



***HACIA LA EXIGIBILIDAD INTERNACIONAL DE LAS OBLIGACIONES
CONTRAÍDAS POR LOS ESTADOS EN MATERIA DE DERECHOS
ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES: EL CASO DE COLOMBIA¹***

***TOWARDS THE INTERNATIONAL ACCOUNTABILITY OF THE STATES
OBLIGATIONS IN ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS: THE CASE OF
COLOMBIA***

Pilar Trinidad Núñez²

RESUMEN

La falta de respeto, protección y realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en todos los Estados y, en particular, en Colombia, requiere una reflexión sobre la exigibilidad de los mismos, así como la adopción de mecanismos, tanto en el ámbito internacional como en el interno, que permitan hacer efectiva su realización y su justiciabilidad. El Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es un instrumento que contribuirá a eliminar diferencias entre la garantía de estos Derechos y los Civiles y Políticos.

El Ordenamiento jurídico colombiano ha reconocido expresamente los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Constitución. Aunque privándoles, inicialmente del carácter de “Derechos fundamentales”, Colombia ha realizado grandes progresos en el reconocimiento y la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre todo gracias labor de su Corte Constitucional. Aún así, todavía no ha dado los debidos pasos para obligarse el ámbito internacional a reconocer y garantizar la protección que estos Derechos deben tener.

¹ Artículo recibido el 8 de junio de 2012 y aceptado el 30 de junio de 2012.

² Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Rey Juan Carlos (España).



PALABRAS CLAVE

Derechos Humanos. Derechos Económicos Sociales y Culturales. Justiciabilidad de los Derechos Humanos. Colombia.

ABSTRACT

The lack of respect, protection and fulfilment of the Economic, Social and Cultural Rights in every Country and, in particularly in Colombia, demands a deep thought about the accountability of those rights. It is also needed to give a consideration about the adoption of mechanisms in the international and national level that can make possible both the fulfilment and enforceability of these Human Rights. The Optional Protocol to the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights is an useful legal tool that will contribute to eliminate the differences between the guarantee of these rights and the Civil and Political Rights.

Colombian Legal system has expressly acknowledged Economic, Social and Cultural Rights. While not giving them initially the nature of fundamental rights, Colombia has made great progress in the strengthening of the accountability procedures for Economic, Social and Cultural Rights, in particular thanks to the work, in the last years, of the Colombian Constitutional Court. However, this State has not yet taken due steps in the international level to recognize and guarantee the protection that these Rights ought to have.

KEY WORDS

Human Rights, Economic, Social and Cultural Rights. Human Rights accountability. Colombia.



SUMARIO: I. Consideraciones preliminares: la exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; II. Los antecedentes: la elaboración del Protocolo Facultativo al PIDESC; III. El Contenido del Protocolo Facultativo y la exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 1. Presentación de Comunicaciones individuales; 2. Presentación de comunicaciones interestatales; 3. El procedimiento de investigación; 4. Cuestiones controvertidas: la asistencia y la cooperación internacional IV. Colombia y la Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: el silencio respecto al Protocolo Facultativo al PIDESC; 1. La protección constitucional de los Derechos económicos, sociales y culturales en Colombia; 2. Colombia y el rotocolo facultativo al PIDESC; V. Consideraciones finales

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: LA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

La exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es un problema jurídico que se viene planteando, tanto en los ordenamientos internos, como en el Ordenamiento Internacional desde los inicios en la configuración, reconocimiento y protección de los Derechos Humanos. De hecho, la cuestión tanto del reconocimiento como de la protección integral de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales se puso de manifiesto desde el mismo momento en que se elaboró la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuando se dispuso que se elaborara un único tratado de Derechos Humanos y que el mismo incorporara todos los derechos de forma comprensiva y sin distinción. Sin embargo, como es sabido, ese único instrumento, por razones políticas, más que jurídicas nunca vio la luz y, como se ha señalado, la guerra fría impuso “la consagración de una división artificial entre los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales, que se cristaliza en los pactos internacionales de derechos humanos”³. Esta lectura diferenciada de los derechos trajo consigo un problema añadido que arrastramos hasta hoy: la consagración de distintos mecanismos de control y garantía⁴.

³ VILLÁN DURÁN, C, “Historia y descripción general de los derechos económicos, sociales y culturales”, en GONZÁLEZ MONGUÍ, P. E., *Derechos económicos, sociales y culturales*, Universidad Libre de Colombia, 2009, p. 16.

⁴ Como ha señalado Magdalena Sepúlveda, esta decisión se basó en una serie de suposiciones exageradas o incluso erróneas “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 parte del Estado, los derechos económicos, sociales y culturales eran de aplicación progresiva, requiriendo obligaciones positivas (de actuación) por parte del Estado”. SEPÚLVEDA, M.: “La necesidad de adoptar un protocolo facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en GUTIÉRREZ CONTRERAS, J.C. (Coord.), *Los Derechos Económicos, sociales y culturales* Secretaría de Relaciones



Un debate similar tuvo lugar en el ámbito interamericano, donde el proyecto de Convención Interamericana de Derechos Humanos, preparado en 1959 por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos pretendía integrar tanto los Derechos Civiles y Políticos como a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (si bien es cierto que no se contemplaban los mismos mecanismos de supervisión para unos u otros Derechos).

Afortunadamente, en 2008 fue adoptado uno de los instrumentos que seguramente va a contribuir decisivamente a la exigibilidad de estos Derechos y, por tanto, al progreso y la indivisibilidad de los Derechos humanos en el ámbito internacional: el primer Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuya entrada en vigor puede pronosticarse como próxima⁵. En efecto, coincidiendo con el 60 aniversario de la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el 10 de diciembre de 2008 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el, hasta la fecha, penúltimo tratado internacional relativo a los Derechos Humanos elaborado al amparo de las Naciones Unidas, el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶.

La razón fundamental para la elaboración de este instrumento es sencilla: el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre 1966 (en adelante PIDESC o el Pacto), es básicamente el único tratado de Derechos Humanos adoptado en el marco de las Naciones Unidas que no crea un órgano *ad hoc* de control y supervisión de la aplicación de las obligaciones asumidas por sus Estados Partes. En efecto, según su artículo 16 las funciones de supervisión del Pacto están asignadas al Consejo Económico y Social de la ONU -el ECOSOC- ya que se prevé que los Estados Partes en el Pacto presenten informes sobre las medidas que hayan adoptado, y los progresos realizados, con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos en el mismo y que dichos informes, presentados al Secretario General, sean transmitidos al ECOSOC⁷.

Exteriores: Programa de Cooperación sobre Derechos humanos México – Comisión Europea, 2005, p. 253.

⁵ A fecha de 27 de mayo de 2012, son cuarenta los Estados que han firmado el protocolo, de los cuales ocho ya han prestado su consentimiento en obligarse por el mismo y han depositado su instrumento de ratificación ante el Secretario General de las Naciones Unidas. Por tanto, a falta sólo de la perfección de la manifestación del consentimiento en obligarse de dos Estados, el Protocolo no debería tardar mucho en entrar en vigor.

⁶ Resolución A/RES/63/117. Previamente, el Protocolo había sido aprobado, en junio de 2008, por el Consejo de Derechos Humanos.

⁷ El Art. 16 del PIDESC señala lo siguiente: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a presentar, en conformidad con esta parte del Pacto, informes sobre las medidas que hayan adoptado, y los progresos realizados, con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos en el mismo. 2. a) Todos los informes serán presentados al Secretario General de las Naciones Unidas, quien transmitirá copias al Consejo Económico y Social para que las examine conforme a lo dispuesto en el presente Pacto; b) El Secretario General de las Naciones Unidas transmitirá también a los organismos especializados



Como se sabe, para llevar a cabo esta tarea, el ECOSOC, entre otras iniciativas, estableció el Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (en adelante, el Comité DESC o *el Comité*), que tiene cierto paralelismo, en cuanto a su composición, con el Comité de Derechos Humanos, creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (el PIDCP) pero que es un órgano subsidiario del ECOSOC y no un órgano convencional, es decir, creado por un tratado internacional, con las garantías de independencia y exigibilidad que ello conlleva.

Además, el único control establecido en PIDESC se reduce a la presentación de informes periódicos por parte de los Estados, que son “contestados” con un informe final del Comité respecto al grado de cumplimiento, por parte de ese Estado, de sus obligaciones contraídas por el Pacto.

Este mecanismo de presentación de informes Estatales requiere información sobre un número considerable de derechos, datos estadísticos y otras cuestiones que puedan estar relacionadas con el contenido del PIDESC y se extiende a un período de cinco años, aunque en la práctica, por varias razones (en particular el retraso de los Estados, aunque también por el propio *colapso* de los Comités, que genera su lentitud), este período puede ser mucho más amplio. Como ejemplo puede citarse el País objeto del presente trabajo, Colombia, ya que, si bien este Estado es parte del Pacto desde sus inicios -pues lo firmó el 21 de diciembre de 1966 y depositó su instrumento de ratificación el 29 de octubre de 1969- hasta la fecha ha presentado sólo cinco Informes periódicos desde la entrada en vigor del PIDESC en 1976. Así, el tercer informe periódico fue presentado en 1995, el cuarto en mayo de 2000, el Comité le pidió que presentase su quinto informe periódico el 30 de junio de 2006, a más tardar, y fue presentado en 2009⁸.

En definitiva, este mecanismo de presentación de informes se configura como un “diálogo constructivo” entre el Comité y el Estado, se trata de un procedimiento que permite evaluar los pasos dados por el Estado parte en la realización de sus obligaciones contraídas por el PIDESC y permite que el Comité formule recomendaciones, generales o específicas, para una mejor protección de los Derechos Económicos, Sociales y

copias de los informes, o de las partes pertinentes de éstos, enviados por los Estados Partes en el presente Pacto que además sean miembros de estos organismos especializados, en la medida en que tales informes o partes de ellos tengan relación con materias que sean de la competencia de dichos organismos conforme a sus instrumentos constitutivos.”

⁸ Véase: Consejo Económico y Social. Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Quintos informes periódicos, presentados de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto. Colombia. Doc. E/C.12/COL/5, de 9 de enero de 2009. En su Observación final Comité respecto a este informe, el Comité pidió a este Estado que presente su sexto informe periódico a más tardar el 30 de junio de 2015 (véase Doc. E/C.12/COL/CO/5, de 10 de junio de 2010).



Culturales. Pero, como resulta evidente, este mecanismo no ofrece el marco adecuado para discutir casos concretos de violación de derechos⁹.

Por tanto, puede afirmarse que *la obligación de los Estados de presentar informes constituye un mecanismo tan clásico como ineficaz para atender la violación de casos específicos*. Su labor es más de promoción que de protección o garantía de los Derechos. Eso sí, permite ver la evolución en el grado de reconocimiento y protección de los DESC de un Estado, que en el caso de Colombia, a juzgar por el contenido de las observaciones finales del Comité respecto al cuarto y quinto informe, puede calificarse como favorable¹⁰.

Otra competencia que tiene el Comité, de gran importancia, es la facultad para elaborar *Comentarios u observaciones generales* que permiten guiar la interpretación y la aplicación de los artículos del Pacto. El Comité ha publicado hasta la fecha un total de 21 Observaciones Generales, la última de marzo de 2010 sobre el Derecho de toda persona a participar en la vida cultural¹¹. Estas Observaciones han tenido notable repercusión en la protección judicial de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en algunos Estados. Así, en el caso de Colombia, estas Observaciones han tenido mucha importancia, puesto que la Corte Constitucional las ha tenido en cuenta y ha citado expresamente algunas a la hora de interpretar la Constitución Política de 1991, en especial al detallar el principio de progresividad y no regresividad, al reconocer el

⁹ Como se ha señalado, este sistema de informes se caracteriza porque tiene un “carácter no acusatorio y no permite la participación de la víctima de una violación”. Por ello, se le considera, con acierto “muy limitado en la protección que puede ofrecer a víctimas de violaciones de sus derechos pues no contempla herramientas que garanticen la protección judicial de ellas ni mecanismos para que el Comité DESC obligue a los Estados a cumplir sus recomendaciones”. SUÁREZ SEBASTIÁN, M. P., “Aspectos fundamentales de los DESC”, en GONZÁLEZ MONGUÍ, P. E., *Derechos económicos, sociales y culturales... op. cit.*, p. 71.

¹⁰ Así, aunque numerosas cuestiones relacionadas con la protección de los Derechos contenidos en el Pacto en Colombia producen preocupación, incluso *profunda alarma*, al Comité, el mismo señaló en su Observación final de 2010 valoró positivamente la adopción de determinadas leyes, tales como la Ley N° 581 de 2000 relativa a la efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios, la Ley N° 823 de 2003 relativa a la igualdad de oportunidades para las mujeres y la Ley N° 599 de 2000 (Código Penal) que tipifica como delito la violación de la libertad de trabajo. Asimismo, el Comité destaca como muy positivas algunas sentencias dictadas por la Corte Constitucional de Colombia, tales como la sentencia C-169/01 relativa a la discriminación positiva, sobre la base del precepto constitucional que favorece a las poblaciones vulnerables que no se encuentran en igualdad de condiciones con respecto al resto de la población del país; la sentencia C-1064/01, que establece criterios para la fijación del salario mínimo legal, el derecho a un sueldo justo y el mantenimiento del poder adquisitivo; la sentencia C-355/06 que despenaliza el aborto declarando la constitucionalidad del artículo 122 de la Ley N° 599 de 2000 (Código Penal).

¹¹ Cabe destacar, para la cuestión que aquí nos ocupa, la Observación General núm. 3, de 1990 sobre la naturaleza de las obligaciones impuestas a los Estados por el Pacto, donde se interpreta el artículo 2.1 del mismo y el alcance de la previsión de que los Estados tomen medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles; así como la Observación General número 9, de 1998, sobre El deber de los Estados dar efecto al Pacto en el ordenamiento jurídico interno. Asimismo, el Comité ha celebrado *Debates temáticos* de gran importancia para la interpretación del texto del Pacto. Es reseñable el Debate sobre la interpretación y aplicación de las obligaciones de los Estados de conformidad con el Pacto, de 1995.



carácter de fundamental al Derecho a la seguridad social, al interpretar el derecho a la vivienda o para determinar el alcance del derecho a la salud, entre otras cuestiones¹².

Pero, a pesar de lo anterior, los Derechos Económicos, Sociales y Culturales quedaron bajo un régimen de protección internacional menor que sus “hermanos mayores” los Derechos Civiles y Políticos y no ha existido, hasta la fecha, la posibilidad de presentar denuncias, llamadas *comunicaciones individuales*, por la presunta violación de alguno de los derechos reconocidos en el Pacto, como ocurre en el caso de los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (mecanismo que se estableció mediante la adopción de un Protocolo facultativo en la misma fecha que ambos Pactos), así como en los principales tratados de derechos humanos¹³, a excepción de la Convención sobre los Derechos del Niño -y esto último ya está en vías de ser subsanado tras la adopción en diciembre de 2011 y apertura a la firma en febrero de 2012, del tercer protocolo facultativo a la Citada Convención¹⁴.

II. LOS ANTECEDENTES: LA ELABORACIÓN DEL PROTOCOLO FACULTATIVO AL PIDESC

El Protocolo Facultativo, que desde que fue abierto a la firma, el 24 de septiembre de 2009, cuenta ya, como se ha señalado, con cuarenta Estados firmantes, de los cuales ocho han perfeccionado la manifestación del consentimiento en obligarse por el mismo y el resto de los Estados es de suponer que están llevando a cabo sus respectivos trámites internos necesarios para prestar el consentimiento en vincularse por este instrumento. Sin embargo la República de Colombia no se encuentra ni siquiera entre estos cuarenta Estados firmantes.

Este instrumento fue redactado en un período que podría considerarse breve si tenemos en cuenta el tiempo que cuesta elaborar un instrumento jurídicamente vinculante en el seno de las Naciones Unidas. Sin embargo la intención o, más bien, la

¹² Pueden verse, entre otras, la Sentencias T-341/94, de 27 de julio, T. 323/94, o T. 25/04, de 22 de enero, en las que se citan expresamente las Observaciones Generales del Comité y su interpretación del PIDESC.

¹³ Sí contemplan este mecanismo la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, mediante su Protocolo Facultativo; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares y la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, mediante su Protocolo Facultativo.

¹⁴ En efecto, el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones adoptado mediante la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/66/138, de 19 de diciembre de 2011.



necesidad de que se elaborase un instrumento que pueda equiparar las obligaciones previstas en el PIDESC a su “hermano” el PIDCP, no es una recién llegada.

En efecto, la determinación de elaborar un protocolo facultativo al PIDESC no es en absoluto reciente. Ya en 1990 el Comité DESC comenzó a estudiar un instrumento facultativo al Pacto que estableciera la posibilidad de presentar denuncias individuales respecto a los Derechos contenidos en el Pacto. La acogida por parte de los Estados de esta iniciativa, como suele suceder, no fue tan entusiasta como la de la Sociedad Civil organizada. A pesar de que poco después, en 1993, los propios representantes de los Estados afirmaron en la Declaración adoptada en la Conferencia de Viena de Derechos Humanos la indivisibilidad e interdependencia de todos los Derechos¹⁵.

Así, aunque en 1996 el Comité DESC elaboró un borrador de protocolo facultativo, que presentó a la Comisión de Derechos Humanos, no fue hasta el año 2001 cuando la Comisión de Derechos Humanos nombró un experto independiente “encargado de examinar la cuestión de un proyecto de protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, quien presentó un informe en 2002 manifestando la conveniencia de elaborar un protocolo. Así las cosas, la Comisión de Derechos Humanos decidió, mediante su Resolución 2002/24, establecer un 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*. Este grupo de trabajo se reunió en un total de cinco sesiones, 2004 y 2008.

En 2005, durante su segunda sesión, el Grupo de Trabajo le dio a la Presidenta-Relatora el mandato de preparar un *documento analítico que incluyera elementos para la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto*¹⁶. No había, por tanto, siquiera un borrador de instrumento sobre el que trabajar, ni aún el consenso sobre la conveniencia de elaborarlo, hasta que, finalmente, el flamante Consejo de Derechos Humanos, mediante su resolución 1/3, de 29 de junio de 2006, cambió el mandato del Grupo de Trabajo, dándole un mandato específico, de dos años de duración, de preparar el texto de un protocolo facultativo.

Atendiendo a ese mandato, la Presidenta-Relatora, la Sra. Catarina de Albuquerque, presentó un primer proyecto de protocolo facultativo al Grupo de Trabajo en su cuarto período de sesiones (celebrado entre el 16 y el 27 de julio de 2007)¹⁷. Teniendo en cuenta los debates habidos durante el citado período de sesiones, la Presidenta preparó un proyecto revisado¹⁸ que fue la base de los debates durante la

¹⁵ Doc. [A/CONF.157/PC/62/Add.5](#)

¹⁶ Doc. E/CN.4/2006/WG.23/2.

¹⁷ Doc. A/HRC/6/WG.4/2

¹⁸ Doc. A/HRC/8/WG.4/2



primera parte del quinto período de sesiones del Grupo de Trabajo (celebrada entre el 4 y el 8 de febrero de 2008). Tras estos debates, la Presidenta, después de realizar consultas informales con las Delegaciones estatales en Ginebra preparó un segundo proyecto revisado¹⁹, sobre el que se debatió en la segunda parte del quinto período de sesiones del Grupo de Trabajo.

Por último, partiendo del citado último proyecto, dicho Grupo de Trabajo de composición abierta, presidido por la Presidenta Relatora Catarina de Albuquerque, celebró la última parte de su quinto período de sesiones del 31 de marzo al 4 de abril, en la sede de las Naciones Unidas en Ginebra, consiguiendo, finalmente, cerrar un texto para presentar al Consejo de Derechos Humanos²⁰.

Así, el Consejo de Derechos Humanos, adoptó el 18 de junio de 2008 el instrumento -si bien incluyendo en el texto alguna ligera variación respecto al consensuado el 3 de abril en el Grupo de Trabajo, fruto de la exigencia de negociaciones políticas de la política de última hora²¹- recomendando que la AG, en su 63º período de sesiones adoptase la resolución que contiene anexo el protocolo, para que pudiera ser abierto a la firma en marzo de 2009 (fecha que fue posteriormente pospuesta al sexagésimo cuarto período de sesiones).

III. EL CONTENIDO DEL PROTOCOLO FACULTATIVO Y LA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

El objetivo general del Protocolo es establecer mecanismos de protección de los derechos contemplados en el Pacto para aquellos Estados que voluntariamente presten su consentimiento en que se lleven a cabo respecto a ellos, merece la pena referirse brevemente a ellos.

¹⁹ Doc. A/HRC/8/WG.4/3

²⁰ Doc. A/HRC/8/7.

²¹ Así, el artículo 2 contempla la admisión de comunicaciones individuales por parte de cualquier persona o grupo de personas que aleguen haber sido víctimas de la *violación de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales* reconocidos en el Pacto, cuando, en la versión finalizada por el Grupo de Trabajo, el texto hablaba de la *violación de los Derechos establecidos en las Partes II y III del Pacto*. Con esta modificación, el Derecho de libre determinación de los pueblos, reconocido en el artículo 1 del Pacto, queda fuera del ámbito del Protocolo a los efectos de la presentación de comunicaciones.



1. Presentación de Comunicaciones individuales

En primer lugar, el mecanismo fundamental consiste, como no puede ser de otra manera, en permitir la presentación, ante el Comité, de *denuncias o comunicaciones individuales*. El criterio finalmente incluido en el Protocolo es el llamado *criterio integral*, es decir, se prevé se admitan comunicaciones presentadas por una persona o un grupo de personas, o un representante en su nombre, sometidas a la jurisdicción de un Estado Parte en el Protocolo, que aleguen haber sufrido una violación de cualquiera de los *derechos económicos, sociales y culturales* reconocidos en el Pacto. En otras palabras, una comunicación presentada respecto a *otro derecho* contemplado en el Pacto no sería objeto de consideración por parte del Comité.

Se trata esta de una limitación que no tiene otro fin que excluir que el Derecho de libre determinación de los pueblos, reconocido en el artículo 1 de ambos Pactos, pueda estar sujeto a denuncias individuales. Con ello, se trató de contentar tanto a aquellos Estados que en el proceso de elaboración del instrumento se negaban a admitir la competencia del Comité Desc para recibir comunicaciones respecto al derecho a la libre determinación de los pueblos como a aquellos otros que no aceptaban que el texto hiciera referencia expresamente sólo a las partes II y III del Pacto.

En definitiva, el artículo 2 señala que 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. Como se ha señalado arriba, esta última frase fue introducida cuando habían terminado las labores del Grupo de Trabajo, puesto que el texto acordado por este, cerrado en lengua inglesa, hablaba de comunicaciones presentadas por personas que aleguen ser víctimas de una violación de los Derechos de la Parte II y III del Pacto (“claiming to be victims of a violation of any of the rights set forth in Parts II and III of the Covenant by that State Party”). De otro lado, 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.

La elección de este *criterio integral* se debió a la firme postura mantenida por la mayoría de los Estados que participaron en la elaboración del texto -entre ellos España que, como parte del “grupo de amigos del Protocolo” defendió activamente desde el principio hasta el fin esa posición-, frente al llamado *criterio de reserva o exclusión* (defendido, entre otros por el Reino Unido, la Federación de Rusia o Canadá) que buscaba permitir que un Estado pudiera excluir del procedimiento de las comunicaciones el párrafo 1 del artículo 2 y cualquiera de los derechos recogidos en los artículos 6 a 15 del Pacto. Si bien esta opción presentaba, sin duda, la ventaja de permitir que un mayor número de Estados pudiera llegar a ser parte en el Pacto, podría haber restringido notablemente el alcance del mismo, además de que, en términos de



justicia material, no parecería justificable que pudieran restringirse determinados derechos.

Los *criterios de admisibilidad* de las comunicaciones son, en general, los empleados en los mecanismos convencionales de protección de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, si bien se introduce un nuevo límite, que conlleva un *margen de discrecionalidad*, ya que, según el artículo 4, el Comité podrá no tomar en consideración una comunicación si estima que el autor no ha sufrido un claro perjuicio, a menos que el Comité entienda que la comunicación suscita una *cuestión grave de importancia general*²².

Se establece, asimismo, en el artículo 5, la posibilidad de que el Estado pueda adoptar, a petición del Comité, *medidas provisionales* que eviten daños irreparables en circunstancias excepcionales. El ejercicio de esta facultad por parte del Comité no implica juicio alguno sobre la admisibilidad o sobre el fondo de la comunicación. Aunque no se incluyó expresamente en el texto, algunas delegaciones se esforzaron en dejar claro en las negociaciones, y así tuvo que afirmarlo la Presidenta del Grupo de Trabajo, que la naturaleza de estas medidas es de carácter voluntario por parte de los Estados. Debo poner de manifiesto que no comparto esta postura, ya que no puede olvidarse, a este respecto, que el Comité de Derechos Humanos ha manifestado, en varias ocasiones -así como el Comité contra la Tortura- que la no adopción, por un Estado Parte, de las medidas provisionales solicitadas, puede suponer el incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud del Pacto y su Protocolo facultativo si tal omisión conlleva un daño irreparable²³.

²² El Art. 4 señala: “De ser necesario, el Comité podrá negarse a considerar una comunicación que no revele que el autor ha estado en situación de clara desventaja, salvo que el Comité entienda que la comunicación plantea una cuestión grave de importancia general.”

²³ En efecto Según la doctrina del Comité contra la Tortura, un Estado parte, al ratificar la Convención y aceptar voluntariamente la competencia del Comité prevista en su artículo 22, se compromete a cooperar de buena fe con el mismo, aplicando y haciendo plenamente efectivo el procedimiento de quejas individuales allí previsto. A juicio del Comité, la Convención lo faculta en su artículo 18 para establecer su propio reglamento “que formará una unidad con la Convención en la medida en que no esté reñido con ella” (Decisión, de 16 de mayo de 2007, respecto a la comunicación núm. 249/2004 -*Dar c. Noruega*-). Así, en la citada decisión, el Comité ha apreciado que el propósito específico del artículo 108 del reglamento es dar significado y alcance a los preceptos de la Convención “que de otro modo sólo otorgaría una mera protección hipotética a los solicitantes de asilo que afirmaran que existe un grave peligro de tortura”. Por ello, “[a] no atender la solicitud de medidas provisionales que se le formuló y no informar al Comité de la deportación del autor de la queja, el Estado Parte incumplió sus obligaciones de cooperar de buena fe con el Comité, a tenor del artículo 22 de la Convención”. Esta decisión confirma la posición que fue puesta de manifiesto por parte del Comité contra la Tortura en la Decisión, de 17 de mayo de 2005, sobre la comunicación núm. 195/2002 (*Brada c. Francia*), en la que el “Comité observa que el Estado Parte, al ratificar la Convención y aceptar voluntariamente la competencia del Comité en virtud del artículo 22, se comprometió a aplicar y hacer plenamente efectivo el procedimiento de presentación de comunicaciones por particulares establecido por ese medio. La acción del Estado Parte, que expulsó al autor ignorando la solicitud de medidas provisionales formulada por el Comité, invalidó el ejercicio efectivo del derecho a presentar una queja conferido por el artículo 22 e hizo que la decisión final del Comité en cuanto al fondo fuese inútil”. Del mismo modo, el Comité de Derechos Humanos, ha



Finalmente, otro *elemento de corrección* que se introduce para la presentación de las comunicaciones es que el Comité considerará hasta que punto son razonables las medidas adoptadas por el Estado Parte y, al hacerlo, tendrá en cuenta que el Estado puede adoptar “toda una serie de medidas de política” para la aplicación de los Derechos establecidos en el Pacto, es decir, se deja una puerta abierta al *margen de apreciación* que algunas delegaciones reclamaron con insistencia durante las negociaciones del texto. Se trata, en definitiva, de un *criterio corrector* que, obviamente, no existe ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni en sus Protocolos y que viene a consolidar una diferencia en la garantía de unos y otros derechos y, en ese sentido, así como por la ambigüedad de los términos empleados, resulta claramente reprochable, pero que parecía ser absolutamente necesario para algunos Estados²⁴.

2. Presentación de comunicaciones interestatales

Junto a la facultad para recibir comunicaciones individuales, se contemplan en el Protocolo otros mecanismos de supervisión de los derechos contenidos en el Pacto. Así, el artículo 10 establece el *procedimiento facultativo de comunicaciones interestatales*. La posibilidad de presentar, por parte de los Estados Partes, denuncias contra otro Estado también parte en el instrumento y que haya admitido la competencia del Comité para recibir las, es un mecanismo tan clásico de protección de derechos humanos como poco utilizado. Es cierto que, debido a la complejidad de las relaciones interestatales, la aplicación de este mecanismo es muy difícil, por lo que quizá lo único que cabría afirmar en su favor es que su presencia guarda, al menos en apariencia, un cierto equilibrio entre los Estados y responde al principio de igualdad jurídica de los Estados en Derecho internacional.

expresado, varias ocasiones un parecer idéntico al del Comité contra la Tortura, en el sentido de que la no adopción, por un Estado Parte, de las medidas provisionales solicitadas por el Comité, puede suponer el incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud del Pacto y el Protocolo (por ejemplo, en la Decisión de 15 de mayo de 2003, relativa a la Comunicación Nº 1086/2002 -Weiss c. Austria-).

²⁴ Se trata de un criterio corrector que parece estar en sintonía con la presencia en el PIDESC de las nociones de “progresividad” y la obligación de de los Estados de adoptar medidas “hasta el máximo de los recursos disponibles” inexistente en el PIDCP. Sin embargo, a pesar de su aparente ambigüedad, tal y como ha señalado C. Curtis, ambas nociones pueden ser cuantificables en términos de indicadores de supervisión. así el requisito de la progresividad “parece exigir al Estado que avance en la realización de los derechos”. Por su parte la obligación de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles del Pacto, parece remitirnos, según este autor, “a una dimensión cuantificable, que se vincula con el uso de recursos públicos”, así, “parece que la forma más adecuada de evaluar esto es a través del análisis presupuestario. No cuesta mucho advertir que existe una correlación fuerte entre la satisfacción de ciertos derechos –como el derecho a la salud o el derecho a la educación-, las partidas presupuestarias destinadas a ellos y la priorización de los recursos realizadas por el Estado”. COURTIS, C., “Como vigilar el cumplimiento de las obligaciones estatales”, en GONZÁLEZ MONGUÍ, P. E., *Derechos económicos, sociales y culturales*, Op. Cit, pp. 467 y 468.



3. El procedimiento de investigación

En tercer lugar, se establece en el artículo 11 del instrumento la posibilidad de permitir un *procedimiento de investigación para casos de violaciones graves o sistemáticas de los derechos enunciados en el Pacto*, en consonancia con los últimos tratados en materia de Derechos Humanos elaborados en el seno de las Naciones Unidas, con lo que se facultaría al Comité DESC no sólo para conocer de vulneraciones puntuales de los derechos contenidos en el Pacto, sino para realizar un examen o investigación de situaciones generalizadas respecto a los derechos protegidos. Si bien hay que apuntar que este procedimiento se ha establecido con carácter facultativo, es decir, sólo se podrá iniciar respecto a aquellos Estados que, siendo partes en el Protocolo, hayan manifestado expresamente, mediante la presentación de una declaración, la aceptación de esta Competencia del Comité.

4. Cuestiones controvertidas: la asistencia y la cooperación internacional

Por último, una de las cuestiones que más debates y discusiones ha generado en el seno del Grupo de Trabajo durante la elaboración del protocolo fue la disposición, finalmente incluida en el artículo 14 del texto adoptado, sobre *asistencia y cooperación internacional*. En él se establece la posibilidad de que un Estado reciba asistencia técnica por parte de los organismos especializados, fondos y programas de las Naciones Unidas y otros órganos competentes. Se dispone, asimismo, que será establecido un *fondo fiduciario* con arreglo a los procedimientos de la Asamblea General -por tanto, de carácter voluntario- para prestar asistencia técnica a los Estados en relación con el ejercicio de los derechos reconocidos en el Pacto y se señala, por último, que las disposiciones en esta materia se aplicarán sin perjuicio de la obligación de todo Estado Parte de cumplir con las obligaciones impuestas por el Pacto.

Algunos Estados, de un lado, -Noruega entre ellos- cuestionaron vivamente durante las negociaciones del instrumento el papel de las obligaciones internacionales referidas a la cooperación (el artículo 2.1 del PIDESC establece que los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas “mediante la asistencia y la cooperación internacional”) y en qué medida las mismas podrían servir de pretexto que justifique el incumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados que reclaman esta cooperación y asistencia y sostuvieron reiteradamente que no es posible contemplar obligaciones relativas a la cooperación internacional, o que las mismas deberían, al menos, matizarse.

Mientras tanto, para otros Estados -fundamentalmente los Estados del Grupo Africano-, resultaba imprescindible que un protocolo facultativo incluyera cláusulas relativas a la cooperación internacional, finalmente, esta fue la postura que prevaleció, al consagrarse en el artículo 14 del instrumento, la asistencia y cooperación

internacional, eso sí, “sin perjuicio de la obligación de todo Estado Parte de cumplir con sus obligaciones en virtud del Pacto”.

IV. COLOMBIA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: EL SILENCIO RESPECTO AL PROTOCOLO FACULTATIVO AL PIDESC

1. La protección constitucional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en Colombia

Como he señalado antes, Colombia prestó su consentimiento en obligarse por el PIDESC en 1969, por lo que el mismo entró en vigor de forma general y para este Estado al mismo tiempo. Además, la Constitución colombiana de 1991 reconoce la primacía de aquellos los Tratados internacionales de Derechos Humanos a los que ha prestado su consentimiento en obligarse -algo evidente en Derecho internacional, pero que nunca está de más que se reconozca en los textos constitucionales- así como que las normas sobre Derechos humanos contenidas en la Carta Magna colombiana habrá de interpretarse de conformidad con el contenido de aquellos tratados de Derechos humanos de los que Colombia forma parte²⁵.

Por ello, S. Valencia ha afirmado que esta previsión de la Constitución Colombiana, al establecer la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos “ha permitido establecer que las normas de derecho internacional que protegen los derechos humanos y las normas del Derecho Internacional Humanitario forman con la Constitución un “bloque de constitucionalidad”, del cual se pueden extraer los argumentos normativos necesarios para garantizar y proteger los derechos y, obviamente, los DESC”²⁶. El mismo autor aclara que este “bloque de constitucionalidad”, es una noción empleada por “la Corte Constitucional de manera expresa desde 1995 que proviene de la tradición jurisprudencial francesa y que se ha convertido en uno de los elementos básicos para realizar juicios de constitucionalidad, ya que irradia un criterio interpretativo y aplicativo que ningún operador jurídico debe dejar de considerar. A pesar de su importancia, el concepto de bloque ha tenido dificultades en su implementación, pero su desarrollo ha sido progresivo, hasta contar al día de hoy con una serie de pautas y criterios que permiten identificar con mayor

²⁵ El artículo 93 de la vigente Constitución de Colombia, de 1991 dispone: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de excepción, prevalecen en el ordenamiento jurídico interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia”.

²⁶ VALENCIA QUICENO, S, “Obligaciones de los Estados frente a los derechos económicos, sociales y culturales”, en GONZÁLEZ MONGUÍ, P. E., *op. cit.*, p. 404.



facilidad y certeza qué tipos de normas hacen parte del bloque, entre ellas, las que protegen los DESC²⁷.

Y es que, como se ha señalado con gran acierto “[d]entro del amplio abanico de problemas jurídicos que durante más de quince años han sido abordados por la Corte Constitucional pocas controversias han generado un escenario de perplejidad y vacilación similar al suscitado por el interrogante acerca de la exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales –DESC- por vía de tutela²⁸”.

Más aún, la Corte Constitucional Colombiana ha desarrollado el concepto o *método interpretativo* de la Constitución de “conexidad” para otorgar una protección encomiable de los Derechos, Económicos, Sociales y Culturales, superando la compartimentalización de los Derechos humanos reconocidos en la Constitución de 1991. Así, mediante esta especie de herramienta de interpretación, se ha consolidado la relación de interdependencia entre los derechos y ha permitido que la Corte otorgue la tutela para la protección de los Derechos Económicos y Sociales, aún cuando no estaban inicialmente considerados como *fundamentales*. Así, como se ha señalado, mediante el recurso a la conexidad la Corte “desde sus fallos iniciales, ha tratado de proporcionar elementos dirigidos a ensanchar el universo de los derechos protegidos por la acción de tutela²⁹”.

En efecto, *acudiendo a la conexidad* la Corte ha podido vincular Derechos en principio no susceptibles de protección mediante la Acción de tutela -los Derechos Económicos, Sociales y Culturales-, con otro u otros que sí están bajo el amparo de este mecanismo –considerados como derechos fundamentales- y así ha podido “proteger aquellos derechos que, en principio, están excluidos de la órbita de protección de la acción de tutela³⁰”. Ahora bien, siendo muy útil para la protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no puede desconocerse que la vía de la conexidad parte de la base de que estos derechos *no son derechos fundamentales*³¹. Por tanto,

²⁷ *Ibid.*

²⁸ GUTIÉRREZ BELTRÁN, A. M., “Tendencia actual de amparo en materia de derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 24, 2010, pp. 82-83.

²⁹ RIVEROS PARDO, D. F. “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos subjetivos: una visión estructural”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 24, 2010 p. 30.

³⁰ *Ibid.* El mismo autor ha señalado que “dentro de este escenario de protección, los derechos constitucionales se podrían clasificar en dos grupos: en primer lugar los derechos fundamentales propiamente dichos, es decir todos los derechos de aplicación directa, y, en segundo lugar, los derechos fundamentales por conexidad o derechos de aplicación indirecta (...). En este último grupo se encuentran los derechos económicos, sociales y culturales que, al no ser considerados derechos fundamentales, no son derechos cuyo amparo se pueda solicitar *prima facie* por vía de tutela”. *Ibid.*, pp. 30-31.

³¹ La propia Corte señaló que “[l]os derechos sociales, económicos y culturales de contenido difuso, cuya aplicación está encomendada al legislador para que fije el sentido del texto constitucional, no pueden ser considerados como fundamentales, salvo aquellas situaciones en las cuales en un caso específico, sea



frente a la vulneración de un derecho que no puede considerarse *fundamental*, sólo cabe amparar su protección con la tutela cuando se advierte que “de no conceder protección judicial a este derecho –no fundamental- otras garantías *iusfundamentales* podrían resultar comprometidas”³².

Pero, a pesar de esta división entre Derechos “fundamentales” y “no fundamentales” en la Constitución colombiana, la Corte ha otorgado el carácter de *fundamenta per se* a algunos Derechos, en particular el Derecho a la salud, en el ejercicio de lo que se ha denominado *activismo judicial progresista*, y que ha sido entendido a veces, de forma injustamente peyorativa a mi juicio, como un exceso de atribución de poderes por parte de la Corte³³. Cabe destacar, en el reconocimiento del derecho a la salud, la Sentencia T-760, de 2008, muy criticada por los sectores conservadores, que ha sido considerada “tal vez el fallo más importante en materia de salud en Colombia”³⁴, en la que la Corte, *se apartó de la necesidad de exigir o establecer la conexidad* entre un derecho social y un derecho fundamental para proteger aquel, estableciendo que *el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo* y que, aun cuando no esté en peligro su vida, una persona puede presentar una acción de tutela para que se proteja su derecho a la salud³⁵. Así pues, como se ha señalado, “en

evidente su conexidad con un principio o con un derecho fundamental”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-406 de 1992.

³² GUTIÉRREZ BELTRÁN, A. M., “Tendencia actual de amparo ...”, *loc. cit.*, p. 86. El caso paradigmático de esta argumentación es el derecho a la salud, ya que, como se ha señalado “la labor de asegurar amparo a esta garantía trae consigo un nutrido cúmulo de obligaciones entre las cuales se encuentra la fundación de un sistema de seguridad social, la construcción y puesta en funcionamiento a nivel nacional de una adecuada red hospitalaria, la creación de sistemas de subsidio encaminados a garantizar acceso a los servicios médicos a la población que carece de recursos económicos (...) así las cosas, “la atención de la salud y el saneamiento público (...) sólo han de ser comprendidas como preceptos dirigidos al Congreso de la República de los cuales no es posible derivar una pretensión *in concreto* , a menos que un verdadero derecho fundamental –como la vida o la dignidad humana- resulten vulneradas de no proteger el aludido derecho prestacional asistencial”. *Ibid.* p.86

³³ Véase SAFFON, M. P., GARCÍA-VILLEGAS, M., “Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2011, 13,(1), pp. 75-107

³⁴ *Ibid.*, p. 98

³⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-760, de 2008. En esta paradigmática y controvertida Sentencia, la Corte acumuló veintidós expedientes de tutela sobre problemas recurrentes que habían llevado a los ciudadanos a acudir a la tutela para proteger su derecho a la salud y, además de declarar el derecho a la salud como un derecho fundamental, expidió órdenes concretas para cada caso y órdenes *generales* dirigidas a distintas instituciones del Estado con el fin de que se adoptaran medidas para solucionar *fallos estructurales* existentes el sistema de salud. La propia Sentencia señala que hay un doble propósito en la acumulación de los procesos “Por un lado, tener una muestra lo más comprensiva posible del tipo de problemas que han llevado a los tutelantes a acudir a la justicia constitucional para obtener la satisfacción de sus derechos (...).Estos problemas han llevado a que la mayor proporción de acciones de tutela que se presentan en el país versen sobre el derecho a la salud, sin que las órdenes que ha impartido la Corte, caso por caso, así como todos los jueces del país, hayan conducido a la superación de tales problemas. En realidad, los órganos responsables de lo que podría denominarse genéricamente la regulación del sistema de salud no han adoptado decisiones que les garanticen a las personas su derecho a la salud sin tener que acudir a la acción de tutela. (...).De otro lado, la acumulación de procesos permite a la Corte analizar diferentes facetas del derecho a la salud y valorar sus implicaciones siempre con la



esta nueva etapa de la protección constitucional de los derechos sociales, y en particular del derecho a la salud, el activismo judicial de la Corte parece haberse consolidado, y ello parece estar produciendo cambios estructurales importantes” Así, se han producido “transformaciones importantes de la política pública en salud destinadas a que esta se corresponda con los mandatos de la Corte. Y tales cambios han tenido como resultado una disminución del activismo de la Corte en la materia, dado que las tutelas ya no son tan necesarias para que el derecho a la salud sea protegido”³⁶.

Además, la Corte constitucional Colombiana ha ido progresivamente adoptando la posición de que todos los Derechos Humanos consagrados en la Constitución de 1991 *tienen el carácter de fundamental*. Según se ha afirmado, esta evolución se debe a la irrupción en el escenario jurisprudencial de un “nuevo elemento”, cual es la recepción del Derecho internacional en el Ordenamiento interno colombiano, pues “la vigorosa incursión del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el contexto judicial, el cual da cuenta de un propósito encaminado a lograr una reivindicación universal del ser humano que desborda las otrora infranqueables fronteras soberanas de los Estados sobre temas que guardan un innegable vínculo con graves hechos sociales que en el mundo contemporáneo no pueden ser legítimamente desconocidos, tales como la pauperización de las sociedades y el fortalecimiento de las brechas sociales que promueven el surgimiento de clases sociales que *de facto* encuentran frustrada cualquier participación en la construcción *democrática* de las sociedades y el derecho”³⁷.

Así, la Corte Constitucional de Colombia, ha sostenido que “los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que los y las constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución”³⁸. Puede citarse asimismo, entre otras muchas, una reciente Sentencia, en la que se aplica este concepto para el caso del derecho a una vivienda digna, en la que la Corte recuerda que “[I]a jurisprudencia constitucional se ha ido apartando, cada vez con mayor claridad, de los pronunciamientos iniciales que catalogaban la protección de derechos económicos, sociales y culturales en sede de tutela como algo excepcional en atención al carácter no fundamental de las prerrogativas que integran dicha categoría. La procedencia de la tutela para lograr la protección del derecho a la vivienda digna -aun cuando éste no fuera considerado fundamental- siempre que la lesión de tal prerrogativa pudiera tener como consecuencia la amenaza o vulneración de otros derechos del peticionario que pudieran ser considerados fundamentales *per se*, tales como la vida, la integridad física, la igualdad, el debido proceso, entre otros. Criterio que asimismo se ha mantenido

finalidad de garantizar el goce universal, equitativo y efectivo de este derecho. Esto se refleja en los apartes de esta sentencia sobre las características constitucionales del derecho a la salud donde se hace una recopilación de algunas de las reglas constitucionales pertinentes que sobre el derecho a la salud, en especial, el derecho de acceso a los servicios de salud”

³⁶ SAFFÓN, M. P., GARCÍA-VILLEGAS, M., “Derechos sociales”, *loc. cit.*, p. 100.

³⁷ BELTRÁN, A. M., “Tendencia actual de amparo ...”, *loc. cit.*, p., p. 89.

³⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-016 de 2007.



latente en el análisis que en aras de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales realiza en cada caso el juez constitucional”³⁹.

En definitiva, puede afirmarse que Colombia, tal y como ha puesto de manifiesto el Comité Desc en sus Observaciones finales respecto a este Estado, ha realizado grandes progresos tanto en lo que se han llamado *indicadores de estructura*⁴⁰ como, aunque no tanto, en los denominados *indicadores de proceso*⁴¹ en materia de Derechos Sociales Económicos y Culturales. Es decir, es posible afirmar *Colombia se ha dotado del marco jurídico e institucional adecuado para, progresivamente, caminar hacia el cumplimiento de sus obligaciones en materia de Derechos Sociales, Económicos y Culturales*. Así, de una parte, su Carta Magna reconoce y ampara estos derechos y lo hace poniendo de manifiesto la primacía de las obligaciones internacionales contraídas por Colombia mediante los Normas internacionales que le son aplicables y, por otra parte, la Corte Constitucional Colombiana ha venido desarrollado una labor encomiable en los últimos años a la hora otorgar el debido amparo judicial a estos derechos⁴².

2. Colombia y el Protocolo facultativo al PIDESC

Así las cosas, merece la pena analizar brevemente la relación y la situación, tanto jurídica, como política, de Colombia con el Protocolo Facultativo al PIDESC. En este sentido, como se ha señalado arriba, cabe señalar, en primer lugar, que el Estado colombiano prácticamente no participó en la elaboración del Protocolo, sino que tan

³⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-530 de 2011.

⁴⁰ Tal y como describe Christian Courtis, los *indicadores de estructura* son aquellos que “dan cuenta del marco jurídico institucional existente para cumplir con ciertos derechos, si están reconocidos en la Constitución, si están reconocidos legislativamente, cuál es la estructura institucional del Estado para hacer frente a este derecho” COURTIS, C, “Cómo vigilar el cumplimiento de las obligaciones estatales”...*loc. cit.*, p. 472.

⁴¹ Por su parte, los *indicadores de proceso*, según el mismo autor, serían aquellos “que permiten identificar cuáles son los pasos que ha dado el Estado para avanzar progresivamente en la cristalización de esos derechos” esto incluiría “las leyes, las normas, los planes, los programas, la inversión de recursos dirigidos a la plena realización de los derechos consagrados en los Pactos y en la Constitución”. *Ibid.*, p. 472.

⁴² Además de lo ya señalado, se ha puesto de manifiesto que en muchos Estados, y particularmente en Colombia “se han desarrollado en los últimos diez o quince años una serie de acciones colectivas que permiten que el Poder Judicial trate situaciones no meramente individuales, sino grupales, colectivas”. Esto se ha dado, según Christian Courtis, por medio de vías, una de ellas “por la de agregación de casos individuales que son idénticos, y reflejo de una misma falla en un servicio administrativo o de una misma violación por parte del Estado. Un buen ejemplo de esto es la doctrina del ‘estado de cosas inconstitucional’ desarrollada por la Corte Constitucional Colombiana, que consiste en acumular en la misma decisión cientos y a veces miles de causas que responden a la misma situación, y requerir al Estado una respuesta estructural común a esas violaciones”. La otra vía es “el litigio colectivo propiamente dicho, es decir, aquel en el que alguien (...) está facultado para representar en un caso el interés agregado de un colectivo, o para plantear afectaciones contra bienes colectivos tales como el medio ambiente, o para representar el interés de una comunidad, como un pueblo indígena”, siendo ejemplos de estas acciones en Colombia “la tutela colectiva, la acción popular y en alguna medida la acción de inconstitucionalidad”. *Ibid.*, p. 479.



sólo se limitó a acompañar silenciosamente al Grupo latinoamericano, este sí, muy activo, en las negociaciones sobre el instrumento. Eso sí, Colombia apoyó, siquiera tácitamente, la adopción del Protocolo, no se opuso a la misma, pero, tras su adopción y apertura a la firma no lo ha firmado y no parece que se hayan iniciado aún trámites internos para prestar el consentimiento en obligarse por el mismo.

Sin embargo, llama poderosamente la atención que la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en Colombia es un ejemplo para el resto de la Comunidad internacional. Y más aún, esta justiciabilidad se basa directamente en la aplicación interna de los instrumentos jurídicos internacionales que reconocen estos Derechos y de los que Colombia es parte. En efecto, como he señalado más arriba, y tal y como viene afirmando la Doctrina jurídica desde hace años, la Corte Constitucional de Colombia ha aplicado normas de Tratados internacionales que protegen derechos económicos y sociales, en muchos casos con el fin de interpretar, complementar y reforzar normas constitucionales ya existentes en la materia⁴³. Así por ejemplo, a propósito del derecho a una vivienda digna, la Corte ha señalado que la calificación de este derecho como fundamental “como ha sucedido con otras garantías pertenecientes a la categoría de los derechos económicos, sociales y culturales, implica adoptar una postura más cercana al ideario plasmado por nuestros Constituyentes y adicionalmente, más respetuosa de los compromisos adquiridos por nuestro Estado a nivel internacional. El principal reparo que se ha propuesto para negar el carácter fundamental de los derechos económicos, sociales y culturales -y en particular de la vivienda digna- esto es, el relativo a su carácter prestacional, elemento que se traduce en la necesaria definición de las políticas públicas que, en atención a la disponibilidad de recursos, establezcan las condiciones en las que se garantizará su disfrute, es un argumento que apunta en realidad a describir la forma como este derecho puede hacerse efectivo en la práctica y no a desconocer la necesaria protección que el mismo merece, en cuanto derecho fundamental, aspecto que deviene indiscutible una vez establecida su imperiosa protección de cara al respeto de la dignidad humana”⁴⁴.

⁴³ Pueden verse, entre otros muchos: ARANGO, R, “Experiencia colombiana sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Derechos económicos, sociales y culturales. Memorias del Seminario Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. México, Secretaría de Relaciones Exteriores/Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México/Comisión Europea, 2005, pp. 327-332; LANGFORD, M., “Justiciabilidad en el Ámbito Nacional y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Un Análisis Socio-Jurídico”, *Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 6, núm. 11, diciembre de 2009, pp. 99-134; ROSSI, J, FILIPPINI L. G.: “El Derecho Internacional en la justiciabilidad de los Derechos Sociales en Latinoamérica” en RODRÍGUEZ, C P. ARCIDIÁCONO, P, y ESPEJO, N. (eds.). Centro de Estudios Legales y Sociales, Universidad de Los Andes-Universidad Diego Portales, 2010; y SEPÚLVEDA, M.: “Colombia: The Constitutional Court’s Role in Addressing Social Injustice” en M. LANGFORD, *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, 2008, pp. 144-165.

⁴⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-530, de 2011. Entre otras muchas, también cabe señalar la mencionada Sentencia T-25/04, 2004.



En este sentido, la Corte Constitucional, como destaca toda la doctrina que se ha ocupado de la cuestión, ha citado decisiones e informes de órganos de protección de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en particular del Comité DESC, “para interpretar las normas de derechos humanos contenidas en textos internacionales o en la Constitución Política de 1991. Así, ha tomado en consideración las Observaciones Generales y las Observaciones Finales del Comité DESC como fuentes de interpretación tanto de normas constitucionales como de tratados internacionales. La Corte Constitucional Colombiana ha establecido también que el Comité DESC es el intérprete autorizado del PIDESC y que, como tal, sus criterios son relevantes para determinar el contenido y el alcance de los derechos sociales”⁴⁵. Este es el caso, entre otros muchos, de la arriba citada Sentencia T 760 de 2008, que realiza un pormenorizado análisis de la interpretación que el Comité Desc hace del contenido, alcance y significado del Derecho a la salud y de las Obligaciones de los Estados de respetar, proteger y garantizar este derecho⁴⁶. Esta Sentencia incluso dedica un extenso Anexo “en aras de la pedagogía constitucional” al estudio pormenorizado de del reconocimiento derecho a la salud en los principales instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos y su evolución. Y ello se hace, en palabras de la propia Corte, con el fin de mostrar “que definir el derecho a la salud como derecho fundamental es compatible con el lugar y la trascendencia de éste derecho en el ámbito internacional y regional”⁴⁷.

Por ello, *resulta aún más llamativo el silencio de Colombia respecto al Protocolo facultativo al PIDESC*. No puede olvidarse que la prestación del consentimiento de un Estado en obligarse mediante un Tratado internacional, más allá de la procedencia jurídica –la conformidad de una norma internacional con el ordenamiento jurídico interno, al fin y al cabo, puede conseguirse modificando este último-, es siempre una cuestión de voluntad política. En este sentido, podría decirse que durante el Gobierno anterior hubo poco movimiento y una falta de Interés notable, a pesar de que el actual Vicepresidente de Colombia, Angelino Garzón, un hombre conocedor y comprometido como pocos con los Derechos Económicos Sociales y Culturales⁴⁸, fue Embajador en la Representación Permanente de la República de Colombia ante la Sede de las Naciones Unidas en Ginebra entre enero de 2009 y agosto de 2010, por lo que conoce muy bien la cuestión y tuvo información de primera mano sobre este instrumento. Quizá por ello, con la Presidencia actual, el Gobierno se ha mostrado un más abierto a dialogar. Existe, además, una campaña para la ratificación por parte de las Organizaciones de la Sociedad Civil muy activa, y todo ello hace albergar esperanzas de que se produzcan avances hacia la ratificación del Protocolo.

⁴⁵ ROSSI, J y FILIPPINI L. G.: “El Derecho Internacional en la justiciabilidad...” *loc. cit.* p. 7.

⁴⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 760 de 2008. Párrafo 3.4, “Caracterización del derecho a la salud en el bloque de constitucionalidad, clases de obligaciones derivadas del derecho a la salud (*respetar, proteger y garantizar*)”.

⁴⁷ *Ibid.*, Segundo Anexo

⁴⁸ Como se sabe, el Sr. Garzón fue Secretario General de organizaciones como la Federación Nacional de Trabajadores al Servicio del Estado (Fenaltrase), la Confederación Sindical de Trabajadores de Colombia (CSTC) y la Central Unitaria de Trabajadores (CUT). En 2012 se postuló como candidato a ser Secretario General de la OIT, cargo que no pudo lograr en las elecciones llevadas a cabo el 28 de mayo de 2012.



Pero, regresando a los argumentos jurídicos para proceder o no a la prestación del consentimiento en obligarse por este instrumento, puede afirmarse que, sin lugar a dudas, en cuanto a los mecanismos internos que permiten la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Colombia está muy avanzada y es un ejemplo de protección judicial de estos Derechos. Por lo tanto, a este Estado no deberían preocuparle las consecuencias de obligarse por el Protocolo. En este caso, si ese fuera su recelo, como el de tantos otros Estados, no debería temer una avalancha de denuncias, puesto que goza de suficientes mecanismos para amparar el derecho violado o, en su caso, defenderse, en el ámbito nacional antes de que los casos puedan llegar al Comité por la vía de las comunicaciones individuales.

Más aún, la labor realizada en los últimos años por la Corte Constitucional es uno de los ejemplos en los cuales el Comité podrá inspirarse para trabajar en las denuncias cuando el Protocolo entre finalmente en vigor, ya que, como he señalado, la Corte ha empleado la doctrina del Comité, incluyendo las Observaciones Generales, para interpretar el alcance de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Constitución Colombiana.

Por ello, lo deseable en aras de una efectiva y real protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en Colombia, sería que se superase esa tensión entre la Corte y los actores políticos, ya que, las Sentencias judiciales, siendo relevantes, son insuficientes por sí solas para una efectiva protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Y esto es así, como acertadamente se ha señalado, porque, de una parte, a menudo las mismas “son más bien remedios judiciales destinados a proteger derechos sociales ya reconocidos que los agentes públicos rechazan o se niegan a aplicar pese a su obligación de hacerlo. Además, estas sentencias solamente son capaces de proteger a aquellas personas que hasta cierto punto ya están protegidas, por lo cual pueden dejar sin protección a los grupos más excluidos y marginalizados” y, de otra parte porque, al tratarse de Sentencias sobre casos individuales “si bien sus efectos son importantes, son muy limitados en aras de producir transformaciones sociales efectivas (...). Aunque los casos individuales constituyen un precedente para futuros casos similares, unos y otros siguen siendo casos individuales, y, por lo tanto, sus efectos no implican transformaciones estructurales.”⁴⁹

V. CONSIDERACIONES FINALES: VALORACIÓN

Tal y como la delegación de España manifestó en su declaración final al terminar la última sesión del Grupo de Trabajo que elaboró este instrumento, con la adopción de este Protocolo se salvó una brecha histórica, una desigualdad, que debía

⁴⁹ SAFFON, M. P., GARCÍA-VILLEGAS, M., “Derechos sociales y activismo...”, *loc. cit.* 103



haber sido superada hace tiempo, entre categorías de derechos elaboradas sobre una base más artificial que real. Con este paso se avanza, finalmente, aunque todavía despacio, hacia una visión unitaria de los Derechos Humanos.

Este instrumento, una vez entre en vigor, que será a los tres meses de que el décimo Estado, de los que son parte en el Pacto haya manifestado su consentimiento en obligarse por el mismo, subsanará algunas de las deficiencias históricas en la supervisión o vigilancia de cumplimiento de las obligaciones del Pacto. En efecto, mediante la recepción de comunicaciones individuales, el Comité DESC podrá avanzar en la identificación del contenido de las obligaciones de los Estados asumidas al obligarse por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al tiempo que se podrá elaborar, al fin, una suerte de jurisprudencia en el ámbito internacional respecto de estos Derechos, como ha venido sucediendo en el Comité de Derechos Humanos respecto a los derechos contenidos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Así pues, su elaboración y, esperemos que próxima, entrada en vigor representa un avance significativo en la protección de estos derechos. Tal y como afirmó la anterior Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, frente al Grupo de Trabajo “un Protocolo facultativo reforzará de manera significativa el actual sistema de órganos de tratados. Además permitirá esclarecer lo que se requiere –y lo que no- de los Estados, mientras que proporcionará recursos efectivos a los individuos cuyos derechos han sido violados. (...) [u]n protocolo facultativo será un paso importante en el desmantelamiento de la categorización rígida e innecesaria de los derechos y un avance hacia una visión unificada de los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales”.

Por lo que respecta a la situación de Colombia frente al Protocolo, este Estado posee el marco jurídico e institucional adecuado para cumplir progresivamente de forma plena con sus obligaciones en materia de Derechos Sociales, Económicos y Culturales. Esto es así porque, de un lado, su vigente Constitución de 1991 reconoce y ampara estos derechos, de conformidad con las obligaciones contraídas mediante los Tratados internacionales en los que Colombia es Parte y, de otro lado, la labor de protección judicial de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Corte Constitucional de Colombia es uno de los ejemplos en los cuales el Comité podrá inspirarse para trabajar en las comunicaciones cuando el Protocolo entre finalmente en vigor, ya que, la Corte ha empleado la doctrina del Comité, incluyendo las Observaciones Generales, para interpretar el alcance de los DESC en la Constitución Colombiana y contribuir a su justiciabilidad y realización efectiva.

En definitiva, el Protocolo no prevé más que lo que la Corte Constitucional colombiana viene haciendo desde hace años y, por tanto, Colombia está preparada jurídicamente, para obligarse por el Protocolo. En otras palabras, puede afirmarse que



no hay razones jurídicas para que Colombia no preste su consentimiento en obligarse por el Protocolo facultativo al PIDESC y contribuya así a reforzar la unidad, indivisibilidad e independencia de los Derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, V; COURTIS, Ch.: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

ARANGO, R, “Experiencia colombiana sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Derechos económicos, sociales y culturales. Memorias del Seminario Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. México, Secretaría de Relaciones Exteriores/Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México/Comisión Europea, 2005, pp. 327-332;

DURÁN VILLÁN, C.: “Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, *Revista de Desarrollo y Cooperación* nº 23, año 2009, pp. 31-54.

FERNÁNDEZ LIESA, C.R.: “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Orden Internacional”, en Mariño Menéndez, F.M., Fernández Liesa, C.R., (Coords.) *Política Social internacional y europea*. Universidad Carlos III de Madrid-Ministerio de Trabajo y de Asuntos Sociales, Madrid, 1996.

GONZÁLEZ MONGUÍ, P. E., *Derechos económicos, sociales y culturales*, Universidad Libre de Colombia, 2009.

GUTIÉRREZ BELTRÁN, A. M., “Tendencia actual de amparo en materia de derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 24, 2010, pp. 81-104.

GUTIÉRREZ CONTRERAS, J.C. (Coord.), *Los Derechos Económicos, sociales y culturales*. Secretaría de Relaciones Exteriores: Programa de Cooperación sobre Derechos humanos México – Comisión Europea, 2005

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. COMISIÓN INTERAMERICANA DE JURISTAS: *Comentario del Protocolo Facultativo del Pacto*



Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2008, Ginebra, 2008
(disponible en www.iidh.ed.cr)

LANGFORD, M.: *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, 2008.

LANGFORD, M., “Justiciabilidad en el Ámbito Nacional y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Un Análisis Socio-Jurídico”, *Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 6, núm. 11, diciembre de 2009, pp. 99-134.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G: *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 1999.

RIVEROS PARDO, D. F., “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos subjetivos: una visión estructural”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 24, julio de 2010, pp. 29-43.

ROSSI, J, FILIPPINI L. G.: “El Derecho Internacional en la justiciabilidad de los Derechos Sociales en Latinoamérica” en RODRÍGUEZ ARCIDIÁCONO, C.P, y ESPEJO, N. (eds.). *Centro de Estudios Legales y Sociales, Universidad de Los Andes-Universidad Diego Portales*, 2010;

SAFFON, M. P., GARCÍA-VILLEGAS, M., “Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2011, 13,(1), pp. 75-107

VILLA QUINTANA, C. R.: “Como implementar los DESC. Modos y Modalidades: la protección y otros medios jurídicos”, en Seminario Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los Defensores de los Derechos Humanos, celebrado en Buenos Aires, 29 de noviembre de 2006 (<http://www.onu.cl/noticias/boletin/02-Enero-2007/11-12-2006-Dia-Derechos-Humanos-Quintana.pdf>).