

REFLEXIONES EN TORNO AL FUTURO FUNCIONAMIENTO DE
LOS MECANISMOS DE APLICACIÓN Y SEGUIMIENTO A NIVEL
NACIONAL DE LA CONVENCIÓN DE LA ONU SOBRE LOS
DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, CON ES-
PECIAL REFERENCIA AL CASO ESPAÑOL *

Francisco J. Bariffi

Profesor visitante de la Universidad Carlos III de Madrid
Coordinador del Centro de Investigación y Docencia en Dere-
chos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de
Mar del Plata, Argentina

*¿Qué son los derechos humanos si no hay mecanismos
y estructuras que aseguren su eficacia, así en el plano
interno como en el plano internacional?*

BOUTROS GHALI

* El presente trabajo es una adaptación de la exposición efectuada por el autor en el Real Monasterio de Yuste, el viernes 8 de junio de 2007 en ocasión de las “Jornadas sobre la reforma de nuestra legislación a la luz de la nueva Convención”, organizadas por el Congreso Permanente. Discapacidad y Derechos Humanos.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES Y DEBATES SOBRE LOS MECANISMOS DE SEGUIMIENTO DE LA CONVENCIÓN EN LAS NEGOCIACIONES DEL COMITÉ ESPECIAL. III. SEGUIMIENTO A NIVEL NACIONAL EN LA CONVENCIÓN Y LAS INSTITUCIONES NACIONALES DE DERECHOS HUMANOS. IV. EL ARTÍCULO 33 SOBRE APLICACIÓN Y SEGUIMIENTO NACIONAL. 1. Aplicación a nivel nacional. 2. Seguimiento a nivel Nacional. V. EL ESTABLECIMIENTO DEL MECANISMO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 33.2 A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE PARÍS. 1. En cuanto a la competencia. 2. En cuanto a la Composición. 3. En cuanto a las garantías de independencia. 4. En cuanto a posibilidad de recibir y examinar denuncias individuales. VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En el ámbito de los derechos humanos “si bien es al Estado a quien compete, en primer lugar, proteger los derechos de los individuos sometidos a su jurisdicción, dicha competencia la ejerce en tanto que deriva de una obligación general que le viene impuesta por el Derecho Internacional y, por consiguiente, sometida a control a través de mecanismos internacionales” (1). En otras palabras, no sólo compete al derecho internacional, el generar normas internacionales vinculantes para los Estados, sino también, y una vez que éstas hayan entrado en vigor, controlar su cumplimiento. Así surge la noción de “control internacional” que el profesor MARÍÑO caracteriza como el “conjunto de procedimientos

(1) ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción, “La Protección Internacional de los Derechos Humanos”, en *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Coord. Díez de Velasco, 15ª ed., Tecnos, Madrid, p. 632.

y técnicas destinados a verificar si el comportamiento de los Estados se adecúa o no a lo exigido por normas de conducta internacionales, que son por lo general normas jurídicamente obligatorias establecidas por tratados internacionales” (2). Esta noción de control internacional también ha sido definida en diferentes textos internacionales como “seguimiento”, “supervisión”, “vigilancia”, o “monitoreo”. Todos estos conceptos suelen tener la mismas finalidad, es decir verificar si una conducta estatal se adecúa a una norma internacional. A los efectos del presente trabajo, y sobre la base del leguaje recogido en la versión en castellano del texto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (de aquí en más “la Convención”) (3), se utilizará el concepto de “seguimiento”.

Asimismo, los mecanismos de seguimiento, suelen dividirse en dos ámbitos o niveles, a saber: mecanismos de seguimiento nacional, y mecanismos de seguimiento internacional.

(2) MARIÑO MENÉNDEZ Fernando, *Derecho Internacional Público*, Parte General, 4ª ed., Trotta, Madrid, 2005, cap.21, [...Las técnicas de control se sentido estricto son de naturaleza administrativa y deben diferenciarse de las técnicas jurisdiccionales. En efecto, la función jurisdiccional internacional se ejerce en sentido propio para la solución, sobre la base del Derecho Internacional (o *ex aequo et bono* si las partes dan su consentimiento), de las controversias que las partes someten a jueces independientes de todo poder estatal, cuyas sentencias son definitivas y obligatorias para las partes en el proceso.

En cambio, (aparte el caso de los controles directamente interestatales) los procedimientos de control propiamente dichos son realizados, a instancia de parte o *motu proprio*, por órganos internacionales, con la finalidad de verificar, como se ha indicado, si una conducta estatal se adecúa a una norma internacional, pero no para conocer de controversias internacionales que ya existen antes de iniciarse el procedimiento, ni tampoco con la finalidad de “condenar” a un hipotético violador de la propia norma. Por ello un procedimiento de control nunca finaliza con una dedición jurídicamente vinculante, que produzca un efecto de “cosa juzgada”...].

(3) Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y Protocolo Facultativo, (Resolución de la Asamblea General A/61/611, de 6 de diciembre de 2006).

En el presente trabajo se intenta analizar los mecanismos de seguimiento nacional previstos en la Convención en relación con el contexto español. Para ello, se comienza por indagar en los antecedentes y debates sobre los mecanismos de seguimiento recogidos en el texto de la Convención según surge de las negociaciones del Comité Especial sobre una Convención Internacional Amplia e Integral para Promover y Proteger los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad (4) (de aquí en más “Comité Especial”). A continuación, se analiza muy brevemente las características principales de las instituciones nacionales de derechos humanos y su papel en el seguimiento del cumplimiento de los estándares internacionales a nivel nacional. En tercer lugar, se analiza en detalle el artículo 33 de la Convención, identificando las obligaciones que impone y el mejor modo de interpretarlo a la luz de lo establecido en los puntos anteriores. En el punto siguiente se explica sintéticamente el contenido esencial de los estándares internacionales sobre establecimiento y funcionamiento de instituciones nacionales y su posible aplicación al contexto específico del artículo 33.2 de la Convención. Finalmente, se formulan una serie de conclusiones generales.

II. ANTECEDENTES Y DEBATES SOBRE LOS MECANISMOS DE SEGUIMIENTO DE LA CONVENCIÓN EN LAS NEGOCIACIONES DEL COMITÉ ESPECIAL

Como lo destacara en la ceremonia oficial de apertura a la firma de la Convención el representante del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos: “el alcance de la reforma política y legal será, puesta a prueba, a través del nivel de compromiso

(4) Resolución de la Asamblea General sobre la base del informe de la Tercera Comisión, A/56/583/Add.2

en la aplicación y seguimiento de las implicancias prácticas de la Convención. Ahora es momento de hacer una evaluación y valoración para determinar si la situación de las personas con discapacidad en cada uno de nuestros países, se ajusta a los estándares establecidos en la Convención” (5).

Por ello, no es de extrañar que, a lo largo de todo el proceso de elaboración de la Convención, el aspecto relativo a su aplicación y supervisión, haya recibido especial atención tanto por parte de las delegaciones nacionales, como, y especialmente, por los representantes de la sociedad civil (6). Estos últimos manifestaron mayoritariamente su firme deseo de lograr establecer en el cuerpo del texto un sistema de aplicación y seguimiento acorde a las necesidades actuales, de modo de evitar las falencias evidentes del sistema general de supervisión existente en el marco de los Tratados de derechos humanos (7).

Simultáneamente al proceso negociador de la Convención, las Naciones Unidas en general, y el sistema de supervisión de Tratados de derechos humanos en particular, se encontraban inmersos en un importante proceso de reforma institucional (8). Ello motivó que las Delegaciones reflexionaran sobre la pertinencia de establecer un nuevo Comité cuando se hablaba de la creación de un órgano unificado y fuerte para la supervisión de todos los Tratados

(5) *Statements made at Opening for Signature Ceremony* - 30 March 2007, en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/convstat30mar.htm>

(6) *Background Documents -Article 33 - National implementation and monitoring*, en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcstata33bkgrnd.htm>

(7) PALACIOS A. y BARIFFI F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2007.

(8) *Background conference document prepared by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, A/AC.265/2006/CRP.4, párrafos 56-59; *Informe del Secretario General de Naciones Unidas* A/57/387; *Informe del Secretario General de Naciones Unidas “In larger freedom”*, A/59/2005; *Plan de Acción de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de Naciones Unidas*, A/59/2005/Add.3.

(9). La falta de certeza sobre la creación del mencionado órgano unificado, sumado al tiempo en el que se vislumbraba un posible resultado, impulsó a las Delegaciones a optar por el establecimiento de un Comité especializado, pese a evaluar otras opciones innovadoras como un *Ombusman* Internacional sobre Discapacidad o un Defensor de los Derechos de la Discapacidad (*International Disabilities Ombudsman/Global Advocate for Disability Rights*), una Conferencia de Estados Partes (*Conferences of States parties*), o un Mecanismo de Revisión Interestatal (*Peer review mechanism*) (10).

El entusiasmo inicial de muchas Delegaciones y de los representantes de la sociedad civil sobre la posibilidad de establecer un mecanismo de base convencional eficaz y con amplias funciones, como emitir recomendaciones sin necesidad de analizar previamente los informes de los Estados Parte, o recibir denuncias individuales, fue poco a poco perdiendo fuerza a medida que las negociaciones avanzaban hacia un texto consolidado. Así, de la idea de establecer una especie de “Super-Comité” se pasó en los últimos momentos previos a la adopción final del texto, a poner en tela de juicio incluso la misma necesidad de contar con un órgano especializado (11).

El tema de la supervisión recibió un importante tratamiento en la recta final de las negociaciones, destacándose en dicho proceso

(9) *Plan de Acción de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de Naciones Unidas* indica que el mismo desarrollará propuestas para el establecimiento de un “procedimiento unificado de órganos de los tratados”. A/59/2005/Add.3, párrafo 147.

(10) *Background conference document prepared by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, A/AC.265/2006/CRP.4, párrafos 60-72.

(11) Las delegaciones de China, la Federación Rusa, Australia y Sudán manifestaron abiertamente, en la última reunión, su oposición a la creación de un órgano especializado basándose en que la discapacidad era un tema transversal, y por tanto, correspondía que los otros órganos sean los que vigilen lo dispuesto por la nueva convención.

las contribuciones de la Delegación de México (12) como facilitador por un lado, y de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (de aquí en más Alto Comisionado) por otro. Este último órgano preparó dos importantes documentos sobre supervisión que presentó en las Quinta y Séptima reuniones de trabajo del Comité Especial, respectivamente (13).

III. SEGUIMIENTO A NIVEL NACIONAL EN LA CONVENCIÓN Y LAS INSTITUCIONES NACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

A lo largo de todo el proceso de negociación, se presentaron varias propuestas que reclamaban la inclusión en el texto de la Convención de una obligación de los Estados Parte de conferir un papel en el seguimiento de la misma, a una institución nacional independiente, bien confiriendo dichas funciones a una institución que tuviera la capacidad de asumir dicho papel, o bien creando una nueva institución a dichos efectos.

(12) Véase por ejemplo: *Compilation of proposals on a monitoring mechanism for an International Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Preparado por la delegación de México en su calidad de facilitador, New York, May 12, 2006; y *Facilitator's proposal on draft provisions of an implementing mechanism*, 11 August 2006 (<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc8documents.htm>)

(13) *Monitoring implementation of the international human rights instruments: an overview of the current treaty body system; Background conference document prepared by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, document prepared by the Office of the High Commissioner for Human Rights pursuant to paragraph 6 of General Assembly resolution 59/198 of 20 December 2004.; *Expert paper on existing monitoring mechanisms, possible relevant improvements and possible innovations in monitoring mechanisms for a comprehensive and integral international convention on the protection and promotion of the rights and dignity of persons with disabilities*: Background conference document prepared by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, A/AC.265/2006/CRP.4; *Report by the United Nations Special Rapporteur on Disability on the Question of Monitoring*.

En términos generales, los mecanismos tradicionales de control internacional no confieren funciones de seguimiento a instituciones nacionales, con la única excepción del Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura (14). Por ello, la inclusión de una referencia a las mismas en el texto de la Convención fue muy bien acogida por parte de grupos representativos de las personas con discapacidad.

Las instituciones nacionales de derechos humanos (De aquí en más “INsDH”) son generalmente descritas como órganos permanentes e independientes, establecidos por parte de los gobiernos con el único objeto de promover y proteger los derechos humanos. Más allá de esta amplia definición, no es posible delinear un concepto universalmente aceptado (15). En sentido muy básico y si intención de incurrir en un reduccionismo, se podría decir la las INsDH son organismos que se encuentran a mitad de camino entre una ONG y una repartición gubernamental, aunque se encuentran más cerca de lo último que de lo primero. No representan al gobierno pero tienen carácter permanente y son financiadas en todo, o en parte, con los presupuestos generales del Estado.

(14) [...The Optional Protocol to the Convention against Torture establishes an international body of experts, the Sub-Committee on Prevention, which is mandated to conduct regular visits to States parties. Within one year of entry into force, the Protocol requires the State party to have in place an independent national preventive mechanism, which may include a human rights commission, ombudsman, parliamentary commission or NGO. The national preventive mechanism will conduct regular visits to any place of detention, may conduct interviews and will make recommendations on improvement of treatment and conditions for detainees. The international and national monitoring mechanisms will cooperate together, and with national authorities...] *Expert paper on existing monitoring mechanisms* cit., A/AC.265/2006/CRP.4, párrafo 75.

(15) POHJOLAINEN Anna-Elina, *The Evolution of National Human Rights Institutions. The Role of the United Nations*, The Danish Institute for Human Rights 2006, p.6; Véase también, *Evaluar la Eficacia de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos*, Consejo Internacional para Estudios de Derechos Humanos, Versoix, Suiza. 2005.

Las INsDH pueden tomar diferentes formas. Pueden ser categorizadas en relación con su mandato, composición orgánica, o sus tradiciones políticas o legales desde las cuales operan. Aunque no existen dos instituciones exactamente iguales, es posible identificar algunas similitudes que les permiten distinguirlas de otras organizaciones involucradas con los derechos humanos. En el sentido más básico, las INsDH son instituciones establecidas por ley o por la Constitución, aunque en algunos casos también son designadas por el ejecutivo mediante decreto, lo cual puede suponer algunos condicionamientos a su libre funcionamiento e independencia. Tienen una naturaleza administrativa, ello entendido en el sentido de que no son órganos de creación normativa (16).

Como regla general las INsDH tienen una función consultiva en relación con los derechos humanos a nivel nacional y/o internacional, lo cual consiguen mediante la formulación de opiniones o recomendaciones en sentido general, o mediante la consideración y resolución de reclamaciones presentadas por individuos o grupos. La mayoría de las INsDH existentes pueden ser agrupadas en dos categorías, -“comisiones de derechos humanos” y “defensores/ombudsmen”-, aunque como tercera categoría podríamos señalar las “instituciones nacionales especializadas” creadas para proteger los derechos de grupos particulares como las personas con discapacidad, refugiados, indígenas, etc (17).

Existen algunas similitudes entre las “Comisiones” y los “Defensores” como por ejemplo, que ambos suelen tener facultades para recibir reclamaciones individuales, y por lo general, ninguno de los dos suelen tener facultades de formular decisiones vinculantes. Tradicionalmente, se suelen distinguir en que, el Defensor, suele tener como principal cometido el asegurar justicia y legalidad en la administración pública, mientras que, las Comisiones, suelen

(16) *National Institutional Frameworks and Human Rights of Persons with Disabilities*, Background conference document prepared by the Department of Economic and Social Affairs, A/AC.265/2006/CRP.5

(17) Ibid.

estar más abocadas a cuestiones relativas a la discriminación, lo que les permite abordar acciones de organismos privados, e individuos, así como del gobierno. No obstante, la tendencia es combinar la función tradicional del Defensor como representante del ciudadano ante los abusos administrativos, con las funciones de supervisión o seguimiento en derechos humanos, creando una especie de modelo mixto (18).

A nivel internacional no existe un modelo o estándar sobre cómo una institución nacional debe funcionar en el ámbito de los derechos de las personas con discapacidad. Las características de las instituciones pueden variar muy significativamente dependiendo de los sistemas legales, políticos o culturales de los países, así como de sus tradiciones. No obstante, un informe elaborado por los profesores QUINN y DEGENER, revela que “las instituciones nacionales están bien familiarizadas con la perspectiva de la discapacidad”, así como que “la discapacidad ocupa actualmente un lugar importante en el programa de las instituciones nacionales” (19).

A pesar de la marcada tendencia de las INsDH de situarse, cada vez más, como actores necesarios en la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad en varios países, el informe de 2005 concerniente al Programa de Acción Mundial para la Discapacidad muestra que, de 26 informes presentados por Estados Parte, la totalidad de la responsabilidad de las políticas nacionales sobre discapacidad, (incluyendo políticas basadas en derechos), muy frecuentemente es asumida por departamentos gubernamentales de ámbitos tales como salud, asuntos sociales, bienestar o similares (20). Ello refleja la visión asistencialista tradicional de la discapacidad.

(18) Ibid

(19) QUINN G. & DEGENER T., *Derechos Humanos y Discapacidad: Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, Naciones Unidas, Nueva Cork y Ginebra, 2002, capítulo 11.7, pp.192-193.

(20) *Implementation of the World Programme of Action concerning Disabled Persons: towards a society for all in the twenty-first century*, Report of the Secretary-General, A/60/290.

IV. EL ARTÍCULO 33 SOBRE APLICACIÓN Y SEGUIMIENTO NACIONAL

La Convención, al igual que el resto de instrumentos de derechos humanos, establece que la auto-supervisión, la evaluación y la elaboración de los informes, son una obligación impuesta a los Gobiernos. Los instrumentos internacionales de derechos humanos, son en esencia tratados internacionales celebrados entre Estados soberanos, y es justamente en el Estado donde recae el grueso de las obligaciones internacionales. No obstante, y a diferencia con otros tratados internacionales, los de derechos humanos tienen un carácter especial, debido principalmente al hecho de establecer no sólo relaciones entre Estados sino también relaciones entre Estados e individuos. Las normas de derechos humanos “son normas cuya imperatividad general no se funda en la reciprocidad de intereses interestatales sino en la protección de un interés común a todos los miembros de la Comunidad Internacional” (21). Por ello, y más allá de la vital e imprescindible tarea del Estado Parte (22), los tratados de derechos humanos, reconocen la necesidad de establecer mecanismos independientes de seguimiento tanto a nivel nacional como internacional, de modo de asegurar avances en la aplicación de todos los derechos reconocidos.

Uno de los principales logros de la Convención y siguiendo una reciente tendencia “en la normativa de derechos humanos”, es el exigir que los Estados Partes “establezcan mecanismos nacionales de vigilancia” (23). Consecuentemente, un muy discutido y deba-

(21) MARIÑO MENÉNDEZ F., 2005, op. cit., p.215.

(22) [...It must be reiterated that the establishment of national bodies to monitor the implementation of the Convention should not lead States parties to delegate their monitoring obligations to these bodies. It will remain the responsibility of Governments to comply with, and enforce the rights of people with disability under the Convention...] *Report by the United Nations Special Rapporteur on Disability on the Question of Monitoring*, punto 1.6.

(23) *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los progresos alcanzados en la aplicación de las recomenda-*

tido artículo 33 nos plantea, en un lenguaje no demasiado claro, un sistema de seguimiento nacional en el cual se distinguen claramente dos procedimientos, los cuales lógicamente, no pueden ser asumidos por el mismo órgano. Un primer procedimiento, recogido en el primer inciso del mencionado artículo, cuyo establecimiento y funcionamiento recae exclusivamente en el Estado Parte, y un segundo procedimiento, recogido en el inciso segundo de la misma disposición, cuyo establecimiento puede ser estatal, pero su funcionamiento debe mantener *de jure* y *de facto*, total independencia con el propio Estado.

La innovación en el lenguaje del artículo 33 de la Convención encuentra su fundamento en la distinción entre ‘aplicación’ y ‘seguimiento’. Como lo manifestaran claramente las INsDH ante el Comité Especial, “insistimos en una cuestión que venimos subrayando constantemente, esto es, que ‘aplicación’ y ‘seguimiento’ deben mantenerse diferenciados tanto a nivel conceptual como institucional” (24). Más adelante, cuando el borrador del artículo 33 comenzó a tomar forma definitiva, las INsDH volvieron a enfatizar que “a nivel nacional los Estados deben asumir el proceso de reforma que, claramente, será necesario para alcanzar los objetivos de la Convención. Creemos que es importante distinguir entre dos tipos de obligaciones a nivel nacional que lógicamente serán necesarias. En primer lugar, fijar un organismo central para la aplicación dentro del poder ejecutivo, y en segundo lugar, fijar un organismo para el proceso de seguimiento que sea independiente del ejecutivo” (25).

ciones contenidas en el estudio sobre los derechos humanos y la discapacidad, A/HRC/4/75, párrafo 47, página 16.

(24) *NHRI response to the questions proposed by the Chair on Monitoring* (23 January 2006). Disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7nhri.htm>

(25) *Intervention by National Human Rights Institutions*, Monday, 23 January 2006, disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7docs/ahc7nhri-monit.doc>

Resulta importante y útil distinguir, como se señalaba anteriormente, entre aplicación y seguimiento, y sobre la base de ello, asignar dichas funciones a órganos diferentes. No obstante, es necesario destacar que el derecho internacional deja bastante discreción en este punto a los Estados. ¿Puede el Estado seguir o supervisar su propio accionar? ¿Puede asumir el Estado funciones de seguimiento aunque la responsabilidad principal de dichas funciones recaiga en un órgano independiente? Estos son interrogantes que no tienen respuestas claras en el derecho internacional. Por ello, independientemente de cómo queramos denominar a cada uno de los órganos previstos por el artículo 33, lo importante es tener claro que, el Estado es quién asume las obligaciones internacionales y por lo tanto, los órganos que le representen debe tener como principal cometido cumplir dichas obligaciones, mientras que el órgano independiente de seguimiento, debe controlar dicho cumplimiento. En otras palabras, la idea subyacente del mecanismo previsto por el artículo 33 requiere de dos acciones especiales, -cumplir, y vigilar que se cumpla-. Dicho así, resulta evidente que las dos acciones señaladas no pueden ser asumidas por el mismo Estado.

1. Aplicación a nivel nacional

El inciso 1º del artículo 33 establece:

“1. Los Estados Partes, de conformidad con su sistema organizativo, designarán uno o más organismos gubernamentales encargados de las cuestiones relativas a la aplicación de la presente Convención y considerarán detenidamente la posibilidad de establecer o designar un mecanismo de coordinación para facilitar la adopción de medidas al respecto en diferentes sectores y a diferentes niveles”.

Siendo el propio Estado el sujeto obligado internacionalmente por las disposiciones del Convenio, es lógico que el gobierno de cada Estado tenga competencias en el proceso de aplicación nacional a través de un órgano designado a dichos fines, al que podríamos denominar para este caso “órgano de aplicación nacional” (De aquí en más OAN). Se utiliza en este punto únicamente el concepto de ‘aplicación’ con el objetivo de enfatizar que este órgano debe tener como principal función la de implementar las disposiciones de la Convención, y que, consecuentemente, las funciones de seguimiento deben principalmente recaer en un órgano independiente. No obstante, es preciso destacar, como lo manifestara el Relator Especial sobre Discapacidad, que “el establecimiento de órganos nacionales para supervisar la aplicación de la Convención no debe provocar que los Estados Parte deleguen sus obligaciones de seguimiento a dichos órganos, ya que permanecen obligados a cumplir y aplicar los derechos de las personas con discapacidad recogidos en dicho instrumento” (26).

La mayoría de los Estados, a esta altura, posee algún tipo de organismo dentro de su maquinaria gubernamental con funciones específicas en el ámbito de la discapacidad (Por ejemplo en España El Consejo Nacional de la Discapacidad (De aquí en más CND), adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales).

Si bien el texto de la Convención no obliga a la creación un órgano a dichos efectos, el volumen e importancia de las tareas a llevarse a cabo suponen, evidentemente, una necesaria reestructuración del órgano en cuestión de modo que cuente con recursos y competencias suficientes para el desempeño de sus funciones. Las funciones del OAN no surgen de modo claro del texto internacional. Así, los Estados partes gozan de cierta flexibilidad al respecto. No obstante, una lectura comprensiva nos permite concluir que el mencionado órgano debería tener, al menos, las funciones que se enuncian a continuación.

(26) *Report by the United Nations Special Rapporteur on Disability on the Question of Monitoring*, punto 1.6.

En primer lugar, la función de recopilar y documentar información sobre la situación real de las personas con discapacidad en España, en todos los campos (legal, político, social, económico, laboral, etc.). A dichos fines, sería recomendable que el OAN tuviera facultad de pedir informes a cualquier organismo público y privado, con la correlativa obligación por parte de los requeridos de responder a la solicitud. La posibilidad de informarse, y por tanto, contar con datos certeros y reales de la situación de las personas con discapacidad en España, resulta esencial para cualquier órgano con pretensiones de llevar a cabo una tarea comprometida y eficaz de seguimiento y aplicación nacional.

En segundo lugar, la función de coordinar la adopción de medidas políticas o legislativas que tengan influencia en la situación de las personas con discapacidad en España. Ello se justifica desde una doble perspectiva. En primer lugar porque, se trataría del organismo más competente en relación con los estándares internacionales de derecho de las personas con discapacidad. En segundo lugar, porque un órgano de seguimiento y aplicación, pierde toda su efectividad si se limita únicamente a documentar o acreditar el grado de protección de los derechos y no puede influir en la mejora de los mismos. En otras palabras, el OAN no debe limitarse a constituirse en un órgano experto en la materia, sino también en un órgano promotor del cumplimiento de los estándares internacionales.

En tercer lugar, la función de elaborar y presentar los informes nacionales de seguimiento. Sin perjuicio de utilizar los canales propios del Ministerio de Asuntos Exteriores, sería recomendable que el OAN asumiera la responsabilidad de elaborar y presentar en tiempo y forma ante el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (de aquí en más CDPD) los informes que se exigen a los Estados Partes en el artículo 35. Lo lógico, en este punto, sería que los informes fuesen elaborados por el órgano independiente encargado del seguimiento a nivel nacional, pero lo cierto es que el artículo 35 impone la obligación de presentar los informes al Estado Parte por lo que, legalmente, los Estados tienen plena li-

bertad para decidir el “quién” y cierta flexibilidad para decir el “cómo”. Ahora bien, ¿Qué sentido tiene incluir o contemplar en un tratado internacional un órgano de seguimiento nacional independiente del propio Estado, si dicho órgano no puede tener ninguna función en relación con los informes nacionales que representan el principal elemento de seguimiento internacional?

Lo dicho anteriormente se refuerza aún más si tenemos en cuenta que, aunque no surge directamente el artículo 33, resulta aplicable al funcionamiento del OAN el inciso 3 del artículo 4 que dispone:

“3. En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan”.

Finalmente, y según lo dicho, procede, en este punto, evaluar la posibilidad de que sea el existente CND, quien asuma las funciones encomendadas al OAN. A primera vista se requieren al menos tres requisitos esenciales para asumir las funciones el OAN. Primero, autonomía o preferentemente, autarquía funcional. Segundo, competencia interministerial. Tercero, diálogo formal e institucionalizado con las organizaciones representativas de las personas con discapacidad. Si analizamos la normativa reguladora del CND, es especial el artículo 15.3 (27) de la LIONDAU (Ley

(27) El Consejo Nacional de la Discapacidad es el órgano colegiado interministerial de carácter consultivo, adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en el que se institucionaliza la colaboración entre las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias y la Administración General del Estado, con el objeto de coordinar y definir una política coherente de atención integral a este grupo ciudadano.

En particular, corresponderá al Consejo Nacional de la Discapacidad la promoción de la igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con dis-

51/2003), los artículos 1 (28) y 2 (29) del Real Decreto 1865/2004,

capacidad, a cuyo efecto se constituirá en su seno una oficina permanente especializada, con la que colaborarán las asociaciones de utilidad pública más representativas de las personas con discapacidad y sus familias.

(28) Artículo 1. Naturaleza y fines.

1. El Consejo Nacional de la Discapacidad es el órgano colegiado interministerial, de carácter consultivo, adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en el que se institucionaliza la colaboración del movimiento asociativo de las personas con discapacidad y sus familias y la Administración General del Estado, para la definición y coordinación de una política coherente de atención integral.
2. En particular, corresponde al Consejo Nacional de la Discapacidad la promoción de la igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad.

(29) Artículo 2. Funciones del Consejo Nacional de la Discapacidad.

1. Para el cumplimiento de los fines señalados, el Consejo Nacional de la Discapacidad desarrollará las siguientes funciones:
 - a) Promover los principios y líneas básicas de política integral para las personas con discapacidad en el ámbito de la Administración General del Estado, incorporando el principio de transversalidad.
 - b) Presentar iniciativas y formular recomendaciones en relación con planes o programas de actuación.
 - c) Conocer y, en su caso, presentar iniciativas en relación a los fondos para programas de personas con discapacidad y los criterios de distribución.
 - d) Emitir dictámenes e informes, de carácter preceptivo y no vinculante, sobre aquellos proyectos normativos y otras iniciativas relacionadas con el objeto del Consejo que se sometan a su consideración y, en especial, en el desarrollo de la normativa de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal.
 - e) Promover el desarrollo de acciones de recopilación, análisis, elaboración y difusión de información.
 - f) Impulsar actividades de investigación, formación, innovación, ética y calidad en el ámbito de la discapacidad.
 - g) Conocer las políticas, fondos y programas de la Unión Europea y de otras instancias internacionales y recibir información, en su caso, sobre las posiciones y propuestas españolas en los foros internacionales.
 - h) Cualquier otra función que, en el marco de sus competencias, se le atribuya por alguna disposición legal o reglamentaria.

y los artículos 1 (30) y 3 (31) de la Orden Ministerial TAS/736/2005 por la que se regula al estructura y funcionamiento de la Oficina Permanente Especializada del Consejo Nacional de Discapacidad, podemos convenir que la CND podría asumir las funciones del OAN. No obstante, en caso de optarse por esta vía, sería recomendable su implementación a través de un Real Decreto que especi-

-
2. Todas las funciones enumeradas anteriormente se atribuyen sin menoscabo de las que correspondan a otros órganos de representación y participación legalmente establecidos.

(30) Artículo 1. *Naturaleza.*

1. La Oficina Permanente Especializada es el órgano que se constituye en el seno del Consejo Nacional de la Discapacidad, de carácter permanente y especializado, encargado de promover la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
2. Con la Oficina Permanente Especializada colaborarán las asociaciones de utilidad pública más representativas de las personas con discapacidad y sus familias.

(31) Artículo 3. *Funciones.*

De acuerdo con el artículo 11 del Real Decreto 1865/2004, de 6 de septiembre, corresponden a la Oficina las siguientes funciones:

- a) Prestar asesoramiento y apoyo legal a las víctimas de discriminación por razón de discapacidad.
- b) Estudiar y analizar las denuncias en materia de discriminación por razón de la discapacidad, sin perjuicio de las atribuciones de los organismos y autoridades que sean competentes.
- c) Proponer al Pleno, para su consideración, medidas o decisiones que prevengan estructural o coyunturalmente situaciones de discriminación por razón de discapacidad en los ámbitos establecidos en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre.
- d) Elaborar, con carácter anual, para su elevación al Pleno del Consejo, un informe sobre la situación de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y sus familias.
- e) Colaborar con los órganos judiciales y administrativos en los asuntos que éstos le requieran.
- f) Aquellas otras que pueden atribuírsele en virtud de disposiciones normativas con rango legal o reglamentario.

fique y amplíe las funciones del CND. Según anunció el CERMI en su revista de actualidad, el CND será el órgano de referencia de la Administración General del Estado encargado de la promoción y supervisión de los instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos de las personas con discapacidad (32).

2. Seguimiento a nivel nacional

El apartado 2º del artículo 33 parece trascender competencias que tradicionalmente eran consideradas como de exclusiva soberanía nacional, y establece:

“2. Los Estados Partes, de conformidad con sus sistemas jurídicos y administrativos, mantendrán, reforzarán, designarán o establecerán, a nivel nacional, un marco, que constará de uno o varios mecanismos independientes, para promover, proteger y supervisar la aplicación de la presente Convención. Cuando designen o establezcan esos mecanismos, los Estados Partes tendrán en cuenta los principios relativos a la condición jurídica y el funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos.”

Pese a utilizar un lenguaje suave, la norma claramente impone dos obligaciones a los Estados Partes. En primer lugar, la de designar, siempre que no exista ya, un órgano independiente para promover, proteger y supervisar las disposiciones de la Convención, el que podríamos denominar para este caso “órgano de seguimiento

(32) Revista Actualidad del CERMI de septiembre de 2007, p.8. Disponible en www.cermi.es. A pesar de este anuncio el propio CERMI reconoce que “con esta previsión se da cumplimiento a parte del mandato establecido en el artículo 33 de la Convención, que obliga a que los estados designen un órgano oficial encargado de velar por el cumplimiento de lo dispuesto en este tratado internacional. Aún falta por decidir el órgano independiente, no perteneciente a la Administración, que asuma también funciones de seguimiento de la aplicación de la Convención, que hará de contrapeso y complemento al órgano oficial”.

nacional” (de aquí en más OSN). En segundo lugar, la obligación de respetar, en el establecimiento de dicho órgano, ciertos estándares mínimos internacionales que garanticen su estabilidad e independencia.

Como lo afirmara recientemente el Profesor QUINN, “estas funciones de promoción, protección y seguimiento, deben ser asignadas a organismos que sean genuinamente independientes del Estado. Se trata de una importante tarea respecto de la cual España, conjuntamente con otros Estados, deberán procurar un mecanismo apropiado, o ajustar propiamente uno si este ya existe (...) las instituciones nacionales están llamadas a convertirse en un motor clave para asegurar una apropiada implementación” (33).

En este contexto, la segunda parte del artículo 33 reconoce la necesidad de establecer instituciones nacionales independientes de derechos humanos, con el objetivo de promover y asegurar, la aplicación de las obligaciones asumidas por los Estados Partes. Como destaca el Relator Especial de la ONU sobre Discapacidad, “a los efectos de asegurar la independencia y eficacia en el funcionamiento de este órgano, el procedimiento de su establecimiento debe realizarse a de modo consultivo, inclusivo y transparente. Se debe iniciar y apoyar en los más altos niveles y debe contar con una adecuada infraestructura, financiación, personal, e instalaciones. Es primordial que el mencionado órgano goce de libertad de control financiero que pueda afectar su independencia” (34).

Asimismo, y en relación específica con las prescripciones del señalado artículo 33.2, las INsDH manifestaron en la novena sesión del Comité Especial lo siguiente: “Somos conscientes de que el artículo 33.2 encomienda a las Instituciones Nacionales la función de ‘promover, proteger y supervisar’ la aplicación de la Conven-

(33) QUINN Gerard, *The UN Rights of Personas with Disability Treaty, Conferencia pronunciada en ocasion del Lanzamiento de la Convención*, en Madrid, el 20 de Diciembre de 2006.

(34) *Report by the United Nations Special Rapporteur on Disability on the Question of Monitoring*, punto 1.2.

ción en el ámbito doméstico. Las INsDH ‘promovemos’ a través de la educación, ‘protegemos’ a través del establecimiento de procedimientos de reclamación, o mediante el apoyo de las reclamaciones en otros foros como los tribunales, y ‘supervisamos’ al señalar las lagunas en el derecho interno que deben mejorarse mediante referencia al derecho internacional. En resumen, las INsDH mantienen la puerta abierta al derecho internacional en la aplicación nacional. Somos la caja de transmisión que permite que el aire fresco de esta Convención llegue a las personas en donde más importa, esto es, en sus propios entornos locales. Las INsDH independientes desempeñarán una función primordial en asegurar que la Convención no permanezca como una elegante declaración de principios circulando en pasillos como este, sino que la misma sirva como guía directa de la práctica doméstica, que es donde más importa” (35).

Debido a que nos encontramos ante un mecanismo “en desarrollo”, el artículo 33.2 no se refiere a ningún estándar internacional existente. La principal característica que debe presentar el mecanismo previsto por el 33.2 es que sea independiente del poder ejecutivo. Puede ser una comisión nacional de derechos humanos, una comisión sobre discapacidad, un defensor oficial u *ombusperson*, o similares (36). Asimismo, el mandato del mecanismo de seguimiento debe incluir el más amplio espectro de funciones necesarias para promover y proteger los derechos humanos, incorporando la Convención y otros instrumentos internacionales de derechos humanos pertinentes, cubriendo de un modo eficaz los derechos de las personas con discapacidad. La normativa debe incluir disposi-

(35) *Intervention of National Human Rights Institutions*. Ad Hoc Committee, Draft Convention on Human Rights & Disability. 9th Session, 5th December, New York, disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc8docs/ahc-cvnhri.doc>

(36) *Intervention by National Human Rights Institutions*, Monday, 23 January 2006, disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7docs/ahc7nhri-monit.doc>

ciones que establezcan funciones, poderes y obligaciones relativas a personas con discapacidad, que les permitan desempeñar su mandato de un modo eficaz, incluyendo la facultad de recibir denuncias o recopilar toda la información o los documentos necesarios para evaluar las actuaciones dentro de sus competencias (37).

Sin perjuicio de la falta de indicaciones legales claras señaladas anteriormente, en el propio artículo 33.2 nos encontramos con una especie de “cartel indicativo” que nos señala el camino hacia los llamados Principios relativos al Estatuto de las Instituciones Nacionales para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos, también conocidos como “Principios de París” (38).

V. EL ESTABLECIMIENTO DEL MECANISMO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 33.2 A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE PARÍS

Adoptados por la Asamblea General de las NU en 1993, los Principios de París se han constituido en la principal fuente de estándares normativos para el establecimiento y funcionamiento de las INsDH. A pesar de su importancia y aceptación generalizada, los principios tienen un mero carácter recomendatorio y no vinculante.

Los Principios funcionan como directrices, por lo que no especifican el modo en que las instituciones nacionales deben crearse o funcionar. De este modo, y en relación con el mecanismo previsto en el artículo 33.2, los Principios deben utilizarse como guía de buenas prácticas y no como requisitos legales rígidos. Lo importante del OSN establecido a la luz del artículo 33.2 es que tenga las competencias necesarias para ejercer las funciones de seguimiento nacional de un modo eficaz, y que tenga independencia for-

(37) *Report by the United Nations Special Rapporteur on Disability on the Question of Monitoring*, punto 1.4.

(38) Resolución de la Asamblea General de la ONU sobre Instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos (A/RES/48/134, de 4 de marzo de 1994).

mal y real del ejecutivo, o en un sentido más general, de aquellos a quienes debe supervisar.

De modo sintético, y adaptado al contexto del OSN previsto en el artículo 33.2, los Principios de París establecen las siguientes recomendaciones:

1. En cuanto a la competencia:

El OSN deberá tener facultades para:

- Emitir opiniones, recomendaciones, propuestas e informes al gobierno o a cualquier otro órgano pertinente, sobre cuestiones relativas a la promoción y protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad, con la posibilidad de hacerlos públicos. Los informes podrán versar sobre las siguientes esferas: disposiciones de carácter legislativo y administrativo, incluyendo propuestas de una nueva ley o de reformas legislativas producto de consultas con el sector que representan; situaciones de violaciones de los derechos de las personas con discapacidad; situación nacional en materia de derechos de las personas con discapacidad.
- Promover la armonización de la legislación, reglamentación y práctica nacional con los estándares internacionales en la materia.
- Contribuir en la elaboración de los informes que el Estado deba presentar al Comité respectivo de la ONU.
- Cooperar con la ONU, y demás organizaciones del sistema ONU, instituciones regionales y otros países en la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad.
- Contribuir en la enseñanza e investigación de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

- Dar a conocer los derechos de las personas con discapacidad y la lucha contra la discriminación sensibilizando a la opinión pública.
- Aunque no surge directamente de las disposiciones, una lectura global de los Principios de París nos permiten asignar un papel al OSN en el asesoramiento y apoyo económico y técnico de las personas que pretenden presentar una reclamación individual ante el Comité en virtud del Protocolo Facultativo.

2. En cuanto a la Composición

El OSN deberá implementar un sistema de nombramientos que se ajuste a un procedimiento que asegure la representación pluralista de las fuerzas sociales. La composición deberá representar, en la medida de lo posible, a ONGs representativas; corrientes del pensamiento filosófico o religioso; sector universitario y especialistas calificados; el parlamento; las administraciones (éstas preferentemente con carácter consultivo).

En interés de la estabilidad del mandato de los miembros del OSN, sin la cual no habrá una verdadera independencia, su nombramiento se hará mediante acto oficial en el que se señale un plazo determinado de duración de su mandato. Ese mandato podrá prorrogarse, bajo reserva de que se siga garantizando el pluralismo de su composición.

3. En cuanto a las garantías de independencia

El OSN dispondrá de una infraestructura apropiada para el buen desempeño de sus funciones, y en particular de fondos suficientes. Esos fondos deberán destinarse principalmente a la dotación de personal y locales propios, a fin de que la institución sea autónoma

respecto del gobierno y no esté sujeta a un control financiero que pueda afectar su independencia.

Aunque no surge de los Principios, existen dos medidas que podrían garantizar la independencia e imparcialidad de la institución. En primer lugar, que la financiación corra a cargo del Estado, pero bajo una asignación por el total de una legislatura prevista en los Presupuestos Generales del Estado. En Segundo lugar, que los miembros ejecutivos o de dirección, ejerzan sus cargos *ad-honorem*.

4. En cuanto a posibilidad se recibir y examinar denuncias individuales

El OSN podrá estar facultado para recibir y examinar denuncias y demandas relativas a situaciones particulares. Podrán recurrir al mismo, los particulares, sus representantes, terceros, organizaciones no gubernamentales, asociaciones y sindicatos y cualquier otra organización representativa. En el ejercicio de dichas facultades el OSN podrá:

- Tratar de hallar una solución amistosa mediante la conciliación o, dentro de los límites establecidos por ley, mediante decisiones obligatorias o, en su caso, cuando sea necesario, siguiendo un procedimiento de carácter confidencial;
- Informar al autor de la demanda acerca de sus derechos, en particular de los recursos de que dispone, y facilitarle el acceso a esos recursos;
- Conocer de todas las denuncias o demandas o transmitir las a cualquier otra autoridad competente, dentro de los límites establecidos por ley;
- Formular recomendaciones a las autoridades competentes, en particular proponer adaptaciones o reformas de leyes, reglamentos y prácticas administrativas, especialmente cuando ellas sean la fuente de las dificultades que tienen los demandantes para hacer valer sus derechos.

VI. CONCLUSIONES

La Convención de las NNUU sobre los derechos de las personas con discapacidad ha sido considerada como innovadora en muchos aspectos, tales como el hecho de la participación activa de la sociedad civil en las negociaciones, la adopción de un texto en un tiempo record (poco más de 4 años), y el establecimiento en el cuerpo del tratado de un mecanismo de seguimiento independiente. Los dos primeros aspectos señalados, ya son un hecho histórico, pero la realización del último de ellos, depende aún en gran medida, de lo que Estados hagan en sus propios entornos nacionales en los próximos años.

En el papel, el artículo 33 ha sido un gran logro para los beneficiarios directos de los derechos reconocidos en la Convención, pero debido a su vaguedad y ambigüedad puede, por negligencia, o por conveniencias política, caer en letra muerta.

Para que ello no ocurra, es necesario procurar que los Estados Parte sean conscientes del verdadero contenido del artículo 33, como asimismo de que dicho contenido supone un cambio importante en materia de seguimiento nacional, con respecto a los tratados de derechos humanos previos.

Aunque seguramente cada Estado abordará el artículo 33 de la Convención de un modo diferente, lo importante es que al menos coincidan en dos cuestiones fundamentales. Primero, que el seguimiento debe recaer principalmente en un órgano independiente y no en un departamento u organismo del Estado. Segundo, que dicho organismo debe tener las funciones, autonomía e independencia necesaria para un desempeño eficaz de sus tareas.

En el caso de España la CND puede resultar un organismo eficaz y propio para ejercer las funciones especificadas en el artículo 33.1 sobre aplicación de la Convención, pero no goza de la independencia formal y real necesaria para ejercer las funciones de seguimiento especificadas en el artículo 33.2. Ello desde que orgánicamente depende del propio Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

A nivel nacional, España no cuenta con una institución nacional, en el sentido o con las características mínimas, especificadas en los estándares internacionales recogidos en gran medida en los Principios de París, que pueda asumir directamente las funciones asignadas por el artículo 33.2. La carencia en el contexto español de instituciones nacionales es tanto en materia general de derechos humanos como en materia específica de discapacidad. A nivel autonómico, es posible encontrar defensores oficiales en materia de discapacidad como el Defensor de los Derechos de las Personas con Discapacidad de Extremadura, o el Defensor del Discapacitado de Alcorcón, a nivel municipal.

El enorme progreso que ha mostrado España en las últimas dos décadas en relación con el respeto, protección y satisfacción de los derechos humanos, no sólo civiles y políticos, sino también económicos, sociales y culturales, no se condice con la carencia de instituciones nacionales de derechos humanos en general, o de derechos humanos de grupos vulnerables.

Dar cumplimiento apropiado a lo estipulado en el artículo 33.2 supone la necesidad de legislar a través del Parlamento, y no a través de los Ministerios de Gobierno. Por ello, quizás esta necesidad de tratar la cuestión parlamentariamente, pueda servir para impulsar una reforma mucho más amplia, que podría ser factible mediante una Ley Orgánica que contemple la creación de una Comisión Nacional Española para los Derechos Humanos, a la luz de los estándares internacionales.