

Cómo apoyar el litigio estratégico bajo el Protocolo Facultativo del PIDESC

1. Introducción

La adopción del Protocolo Facultativo del PIDESC constituye un avance histórico que Louise Arbour describió como “la completud de los derechos humanos”.¹ Por primera vez, la generalización del hambre, la pobreza y la falta de acceso a la atención médica, la educación y el trabajo bajo condiciones justas y favorables será objeto de reclamos, decisiones y recursos en el ámbito internacional. Además de proporcionarles una reparación a los autores de las peticiones, el PF-PIDESC tendrá una influencia significativa en la disposición de los Estados para implementar recursos nacionales para los derechos económicos, sociales y culturales, y en las cortes y tribunales responsables de su adjudicación en sistemas nacionales y regionales.

Sin embargo, el éxito del PF dista de estar asegurado. La experiencia con otros procedimientos de presentaciones de la ONU sugiere que las personas y grupos afectados deben enfrentar desafíos considerables al presentar reclamos, como, por ejemplo, frecuentes dictámenes de inadmisibilidad por falta de agotamiento de los recursos nacionales, registros de pruebas inadecuados, omisión de las comunicaciones individuales de referirse a violaciones sistemáticas, limitados derechos de participación tanto para los peticionantes como para posibles amicus y obstáculos en la implementación de las decisiones. Ninguno de los desafíos es insuperable y cada uno de ellos se puede enfrentar con una estrategia adecuada, pero está claro que los activistas que lucharon durante tantos años por la adopción del PF-PIDESC no pueden darse el lujo de reducir las actividades destinadas a promover la efectividad de la adjudicación y los remedios que surjan bajo el nuevo procedimiento. En realidad, la efectividad del procedimiento depende en gran medida de nosotros.

La experiencia con sistemas nacionales y regionales demuestra que la calidad de la adjudicación depende considerablemente de la calidad de la defensa (tanto legal como, en términos más amplios, sociopolítica) de la causa. La buena jurisprudencia surge de hechos de peso, pruebas sólidas, argumentos legales convincentes, intervenciones amicus efectivas, comentarios académicos favorables, tomadores de decisiones bien informados y experimentados, y una movilización social más amplia que apoye los reclamos legales.

Conscientes de la importancia histórica de los primeros casos y de la jurisprudencia inicial que surja bajo el PF-PIDESC, en la reunión realizada en Nairobi, Kenia, en noviembre de 2008, miembros de la Red-DESC decidieron priorizar el desarrollo de una Iniciativa de Litigio Estratégico (SLI, por su sigla en inglés) para apoyar a posibles peticionantes y alentar el desarrollo de jurisprudencia efectiva a fin de cumplir con los objetivos del PF-PIDESC y las aspiraciones de quienes recurran al mecanismo para ver realizados sus derechos. Con el apoyo de la Fundación Ford, la Red-DESC, junto con Social Rights Advocacy Centre y Norwegian Centre for Human Rights, y consultando con la Coalición de ONG por un PF-PIDESC, desarrollará con

¹ Ver el texto completo de los comentarios (en inglés) de Louise Arbour en: <http://www.policyinnovations.org/ideas/commentary/data/000068>.

miembros y expertos en el tema un modelo de apoyo y promoción del litigio estratégico de los DESC centrado en el Protocolo Facultativo.

La primera etapa del proceso de desarrollo consiste en consultas con partes interesadas, expertos y defensores con experiencia en el litigio estratégico en sistemas nacionales y regionales. A continuación presentamos un análisis preliminar de algunas de las preguntas generales que podríamos explorar, así como ideas para considerar.

El predominio de unos pocos países

A pesar de que el PF-PIDCP fue ratificado ampliamente, la mayoría de las comunicaciones provienen de unos pocos países, como Jamaica, Canadá, Australia y Uruguay. Muchas veces los casos se refieren a un conjunto relativamente limitado de temas. Los casos australianos, por ejemplo, suelen centrarse en la pena de muerte, y la discriminación y los problemas relacionados con la orientación sexual. Sin embargo, ello se debe en parte o principalmente al hecho de que estos Estados no son o no eran parte de sistemas regionales de derechos humanos y, en consecuencia, el Comité de Derechos Humanos es o era su única opción viable. Es probable que este problema no sea tan grave en el caso del PF-PIDESC debido a la desafortunada falta de sistemas regionales efectivos para los derechos ESC. Sin embargo, puede ocurrir que el PF-PIDESC reciba los casos de vanguardia, mientras que los más tradicionales (p.ej. desalojos forzosos o discriminación social) se presenten bajo otros mecanismos.

El problema de la falta de diversidad de Estados podría afectar al PF-PIDESC en los primeros años, mientras la ratificación no sea generalizada. La SLI podría tomar medidas para asegurar que se presenten comunicaciones desde la gama más amplia posible de Estados y sistemas legales diferentes, concentrando sus actividades y recursos en defensores y peticionantes de los Estados parte que no estén presentando comunicaciones.

Naturaleza de los casos (diversidad y precedentes sobre temas clave)

Un problema general de otros PF es la falta de diversidad de casos y la ausencia de casos que sienten precedentes sobre temas clave. La jurisprudencia de la CEDAW, por ejemplo, se centra ampliamente en la violencia contra la mujer. Aunque en algunos casos se buscan recursos más amplios, como la disponibilidad de refugios alternativos, dicha jurisprudencia no proporciona demasiados precedentes sobre el tema fundamental de la desigualdad de la mujer, en particular relacionada con el acceso a los derechos sociales y económicos.

Intervención temprana o tardía

Un tema que suele surgir en el litigio estratégico nacional y regional es la opción entre la intervención temprana o tardía en los casos. La intervención temprana puede asegurar el desarrollo de una base probatoria fuerte, el planteo adecuadamente formulado de los reclamos y el argumento legal, las relaciones con movimientos sociales, el agotamiento de los recursos legales e intervenciones de apoyo por medio de amicus. Sin embargo, también puede significar que se dedican esfuerzos considerables a casos que no terminan avanzando a niveles superiores de la justicia o a órganos internacionales. Puede resultar más eficaz la intervención estratégica en

casos que ya están en curso o que, por lo menos, ya agotaron los recursos nacionales, por medio de intervenciones amicus o de cooperación proporcionada una vez presentada la comunicación.

Reclamos individuales o estructurales/sistémicos

Un principio fundamental del PF es el valor de asegurar el acceso universal a reparaciones para víctimas individuales que, de otra manera, tal vez no tendrían acceso a la adjudicación o recursos por violaciones de los derechos ESC. Por otro lado, considerando la capacidad limitada de una SLI y del mismo CDESCR, resulta también valioso priorizar los reclamos estructurales/sistémicos a fin de obtener el mayor beneficio posible del PF (tanto en términos de recursos que beneficien a la mayor cantidad de personas, como de jurisprudencia que tenga un impacto más amplio).

Respecto de la estrategia de litigación, concentrarse en el valor del acceso universal al recurso podría alentar la promoción de una *mayor cantidad de comunicaciones*. Podríamos tratar de asegurar que las personas o grupos desfavorecidos de los Estados que hayan ratificado el instrumento cuenten con el apoyo necesario para preparar y presentar comunicaciones. Haríamos hincapié en la dimensión humana individual de los reclamos de DESC para promover la justiciabilidad y habría un énfasis importante en el cumplimiento específico de esas decisiones.

Como alternativa, dedicarse principalmente a los desafíos sistémicos podría servir para hacer hincapié en el valor de trabajar con personas o grupos que representen a los sectores o comunidades afectados más adversamente, concentrando recursos en unos pocos casos individuales o grupales seleccionados de manera estratégica y que tengan una dimensión colectiva, y diseñando enfoques creativos para los reclamos individuales a fin de responder a *violaciones sistemáticas más amplias*. El impacto en términos de recursos de tales reclamos se vería acentuado por la promoción del valor de la justiciabilidad de los DESC, a la vez que haríamos hincapié en la aplicación más amplia de los casos a fin de aclarar las obligaciones de los Estados que no ratifiquen el instrumento. Este enfoque sistémico y colectivo con comunicaciones individuales y grupales se utiliza cada vez más en el sistema interamericano y, en cierta medida, bajo la Convención Europea de Derechos Humanos. Bajo el PF-PIDESC, alentaría a las cortes y tribunales nacionales a adjudicar y remediar reclamos estructurales/sistémicos.

Inadmisibilidad (criterios de admisibilidad, concepto de víctima y conciliación individual)

La experiencia con todos los Protocolos Facultativos sugiere que la admisibilidad es el mayor obstáculo para la consideración de comunicaciones. Un problema en particular bajo el PF-PIDESC será la aplicación del requisito de que el peticionante presente la comunicación dentro del año posterior a la violación o al agotamiento de los recursos nacionales. En países sin recursos nacionales efectivos para muchos derechos ESC, este requisito puede frenar involuntariamente a muchos peticionantes potenciales (en particular cuando se trate de obligaciones negativas) debido a que no conocían el procedimiento.

Otro problema es el requisito de que el peticionante sea una víctima individual. El Comité de Derechos Humanos ha interpretado que este requisito excluye la posibilidad de una *'actio popularis'* o una comunicación presentada por una ONG, y limita la posibilidad de cuestionar los

efectos generales de leyes o políticas.² Teniendo en cuenta que muchos de los reclamos sistémicos más importantes presentados bajo sistemas legales nacionales son realizados por grupos, organizaciones y/o víctimas que cuestionan el efecto general de políticas o de la inacción del gobierno³, será importante que la SLI priorice enfoques creativos para los aspectos de la legitimación procesal, explorando la posibilidad de presentar comunicaciones admisibles de grupos de víctimas y asegurando que el CDESCR adopte un enfoque del concepto de “víctima” que sea coherente con las obligaciones programáticas sustantivas sin igual que surgen del PIDESC.

Un desafío más concreto es que los reclamos individuales pueden sufrir acoso o recibir ofertas de conciliación individual destinadas a impedir que el problema sea considerado por el CDESCR y que niegan la oportunidad de que se solucionen problemas sistémicos más generales. En algunos países, este problema se ha resuelto mediante la presentación conjunta de varias personas y ONG. Estas estrategias deberán adaptarse a las restricciones de legitimación que existen bajo el PF-PIDESC. No hay dudas de que se deberá hacer hincapié en apoyar reclamos de grupos de personas.

Carga de prueba y disponibilidad de pruebas

La experiencia con otros PF sugiere que la carga de la prueba y la disponibilidad de información también pueden resultar factores críticos en el litigio estratégico. Probablemente sean aún más importantes bajo el PF-PIDESC respecto de cuestiones de asignación de recursos y la aplicación del estándar de razonabilidad conforme al art. 8(4).⁴ En sistemas nacionales como el de Sudáfrica, preocupa que la carga de demostrar que una política no es razonable tiende a recaer en los peticionantes, quienes carecen de recursos y medios para proporcionar tales pruebas.

El Comité de Derechos Humanos ha afirmado que, debido a que el Estado parte suele tener un acceso considerablemente superior a la información pertinente, es el Estado quien está obligado a investigar exhaustivamente las acusaciones de violaciones del Pacto y a proporcionarle al Comité toda la información que posea.⁵ Este principio ha demostrado ser importante en las comunicaciones del PIDCP y, probablemente, resulte crítico para el éxito del PF-PIDESC. Las peticiones presentadas al CDESCR deberán insistir en el sentido de que, una vez que se ha determinado una violación prima facie de un derecho, la carga de la prueba debe pasar al Estado parte, el que deberá demostrar que se han tomado medidas razonables para remediarla. Al mismo tiempo, en estos casos es de suma importancia que no todo el registro de pruebas sea presentado por el Estado, con la salvedad anterior. También será fundamental que los peticionantes hagan un

² Alex Conte y Richard Burchill, *Defining Civil and Political Rights: the jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee* (2ª ed.), (Inglaterra: Ashgate Pub. Co, 2009) [Conte and Burchill] p. 21 -25; A. De Zayas y otros, “Application by the Human Rights Committee of the International Covenant on Civil and Political Rights under the Optional Protocol”, (1986) 3 Can. Hum. Rights. Y.B. 101 [De Zayas et al] p. 110 – 111.

³ Por medio de *actio popularis* o algún otro tipo de acción colectiva.

⁴ Bruce Porter, “The Reasonableness Of Article 8(4) – Adjudicating Claims From The Margins”, *Nordic Journal of Human Rights* (NJHR), Vol. 27, No.1:2009 p. 39 – 53.

⁵ *De Zayas y otros*. P. 108; J. S. Davidson, “The procedure and practice of the human rights committee under the first optional protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, (1991) 4 Cant. Law Rev. 337 p. 352.

buen trabajo de búsqueda de pruebas a fin de asegurar que el registro de pruebas sea completo y equilibrado.

Ocurre con frecuencia que los Comités no pueden evaluar adecuadamente los problemas sistémicos planteados en comunicaciones individuales debido a que no se presenta suficiente información relacionada con los problemas más amplios cuestionados y a que las organizaciones con experiencia en los temas políticos más amplios no pueden intervenir como amicus a fin de proporcionar información y análisis. Cuando los Comités han tenido la oportunidad de evaluar temas de obligaciones sustantivas de proporcionar programas sociales adecuados para mujeres, por ejemplo, como en el caso *Nguyen c./Holanda* ante la CEDAW, relacionado con la provisión de beneficios por maternidad para diferentes categorías de trabajadoras, los Comités se han visto gravemente limitados por la falta de registros de pruebas adecuados.⁶

Transparencia y rendición de cuentas

En general, el desarrollo y la adjudicación de casos estratégicos bajo PF se han visto seriamente impedidos por la falta de transparencia y rendición de cuentas. Por ejemplo, con frecuencia no se puede acceder a los documentos de los peticionantes o a la respuesta del Estado, y no se realiza una audiencia oral. En general, en los sistemas nacionales y regionales, los sectores afectados saben que se están desarrollando casos importantes y los analistas pueden publicar comentarios a medida que el caso avanza a través del sistema. La jurisprudencia surgida de los PF no ha contado con este tipo de transparencia y apertura a aportes más amplios. De manera similar, es menor la rendición de cuentas de los mismos Comités respecto de las nuevas normas de derechos humanos, poseen menos capacitación y no se revisa tanto su efectividad como suele ocurrir, por ejemplo, en los órganos resolutivos nacionales. Esta falta de rendición de cuentas se refleja en una jurisprudencia despereja. El litigio estratégico bajo el PF-PIDESC debería considerar maneras de mejorar la transparencia y la rendición de cuentas del Comité.⁷ Por ejemplo, se podría crear un servicio como el Investment Arbitration Reporter, que publica cada dos semanas información confidencial y pública sobre casos de arbitraje de inversiones internacionales.

Implementación y seguimiento

Los analistas y órganos de tratados hacen hincapié en la naturaleza vinculante de los dictámenes y recomendaciones, y en la obligación de proporcionar recursos efectivos para las víctimas bajo los protocolos facultativos.⁸ Sin embargo, una debilidad central de los procesos de Protocolos Facultativos sigue siendo la ausencia de un cumplimiento y seguimiento efectivo de los dictámenes de los Comités.⁹ A pesar de que se creó un procedimiento de seguimiento para el PIDCP por medio del Relator Especial para el Seguimiento de Dictámenes, el cumplimiento de este procedimiento ha sido deplorable: en solo aproximadamente el 30% de los casos.

⁶ Dung Thi Thuy Nguyen c./Holanda, Comunicación de CEDAW No. 3/2004 (8 de diciembre de 2003).

⁷ Bal Sokhi-Bulley, "The Optional Protocol to CEDAW: First Steps", (2006) 6 Hum. Rts. L. Rev. 143 at 157-158.

⁸ Martin Scheinin, "The Human Rights Committee's Pronouncements on the Right to an Effective Remedy - an Illustration of the Legal Nature of the Committee's Work under the Optional Protocol", en Nisuke Ando (ed.), *Towards implementing universal human rights: Festschrift for the Twenty-Fifth Anniversary of the Human Rights Committee* (Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004), 101, 101-102; Steiner, H.J., "Individual Claims in a World of Massive Violations: What Role for the Human Rights Committee?" en Alston, Philip, James Crawford, eds., *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000, 15-53.

⁹ Scheinin, *supra*, p. 114.

Será importante que la SLI considere maneras de aumentar la presión sobre los Estados parte para que implementen los recursos, por medio de controles independientes, intervenciones de relatores especiales, uso del Examen Periódico Universal y otros mecanismos, siendo que tales mecanismos deberían estar complementados por la movilización de la sociedad civil, políticos y medios en el ámbito local.

Capacidad institucional limitada

Otro problema común a todos los órganos de tratados son los límites de su capacidad institucional. Las comunicaciones son consideradas por órganos de tratados no remunerados, que funcionan a tiempo parcial y tienen acceso limitado a recursos de personal o investigación legal, y sin presentaciones de amicus o audiencias orales que les permitan dialogar con representantes de organizaciones con la experiencia pertinente, o con abogados familiarizados con las leyes. Bajo estas circunstancias, un litigio efectivo debe asegurar que los miembros del Comité tengan acceso relativamente fácil a resúmenes de los hechos y principales temas, jurisprudencia pertinente y argumentos legales sólidos. Las estrategias bajo otros PF, en general, involucran el trabajo conjunto con autores de comunicaciones a fin de asegurar que se presenten las pruebas y argumentos necesarios como documentación adjunta a las comunicaciones.

Diferencias entre las estrategias de litigio nacionales e internacionales

La experiencia con otros Protocolos Facultativos ha demostrado, en algunos casos, una gran diferencia entre las estrategias nacionales e internacionales. El litigio estratégico nacional en algunos países avanza más rápidamente de manera inclusiva y transparente, y está vinculado a redes y movimientos nacionales. Por ejemplo, los casos piloto bajo la Carta Canadiense de Derechos y Libertades de grupos desfavorecidos fueron promovidos por amplias redes de derechos humanos y programas de litigio estratégico. Sin embargo, los litigios ante el Comité de Derechos Humanos de Canadá con frecuencia carecen de transparencia y rendición de cuentas respecto de los grupos afectados, siendo promovidos por unos pocos abogados o peticionantes sin vinculaciones con redes o estrategias más amplias. En el caso del litigio estratégico bajo el PF-PIDESC será importante asegurar que existan enlaces apropiados con estrategias de litigio nacionales, grupos de la sociedad civil y mecanismos de rendición de cuentas.

Posible estrategias

Educación pública/recursos

Aunque ya existen muchas campañas de educación pública referidas a los derechos ESC, podría ser útil considerar una campaña centrada en el valor de apoyar la entrada en vigencia y utilización del PF-PIDESC. Se podría desarrollar una página de Internet para proporcionar recursos, información y novedades sobre las comunicaciones que se estén evaluando, incluyendo apoyo para actividades nacionales destinadas a la ratificación del mecanismo. Se está desarrollando un kit de herramientas y se podrá proporcionar material sobre diversos aspectos del PF, de manera similar a lo que IWRAW-AP desarrolló para el PF-CEDAW.

Apoyo técnico y de investigación

Un papel clave para la iniciativa podría ser proporcionar apoyo de investigación y consulta a los grupos para el desarrollo de argumentos legales y la preparación de comunicaciones. Este trabajo también podría incluir un aspecto que se centre en las reformas legales y la armonización del derecho nacional con el PIDESC. ¿Cuánto apoyo se debería ofrecer? ¿Debería estar a cargo de personal estable o sería mejor que se lo provea creando grupos asesores o de consulta de la red?

Rastreo de reclamos y facilitación de amicus

Aunque el PF-PIDESC es el único de los procedimientos de comunicaciones de la ONU que permite las presentaciones de terceros, sigue habiendo problemas prácticos para asegurar que amicus adecuados se involucren en casos importantes dentro de su área de experiencia. Bajo el sistema actual, las comunicaciones son entregadas en forma confidencial a los Estados parte y el CDESC no publica información sobre ellas. La Coalición de ONG por un PF-PIDESC promueve un procedimiento que permita que el Comité emita decisiones de admisibilidad antes de considerar los méritos de las comunicaciones que planteen temas más amplios de política o problemáticas legales novedosas. Esto daría tiempo para que los resúmenes de las decisiones de admisibilidad y los temas importantes planteados en las comunicaciones sean publicados en una página web apropiada antes de que se consideren sus méritos. Aunque el CDESC no publique las comunicaciones, los autores suelen dar a conocer información sobre ellas. Si el CDESC no adopta un proceso más transparente, la Iniciativa de Litigio Estratégico podría cumplir una función importante al compartir con partes interesadas la información que reciba por medio de canales informales.

Apoyo para el seguimiento

Como se indicó anteriormente, la experiencia con otros órganos de tratados sugiere que una preocupación central relacionada con la efectividad del PF será la disposición de los Estados a implementar los dictámenes del Comité. Por ello, un componente fundamental del litigio estratégico podrían ser estrategias destinadas a asegurar dicha implementación, las que podrían incluir la creación de un comité de seguimiento independiente basado en la sociedad civil, la participación en exámenes periódicos universales o el trabajo con peticionantes para iniciar procedimientos nacionales que exijan la implementación de dictámenes.

7. Conclusión

La Iniciativa de Litigio Estratégico deberá desarrollar prioridades para su trabajo inicial y deberá aprender de experiencias anteriores sobre qué funciona y qué no. Será necesario revisar la efectividad en forma continua, así como asegurar la rendición de cuentas para los miembros de la Red-DESC.

Son bien conocidos los riesgos que implica usar el litigio como estrategia de cambio social, los cuales se relacionan con la tendencia hacia los enfoques no participativos dominados por abogados. La Red-DESC está comprometida con un enfoque muy diferente. Para la Red-DESC, el objetivo del litigio es asegurar que los peticionantes se conviertan en participantes plenos del desarrollo de normas internacionales y aplicaciones de los derechos ESC, un proceso del que han

sido en gran parte excluidos en el pasado. Resulta fundamental que estos derechos cuenten con el apoyo de procedimientos que permitan reclamarlos de manera efectiva y reparar violaciones. Aunque existen numerosos problemas y obstáculos potenciales asociados al PF-PIDESC, también es esta una oportunidad única para incluir a los peticionantes en la definición de estándares internacionales de una manera sin precedentes.

Esto no significa que el litigio estratégico en este campo no se vaya a beneficiar con el trabajo de los mejores abogados e investigadores académicos. Los desafíos conceptuales y legales de este nuevo campo requieren del pensamiento legal más avanzado.

Sin embargo, los esfuerzos deberán ser totalmente conjuntos y, en última instancia, transparentes para quienes justifican el objetivo del PF: aquellas personas cuyos derechos han sido violados y que buscan una audiencia justa y un recurso efectivo.

Esperamos trabajar juntos para asegurar que el PF-PIDESC cumpla con su promesa.

Malcolm Langford, Norwegian Centre for Human Rights

Bruce Porter, Social Rights Advocacy Centre

Julieta Rossi, Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales