/29, renovó el mandato del Grupo de Trabajo por un periodo de dos años (2005 y 2006) para que siguiera estudiando “las opciones para la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.²¹

protocolo facultativo del Pacto (E/CN.4/2001/62 y Add.1). Estos hechos, sin lugar a dudas desencadenaron la decisión de nombrar un experto independiente.

¹⁹ En su resolución 2002/24, la Comisión “tomó nota con interés [...] del informe del experto independiente encargado de examinar la cuestión de un proyecto de protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las recomendaciones formuladas en él” (párr. 1), y decidió prorrogar por un año el mandato del experto independiente. El experto independiente presentó su segundo informe a la Comisión en su 59º periodo de sesiones (E/CN.4/2003/53 y E/CN.4/2003/53/Corr.1)

²⁰ Apartado F, del párrafo 9. 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.

²¹ La negociación y votación de esta resolución en la CIDH estuvo muy reñida. En efecto, tras varias propuestas de modificación al párrafo 14 de la resolución, que contenía la referencia al Grupo de Trabajo, se tuvo que aplazar la votación por 24 horas. Luego del aplazamiento, y luego de aun más propuestas de modificación, se adoptó finalmente con 48 votos a favor y 5 abstenciones: (Arabia Saudita, Australia, Bahrein, Estados Unidos de América, Qatar). E/CN.4/2004/L.10/Add.10.

El Segundo periodo de sesiones del Grupo de Trabajo tuvo lugar del 10 al 21 de enero de 2005. El informe de la presidenta del Grupo de Trabajo (E/CN.4/2005/52) fue aprobado durante la 61ª sesión de la CDH el 15 de abril del 2005.²²

LOS ARGUMENTOS PLANTEADOS DURANTE LAS SESIONES DEL GRUPO DE TRABAJO

Durante las sesiones del Grupo de Trabajo, hemos sido testigos de una creciente participación de aquellos delegados que están a favor del protocolo facultativo,²³ aunque en la mayoría de los grupos regionales las fuerzas están divididas.²⁴

Una destacada excepción son los países que conforman el GRULAC (Grupo Regional de América Latina y el Caribe). El trabajo realizado por este grupo regional llevó no sólo a que se estableciera el grupo de trabajo y que su mandato fuera renovado, sino que también ha defendido de manera consistente la exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Varios delegados de este grupo (*p. ej.* México, Argentina, Chile y Costa Rica)²⁵ participaron de manera muy activa en ambas sesiones del Grupo de Trabajo.

En este sentido cabe destacar el rol de liderazgo que jugó México en la segunda sesión del Grupo de Trabajo. El delegado del gobierno mexicano manifestó expresamente la necesidad de dar un paso adelante, y dejar la árida discusión teórica sobre el tema, para empezar a trabajar en la elaboración

²² La CIDH en su resolución sobre el tema 10 del programa acogió “*con beneplácito*” el informe de su Grupo de Trabajo (E/CN.4/2005/52) y pidió al Grupo de Trabajo que informe a la Comisión en su 62º periodo de sesiones (E/CN.4/2005/L.24 para 14 y 15). Nuevamente, algunos países manifestaron abierto rechazo al Grupo de Trabajo, como fue el caso de EUA, Australia y Arabia Saudita que se abstuvieron de esta votar en esta resolución. Asimismo, los dos primeros países en sus explicaciones de votos, expresaron escepticismo respecto a los derechos económicos, sociales y culturales.

²³ La autora ha participado activamente durante las dos sesiones del Grupo de Trabajo como enviada de la Red-Desc y miembro de la Coalición de ONGs por un Protocolo Facultativo al PIDESC.

²⁴ Dentro de la organización de las Naciones Unidas, se reconocen cinco grupos regionales: El Grupo de los países de Asia; el Grupo de los Países de África; el Grupo de Europa Occidental y Otros; el Grupo de los Países de América Latina y el Caribe (GRULAC); y el Grupo de Europa del Este, Asia Central y Rusia.

²⁵ Véase, por ejemplo E/CN.4/2005/52 párrs. 7 y 59.

de un borrador de Protocolo. Sin lugar a dudas, este empuje para que se inicie cuanto antes la elaboración de un borrador es lo que el proceso de negociación necesita.

El grupo de los países de África también se ha mostrado a favor del protocolo facultativo. En efecto, así lo manifestó expresamente el representante de Etiopía (hablando en nombre de la Unión Africana) durante la segunda sesión del Grupo de Trabajo.²⁶ Una excepción, sería Egipto, cuyo delegado ha manifestado su oposición al protocolo. En lo que respecta al grupo de países de Asia, pareciera existir una falta de interés en el tema, puesto que su participación en las sesiones ha sido limitada, con excepción de la delegada de Irán que también ha hecho público su rechazo al protocolo.²⁷ Del grupo de países de Europa del Este, Asia Central, y Rusia, se han destacado los delegados de este último país, al manifestar un significativo apoyo al protocolo.²⁸

Finalmente, en lo que respecta al Grupo Occidental y Otros, su apoyo al protocolo ha sido débil. Dentro de este grupo existe una clara división de fuerzas. Las intervenciones de algunos delegados de países Europeos, como Finlandia y Portugal han demostrado un consistente y fuerte apoyo al Protocolo,²⁹ sin embargo otros han hecho evidente su escepticismo (*p. ej.* Noruega y República Checa)³⁰ y otros su rechazo (*p. ej.* Polonia y Reino Unido).³¹ Asimismo, países como EUA, Canadá y Australia, son fuertes oponentes de un protocolo facultativo al Pacto. Frente a este panorama, de tendencias tan diversas, se hace muy difícil el logro de un consenso para que la próxima sesión de la CDH (2006) se decida dar inicio a la elaboración de un borrador de protocolo facultativo al PIDESC.

Tratando de sistematizar los argumentos de aquellos delegados que expresan su rechazo al protocolo facultativo, los podríamos clasificar en tres grandes grupos.³² Aunque debemos advertir que en la mayoría de los casos,

²⁶ E/CN.4/2005/52 párr. 9.

²⁷ Esta falta de interés de los países de Asia, se debería en parte al hecho de que son el grupo geográfico de las Naciones Unidas con el menor número de ratificaciones a tratados derechos humanos.

²⁸ Véase, por ejemplo, E/CN.4/2005/52 párr. 17.

²⁹ Véase, por ejemplo, E/CN.4/2005/52 párrs. 10 y 16.

³⁰ Véase, por ejemplo, E/CN.4/2005/52 párr. 15

³¹ Véase, por ejemplo E/CN.4/2005/52 párr. 60.

³² Nos guiamos en este punto por el trabajo de Scott, C., "The interdependence and permeability of human rights norms: towards a partial fusion of the International Covenants on Human Rights," en *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 27, Ottawa, 1989, pp. 791 y ss.

los representantes gubernamentales que se oponen a la adopción de protocolo facultativo al Pacto o que manifiestan reticencias al mismo, no esgrimen un sólo tipo de argumentos, sino varios. Además, aunque en ocasiones estos argumentos no han quedado reproducidos en los informes del Grupo de Trabajo, ellos son muchas veces esgrimidos por los representantes estatales en sus conversaciones “en los pasillos” y directamente en sus conversaciones con los representantes de ONGs que, presentes en la reunión, hacen trabajo de cabildeo a favor del Protocolo.

ARGUMENTOS RELATIVOS A LA SUPUESTA DISTINTA NATURALEZA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Este tipo de argumentos afirma la existencia de características innatas a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales que impedirían su exigibilidad a través de órganos judiciales o cuasi-judiciales.³³

Aunque no corresponde examinar con detalle este tipo de argumentos en este texto, sí es conveniente resaltar que son los mismos argumentos que se esgrimieron por algunos representantes gubernamentales durante las décadas de los años cincuenta y sesenta, cuando se negociaba la adopción de los Pactos en las Naciones Unidas.³⁴ Dichos argumentos estaban profundamente influenciados por la confrontación existente durante el periodo de la Guerra Fría y esgrimirlos después de casi 50 años —y fuera de contexto— se acerca a la insensatez.

³³ La delegación que con mayor parcialidad ha mantenido esta postura es la de los EUA, que incluso, utiliza la expresión “derechos” entrecomillada, cuando se refiere a los de carácter económico, social y cultural. Véase, al respecto la explicación del voto del delegado estadounidense en la 61ª sesión de la CIDH disponible en: <http://www.humanrights-usa.net/2005/0415Item10L24.htm> (última revisión abril 2005).

³⁴ En términos generales, y simplificando, podemos señalar que los argumentos de aquellos redactores de los pactos que se manifestaron en favor de la adopción de dos pactos diferentes, argumentando una supuesta distinta naturaleza de las obligaciones, consideraban que los derechos civiles y políticos imponían sobre los Estados sólo obligaciones negativas (de abstención), obligaciones que eran consideradas precisas y cuyo cumplimiento no requería de la utilización de recursos económicos, por lo tanto, los Estados debían darle cumplimiento de manera inmediata. En contraposición, se consideraba que los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sólo imponían obligaciones de carácter positivo (un hacer del Estado), obligaciones que, según decían, eran de contenido vago, costosas, es decir, que requerían de considerables recursos económicos para llevarlas a la práctica, y que, por lo tanto, los Estados sólo podían cumplirlas de manera progresiva a través del tiempo.

En términos generales y simplificando, podemos señalar que estos argumentos se fundan en la supuesta distinta naturaleza de las obligaciones que impone cada tipo de derechos. Se considera que los derechos civiles y políticos imponen sobre los Estados sólo obligaciones negativas (de abstención), obligaciones que son consideradas precisas y cuyo cumplimiento no requeriría de la utilización de recursos económicos, por lo tanto, los Estados deben darle cumplimiento de manera inmediata. En contraposición, se considera que los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sólo impondrían obligaciones de carácter positivo (un hacer del Estado), obligaciones que, según dicen, son de contenido vago, costosas, es decir, que requerían de considerables recursos económicos para llevarlas a la práctica, y que, por lo tanto, los Estados sólo podrían cumplirlas de manera progresiva a través del tiempo.

El dinámico desarrollo que ha tenido el derecho internacional de los derechos humanos ha demostrado que este tipo de argumentos son contra fácticos y que no es posible hacer una distinción clara entre el tipo de obligaciones que impone cada tipo de derecho.³⁵

ARGUMENTOS RELATIVOS A LA FALTA DE PRECISIÓN DEL CONTENIDO DEL PIDESC

Estos argumentos se asemejan a los anteriores, pero tratan de salvar el hecho cierto de que en muchas constituciones y jurisdicciones nacionales, los Derechos de carácter Económico, Social y Cultural sí son exigibles judicialmente. De tal manera, que se busca señalar que si bien el problema de la imposibilidad de exigirlos judicialmente (o cuasi-judicialmente) no es innata a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; su imposibilidad en este caso estaría vinculada a la manera en que estos derechos están contenidos en el Pacto.

Este tipo de argumentos desconocen la labor que el Comité DESC ha realizado a través de los años definiendo el contenido normativo de las obligaciones impuestas por el Pacto. Como hemos indicado, a través de las observaciones finales, observaciones generales y los días de debate general el Comité ha ido precisado el contenido normativo del Pacto. Asimismo,

³⁵ Para un análisis más extenso sobre el punto, véase Magdalena Sepúlveda, *The nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Amberes, Intersentia, 2002, pp. 115-132.

este tipo de argumentos no tiene en cuenta el hecho de que, sólo a través de un sistema de quejas individuales, esto es, a través del conocimiento de casos concretos, es que se podrá continuar el avance en la determinación del contenido y el alcance de las normas que impone el Pacto.

ARGUMENTOS DE CONVENIENCIA POLÍTICA

Aunque en la mayoría de los casos, este tipo de argumentos se trata de “disfrazar” dentro de alguna de las categorías anteriores, ellos son esgrimidos principalmente por Estados que no son siquiera parte del Pacto (*p. ej.* EUA, Sudáfrica, Mozambique, Arabia Saudita). En el caso, de Arabia Saudita, por ejemplo, el rechazo absoluto a que se refuerce el sistema de supervisión del PIDESC, parece fundarse en el entendido de que de adoptarse un nuevo instrumento internacional de protección a los derechos humanos, a la larga se verían “presionados” a adoptarlo.³⁶ Irónicamente, Arabia Saudita se ha mantenido indiferente a cualquier “presión” de adoptar el PIDESC en los más de treinta años que el Pacto lleva en vigor.

Dentro de los argumentos de conveniencia política también se pueden incluir todos aquellos argumentos que se refieren a una supuesta incompetencia de los miembros del Comité para poder conocer de quejas individuales. Este argumento es muy curioso, si tenemos en cuenta que son los propios Estados los que nominan y eligen a los miembros del Comité, por lo tanto, si ellos mismos manifiestan dudas respecto a la competencia de los miembros, lo que habría que indicarles es que está en sus propias manos poder remediar dicha situación, nominando y eligiendo candidatos más competentes.

Asimismo, argumentos de conveniencia política son los que presentan determinados Estados de democracias consolidadas (*p. ej.* Canadá y Australia) que consideran que de adoptarse un mecanismo de quejas individuales ellos serían objeto de un escrutinio mayor en comparación con otros países menos democráticos. Bajo este argumento, rechazan el dar apoyo a este tipo de mecanismos. Lo curioso es que si este tipo de Estados que se consideran con democracias más consolidadas no demuestran apoyo a este tipo de mecanismos difícilmente se podría esperar que democracias emergentes o menos consolidadas sí les dieran apoyo.

³⁶ Así se desprende, por ejemplo, de la intervención de fecha 19 de enero de 2005, del delegado de Arabia Saudita durante la segunda sesión del Grupo de Trabajo. En archivo del autor.

En general, lo cierto es que muchos delegados gubernamentales buscan evitar que se refuerce el mecanismo de supervisión del Pacto por el simple hecho que tienen conocimiento de que cuando un caso individual es conocido por un órgano de supervisión internacional, existe una mayor sensibilización de la opinión pública y por ende el Estado recibe una mayor “presión” por tomar medidas para cambiar la situación existente. En otras palabras, es precisamente por uno de los motivos que la sociedad civil quisiera que se estableciera un procedimiento de quejas individuales para conocer de violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por lo que algunos Estados están en contra del mismo, aunque traten de argumentar su oposición a través de una supuesta imposibilidad “innata” de estos derechos ha ser exigidos judicial o cuasi-judicialmente.

LA RESISTENCIA POLÍTICA Y LOS TEMAS PENDIENTES

La ambigüedad y displicencia que han mostrado los Estados en cuanto a la adopción de un Protocolo Facultativo al PIDESC se ha visto reflejada en el mandato que se le ha otorgado al Grupo de Trabajo. Como hemos señalado, el mandato ha sido el de “considerar opciones” para la elaboración de un protocolo facultativo. Asimismo, el Grupo de Trabajo, conformado por representantes gubernamentales, ha interpretado este mandato de manera muy restrictiva. De hecho, ya llevan dos años durante los cuales sólo ha habido un debate abstracto, de vez en cuando bastante desordenado, donde se han escuchado diversos expertos —en ocasiones no los más pertinentes— y en donde muchos delegados gubernamentales parecen no tener ni el interés ni la preparación que un tema como éste requiere.

Hasta la fecha no ha habido ningún documento concreto que sirva de base al debate. Para un observador externo, muchas veces las sesiones del Grupo de Trabajo parecen ser talleres de capacitación con algunos estudiantes desinteresados y en ocasiones no muy aventajados. En este contexto, las voces de aquellos delegados gubernamentales bien preparados, así como el continuo clamor de los representantes de organizaciones no gubernamentales y de los expertos invitados, que continuamente hacen presente las inconsistencias y corrigen las percepciones equivocadas sobre los DESC, parecen no tener el eco necesario.

Los gobiernos que se oponen al Protocolo Facultativo (por ejemplo, EUA, Australia, y Arabia Saudita), consideran que la opción de “no adop-

ción de protocolo facultativo” es una de las opciones que ha de examinar el Grupo de Trabajo y han logrado que dicha opción fuera incluida entre las opciones que deben ser examinadas por la presidenta del Grupo de Trabajo en un documento que debe preparar para el próximo periodo de sesiones del Grupo de Trabajo (2006).³⁷

Afortunadamente, como hemos indicado, algunos representantes gubernamentales que apoyan el Protocolo (*p. ej.* Finlandia, Portugal y México) han realizado una buena labor durante las sesiones del Grupo de Trabajo, inyectándole fluidez al debate y tratando de avanzar en el proceso. Sin perjuicio de los pasos a favor a un protocolo que se han dado, debemos reconocer que aun existen ciertos temas que requieren de una mayor profundización y más amplio debate, tanto a nivel internacional como, sobre todo, a nivel doméstico.

Dentro de estos temas que requieren de un mayor debate, es el referente a la cooperación y asistencia internacional.³⁸ Algunos representantes de gobiernos han manifestado dudas acerca del rol que jugarían las obligaciones de carácter internacional que establece el Artículo 2,1 PIDESC.³⁹ Se preguntaban, por ejemplo, cuál es el contenido y alcance de estas obligaciones y la conveniencia de incluir en un protocolo facultativo la posibilidad de que el no cumplimiento de dichas obligaciones fuera objeto de un procedimiento de quejas interestatales o individuales.

Para algunos países en desarrollo (*p. ej.* Egipto y los países de la Unión Africana) un protocolo facultativo debería incluir cláusulas relativas a la cooperación internacional. Sin embargo, algunos países del grupo “Europa Occidental y Otros” han sostenido que no es posible incluir en un protocolo facultativo las obligaciones relativas a la cooperación internacional. Aun más, algunos consideraron que se trataría sólo de obligaciones de carácter moral, que no son vinculantes para los Estados.⁴⁰

Sin lugar a dudas, el tema de la asistencia y cooperación internacional es de suma importancia y se requiere que sea estudiado a profundidad tanto por parte de las cancillerías, como por parte de la academia y las ONGs. Sin perjuicio de ello, debemos tener presente que aunque para algunos repre-

³⁷ E/CN.4/2005/52 párr. 109.

³⁸ Véase, por ejemplo E/CN.4/2005/52 párrs. 9, 63, 76-80.

³⁹ Este artículo establece: “cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, *tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales*, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (énfasis agregado).

⁴⁰ E/CN.4/2005/52 párr. 76.

sentantes de gobiernos debatir este tema de la cooperación internacional es importante para poder resolver sus inquietudes y tratar de examinar de buena fe las posibilidades de un Protocolo Facultativo, para otros delegados gubernamentales, el debate sobre el tema en el Grupo de Trabajo parece ser sólo una oportunidad para desviar la discusión y obstaculizar los avances (*p. ej.* Arabia Saudita).

Como han manifestado las ONGs, el Comité DESC y la doctrina, a través de los años se ha ido clarificando el contenido y alcance de las obligaciones del Art. 2.1 PIDESC en materia de cooperación y asistencia internacional. Además, como ya se ha indicado, un protocolo facultativo al PIDESC podría contribuir favorablemente a continuar la tarea de determinar el contenido de estas obligaciones.

Otro tema que fue objeto de gran debate durante las sesiones del Grupo de Trabajo y que requiere de un mayor análisis, es el del alcance del protocolo facultativo en relación a la gama de derechos que protegería. El Comité de DESC en su borrador de protocolo consideró apropiado incluir un enfoque amplio, que permitiría que todos los derechos incluidos en los Artículos 1 al 15 del Pacto sean objeto del procedimiento de quejas individuales.⁴¹ Este mismo enfoque amplio es el que han sostenido las ONGs, como uno de los contenidos esenciales que ha de tener un protocolo facultativo.⁴²

Sin embargo, durante las sesiones del Grupo de Trabajo, algunas delegaciones se han manifestado a favor de lo que se ha venido a señalar como un enfoque “a la carta” que consistiría en que sólo algunas de las obligaciones del PIDESC se someterían a un sistema de quejas, y correspondería a los propios Estados determinar cuáles obligaciones estarían dispuestos a asumir.⁴³ Aunque aquellos que abogan por este enfoque parecen sugerir que por este medio se podría alcanzar una vía para lograr un consenso a favor del protocolo, lo cierto es que existe una absoluta falta de claridad respecto a lo que se entiende por un enfoque “a la carta”. Asimismo, un

⁴¹ Esto significa incluir las Partes I, II y III del Pacto, excluyendo sólo la Parte IV y de esta manera no permitir quejas individuales en caso de no cumplir con la obligación de presentar informes. Es importante señalar, que en 1996 no existió consenso respecto a la inclusión del Artículo 1 PIDESC (derecho a la libre determinación) y al Artículo 15. E/CN.4/1997/105 párr. 24

⁴² A través de una presentación conjunta, una serie de organizaciones no gubernamentales, instituciones de derechos humanos y representantes de la sociedad civil hicieron presente que un enfoque amplio constituía uno de los contenidos mínimos esenciales de un protocolo facultativo al PIDESC “a fin de que el mismo pueda servir como mecanismo efectivo de protección y promoción de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. Véase E/CN.4/2004/WG.23/CRP.3, p. 2.

⁴³ Véase, por ejemplo, E/CN.4/2005/52 párrs. 15, 17, 87 y 101.

enfoque restrictivo, cualquiera sea el contenido que se le de, presenta varios inconvenientes, entre ellos: (a) sugiere la existencia de una jerarquía entre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; (b) dificulta la supervisión del Pacto, en cuanto diferentes Estados podrían obligarse respecto a diferentes tipos de derechos; y (c) podría significar también un retroceso respecto a los avances en materia de exigibilidad que se ha logrado en jurisdicciones domésticas, donde la gran mayoría de los Derechos de carácter Económico, Social y Cultural son exigibles por la vía judicial.

Como se señalaba, durante las sesiones del Grupo de Trabajo no se ha debatido de manera sustantiva sobre qué consiste un enfoque “a la carta”. Esto constituye un problema muy grave, puesto que existen diferentes maneras de entender un enfoque selectivo o “a la carta”: Sólo por dar un ejemplo: podría acordarse de que sólo pueden presentarse quejas individuales respecto de unos pocos derechos de los contenidos en el PIDESC, como es el caso del Protocolo de San Salvador.⁴⁴ Otra alternativa, es que se acuerde de que todos los derechos del Pacto se consideran exigibles, pero que los Estados partes puedan identificar los derechos que deseen someter a un procedimiento de reclamos, asumiendo simultáneamente la obligación de tomar medidas para ampliar la cantidad de derechos sujetos a reclamos en el futuro, como en el caso de la Carta Social Europea.⁴⁵ Obviamente, estas dos alternativas son muy diferentes y sería importante que supiéramos a qué se refieren los representantes de los Estados cuando hablan de la opción “a la carta”.

Además de los aspectos indicados, existe una serie de otros elementos que deben ser discutidos para poder elaborar un borrador de protocolo facultativo. Muchos de esos elementos, han de ser incluidos en un documento que debe presentar la presidenta del Grupo de Trabajo, en la próxima sesión del Grupo de Trabajo en el 2006.⁴⁶ Es conveniente, que tanto cancillerías como ONGs se preparen para la discusión de contenidos que podría darse en la próxima sesión del Grupo de Trabajo.

⁴⁴ De conformidad al Protocolo de San Salvador, el procedimiento de quejas individuales se establece sólo en relación al derecho a organizar y afiliarse a sindicatos (Art. 8. A) y al derecho a la educación (Art. 13).

⁴⁵ De conformidad al Artículo 20 de la Carta Social Europea, al momento del depósito, ratificación o de aprobación de la Carta, los Estados contratantes pueden elegir los derechos a los cuales se quieren obligar.

⁴⁶ Estos elementos fueron identificados por los delegados durante la segunda sesión del Grupo de Trabajo y se incluyen en el informe: E/CN.4/2005/52 párr. 109.

PRÓXIMOS PASOS EN EL CAMINO A LA ADOPCIÓN DE PROTOCOLO FACULTATIVO AL PIDESC

La CDH debe renegociar el mandato del Grupo de Trabajo durante el 62º periodo de sesiones a celebrarse en el año 2006. Es de fundamental importancia para los avances en el proceso, que la Comisión adopte un mandato que le permita al Grupo de Trabajo, dejar de discutir “opciones” y empezar a elaborar un borrador de protocolo facultativo. Dicho protocolo debiera incluir la posibilidad de presentar quejas individuales y debería además incluir un sistema de investigación de oficio (*p. ej.* Artículo 20 CAT). Asimismo, es de vital importancia que un borrador de protocolo incluya un enfoque comprehensivo respecto de qué derechos quedarían cubiertos o protegidos por el mismo.

Debido a que existe aun un grupo de delegaciones que se oponen fuertemente a que se adopte un protocolo facultativo y por ende buscarán bloquear cualquier avance, es necesario intensificar el trabajo de cabildeo a favor a un protocolo facultativo al PIDESC que sea comprehensivo. Aún no es posible descartar que aquellos que se oponen a que los individuos tengan un mecanismo de protección internacional frente a las violaciones a sus Derechos Económicos, Sociales y Culturales logren que se ponga fin al mandato del Grupo de Trabajo, echando por tierra los esfuerzos de un gran número de organizaciones de la sociedad civil e individuos que por más de una década vienen abogando por la existencia de un Protocolo Facultativo.

Si queremos que se empiece a negociar un borrador de Protocolo Facultativo, es necesario intensificar las campañas de presión dirigidas a los gobiernos, reforzar la coordinación entre las distintas organizaciones no gubernamentales, incentivar a la academia y a la opinión pública en general para debatir sobre cuáles serían los elementos mínimos esenciales para que dicho Protocolo debiera incluir para otorgar una protección efectiva a los individuos y grupos afectados por violaciones a sus Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Estamos en un momento crucial del proceso de negociación de un Protocolo Facultativo al PIDESC y si queremos seguir avanzando, es necesario que todos trabajemos en conjunto para llegar a ese fin. De esta manera, la postura favorable al Protocolo Facultativo que ha mantenido la cancillería Mexicana debería continuar y buscar apoyo en otras instancias estatales. México tiene ante sí la posibilidad de actuar como un líder internacional en esta materia, promoviendo que las víctimas a las violaciones a los Derechos de carácter Económico, Social y Cultural puedan tener un mecanismo internacional de protección de los mismos.