

# Breve reflexión en torno al nuevo Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

por LUCÍA BANUS, FEDERICO ADLER, LEANDRO MASSARI, ANDRÉS MURAD  
www.infojus.gov.ar  
Id SAIJ: DACF130128

Resumen: El presente ensayo consiste en el análisis del texto del Nuevo Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales vigente desde el pasado 5 de Mayo de 2013 y del cual Argentina es parte. Incluye consideraciones personales sobre su utilidad y sus falencias.

## BREVE REFLEXIÓN EN TORNO AL NUEVO PROTOCOLO FACULTATIVO AL PACTO DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.

ESCENARIO ACTUAL El próximo 5 de Mayo entrará en vigencia, gracias a su décima ratificación por parte del Estado Uruguayo, el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante: Protocolo Facultativo).

El Protocolo, aunque con reticencia de muchos Estados, fue adoptado por la Asamblea General de la ONU, el 10 de diciembre de 2008. Su fin es cumplir con la universalidad, indivisibilidad, interdependencia y trato único de los derechos humanos, aspiración consagrada en la Declaración Universal de 1948.

Su entrada en vigencia, entonces, aparece para la sociedad civil en el mundo, como un hecho a celebrar; especialmente en los países de Latinoamérica, ya que representa el logro de las tantas movilizaciones y campañas que se han realizado en pos de su ratificación por los Estados Parte en el Pacto.

Precisamente, aquello que se festeja, es el avance normativo en relación a los derechos económicos, sociales y culturales en virtud del tratamiento discriminatorio que su reconocimiento y protección históricamente han recibido en relación a los derechos civiles y políticos. En 1966, la misión de llevar los ideales plasmados en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre a un instrumento de mayor especificidad y con carácter de obligatorio cumplimiento para los Estados, se vio frustrada cuando, inmersos en plena Guerra Fría, los relatores, dividieron el contenido en dos diferentes pactos: por un lado el [Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles](#) (en adelante: PIDPC) y por el otro, el [Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales](#) (en adelante: PIDESC). La gravedad de esta discriminación estuvo en que a los derechos regulados en el primero de los pactos, se los dotó de mecanismos de control y de tutela más rígidos y específicos que a los del segundo.

Concretamente, el PIDPC estableció que los derechos contenidos en él son de reclamación inmediata ante los tribunales de justicia, consagrando la garantía de su tutela y del recurso efectivo para toda persona víctima de vulneraciones a estos derechos. Consecuentemente, se adoptó un protocolo facultativo del mencionado instrumento, el que otorgó al Comité de los Derechos Humanos(1) (en adelante: CDH), organismo creado por ese mismo Pacto, capacidad para recibir quejas de carácter individual por las violaciones estatales a los derechos en él consagrados.

En absoluto antagonismo, el PIDESC establece que la realización de estos derechos será progresiva en función

de los recursos disponibles de los Estados, sin contemplar la posibilidad de que estos puedan ser justiciables ante los tribunales. Para más distorsión, creó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante: Comité) pero no fue seguido de ningún protocolo facultativo que lo dotara de la facultad de recibir quejas individuales frente a casos que representaran su violación. En consecuencia, existió, durante los últimos cincuenta años, una clara discriminación en perjuicio de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante: DESC). Hubo que esperar a la década del noventa para que se comenzara a identificar a nivel global las necesidades de desarrollo económico, social y cultural de los países e incorporarlas en el conjunto integral de los derechos humanos (2).

Hasta la fecha, el PIDESC otorga competencia al Comité para realizar informes anuales sobre la situación de estos derechos en los Estados Parte. Sin embargo, no le permite tratar casos concretos en los cuales se los denuncie de violar estos derechos. Por ende, al no contemplar mecanismos que garanticen la protección judicial de los individuos, ni que atribuyan competencia suficiente para obligar a los Estados a cumplir sus recomendaciones, la protección que puede ofrecer es insignificante. Bajo esta modalidad, el papel que desempeña actualmente no avanza más allá de la superficialidad de "procurar"(3) que el Estado Parte reduzca la brecha entre los derechos reconocidos a través del pacto y la realidad social dentro de su jurisdicción.

**EL NUEVO PROTOCOLO** La entrada vigencia del Protocolo Facultativo modificará parcialmente la situación actual. A partir del 5 de mayo próximo, el Comité tendrá competencia para analizar reclamos concretos de personas o grupo de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado que lo haya ratificado, por violaciones a los derechos previstos en el PIDESC (4). Por consiguiente, tendrá la posibilidad de expedirse en relación al accionar de los Estados en cada caso particular que le sea sometido. A continuación se analizarán las cuestiones esenciales de este instrumento.

Cuestiones de admisibilidad.

Para que el Comité pueda evaluar una comunicación (5), el peticionante debe haber agotado previamente la vía interna, salvo que exista un retardo injustificado en ella. Ahora bien, ¿cuáles son los recursos que debe agotar? ¿qué se debe entender por "retardo injustificado"? Estas cuestiones las irá resolviendo el propio Comité a la hora de resolver los casos concretos. Consideramos que los parámetros a utilizar serán similares a los que, hasta la fecha, viene sosteniendo el CDH.

Para este se deben agotar los recursos judiciales que sean efectivos para resolver el conflicto. Es decir, no sería necesario agotar la vía administrativa ni aquéllos recursos judiciales que resulten inútiles o sean muy poco habituales (6). Tampoco se exige agotar los recursos cuando resulte peligroso (7) ni cuando se demuestre la falta de voluntad o la incapacidad del Estado Parte de proporcionar asistencia jurídica gratuita a las personas que carecen de recursos económicos (8). En relación al retardo injustificado, no existen parámetros fijos establecidos sino distintas circunstancias que se deben tener en cuenta en el caso particular. Entre ellas se destacan: la actuación del propio denunciante a lo largo del proceso, la de los funcionarios judiciales que intervinieron en el mismo y la complejidad del caso (9).

Asimismo, el Comité declarará la inadmisibilidad de la comunicación si: 1) la presentación se hubiese realizado luego de un año del agotamiento de los recursos internos; 2) los hechos del caso hubiesen sucedido con anterioridad a la entrada en vigencia del protocolo; 3) la cuestión haya o esté siendo juzgada por el propio Comité o cualquier otro procedimiento o arreglo internacional; 4) fuera incompatible con el PIDESC; 5) constituyera un abuso de derecho; 6) fuese anónima o no presentada por escrito. La misma decisión tomará para el caso que sea infundada, no lo esté suficientemente o se base exclusivamente en informes difundidos por los medios de comunicación (10). Vale destacar esta última circunstancia que refleja el triste acontecimiento de

que los medios de comunicación, cada día más, sacrifican el valor de la información fidedigna, omitiendo denunciar debidamente violaciones de derechos humanos, a fin de obtener mayores réditos económicos.

Finalmente, el art. 4 permite al Comité negarse a considerar una comunicación en la cual "(...) no se revele que el autor haya estado en una clara desventaja, salvo que se trate de una cuestión grave de importancia general (...)". Sin embargo, ¿cómo valorar la desventaja?, ¿en relación a las otras personas que habitan el Estado demandado?, ¿en relación a las otras personas que estén bajo la jurisdicción de los Estados Parte? ¿en relación a un grupo especial de personas? En definitiva, al no especificar en relación a que debe evaluarse la desventaja, se trata de una expresión inacabada que da lugar a un amplio margen de arbitrariedad para que el Comité rechace in limine cualquier comunicación que desee.

Medidas provisionales.

En cualquier momento del proceso antes de la decisión de fondo, inclusive con anterioridad a la declaración de admisibilidad, el Comité puede emitir una solicitud al Estado involucrado para que tome las medidas necesarias para evitar un daño irreparable a las víctimas. Es decir, a fin de que no se agrave la situación de vulnerabilidad de un DESC de una persona, se requiere preventivamente una acción concreta de parte del Estado. A estas medidas se las denomina medidas provisionales y cumplirían un rol similar al de las medidas cautelares en el ordenamiento interno. La solicitud del Comité no implica juicio alguno sobre la admisibilidad ni sobre el fondo de la cuestión (11).

Examen y seguimiento de las comunicaciones.

Para el caso de que el Comité considere admisible una comunicación, la pondrá en conocimiento del Estado Parte en cuestión de forma confidencial. La confidencialidad produce oscuridad en el procedimiento y no garantiza la publicidad de la cuestión, negándoles la posibilidad a las personas de saber las distintas comunicaciones presentadas contra el Estado en el que viven. En un plazo de seis meses, el Estado debe presentar, por escrito, su defensa, o en su defecto, las medidas correctivas que haya adoptado (12).

Puede que las partes arriben a una solución amigable, para lo que el Comité pondrá sus buenos oficios a disposición (13). Caso contrario, en sesiones privadas, examinará las comunicaciones analizando toda la documentación ofrecida por las partes y la útil proveniente de cualquier otro órgano internacional o regional de protección de los derechos humanos. Evaluará si el Estado ha cumplido de manera razonable con el principio de progresividad, teniendo en consideración que puede adoptar toda una serie de medidas para hacer efectivos los DESC (14). En efecto, dictará su resolución examinando la forma en la que el Estado destina sus recursos económicos para la satisfacción específica del derecho cuestionado, así como el grado en que este ha sido garantizado hasta ese momento (recordemos que, según el principio de progresividad, un Estado nunca puede retroceder en el respeto de los DESC). Por ende, el Protocolo Facultativo no implica avance alguno en cuanto a lo que puede exigírsele a un Estado en la satisfacción de estos derechos. En efecto, pueden seguir amparándose en la cláusula "hasta el máximo de los recursos disponibles" (15) para justificar su accionar contrario a la protección de los DESC. A nuestro criterio, es comprensible que se considere, a la hora de dictaminar, la situación económica del Estado; sin embargo, ello no puede servir de excusa para no garantizar la protección de un núcleo esencial(16) de cada derecho humano. Una vez tomada la decisión, el Comité pondrá en conocimiento de las partes su dictamen y, en su caso, sus recomendaciones. Se debe destacar que el dictamen no es vinculante para el Estado Parte. Esta circunstancia es una evidencia más de que el avance que genera la aplicación del Protocolo es pequeño, aunque cabe valorar la coacción de carácter moral y económica que sufre un Estado al tener varias recomendaciones dictadas en su contra por el Comité.

CONSIDERACIONES FINALES.

Cabe concluir que la entrada en vigencia del Protocolo Facultativo no implicará una modificación sustancial de la situación actual, aún respecto de aquellos Estados que lo hayan ratificado. En definitiva, la batalla por el reconocimiento y protección de los DESC es una ardua lucha que excede el aspecto normativo. Pretender que el simple texto de un protocolo que no obliga jurídicamente a los Estados Parte sea la panacea de la protección de los DESC resulta utópico.

Sin embargo, corresponde reconocer que su ratificación representa un avance. En efecto, la posibilidad de analizar presentaciones individuales conlleva una apertura en el trabajo del Comité, por fuera de su acotada competencia actual(17).

Ello, por un lado, aun cuando los dictámenes o recomendaciones que el Comité pueda emitir carecerán de carácter vinculatorio para los Estados, permitirá que su contenido pase a formar parte del Corpus Iuris Internacional(18), pudiendo ser considerados a modo interpretativo tanto en causas jurisdiccionales, como al momento en que un Estado determine su política con respecto a la protección de los DESC.

Por otro lado, y respecto de los Estados que han ratificado el protocolo, como es el caso de Argentina, nuestra expectativa es que ello sirva como incentivo para fortalecer el cumplimiento de los DESC y para promover la justiciabilidad de casos relacionados con violaciones a estos derechos en el ámbito nacional. Entendemos que la adecuación interna del Estado Parte a las recomendaciones o dictámenes que el Comité emita, influirá en su imagen proyectada hacia la Comunidad Internacional, esperando que los intereses políticos en sus relaciones internacionales y nacionales sean motor para el acatamiento de estas recomendaciones. Es decir, el costo político de oponerse a cumplir con las decisiones del Comité jugará a modo de coacción para el gobierno de turno; ya que, las consecuencias derivadas del sólo hecho de ignorar alguna de las recomendaciones dadas, puede implicar un precio demasiado alto en contraposición al ínfimo costo que signifique para una economía nacional la solución del caso concreto. Estará en la formación de los luchadores de los DESC hacer de este instrumento una herramienta útil para la eficacia de ellos. Piénsese, por ejemplo, que, por el principio de igualdad, si el Estado cumple en un caso individual presentado ante el Comité, tendrá el deber de cumplir en casos análogos.

Asimismo, es destacable que una decena de países se hayan sujeto voluntariamente a la competencia del Comité para entender en casos particulares, ya que les brindan a las personas que habitan en sus territorios la posibilidad de hacer conocer la vulneración de uno de estos derechos a nivel mundial. El Protocolo brinda una nueva oportunidad para replantear la necesidad de que todo derecho humano sea justiciable. La satisfacción del acceso al agua, a la alimentación, a la vivienda adecuada, a la salud, a la educación y al trabajo, entre otros, son derechos esenciales de todas y cada una de las personas, parte del catálogo universal de los derechos humanos inalienables e indispensables, imprescindibles para gozar de una vida digna. Es por ello que necesitamos derribar la barrera construida que impide que este tipo de derechos sean exigibles. ¿Qué es lo que se entiende por "derecho" en sentido subjetivo si el cumplimiento del mismo no puede ser reclamado ante los tribunales? El contrasentido se agrava por el hecho de que las víctimas de violaciones a estos derechos humanos, son, en general, personas que integran grupos vulnerables dentro de la sociedad, comúnmente discriminados en el ámbito del acceso a la justicia. Es harto conocido el desfile de los más postergados, deambulando toda la mañana por los tribunales (ya que sólo atienden en ese horario), de un órgano a otro, sin encontrar respuesta alguna ante una situación de emergencia. Lamentablemente, la brillante novela "El proceso" de Kafka refleja fielmente lo que sucede hoy en nuestra justicia.

Por tanto, es de gran relevancia, a fin de que el Protocolo Facultativo tenga realmente significado para las personas cuyos derechos han sido violados, tanto que se difunda apropiadamente su contenido para que toda la sociedad civil lo conozca y entienda su significado, así como que existan mecanismos eficientes para que las

quejas individuales de estas personas lleguen al conocimiento del Comité.

Desde esta perspectiva, puede vislumbrarse el provecho que la vigencia de este instrumento puede aproximar. Aunque implique una labor de hormiga, es indispensable continuar insistiendo, a través de toda herramienta posible, en el esfuerzo por reducir la brecha existente entre el papel y la realidad de la protección de los derechos humanos, para que su regulación no se quede empantanada en una mera acumulación de papel mojado.

Notas al pie: 1) Nótese que el comité creado por PF-PIDPC es denominado "Comité de Derechos Humanos" y no "Comité de Derechos Civiles y Políticos", apropiándose indebidamente del amplio espectro que incluye el término "Derechos Humanos", haciendo una utilización del lenguaje que dejaría afuera de estos a los derechos económicos, culturales y sociales; dejando claro, cuál era la postura del bloque de occidente en relación a estos últimos.

2) Fue con la caída de la U.R.S.S. que desde Occidente se empezó a mirar con nuevos ojos estos derechos que, hasta ese momento, se los identificaba como expresión de un régimen autoritario.

3) "Procurar" para la RAE: hacer diligencias o esfuerzos para que suceda lo que se expresa.

4) Cfr. art. 2 del PF-PDESC.

5) "Comunicación" es la denominación específica que le otorga el Protocolo Facultativo a la queja individual presentada ante el Comité.

6)Cfr. Muhonen c. Finlandia (89/81). Singarasa c. Sri Lanka (1033/01).

7)Phillip c. Jamaica (594/92), párr. 6.4.

8)Cfr. Henry c. Jamaica (230/87).

9)Cfr. H.S. c. Francia (184/84) V.N.I.M. c. el Canadá (CAT 119/98), párr. 6.2.; Blanco c. Nicaragua (328/88), párr. 9.2.

10)Cfr. art. 3 PF.

11)cfr. art. 5 PF.

12)Cfr. art.6.

13)Cfr. art.7.

14)Cfr. art.8.

15) Conforme esta cláusula, un Estado tiene la obligación de cumplir con la protección de los DESC en relación a sus limitaciones de carácter económico. Según este criterio, verbigracia, no es posible exigirle el mismo estándar de cumplimiento a Ghana que a Suecia.

16) Entendemos "núcleo esencial" en el sentido que le otorga Peter Häberle, quien lo define como el "(...) ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas (...)" (González Monguí).

17) Esta consiste en analizar los informes que el Estado parte presenta anualmente y realizar observaciones generales.

18) La expresión "corpus juris internacional" es un aporte de la Corte Interamericana a la doctrina internacional; el concepto abarca los diferentes instrumentos existentes a nivel universal relativos a los derechos humanos y la posibilidad de que el contenido de algunas de las disposiciones sean utilizadas para aclarar o interpretar el contenido de otras fuentes. En su Opinión Consultiva OC-16/1999, la Corte Interamericana manifestó que "(...) El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)(...)" Asimismo en la Opinión Consultiva OC-18/03 expuso que: "Un Estado miembro de la OEA que sea parte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos reconocidos en el mismo, así como en la Declaración Americana, puesto que los derechos humanos forman un corpus iuris unitario, inescindible, interrelacionado e interdependiente."

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Cançado Trindade, Antonio, A., El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001.

- Courtis, Christian (comp.), Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2006.

- Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, La Ley, Buenos Aires, 2003.

- González Monguí, Pablo Elías (coord.), Derechos económicos, sociales y culturales Cátedra Gerardo Molina, Ed. Kimpres Ltda., Bogotá, 2009. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/26759.pdf>.

- Mejía R., Joaquín, Breves reflexiones en torno a la adopción del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), Revista CEJIL. Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano, Año II, Número 4, San José, Costa Rica, 2008, pp. 119-130. Disponible en: <http://joaquinmejiaarivera.blogspot.com.ar/2009/05/breves-reflexiones-en-torno-la-adopcion.html>.

n - ONU, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Selección de decisiones del Comité de Derechos Humanos adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo, Vol. 8 (julio 2002-julio 2005), Ginebra, 2007. Disponible en: [www.ohchr.org/Documents/Publications/SDecisionsVol8sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/SDecisionsVol8sp.pdf).

- Vazquez Gomez Bisogno, Francisco, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano, Poder Judicial del Estado de Campeche, 2011. Disponible en : [http://www.poderjudicialcampeche.gob.mx/descargas/jurisprudencias/DERECHO%20INTERNACIONAL%20DE%20LOS%20DERECHOS%20HUMANOS%20\(para%20publicar\).pdf](http://www.poderjudicialcampeche.gob.mx/descargas/jurisprudencias/DERECHO%20INTERNACIONAL%20DE%20LOS%20DERECHOS%20HUMANOS%20(para%20publicar).pdf). p