

Entrada en vigor, general y para España, del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Rosa Riquelme Cortado*

Resumen: El 5 de mayo de 2013 entró en vigor, general y para España, el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) instaurando como procedimiento medular la presentación de comunicaciones por personas o grupos de personas que aleguen ser víctimas de una violación por un Estado parte de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. El principio de indivisibilidad e interdependencia entre todos los derechos humanos constituye el pilar que lo sustenta a fin de corregir el discriminatorio régimen protector con el que en 1966 nacieron los *pactos gemelos* (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). La gestación del Protocolo del PIDESC no fue sin embargo ajena al insistente debate que plantea la *justiciabilidad* de los derechos económicos, sociales y culturales, con consecuencias en los límites impuestos a la experimentación de los procedimientos de supervisión en él previstos para supervisar el cumplimiento de los derechos garantizados en el Pacto, a saber, la presentación de *comunicaciones individuales*, su principal *leitmotiv*, de *comunicaciones entre Estados* y de *investigación* ante violaciones graves o sistemáticas de esta gama de derechos, así como en los mecanismos complementarios de *asistencia y cooperación internacionales*, del Fondo fiduciario en particular.

Palabras clave: Derechos económicos, sociales y culturales, justiciabilidad, procedimiento de presentación de comunicaciones, margen de apreciación de los Estados en la formulación de políticas y la asignación de recursos, asistencia y cooperación internacionales.

Abstract: The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESC) entered into force on 5 May 2013, generally and for Spain, thereby establishing, as an essential procedure, the filing of communications by individuals or groups of individuals claiming to be victims of a violation by a State Party of any one of the rights set forth in the Covenant. The principle of indivisibility and interdependence between all human rights acts as its supporting pillar for the correction of the discriminatory protective regime brought about in 1966 by the *twin covenants* (International Covenant on Civil and Political Rights).

* Catedrática de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad de Murcia.

The process through which the Protocol to the ICESCR came into being, however, did not ignore the insistent debate arising from the *justiciability* of economic, social and cultural rights, which has an effect on the limits set for the monitoring procedures provided forth therein in order to ensure compliance with the rights protected by the Covenant; that is, the filing of *individual communications*, its main *leitmotiv*, of *communications between States* and *inquiry* into grave or systematic violations of this range of rights, as well as the complementary mechanisms of *international assistance and cooperation* of the trust fund in particular.

Keywords: Economic, social and cultural rights, justiciability, procedure for filing communications, the States' margin of appreciation in policy-making and in the allocation of resources, international assistance and cooperation.

1. Introducción

El 5 de mayo de 2013, tres meses después de la fecha en que fue depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el décimo instrumento de manifestación del consentimiento requerido¹, entró en vigor general y para España el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)², instaurando como procedimiento medular la presentación de comunicaciones «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 de cualquiera de los derechos económicos sociales y culturales enunciados en el Pacto» (art. 2)³. En la lista de las actuales Partes contratantes del Protocolo, once a 15 de octubre de 2013, predominan Estados pertenecientes al Grupo Latinoamericano Caribeño (GRULAC), significados durante su gestación entre los denominados *amigos del protocolo*; como España y Portugal (nacionalidad de la Presidenta Relatora del *Grupo de Trabajo sobre un Protocolo Facultativo del PIDESC*)⁴, los únicos europeo occidentales que hasta la fecha lo habían ratificado⁵.

¹ Art. 18.1 del Protocolo del PIDESC.

² El presente Protocolo fue adoptado por la Asamblea General el 10 de diciembre de 2008 (A/RES/63/117) y abierto a la firma, la ratificación o adhesión de cualquier Estado que haya firmado el Pacto, lo haya ratificado o se haya adherido a él (art. 17).

³ Véase en nuestra doctrina, Javier Quel López, «Un paso esencial hacia la eficacia internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Luces y sombras del Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales», en A. Embid Irujo, dir., *Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (Madrid: Iustel, 2009), pp. 305-334 (también en *El Derecho Internacional en el mundo multipolar del siglo XXI, Obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez* (Madrid: Iprolex, 2013), pp. 837-859; Carlos Villán Durán, «Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales», *Revista Española de Desarrollo y Cooperación*, núm. 23 (2009): pp. 32-54; Ana Gemma López Martín, «La protección internacional de los derechos sociales, a propósito de la ratificación española del Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 2008», *Foro. Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas. Nueva época*, núm. 13 (2011): pp. 13-59; Rosa Riquelme Cortado, «El Protocolo Facultativo del PIDESC. Comunicaciones de personas o grupos como piedra angular», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, www.reei.org, núm. 24 (2012): pp. 1-49, y la bibliografía en él citada, entre la que destacaría los trabajos publicados en el monográfico de la *Nordic Journal of Human Rights (NJHR)* (2012): *Perspectives on a New Complaint and Inquiri Procedure: The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Vol. 27, núm. 1.

⁴ El *Grupo de Trabajo de composición abierta sobre un Protocolo Facultativo del PIDESC* (Grupo de Trabajo en adelante) fue establecido por la Comisión de Derechos Humanos el 22 de abril de 2003 (res. 2003/18), y prorrogado su mandato por un plazo de dos años por el Consejo de Derechos Humanos (res. 1/3, de 29 de junio de 2006).

⁵ A 15 de octubre de 2013, eran Estados Partes en el Protocolo del PIDESC: Argentina, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, España, Mongolia, Montene-

Siguiendo las directrices del Plan de Derechos Humanos aprobado por el Consejo de Ministros en 2008⁶, España depositó el instrumento de ratificación del Protocolo Facultativo del Pacto el 10 de diciembre de 2010⁷, para apenas tres años después (el 13 de junio de 2013) dar el mismo paso en relación con el Protocolo Facultativo —el tercero— de la Convención sobre los Derechos del Niño⁸, que asimismo instaaura entre los mecanismos de supervisión de la Convención y de sus dos anteriores Protocolos⁹ el *procedimiento de presentación de comunicaciones individuales* (art. 5).

Apenas es preciso llamar la atención sobre la trascendencia del derecho que estos flamantes instrumentos reconocen a individuos y grupos para denunciar ante una instancia internacional la violación de derechos económicos, sociales y culturales, tradicionalmente considerados de *segunda generación* por imponer, se decía desde esta errónea concepción, no *obligaciones de resultado* como las derivadas de derechos civiles y políticos, sino únicamente *obligaciones de comportamiento progresivo* su-peditadas a la disponibilidad de recursos y a la política económica y social estatal ¿Cómo en esas condiciones, corearon los opuestos en general al Protocolo del Pacto —entre ellos, cuatro de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad y otras potencias económicas del llamado *primer mundo*—¹⁰ sería posible traducir sus disposiciones en obligaciones mensurables capaces de permitir en un procedimiento de comunicaciones la apreciación de una violación motivada en derecho?

gro, Portugal y Uruguay; véase la serie de Tratados depositados ante el Secretario General de las Naciones Unidas, Cap. IV (Derechos Humanos) (<http://treaties.un.org/pages/ParticipationStatus.aspx>).

⁶ *Plan de Derechos Humanos* aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de diciembre de 2008, parte IV («Acción exterior»), 1 (ONU), Medida 2, p. 16 (puede consultarse en http://www.mpr.es/uploads/media/pdf/2/ddhhes_1260787618.pdf).

⁷ Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo del PIDESC, dado en Madrid, a 9 de julio de 2010 (BOE núm. 48, de 25 de febrero de 2013).

⁸ El tercer Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptado por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2011 (A/RES/66/118). A 15 de octubre de 2013 su entrada en vigor pendía del depósito de dos manifestaciones del consentimiento para alcanzar las diez requeridas (art. 19).

⁹ El Protocolo facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y el Protocolo facultativo de la Convención relativo a la participación de niños en los conflictos armados (A/RES/54/263, de 25 de mayo de 2000).

¹⁰ Se trata, en particular, de Estados Unidos, Reino Unido, la Federación de Rusia y China, así como Alemania, Canadá, Dinamarca, Japón, Noruega, Suecia, Suiza...; su opinión al respecto quedó meridianamente patente al término de las sesiones del *Grupo de Trabajo* (A/HRC/8/7, Anexo), pp. 27 y ss.

El principio de que todos los derechos humanos son indivisibles, interdependientes y están relacionados entre sí, pilar conceptual que junto con la universalidad sustentan el edificio normativo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹¹, constituyó la partitura natural del Protocolo del PIDESC con miras a corregir el discriminatorio régimen protector con el que en 1966 nacieron los *pactos gemelos* (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, PIDCP). Su gestación no fue sin embargo ajena al debate que plantea la *justiciabilidad* de los derechos económicos, sociales y culturales por carecer —insisten los que se la niegan¹²— de todo elemento que pueda ser objeto de apreciación por tribunales u otros órganos cuasi judiciales, como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales guardián del Pacto. La precisión del carácter y alcance de las obligaciones derivadas del PIDESC, principalmente por la labor del mismo Comité (que examinaremos en el apartado 2) fue determinante para componer la letra del principio de indivisibilidad e interdependencia aplicado al control del cumplimiento de esta gama de derechos.

No obstante, la misma percepción de no *justiciabilidad* rondó durante todo el proceso de elaboración del Protocolo, con consecuencias en los límites impuestos a la experimentación de los mecanismos en él dispuestos para salvaguardar y verificar la aplicación del Pacto (apartado 3). Reflejo de ello lo confiere el hecho de que los procedimientos de *comunicaciones entre Estados* y de *investigación* se hagan depender en el Protocolo *Facultativo* del PIDESC de su expresa aceptación mediante la fórmula *opting in*, frente a la *opting out* prevista para los mismos procedimientos en otros tratados de derechos humanos de última generación. El consentimiento del Estado interesado también se precisará para que el Comité pueda, en el contexto del Protocolo, señalar a la atención de los órganos competentes la conveniencia de tomar medidas internacionales de asistencia y cooperación, así como para que se presten por conducto de un previsible

¹¹ Véanse, entre los instrumentos más memorables que así lo proclaman: el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Preámbulo común a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (PIDCP y PIDESC, 1966), y la *Declaración y Programa de Acción de Viena* (1993) adoptada en la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (A/CONF.157/23), Parte I, párr. 5.

¹² En la doctrina, Michael J. Dennis y P. Steward David, «Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights: Should There Be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing, and Health?», *American Journal of International Law (AJIL)*, vol. 98 (2004): pp. 462-515; Mary Dowell-Jones, *Contextualising the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Assessing the Economic Deficit* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2004); Christian Tomuschat, «An Optional Protocol for the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights?», en Klaus Dicke et al., eds., *Weltinnenrecht: Liber amicorum J. Delbrück* (Berlín: Duncker and Humblot, 2005), pp. 815-834.

Fondo fiduciario dirigido a hacer valer y promover los derechos garantizados en el Pacto, punto neurálgico y más discutido de este mecanismo complementario (apartado 5).

Es en el marco del *procedimiento de presentación de comunicaciones* (apartado 4) donde de manera más elocuente se advierte el escepticismo cuando no abierta aversión que suscita la demanda de personas o grupos ante instancias internacionales por la supuesta violación de los derechos económicos, sociales y culturales. Así se manifestó, sobre todo, en los enfoques *ratione materiae* barajados durante la gestación del Protocolo acerca de los derechos garantizados en el Pacto que podrían ser susceptibles de denuncia (4.1), en las condiciones, más severas, impuestas a la admisibilidad de una comunicación (4.2), así como en los criterios que han de guiar la decisión del Comité en su examen de fondo (4.3).

Podía así decirse que si bien es unánime la afirmación acerca de que todos los derechos humanos tienen el mismo valor por cuanto son universales, indivisibles y están relacionados entre sí, no todos —los Estados— piensan que todos los derechos humanos se hacen efectivos por igual desde el punto de vista jurídico. Queda aún camino por recorrer¹³. En el caso de Estados hoy parte en el Protocolo del PIDESC, como España, el Comité recientemente ha instado al Gobierno a tomar «las medidas legislativas pertinentes para garantizar a los derechos económicos, sociales y culturales un nivel de protección análogo al que se aplica a los derechos civiles y políticos», así como tomar «las medidas adecuadas para asegurar la plena justiciabilidad y aplicabilidad de todas las disposiciones del Pacto por los tribunales nacionales»¹⁴.

2. **Hacia la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales**

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto ha sido definida como «la capacité pour les clauses

¹³ Fons Coomans, ed., *Justiciability of Economic and Social Rights: Experiences from Domestic Systems* (Antwerp: Intersentia, 2006); y, en particular, sobre la decisiva contribución en este punto de Sudáfrica, Christopher Mbazira, *Litigating Socio-Economic Rights in South Africa. A Choice between Corrective and Distributive Justice* (Pretoria: Pretoria University Law Press, 2009); P. Langa, «Taking Dignity Seriously: Judicial Reflections on the Optional Protocol to the ICESCR», *NJHR*, vol. 27, núm. 1 (2009): pp. 29-38.

¹⁴ Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales con ocasión del quinto informe periódico sometido por España por virtud de los arts. 16 y 17 del PIDESC (E/C.12/ESP/CO/5), p. 2, párr. 6.

substantielles du Pacte de constituer le point de appui à la motivation, fondée en droit, d'un constat de violation effectuée par le Comité»¹⁵. Desde esta perspectiva, su *justiciabilidad* no se plantea tanto respecto del carácter intrínseco de las normas a aplicar, o dicho en otros términos, del valor que se les reconoce, sino que incide más bien en las obligaciones que el mismo Pacto impone a los Estados parte a fin de identificar los comportamientos —acciones u omisiones— de sus órganos susceptibles de ser juzgadas conformes o no con ellas¹⁶; siendo así, afirma con rotundidad el profesor De Schutter, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación, «la question de la justiciabilité reçoit une réponse évidemment affirmative»¹⁷.

La definición de las obligaciones derivadas de esta gama de derechos es, por tanto, crucial a la hora de resolver los problemas que suscita su *justiciabilidad*, una empresa a la que ha contribuido la ingente labor desarrollada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales desde su misma creación (1985)¹⁸. Ésta ha consistido en precisar el contenido y alcance de un derecho o situación particular y —o a partir de ahí— de las obligaciones contraídas por los Estados partes de conformidad con el Pacto, considerando que de ellas derivan tanto obligaciones de *comportamiento* como de *resultado*, y con elementos —unas y otras— positivos (que imponen al Estado emprender determinadas acciones) y negativos (que exigen su abstención, caso de la obligación de *respetar*)¹⁹. De ello deriva que las opiniones expresadas por el Comité, sea sobre la base del examen de los informes periódicos y, más aún, en sus *Observaciones generales*, pueden considerarse interpretaciones autorizadas del Pacto. Según observó el mismo Comité en el documento analítico sometido a la Con-

¹⁵ Olivier de Schutter, «Le Protocole Facultatif au Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels», *Revue Belge de Droit International (RBDI)*, núm. 1 (2006): pp. 7-56 (p. 18).

¹⁶ «El debate suscitado no es, o no debería ser», afirmó el Sr. Kotrane, experto independiente nombrado (en 2001) por la Comisión de Derechos Humanos con miras a examinar la posibilidad de un Protocolo del PIDESC, «un debate sobre el valor que se atribuye a esos derechos ni sobre la posición que ocupan en la nomenclatura internacional de los derechos humanos... que no puede ser objeto de ningún tipo de jerarquización»; Informe (primero) (E/CN.4/2002/57), p. 8, párr. 19.

¹⁷ Olivier de Schutter, op. cit., nota 15, p. 20.

¹⁸ Como sabemos, el Comité destinado a salvaguardar los derechos garantizados en el PIDESC fue establecido por resolución 1985/17 del Consejo Económico y Social de 28 de mayo de 1985, siendo así el único órgano del sistema de tratados de derechos humanos de Naciones Unidas que no fue creado en el mismo instrumento sometido a su supervisión.

¹⁹ Véanse, en este sentido, los *Principios de Limburgo sobre la Implementación del PIDESC* (E/CN.4/1987/17) y las *Directrices de Maastricht* (E/C.12/2000/13, pp. 18 y 20, párrs. 7, 14 y 15).

ferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993), «La aprobación de observaciones generales» (veintiuna hasta la fecha) le permiten hacer «una contribución significativa a la jurisprudencia relativa a un derecho o cuestión particular»²⁰.

La *Observación general* núm. 3²¹ reviste en este punto particular interés en la medida en que tiene por objeto desentrañar la índole de las obligaciones jurídicas contraídas por los Estados partes de conformidad con el concepto de *realización progresiva* definido en el art. 2.1 del Pacto²², lo que en esencia implica: a) la obligación de adoptar todas las medidas pertinentes para la realización de los derechos reconocidos en el Pacto, y b) hacerlo hasta el máximo de los recursos disponibles²³. Examinemos estos elementos.

«Adoptar medidas» entraña la *obligación inmediata* (no condicionada ni limitada por ninguna otra consideración) de acordar estrategias deliberadas, concretas y debidamente orientadas a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales dentro de un plazo razonablemente breve desde la entrada en vigor del Pacto para el Estado de que se trate²⁴. Estas medidas habrán de incluir «todos los medios apropiados», siendo los legislativos no sólo deseables, sino en la mayoría de casos indispensables²⁵ de cara a dar efecto en el ordenamiento interno a los derechos enunciados en el Pacto (*Observación general* núm. 9, 1998)²⁶. Otras medidas de carácter financiero, educacional y social, así como la provisión de recursos administrativos y judiciales serán de vital importancia para deducir responsabilidades de la violación y resarcir a las víctimas, al punto que «cuando un derecho reconocido en el Pacto no se puede ejercer plenamente sin una intervención del poder judicial, es necesario establecer recursos judiciales»²⁷. El Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) consagró en 2006 un informe destinado a describir y evaluar las estrategias multidimensionales de promoción y *protección jurídica* de

²⁰ A/CONF. 157/PC/62/Add. 5, Anexo II, p. 14, párr. 28.

²¹ *Observación general* Núm. 3, «La índole de las obligaciones de los Estados partes» (E/1991/23, de 14 de diciembre de 1990).

²² Otros tratados situados en la órbita de los derechos económicos, sociales y culturales insisten en lo mismo, caso del art. 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el art. 4.1 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

²³ Véase, en este sentido, el Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) relativo al análisis del concepto de realización progresiva (E/2007/82, de 7 de junio de 2007), p. 4, párr. 4.

²⁴ *Observación general* núm. 3, párr. 2.

²⁵ *Ibíd.*, párr. 3.

²⁶ *Observación general* núm. 9, «La aplicación interna del Pacto» (E/C.17/1998/24, de 3 de diciembre de 1998).

²⁷ *Observación general* núm. 3, párr. 7, y *Observación General* núm. 9, párrs. 3-5, 7 y 9.

los derechos económicos, sociales y culturales en el que insiste en la misma idea²⁸.

La expresión «el máximo de los recursos disponibles», característica definidora del concepto de *realización progresiva*, hace alusión al *margen de discreción* permitida en la aplicación de las obligaciones dimanantes del Pacto en función del nivel de recursos y de la influencia que los mismos tienen en la consecución de un determinado derecho²⁹. Conviene no obstante precisar, como lo han hecho el mismo Comité (*Observación general núm. 3*) y otros órganos de derechos humanos³⁰, que el *margen de discreción* del Estado no es absoluto. De un lado, porque la disponibilidad de recursos no modifica el carácter inmediato de la obligación prioritaria de asegurar la satisfacción de niveles básicos, esenciales para cada uno de los derechos garantizados, constituyendo *prima facie* una violación del Pacto el incumplimiento de esas *obligaciones mínimas*³¹. De otro, porque la obligación de adoptar medidas y avanzar hacia la plena realización de los derechos enunciados en el Pacto entraña una firme presunción en contra de la adopción de medidas deliberadamente regresivas. Durante la gestación del Protocolo el Comité adoptó una Declaración relativa a la «Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el *máximo de los recursos de que disponga* de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto», en la que subraya que:

«cuando no se adoptan medidas o estas son de carácter regresivo, corresponde al Estado parte probar que la decisión pertinente se basó en el examen más exhaustivo posible y que está debidamente justificada en relación con la totalidad de recursos disponibles»³².

²⁸ Informe del ACNUDH de 21 de junio de 2006 (E/2006/86), véase en particular p. 20, párr. 46.

²⁹ Se trata, afirma el Comité (*Observación general núm. 3*, párr. 9) de un «dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales». Véase en la doctrina Ida Elisabeth Koch, «The Justiciability of Indivisible Rights», *NJHR*, vol. 72, núm. 1 (2003): pp. 3-39; Yuval Shany, «Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?», *The European Journal of International Law (EJIL)*, vol. 16, núm. 5 (2005): pp. 907-940.

³⁰ Por ejemplo, el Informe del ACNUDH cit. nota 23 (p. 8, párrs. 13 y 14), así como los Informes del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (E/CN.4/2003/58, párr. 53) y del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación (E/CN.4/2002/58, párr. 39).

³¹ Véanse los trabajos publicados en la obra dirigida por Audrey Chapman y Sage Russell, *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights* (Antwerp: Intersentia, 2002).

³² «Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el *máximo de los recursos de que disponga* de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto», E/C.12/2007/1, de 21 de septiembre de 2007, párr. 9.

Hay que llamar, asimismo, la atención sobre las *obligaciones de inmediato cumplimiento* enunciadas en el Pacto no sometidas al concepto de realización progresiva cualquiera que sea el nivel de los recursos disponibles. Así ocurre, en particular, con la *obligación inmediata* y general de garantizar el ejercicio de los derechos dimanantes del Pacto *sin discriminación* (art. 2.2). La no discriminación y la igualdad, afirma el Comité (*Observación general Núm. 20*)³³, «son componentes fundamentales de las normas internacionales de derechos humanos» cuya implementación no exige forzosamente importantes asignaciones de medios³⁴, aunque sí suele hacer necesaria la aprobación y aplicación de legislación apropiada y la disposición de recursos judiciales que aseguren su cumplimiento³⁵. Toda discriminación constituye una violación del Pacto y debe permitir su escrutinio por los tribunales sin más disquisiciones, concluye el Comité en la Observación General mencionada³⁶.

La doctrina de los tres tipos o niveles de obligaciones derivadas de los derechos humanos: *respetar*, *proteger* y *cumplir*, ha contribuido asimismo a clarificar las que en particular se desprenden de los derechos enunciados en el PIDESC³⁷. En primer lugar, la obligación de *respetar* requiere que los Estados partes se abstengan de interferir directa o indirectamente en el disfrute de los derechos en él consignados (por ejemplo, de toda acción u omisión que deniegue o restrinja el acceso al agua potable en condiciones de igualdad)³⁸. Frente al elemento negativo de la anterior obligación, la de

³³ *Observación general núm. 20*, «La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales» (E/C.12/GC/20, de 2 de julio de 2009), párrs. 2 y 7. El mismo Pacto se refiere expresamente a la no discriminación y la igualdad en relación con algunos derechos individuales (arts. 3, 7, 13, 26); de ahí que el Comité haya examinado la aplicación del principio en relación con la vivienda (*Observaciones generales núm. 4*, 1991, y núm. 7, 1997), las personas con discapacidad (*Observación general núm. 5*, 1994), personas de edad (núm. 6, 1995), la alimentación (núm. 12, 1999), la educación (núm. 13, 1999), la salud (núm. 14, 2000), el agua (núm. 15, 2002), la igualdad entre los géneros (núm. 16, 2005), los derechos de autor (núm. 17, 2005), el trabajo (núm. 18) y la seguridad social (núm. 19, 2008).

³⁴ Sobre ello insiste, entre otros, el Informe del ACNUDH relativo al concepto de realización progresiva (E/2007/82, de 7 de junio de 2007), p. 6, párr. 15, p. 9, párr. 27, y p. 21, párr. 77.

³⁵ *Observación generales núm. 3*, párr. 2, y *núm. 20*, cap. IV («Aplicación en el plano nacional»). Véase también la Declaración adoptada por el Comité en 2007, cit. nota 32.

³⁶ *Observación general núm. 20*, párr. 40.

³⁷ Pionero en la aplicación de la trilogía al ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales fue el Informe sometido en 1987 por el Experto independiente, Sr. Asbjorn Eide, a la Comisión de Derechos Humanos sobre el *Derecho a una alimentación adecuada como derecho humano* (E/CN.4/Sub.2/1987/23, de 7 de julio de 1987), véase en particular el gráfico de la p. 29.

³⁸ *Observación general núm. 15*, «El derecho al agua» (E/C.12/2002/11), párr. 21.

proteger (por ejemplo, frente a las instancias de desahucios forzados³⁹, o los derechos de los trabajadores ante medidas de privatización⁴⁰) y, más aún, la obligación de *cumplir/garantizar*, consistente a su vez en *facilitar*, *promover* y *proporcionar*, suelen exigir la adopción de medidas positivas, legislativas y de otra índole, dirigidas a impedir que terceros, ya sean individuos, empresas u otros actores no estatales, interfieran en los derechos reconocidos en el Pacto, *facilitando* (por ejemplo, el derecho de toda persona a participar en la vida cultural)⁴¹, *promoviendo* (la educación e información relevante sobre, por ejemplo, las medidas de higiene y el acceso a los planes de seguridad social)⁴², así como *proporcionando* (a los individuos o comunidades que no puedan por sí mismos por motivos ajenos a su voluntad acceder a...)⁴³ la plena efectividad de esos derechos.

El largo y tortuoso debate que durante cerca de dos décadas (1990-2008) generó el proceso de gestación del Protocolo del PIDESC, primero bajo la demorada batuta de la Comisión de Derechos Humanos⁴⁴ y a partir de 2006 de la más laboriosa del Consejo de Derechos Humanos⁴⁵, reveló

³⁹ En la *Observación general* núm. 4 («El derecho a una vivienda adecuada», E/1992/23) el Comité ha considerado (párr. 18) que «las instancias de desahucios forzados son *prima facie* incompatibles con los requisitos del Pacto y sólo podrían justificarse en las circunstancias más excepcionales y de conformidad con los principios pertinentes de Derecho internacional».

⁴⁰ *Observación general* núm. 18, «El derecho al trabajo» (E/C.12/GC/18, de 24 de noviembre de 2005), párrs. 22 y 25.

⁴¹ *Observación general* núm. 21, «Derecho de toda persona a participar en la vida cultural» (E/C.12/GC/21/Rev. 1, de 20 de noviembre de 2009), párr. 52.

⁴² *Observación general* núm. 19, «El derecho a la seguridad social» (E/C.12/GC/19, de 23 de noviembre de 2007), párr. 49.

⁴³ Véase, por ejemplo, la *Observación general* núm. 13, «El derecho a la educación» (E/C.12/1999/10), párr. 47.

⁴⁴ La posibilidad de elaborar un Protocolo Facultativo del PIDESC se venía examinando en su Comité desde 1990 sobre la base de los informes preparados por su entonces Presidente, Ph. Alston. En 1996, el Comité aprobó un proyecto (borrador) de Protocolo que sometió a la Comisión de Derechos Humanos (E/CN.4/1997/105). En 2001, tras recibir los comentarios y observaciones de los Estados, las Organizaciones internacionales y no gubernamentales, la Comisión nombró un Experto independiente para el examen de esta cuestión, y dos años después creó el *Grupo de Trabajo de composición abierta sobre un Protocolo Facultativo del PIDESC* con el mandato de «estudiar las opciones relativas a (su) elaboración» (res. 2003/18, de 22 de abril de 2003).

⁴⁵ El Consejo de Derechos Humanos encomendó al mismo *Grupo* «elaborar un Protocolo facultativo del Pacto», objetivo más claro y decidido para cuya satisfacción prorrogó el mandato del Grupo por un período de dos años (resolución 1/3, de 29 de junio de 2006, cursivas añadidas). Para entonces el Grupo ya contaba con el *Documento analítico* preparado (en 2005) por la Presidenta-Relatora, Sra. De Albuquerque, sobre los «Elementos para la elaboración de un Protocolo Facultativo del PIDESC» (E/CN.4/2005/52 y E/CN.4/2006/WG.23/2), que constituyeron la base de negociación del protocolo en ciernes; véase Claire Mahon, «Progress

no obstante que los recelos sobre la no *justiciabilidad* de esta gama de derechos persistían, o incluso podría decirse que la abierta aversión que en particular generó el procedimiento de comunicaciones probablemente fue por la certeza de todo lo contrario. Que los individuos puedan denunciar la violación de derechos humanos no sometidos hasta ahora en el plano universal a un sistema de examen (desalojos forzosos sin las debidas garantías, restricciones injustificadas o desproporcionadas del acceso a la salud, la denegación del derecho a la educación que supone la aplicación de tasas inasequibles para buena parte de la población...) y, en general, la misma supervisión de la obligación del Estado de adoptar medidas razonables con miras a garantizar los derechos enunciados en el Pacto, respecto de los que el Comité ya ha proporcionado las bases sobre lo que constituye o no violación⁴⁶, era justamente lo que algunos trataban de evitar.

3. Procedimientos de supervisión del Pacto establecidos en el Protocolo

«Ya era hora», afirmó el representante de la Coalición de ONG en el ecuador de los debates del *Grupo* que trabajó por la gestación del Protocolo del Pacto, «de elaborar un Protocolo Facultativo que posibilitara la presentación de quejas individuales y colectivas, incluyera un procedimiento de investigación, abarcara todos los derechos y excluyera las reservas»⁴⁷. Este era, en efecto, el derrotero de los *elementos* más progresistas del *documento analítico* preparado en 2005 por la Presidenta-Relatora⁴⁸ y los que en general trató de recoger el primer texto articulado de Protocolo (2007) que sometió al Grupo⁴⁹. Sin embargo, su discurso y el de los que lo sucedieron hasta dar con un texto de consenso obligó a rebajar

at the From: The Draft Optional to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights», *Human Rights Law Review (HRLR)*, vol. 8, núm. 4 (2008): pp. 617-646 (p. 624). Para un examen más detenido de la gestación del Protocolo, véase mi trabajo cit. nota 3, pp. 11-17.

⁴⁶ Recordemos que una parte importante de las *Observaciones generales* del Comité tiene por objeto identificar qué constituye violación de un derecho y/o situación particular.

⁴⁷ *Informe del Grupo* sobre su tercer período de sesiones (E/CN.4/2006/47, de 14 de marzo de 2006) p. 6, párr. 25.

⁴⁸ Realmente, los catorce *Elementos* analizados en el *Documento analítico* elaborado por la Sra. De Albuquerque (E/CN.4/2006/WG.23/2) no tenían la explícita misión de emitir un juicio de valor sobre las diversas opciones para la elaboración del Protocolo, sino más bien plantear una visión general de las mismas con miras a facilitar el debate del Grupo.

⁴⁹ Proyecto de Protocolo Facultativo del PIDESC preparado por la Presidenta-Relatora, Catarina de Albuquerque (A/HRC/6/WG.4/2) de 23 de abril de 2007.

el diapasón del entusiasmo, y eso a pesar de que la mera enumeración de los procedimientos instituidos en el Protocolo semeja todo lo contrario.

Para asegurar la observancia de las obligaciones del Pacto, el Protocolo contempla los dos mecanismos autónomos de protección de carácter contencioso clásicos en tratados de derechos humanos, la presentación de *comunicaciones de personas o grupos de personas* (artículos 1-9) y de *comunicaciones entre Estados* (artículo 10). A ellos añade, en la estela de los instrumentos de última generación, el procedimiento de *investigación* confidencial (artículos 11 y 12) ante situaciones que de manera fidedigna indiquen violaciones graves o sistemáticas de los derechos económicos, sociales y culturales. Ahora bien, este alentador enunciado no deja ver los puntos neurálgicos de los procedimientos o aspectos del mismo Protocolo que quedaron en el camino de su regulación. Sirva como botón de muestra el hecho de que el Protocolo no posibilite en el marco del procedimiento de comunicaciones las reclamaciones colectivas, según preveía el primer proyecto de Protocolo preparado por la Sra. de Albuquerque⁵⁰, o no prohíba como inicialmente se propuso las reservas, permitiéndolas —como se apresuró a recordar la Federación de Rusia⁵¹— compatibles con el objeto y fin del tratado mediante el sistema flexible establecido en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969). Un examen más detenido de la regulación de de estos procedimientos nos permitirá averiguar otras frustraciones.

Lo iniciaremos con los mecanismos dispuestos en el Protocolo que aun siendo diferentes en su naturaleza y caracteres, a saber, la presentación de comunicaciones entre Estados y de investigación confidencial, se identifican por estar sometida su experimentación a la expresa aceptación de los Estados partes mediante la técnica *opting* o *contracting in*, una declaración unilateral de voluntad que hasta la fecha (15 de octubre de 2013) sólo han manifestado dos de los once Estados partes en el Protocolo, El Salvador y Portugal⁵².

⁵⁰ El art. 3 («Comunicaciones colectivas») de dicho proyecto (A/HRC/6/WG.4/2, p. 5) establecía, de un lado, «el derecho de las ONG reconocidas como entidades de carácter consultivo por el Consejo Económico y Social... a presentar comunicaciones en qué se dé cuenta de la observancia insatisfactoria por un Estado parte de cualesquiera de los derechos enunciados en el Pacto»; y, de otro lado, abría la posibilidad —inspirada en el Protocolo de 1995 a la Carta Social Europea— de que los Estados partes declararan, en cualquier momento, que reconocen «el derecho de cualquier organización nacional no gubernamental representativa que se halle bajo su jurisdicción y que tenga competencia especial en las materias regidas en el Pacto a presentar comunicaciones colectiva contra él».

⁵¹ Véanse las observaciones de la Federación de Rusia al término de los debates del Grupo de Trabajo (A/HRC/8/7), p. 28, párr. 219.

⁵² Véase en <http://treaties.un.org/pages/ParticipationStatus.aspx>.

3.1. *Comunicaciones entre Estados*

Que el procedimiento de comunicaciones interestatales sea de carácter opcional no es ninguna novedad en tratados de derechos humanos de vocación universal⁵³. Sí lo es que su instauración haya sido prevista en un Protocolo en sí *facultativo* que, a su vez, hace depender la competencia del Comité para recibir y examinar una comunicación en la que un Estado parte alegue que otro Estado parte no cumple sus obligaciones dimanantes del Pacto de una nueva declaración estatal *ad hoc* (art. 10.1, que luego imitó el Protocolo de 2011 de la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 12).

Conviene señalar que la insistencia en el carácter *opting in* del procedimiento de comunicaciones interestatales fue la condición impuesta en el *Grupo de Trabajo* por partidarios y detractores de su previsión en el Protocolo del PIDESC. Que este mecanismo de control sea todavía hoy una vía por experimentar en el sistema universal —y apenas esbozada en los regionales— fue la razón principal por la que el Comité optó por no incluirlo en el Proyecto (borrador) de Protocolo elaborado en 1996⁵⁴, como la de que recientes instrumentos de derechos humanos tampoco lo prevean (caso de los Protocolos Facultativos de las Convenciones sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1999) y sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006). No es tanto la potencial utilidad del procedimiento la que se pone en duda⁵⁵, sino más bien por lo contrario es, como en aquella ocasión afirmó el Comité, una «caja de Pandora que todas las partes prefieren mantener cerrada»⁵⁶.

Por lo demás, el mecanismo de comunicaciones interestatales previsto en el presente Protocolo sigue el *iter* procesal establecido en otros instrumentos de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas. De manera que, una vez que el Comité haya comprobado el reconocimiento de su competencia por los Estados interesados (denunciante y denunciado), está prevista, como primera medida, que el Estado que alegue el incumplimiento del Pacto lo señale a la atención del presunto infractor mediante una comunicación escrita, e informe de ello al mismo Comité (art. 10.1.a). Sólo después, y cumplido el plazo de seis meses sin que el asunto se re-

⁵³ La excepción la da la Convención sobre la eliminación de la discriminación racial (art. 11).

⁵⁴ E/CN.4/1997/105, pp. 6-7, párr. 14.

⁵⁵ Véase Rosa Ana Alija Fernández, «Las quejas interestatales ante órganos judiciales o cuasi-judiciales de garantía de los derechos humanos» ¿Un mecanismo útil en situaciones de crisis?, *REEI* (reeei.org), núm. 22 (2011).

⁵⁶ El Comité cita a Rosalyn Higgins, «Encouraging Human Rights», 2 *London School of Economic Quarterly* (1988): p. 249.

suelva a satisfacción de los implicados (art. 10.2.b), cualquiera de ellos puede someterlo al Comité, que conocerá del asunto una vez cerciorado del agotamiento de los recursos internos del Estado denunciado (a menos que la sustanciación de éstos se prolongue injustificadamente, art. 10.1.c). Admitida la comunicación, el Comité prestará sus *buenos oficios* de manera reservada a fin de lograr una *solución amistosa* basada en el respeto de los derechos protegidos en el Pacto (art. 10.1.d y e). De no lograrse, el Comité expondrá en su informe los hechos pertinentes al asunto, las declaraciones por escrito y una relación de las orales, y «podrá transmitir únicamente a los Estados partes interesados cualesquiera observaciones que considera pertinentes al asunto entre ambos» (art. 10.1.ii).

Sabido es que las observaciones y recomendaciones del Comité no son —como la del resto de sus pares respecto de cualquier procedimiento sometido a su cargo— jurídicamente obligatorias para las partes, que únicamente tendrán que soportar, en su caso, la presión moral y política de verse reflejados en el informe anual del Comité (arts. 15 del Protocolo y 19 del Pacto). Ahora bien, a diferencia del resto de mecanismos de supervisión establecidos en el Protocolo, no se ha previsto en el marco del procedimiento interestatal ninguna medida de seguimiento de las actuaciones del Comité ¿Será porque ya se le augura poca actividad al respecto?

3.2. *Investigación confidencial*

El procedimiento de investigación es un mecanismo de control que en el marco de tratados de derechos humanos de ámbito universal inauguró la Convención contra la tortura (1984, art. 20), a la que siguieron los Protocolos Facultativos de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1999, art. 8) y de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006, art. 6).

El Protocolo Facultativo del PIDESC los imita (art. 11), si bien con una notable diferencia, a saber, que mientras en aquellos instrumentos el procedimiento es obligatorio de no mediar una expresa declaración de exclusión (*opting o contracting out*), técnica que asimismo sigue el Protocolo Facultativo de 2011 de la Convención sobre los derechos del niño (art. 13.7), la competencia del Comité del PIDESC se hace depender, como ya se señaló, de la expresa aceptación (*opting o contracting in*) de los Estados partes por virtud de una cláusula facultativa (art. 11.1)⁵⁷. Conviene además

⁵⁷ Toda declaración formulada con arreglo al párrafo 1 del artículo 11 podrá ser retirada, dispone el párrafo 8 del mismo precepto, «en cualquier momento mediante notificación dirigida al Secretario General».

hacer hincapié en que todas las etapas del procedimiento de investigación requieren la colaboración del Estado parte concernido (art. 11.4).

En cuanto al *iter* procesal, el resorte que activa la investigación tiene su parangón con los procedimientos especiales (*extraconvencionales*) de derechos humanos en la medida en que será la recepción de «información fidedigna» en la que se dé cuenta de «violaciones graves o sistemáticas por un Estado parte de cualesquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto» la que dará pie al Comité para «invitar a ese Estado a colaborar en el examen de la información y, a esos efectos, a presentar sus observaciones sobre dicha información» (art. 11.2). A partir de ahí, el Comité podrá emprender un examen preliminar de la información recibida para decidir su fiabilidad tomando en consideración, no sólo las observaciones que haya presentado el Estado interesado, sino también «cualquier otra información fidedigna puesta a su disposición» (art. 11.2 y 3), entre las que —según se desprende de la práctica de otros órganos de tratados de derechos humanos⁵⁸— cabe considerar la contenida en documentos de Naciones Unidas y Organismos especializados, así como, dado el carácter abierto del procedimiento en cuanto a las fuentes de información, las que a la atención del Comité remitan personas, grupos, ONG y otras entidades de la Sociedad Civil. Asimismo, considerando que el Comité determinará la forma y manera en que obtendrá cualquier información adicional, el Protocolo del PIDESC le atribuye la facultad de encargar a uno o más de sus miembros que realicen una investigación y «presente(n) con carácter urgente un informe al Comité», incluso, «[C]uando se justifique y contando con el consentimiento del Estado parte, la investigación podrá incluir una visita a su territorio» (art. 11.3)⁵⁹.

Tras la investigación, las actuaciones del Comité concluirán en esta fase de examen con la transmisión de sus conclusiones, junto con cualquier comentarios o recomendaciones que estime oportunas, al Estado interesado (art. 11.5), que en el plazo de seis meses presentará sus propias observaciones (art. 11.6). Como en el procedimiento de comunicaciones de personas o grupos (art. 9), el Protocolo también contempla el «seguimiento del procedimiento de investigación» (art. 12). Con este objetivo, el Comité

⁵⁸ En particular la desarrollada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer en el marco del procedimiento de investigación previsto en el Protocolo de 1999 (art. 8); véase el *Resumen comparativo de los procedimientos y las prácticas existentes de comunicaciones e investigación en relación con instrumentos internacionales de derechos humanos y el sistema de Naciones Unidas* (E/CN.4/2005/WG.23/2), pp. 15-16.

⁵⁹ El art. 87 del Reglamento del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer explicita que tales visitas podrán incluir audiencias que permitan a los miembros del Comité determinar hechos o cuestiones pertinentes para la investigación.

podrá invitar al Estado en cuestión a que le informe de las medidas que hubiere adoptado como resultado de la investigación, bien sea por conducto del informe periódico de conformidad con las previsiones del Pacto (arts. 16 y 17) y/o con carácter *ad hoc* una vez transcurrido el período de seis meses desde la fecha de recepción de las conclusiones del Comité.

El procedimiento de investigación tiene carácter confidencial en todas sus etapas (incluidas las reuniones celebradas por el Comité y los documentos relativos al procedimiento), a excepción del resumen de la investigación que pueda figurar en su informe anual (art. 15). Ahora bien, el Protocolo (art. 11.7) le impone al Comité «celebrar consultas con el Estado parte interesado» antes de «tomar la decisión de incluir un resumen de los resultados del procedimiento en su informe anual previsto en el art. 15...».

4. Comunicaciones de personas o grupos de personas, centro solar de los mecanismos de supervisión

El centro solar de los mecanismos de control del Pacto establecidos en el Protocolo lo ocupa el *procedimiento de presentación de comunicaciones de particulares*. Para su expresa previsión fue concebido el Protocolo⁶⁰ y a él están consagradas más de la mitad de sus actuales disposiciones (artículos 1-9 y 13). Su gestación consumió, también por eso, el grueso de los debates habidos en el Grupo de Trabajo, como los más peliagudos cuando de las bases que sustentan el procedimiento se trató. Motivo de discusión fue desde la competencia del mismo Comité para recibir y examinar las comunicaciones, la cual se impuso no obstante de manera natural (art. 1 del Protocolo)⁶¹; qué derechos garantizados en el Pacto podrían ser objeto de una comunicación, cuestión que se ligó a la prohibición —o no— de formular reservas; quién estaría legitimado para presentar la denuncia, lo que se saldó a favor del modelo estándar del sistema ONU, que confiere *locus standi* a «personas o grupos de personas» que se hallen bajo la jurisdicción

⁶⁰ Véase el documento analítico sometido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993) (A/CONF.157/PC/62/Add.5, 26 de marzo de 1993, Anexo II).

⁶¹ La coherencia con el sistema de Naciones Unidas y la complementariedad, confirmada en la práctica, entre sus dos principales funciones, examen de informes periódicos y de comunicaciones de particulares, avalaban la capacidad del Comité. Por otro lado, la posibilidad —sugerida por algunos delegados— de conferir al Comité la condición de órgano creado en virtud de tratado fue descartada, tanto porque extralimitaba el mandato del Grupo como porque la carencia de tal condición «no impedía que los Estados le otorgaran [al Comité] el mandato de recibir comunicaciones con arreglo a un Protocolo Facultativo»; *Informe del Grupo de Trabajo* en su segundo período de sesiones (E/CN.4/2005/52), p. 22, párr. 97.

de un Estado parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado» (art. 2)⁶²; qué condiciones habría de superar para la admisibilidad de la comunicación, así como el resultado que cabría esperar sobre la decisión del fondo de un caso. Examinaremos los aspectos del procedimiento más controvertidos.

4.1. *Ámbito material de la comunicación*

Qué derechos garantizados en el Pacto podían ser objeto de una comunicación fue la cuestión que más debate generó. Sobre la misma, la Presidenta-Relatora del Grupo apuntó —como en su día hizo el mismo Comité⁶³— la posibilidad de acudir a diversos enfoques: 1) *exhaustivo, integral o global*; 2) *restrictivo o limitado* a las Partes II y III del Pacto; y, 3) *selectivo o a la carta*⁶⁴. Sus consecuencias en el principio de indivisibilidad e interrelación de todos los derechos humanos, sus efectos en la jerarquización y afirmación de la *justiciabilidad* y la promoción de todos los derechos económicos, sociales y culturales en el plano nacional e internacional, así como la posibilidad de que los objetivos que se persiguen con el criterio selectivo pudieran conseguirse mediante la formulación de reservas, fueron los principales aspectos sobre los que la Sra. de Albuquerque llamó la atención del Grupo a los efectos de que sus miembros tomaran partido por el enfoque que estimaran más conveniente⁶⁵. No fue sin embargo esta correlación de intereses lo que motivó la opción por la que se decantaron todos los delegados.

A favor del criterio *a la carta* se pronunciaron los más acérrimos *enemigos* del Protocolo (Estados Unidos, el Reino Unido, la Federación de Rusia y China, entre otros). Su principal argumento consistió en que, dada la flexibilidad de este criterio, «permitiría que un número mayor de Estados se hicieran partes en el Protocolo y... circunscribieran la aplicación del procedimiento a los derechos respecto de los cuales hubiera remedios en el plano

⁶² Siguiendo el mismo modelo, el Protocolo permite además «presentar una comunicación en nombre de personas o grupos de personas» siempre que cuenten con «su consentimiento, a menos que el autor —de la comunicación— pueda justificar que actúa en su nombre sin tal consentimiento».

⁶³ Proyecto de Protocolo facultativo del Pacto sometido por el Comité a la Comisión de Derechos Humanos (E/CN.4/1997/105), pp. 11-13, párrs. 24-28.

⁶⁴ Véase el *Documento analítico* preparado por la Sra. de Albuquerque «Elementos para la elaboración de un Protocolo Facultativo...» (E/CN.4/2006/WG.23/2), pp. 4-5, párr. 5; y el *Memorando de explicación* del primer proyecto sometido al Grupo (A/HRC/6/WG.4/2), pp. 14-15, párrs. 3-6.

⁶⁵ E/CN.4/2006/WG.23/2, pp. 6-7, párr. 8.

nacional»⁶⁶. Los mismos Estados propusieron confeccionar el modelo a la carta en dos hechuras: a) la presumiblemente más estrecha que condicionaría el ámbito de aplicación del procedimiento «eligiendo a la carta»⁶⁷ la gama de derechos expresamente aceptados mediante una cláusula facultativa (*opting in*)⁶⁸; o b) «rechazando a la carta»⁶⁹ las disposiciones y/o derechos específicos del Pacto aplicables de no mediar su expresa declaración de voluntad (*opting out*)⁷⁰.

La Coalición de ONG por un Protocolo Facultativo, los principales grupos regionales —de Estados Africanos y del GRULAC— y algunos Estados europeos (España, entre ellos) apoyaron un enfoque *exhaustivo*⁷¹ que permitiera denunciar la supuesta violación de todos los derechos enunciados en el Pacto. Un enfoque a la carta, observaron en réplica de lo anterior, «establecería un orden de jerarquía entre los derechos humanos e iría en desmedro de la relación recíproca de los artículos del Pacto, modificaría el fondo de éste, no protegería los intereses de las víctimas y contravendría el propósito del protocolo facultativo de fortalecer la aplicación de todos los derechos económicos, sociales y culturales»⁷².

El proyecto original de Protocolo elaborado (en 2007) por la Sra. de Alburquerque incluyó (art. 2) ambos enfoques, *selectivo*, mediante la técnica

⁶⁶ Así opinaron, en particular, Alemania, Australia, China, Dinamarca, los Estados Unidos, Grecia, Japón, Nueva Zelandia, los Países Bajos, Polonia, el Reino Unido, la República de Corea, la Federación de Rusia, Suiza y Turquía; *Informe del Grupo* en su cuarto período de sesiones (A/HRC/6/8), p. 8, párr. 37.

⁶⁷ Según lo denominó la Presidenta-Relatora (E/CN.4/2006/WG.23/2, p. 5).

⁶⁸ Polonia y el Reino Unido se declararon partidarios de esta hechura, que calificaron de «criterio de inclusión optativa»; *Informe del Grupo* en su cuarto período de sesiones (A/HRC/6/8, p. 9, párr. 38).

⁶⁹ También denominado de «reserva» o «exclusión» (E/CN.4/2006/WG.23/2, p. 5, y A/HRC/6/WG.4/2, p. 14, párr. 3).

⁷⁰ Para que no se les viera tanto el plumero, también propusieron (República de Corea y el Reino Unido) la posibilidad de combinar el criterio *selectivo* con el denominado «enfoque de plazos limitados», que obligaría a los Estados a aumentar paulatinamente su compromiso por virtud del procedimiento de cara a su cobertura total o, al menos, a explicar las razones de no hacerlo; *Informe del Grupo* en su cuarto período de sesiones (A/HRC/6/8, p. 9), párrs. 38 y 39.

⁷¹ A favor del mismo se pronunciaron expresamente: Bélgica, Bolivia, Brasil, Burkina Faso, Chile, Ecuador, Egipto (en nombre del Grupo de Estados Africanos), Eslovenia, España, Etiopía, Finlandia, Francia, Guatemala, Italia, Liechtenstein, México, Nigeria, Noruega, Perú, Portugal, Senegal, Sudáfrica, Uruguay y Venezuela, *Informe del Grupo* en su cuarto período de sesiones (A/HRC/6/8, p. 8), párr. 33. Aunque Suecia se pronunció a favor del criterio *exhaustivo*, su delegación también propuso que el ámbito de las comunicaciones se circunscribiera «a las violaciones importantes o significativas»; *ibid.*, párr. 34.

⁷² *Ibid.*, párr. 33; véase, también, el *Informe del Grupo* en su tercer período de sesiones (E/CN.4/2006/47), p. 8, párr. 33.

opting out, y *exhaustivo*, éste combinado con el denominado criterio *restrictivo* o *limitado* a los derechos enunciados en las Partes II y III del Pacto⁷³, lo que en consecuencia excluía del ámbito de aplicación del procedimiento las comunicaciones relativas a la reivindicación del derecho de los pueblos a su libre determinación y a la disposición de sus riquezas y recursos naturales (Parte I, artículo 1). Que el derecho de autodeterminación esté ya sometido a un procedimiento de comunicaciones por virtud del Protocolo del PIDCP (art. 1, común) y que el Comité de Derechos Humanos no haya admitido hasta la fecha ninguna reclamación sobre el mismo en consideración a su naturaleza colectiva⁷⁴ (aunque sí para interpretar otros derechos enunciados en el Pacto)⁷⁵, fueron los argumentos barajados en el Grupo para, el 4 de abril de 2008, acordar remitir al Consejo de Derechos Humanos el art. 2 del Proyecto de Protocolo con esta redacción: «Las comunicaciones podrán ser presentadas por personas o grupos de personas... que aleguen ser víctimas de una violación [por un Estado parte] de cualquiera de los derechos enunciados en las Partes II y III del Pacto...»⁷⁶.

Pero la última palabra la tuvo el proyecto de resolución presentado en el mismo Consejo por Portugal, y copatrocinado por otros (cuarenta) Estados⁷⁷, dirigido a reemplazar en el art. 2 del Protocolo la explícita referencia a las Partes II y III del Pacto por la más general «cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto». Pese a las críticas que la propuesta generó⁷⁸ por haber sido presentada en el último momento (dijo el Reino Unido), sin que las delegaciones interesadas hayan te-

⁷³ Véase el *Memorando de Explicación* de dicho proyecto (A/ARC/6/WG.4/2), p. 16, párr. 6.

⁷⁴ Véase, por ejemplo, *Ominayak (Jefe de la Agrupación del Lago Lubicon)*, c. *Canadá* (167/1984), CCPR/C/38/D/167/1984 (1990), parr. 32.1; *E.P. et al. c. Colombia* (318/1988), CCPR/C/39/D/318/1988 (1990), párr. 8.2; y *A.B. et al. c. Italia* (413/1990), CCPR/C/40/D/413/1990 (1991), párr. 3.2.

⁷⁵ En particular, los artículos 25, 26 y 27; por ej., *Diergaardt et al. c. Namibia* (760/1997), CCPR/C/69/D/760/1996 (2000), párr. 10.3.

⁷⁶ A/HRC/8/7, Anexo I, p. 35.

⁷⁷ Proyecto de resolución (A/HRC/8/L.2/Rev. 1/Corr.1) presentado en la 27.ª sesión del Consejo de Derechos Humanos (18 de junio de 2008) por el representante de Portugal y copatrocinado por: Alemania, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Chile, Croacia, Ecuador, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Guatemala, Honduras, Italia, México, Montenegro, Panamá, Perú, ex República Yugoslava de Macedonia, Timor Leste, Ucrania y Uruguay, a los que posteriormente se sumaron: Angola, Armenia, Azerbaiyán, Bolivia, Bulgaria, Burkina Faso, Colombia Cuba, Djibouti, Egipto, Eslovaquia, Etiopía, Malí, Marruecos, Nicaragua, Senegal, Uganda y Venezuela; véase el Informe del Consejo de Derechos Humanos sobre su octavo período de sesiones (A/HRC/8/52, p. 92, párr. 118).

⁷⁸ Véase por todo A/HRC/8/52, p. 92, párr. 119, y A/C.3/63/SR.40, pp. 5-7, párrs. 23, 29 y 33.

nido tiempo de realizar las consultas necesarias (apuntó Japón), y reflejar por eso únicamente la opinión de un grupo de Estados y no de la totalidad (apostilló Canadá), salvar el principio de indivisibilidad e interdependencia entre todos los derechos garantizados en el Pacto, así como la coherencia con el régimen integral establecido en los procedimientos de comunicaciones del sistema de Naciones Unidas (del Pacto *gemelo*, en particular), sirvieron al Consejo de Derechos Humanos y a la Asamblea General para dar luz verde al art. 2 del Protocolo según la nueva redacción propuesta. Cuestión distinta será la interpretación que derive de su aplicación.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ya la avanzó cuando en 1996 propuso que el procedimiento de comunicaciones del futuro Protocolo abarcara «cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en el Pacto» (arts. 1 a 15), lo cual, advirtió, «no impedirá en modo alguno el funcionamiento de diversas salvaguardias de procedimiento que ayuden a asegurar que el procedimiento no llevará a la consideración de cuestiones que no corresponden a ese ámbito», señalando en particular «que el derecho a la libre determinación debía abordarse en el marco de este procedimiento únicamente en la medida en que estén en juego dimensiones económicas, sociales y culturales de ese derecho»⁷⁹. Dimensiones que en mi opinión son hoy el núcleo duro del respeto y garantía del derecho de libre determinación de los pueblos (coloniales)⁸⁰.

Sin embargo, hay quienes (como Canadá y el Reino Unido) se apresuraron a señalar (durante el debate del proyecto de Protocolo en la Asamblea General)⁸¹ que «cuando el Comité examine una reclamación deberá considerar si el Estado de que se trate ha violado un *derecho individual* enunciado en la tercera parte del Pacto, teniendo presente la segunda...», y en todo caso debe seguir el ejemplo de su homólogo, el Comité de Derechos Humanos, a saber, «negarse a recibir y examinar comunicaciones relativas a la primera parte del Pacto (art. 1) o a investigar presuntas violaciones relacionadas con esa parte..., ya que en el marco del derecho de los pueblos a la libre determinación se prevé el sistema de presentación de informes». Argentina, por su parte, ha añadido a su instrumento de ratificación del Protocolo del PIDESC una declaración en la que «expresa su en-

⁷⁹ E/CN.4/1997/105, pp. 11-12, párr. 25; véase, también, el Resumen analítico sometido por el Comité a la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena (1993) (A/CONF. 157/PC/62/Add. 5), pp. 25-26, párr. 79.

⁸⁰ Véase Rosa Riquelme Cortado, «Soberanía permanente del pueblo saharauí sobre sus recursos naturales», en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2011* (Madrid: Tecnos, 2013), pp. 385-449.

⁸¹ A/C.3/63/SR.40, pp. 5 y 7, párrs. 23 y 33.

tendimiento de que el sistema de comunicaciones establecido en dicho instrumento no se aplicará al derecho de los pueblos a la autodeterminación en ningún contexto relacionado con controversias de soberanía»⁸². Las espadas siguen, pues, en alto.

4.2. *Condiciones de admisibilidad*

Comprobada la competencia del Comité por virtud del reconocimiento del Estado denunciado (art. 1.2), las condiciones de admisibilidad a las que el Protocolo somete las comunicaciones de particulares son, en general, más estrictas que las exigidas para el mismo procedimiento en otros tratados de derechos humanos⁸³, lo que en sí mismo hace presumir que un número aún mayor de violaciones de derechos económicos, sociales y culturales podrían quedar sin expreso pronunciamiento sobre el fondo⁸⁴.

En primer lugar, la única excepción a la obligación de interponer y agotar los recursos disponibles en la jurisdicción interna que el Protocolo contempla (art. 3.1) estriba en que «la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente», sin atender que sea improbable que con los mismos se llegue a una reparación efectiva, como exigen la mayoría de instrumentos de derechos humanos de última generación. Ahora bien, el silencio del Protocolo no debería impedir al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales interpretar, en la línea mantenida por el Comité de Derechos Humanos⁸⁵, que el agotamiento de los recursos internos sólo es exigible si están disponibles y son eficaces. En segundo lugar, el Protocolo (art. 3.2.a) impone a la presentación de la comunicación un plazo —de un año— hasta entonces extraño en tratados de ámbito universal⁸⁶

⁸² Tomo la traducción del *BOE* (núm. 48, de 25 de febrero de 2013) que publicó el Instrumento de ratificación de España del Protocolo Facultativo del PIDESC.

⁸³ Véase Malcolm Langford, «Closing the Gap?: An Introduction to the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights», *NJHR*, vol. 27, núm. 1 (2009): pp. 1-28; y en el mismo número de esta revista, Martin Scheinin y Malcolm Langford, «Evolution or Revolution?: Extrapolating From the Experience of the Human Rights Comité» (2009): pp. 108-111.

⁸⁴ Sirva como muestra la práctica del Comité de Derechos Humanos, en la que aproximadamente un tercio de las denuncias de particulares son declaradas inadmisibles por una u otra causa, y apenas llegan al cincuenta por ciento los casos en los que el Comité declaró que hubo violación; para la práctica de otros órganos del sistema de Naciones Unidas, véase el cuadro comparativo que figura en el documento E/CN.4/2005/WG.23/2, p. 14

⁸⁵ Véase, por ejemplo, *Sr. Zdenek y Sra. Milada Ondracka c. República Checa* (1533/2006), CCPR/C/91/D/1533/2006 (dictamen, 31 octubre de 2007, párr. 6.3).

⁸⁶ El único antecedente era, en este ámbito, el Reglamento del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (art. 91.f).

(que luego copió el Protocolo de 2011 de la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 7.h) «salvo en los casos en que el autor pueda demostrar que no fue posible presentarla dentro de ese plazo»⁸⁷. Vanos resultaron los esfuerzos de la Coalición de ONG por evitar o flexibilizar al menos la indicación de un término perentorio que no cabe duda obstaculizará las denuncias de violación del PIDESC⁸⁸.

Ofrecer al Comité cierto margen de discrecionalidad que le eviten «ocuparse de reclamaciones de menor importancia», fue el razonamiento argüido por el Reino Unido —secundado por otros Estados⁸⁹— para propone una nueva condición de admisibilidad que tomó cuerpo en el art. 4 del Protocolo, por cuya virtud el Comité, de ser necesario, «podrá negarse a considerar una comunicación que no revele que el autor ha estado en situación de clara desventaja», estableciéndose como excepción que el «Comité entienda que la comunicación plantea una cuestión grave de importancia general».

Expresión de la máxima *de minimis non curat praetor*, está condición cuenta como precedente en tratados de derechos humanos con el art. 35.3.b) del Convenio Europeo (modificado, primero, por el Protocolo 14 y, más recientemente, por el Protocolo 15⁹⁰, aún no en vigor⁹¹), siendo su principal propósito optimizar la calidad y eficacia del procedi-

⁸⁷ La imposición del plazo se debió a una sugerencia de Canadá, Suecia y Sudáfrica, a la que no hicieron ascos otros Estados (entre ellos, Argentina, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, México y Rusia) familiarizados con requisitos similares en sus sistemas regionales (de derechos civiles y políticos, dicho sea de paso); véase el *Memorando de explicación* del primer proyecto de Protocolo preparado por la Presidenta Relatora (A/HRC/6/WG.4/2), p. 18, párr. 13, y el *Informe del Grupo* sobre su cuarto período de sesiones (A/HRC/6/8), p. 12, párr. 61.

⁸⁸ De optarse por la mención de un plazo, la Coalición de ONG propuso utilizar la fórmula de un «plazo razonable» prevista en la Carta Africana de derechos humanos y de los pueblos (art. 56.6); *Informes del Grupo* sobre su cuarto (A/HRC/6/8), p. 12, párr. 61, y quinto, período de sesiones (A/HRC/8/7), p. 8, párr. 52.

⁸⁹ Entre ellos, Australia, Canadá, Dinamarca, los Estados Unidos, Japón, Noruega, Nueva Zelanda, Polonia y Suecia; *Informe del Grupo* sobre su quinto período de sesiones (A/HRC/8/7), pp. 9 y 20, párrs. 59 y 155. En contra se manifestaron inicialmente

⁹⁰ Protocole 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, de 24 de junio de 2013, cuyo art. 5 tiene por objeto dar mayor efecto a la máxima de minimis non curat praetor mediante la supresión de la condición establecida en el art. 35.3.b «de ne rejeter por ce motif aucune affaire qui n'a pas été dûment examiné par un tribunal interne».

⁹¹ La entrada en vigor del Protocolo (art. 7) se hace depender de la manifestación del consentimiento de todas las partes contratantes en la Convención de Roma (1950). A 15 de octubre de 2013 tan solo un Estado (Irlanda) había ratificado el presente Protocolo; véase la lista de tratados del Consejo de Europa, [http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/](http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=FRE)

miento de denuncias de particulares, recibidas en sede europea por miles, lo que no aventura ser el caso del Protocolo del Pacto. Por otro lado, también está por determinar qué interpretación derivará de la expresión *clara desventaja*. Se ha dicho que su lectura literal parecería implicar «que toda alegación requiere un juicio comparativo, cuando en realidad este juicio sólo es relevante en aquellos casos en los que se plantee una violación del principio de no discriminación»⁹², lo que podría conferirle el sentido previsto en el Convenio europeo de «perjuicio importante»⁹³.

4.3. *Examen de la comunicación a tenor del carácter razonable de las medidas adoptadas por el Estado parte*

Superado el filtro de la admisibilidad, las previsiones del Protocolo en lo tocante al *iter* procesal de la comunicación no se alejan de las establecidas para este mecanismo de control en otros tratados de Naciones Unidas, caracterizados por el carácter reservado que guía todo el procedimiento, desde la tramitación de la comunicación (art. 6.1) hasta su examen en «sesiones privadas» (art. 8.2) del Comité acerca de si «a la luz de toda documentación que se haya puesto a su disposición» (art. 8.1)⁹⁴ ha habido o no violación de los derechos protegidos. Sin embargo, a diferencia de otros tratados⁹⁵, el Protocolo del Pacto no garantiza la confidencialidad de la identidad de las víctimas⁹⁶.

⁹² Véase Christian Courtis, *Comentario del Protocolo Facultativo del PIDESC* (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, CIJ, 2008), pp. 68-69 (accesible en http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_1375160761/CIJ%20comentario%20PF-PIDESC.pdf; y Claire Mahon, op. cit., nota 45, p. 636.

⁹³ En 2009, la Guía práctica sobre la admisibilidad elaborada por el Consejo de Europa advertía no obstante que era «demasiado pronto para describir un marco preciso de la jurisprudencia del Tribunal en este ámbito» (puede consultarse en www.echr.int).

⁹⁴ A fin de asegurar la cooperación entre los órganos de tratados de derechos humanos y evitar la duplicación entre los procedimientos de comunicaciones, el art. 8.3 del Protocolo confiere facultades discrecionales al Comité para consultar, según convenga, «la documentación pertinente procedente de otros órganos —organismos especializados, fondos, programas y mecanismos de las Naciones Unidas y de otras organizaciones internacionales—, «incluidos los sistemas regionales de derechos humanos», así como «cualesquiera observaciones y comentarios del Estado parte interesado».

⁹⁵ Por ejemplo, los Protocolos Facultativos de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (art. 14.6.a) y de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 6.1).

⁹⁶ Una propuesta de Portugal («La identidad de las personas o grupos de personas interesadas no se revelará sin su consentimiento expreso», A/HRC/6/8, p. 14, párr. 77) fue desestimada por el Grupo considerando que «el conocimiento de la identidad del autor o autores

En todo caso la singularidad del Protocolo la determinó la naturaleza de los derechos garantizados en el Pacto y, a partir de ahí, los criterios que al examinar el fondo de las comunicaciones deben guiar la decisión del Comité sobre su violación. Con tal propósito, el primer proyecto de Protocolo incorporó una disposición por cuya virtud «el Comité evaluará en qué grado son razonables las medidas adoptadas por el Estado Parte, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente y por todos los medios apropiados la plena efectividad de los derechos reconocidos»⁹⁷. Aclarar el sentido del término «razonables» y garantizar manga ancha al *margen de apreciación* de los Estados en la formulación de políticas y la asignación de recursos a nivel nacional fueron la piedra de toque de las enmiendas formuladas a este texto por los más escépticos⁹⁸.

Se insistió, en particular, en añadir una disposición en la que expresamente se indicara que «[E]n su determinación el Comité tendrá presente el *amplio margen de valoración* del Estado Parte para determinar la utilización óptima de sus recursos»⁹⁹. En contra se manifestaron otros Estados y todas las ONG, considerando que la misma «equivalía prácticamente a modificar el Pacto», «socavaba el objetivo básico del Protocolo» y hacía «recaer una mayor carga de la prueba en las víctimas»¹⁰⁰. Se puntualizó igualmente que la expresa referencia al margen de apreciación «ya estaba implícita en el Pacto y no era necesario incluir tales criterios en el Protocolo»¹⁰¹. El mismo Comité adoptó (en 2007) la Declaración antes mencionada, relativa a la «Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el *máximo de los recursos de que dispone* de conformidad con un

por el Estado parte parece requisito imprescindible para facilitar un recurso eficaz» (A/HRC/8/WG.4/2, p. 18, párr. 24). Otra cosa sería —se dijo— que el Reglamento, partiendo de la base de que el secreto permanente sobre la identidad del autor debería ser la excepción, dispusiera la posibilidad de solicitar su «objección expresa a que se revele su identidad, en lugar de pedir su consentimiento expreso para que pueda revelarse»; *ibid*.

⁹⁷ Art. 8.4 del *Memorando de explicación* del Proyecto original de Protocolo Facultativo del PIDESC (A/HRC/6/WG.4/2), p. 21, párr. 19.

⁹⁸ Véase por todo el *Informe del Grupo* sobre su cuarto período de sesiones (A/HRC/6/8), p. 16, párrs. 94 y 95.

⁹⁹ Propuesta abanderada por Estados Unidos y el Reino Unido, y apoyada por Canadá, Dinamarca, Noruega, Nueva Zelanda, Polonia y Suecia; *Informes del Grupo* en su tercer (E/CN.4/2006/47, pp. 18,19 párrs. 92-95), cuarto (A/HRC/6/WG.4/2, p. 16, párrs. 93 y ss.) y quinto período de sesiones (A/HRC/8/7, p. 12, párr. 90, p. 22, párrs. 171-174).

¹⁰⁰ Véanse en este sentido las observaciones de Bélgica, Eslovenia, México, Portugal, la Coalición de ONG, Amnistía Internacional, la CIJ, FIAN (*FoodFirst Information and Action Network*) y el Centro Noruego para los Derechos Humanos; *Informe del Grupo* en su cuarto (p. 16, párr. 95) y quinto período de sesiones (p. 22, párr. 171).

¹⁰¹ *Memorando de explicación* del Proyecto (primero) de Protocolo (A/HRC/6/WG.4/2), p. 21, párr. 29.

Protocolo Facultativo»¹⁰², en la que hizo votos de que *invariablemente* respetaba —en el marco del procedimiento de informes periódicos— y respetaría —en el de comunicaciones— «el *margen de flexibilidad* que se reconoce a los Estados» teniendo presente en todo momento su papel «a los efectos de elaborar, aprobar, financiar y aplicar leyes y políticas sobre derechos económicos sociales y culturales» y determinar así «cuál es la mejor forma de utilizar sus recursos» y «establecer el orden de prioridad que [...] más se ajuste a sus circunstancias particulares»¹⁰³.

Ayudados por este viento de cola, fue una propuesta abanderada por Canadá¹⁰⁴ la que constituyó la base del consenso que hoy contempla el art. 8.4 del Protocolo, según el cual «hasta qué punto son razonables las medidas adoptadas por el Estado parte» denunciado serán evaluadas por el Comité «de conformidad con la parte II del Pacto», y «[A] hacerlo... tendrá presente que el Estado parte puede adoptar toda una serie de posibles medidas de política para hacer efectivos los derechos enunciados en el Pacto». De manera que pese a la reluctancia que inicialmente provocó en la mayoría el «margen de apreciación», el mismo está implícito en el segundo inciso de esta disposición¹⁰⁵.

5. Medidas complementarias de asistencia y cooperación internacionales

La plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales exige, además, la activación de medidas de asistencia y cooperación internacionales como elementos indiscutidos de la aplicación del Pacto (art. 2.1), un papel esencial cuya consecución destacan otras de sus disposiciones, sustantivas unas (artículos 11.2 y 15.4) y adjetivas otras (artículos 22 y 23)¹⁰⁶. En su *Observación general N.º 3* el Comité hizo, asimismo,

¹⁰² E/C.12/2007/1, párr. 2.

¹⁰³ *Ibid.*, pár. 11.

¹⁰⁴ Canadá propuso para el art. 8.4 del Proyecto de Protocolo el siguiente texto: «hasta qué punto son razonables las medidas adoptadas por el Estado Parte de conformidad con la parte II del Pacto», y «si las medidas de política son apropiadas y se ha hecho un uso óptimo de los recursos de conformidad con sus prioridades internas, siempre que sean compatibles con sus obligaciones en virtud del Pacto». Australia, Dinamarca e Irlanda secundaron esta enmienda; *Informe del Grupo* sobre su quinto período de sesiones (A/HRC/8/7), p. 12, párr. 90, y p. 22, párr. 173.

¹⁰⁵ Bruce Porter, «The Reasonableness of Article 8 (4): Adjudicating Claims From the Margins», *NJHR*, vol. 27, núm. 1 (2009): pp. 39-53 (especialmente pp. 43-50).

¹⁰⁶ Véase Felipe Gómez Isa, «Transnational Obligations in the Field of Economic, Social and Cultural Rights», *REEI*, núm. 18 (2009).

hincapié en la intención que en este contexto tiene la expresión «hasta el máximo de los recursos de que disponga», a saber, la de referirse tanto a los existentes dentro del Estado «como a los que pone a su disposición la comunidad internacional mediante la cooperación y la asistencia internacionales», una obligación —recuerda el Comité— «bien establecida en Derecho Internacional» (artículos 55 y 56 de la Carta) que corresponde a todos los Estados, «particularmente a los Estados que están en condiciones de ayudar a los demás a este respecto»¹⁰⁷.

A fin de activar el art. 22 del Pacto —hasta ahora raramente invocado en el marco del procedimiento de informes periódicos— el Protocolo (art. 14.1) confiere al Comité facultades discrecionales para transmitir a los órganos competentes en cualquier aspecto de la cooperación internacional («organismos especializados, programas y fondos de las Naciones Unidas y otros órganos competentes»)¹⁰⁸ sus observaciones y recomendaciones «acerca de las comunicaciones e investigaciones en las que se indique la necesidad de asesoramiento técnico o de asistencia». El Comité también podrá (art. 14.2) señalar a la atención de esos órganos «toda cuestión surgida de las comunicaciones... que pueda ayudarlos a pronunciarse, cada uno en la esfera de su competencia, sobre la conveniencia de medidas internacionales para ayudar a los Estados partes a hacer valer de forma más efectiva los derechos reconocidos en el Pacto» (art. 14.2). Para que así sea se requerirá «el consentimiento del Estado parte interesado» (art. 14.1 y 2).

Para estimular y facilitar la asistencia y cooperación internacionales, el primer Proyecto de Protocolo previó, sobre la base de una propuesta del Grupo Africano¹⁰⁹, la creación de un fondo *especial* —se adjetivó entonces—, que sería financiado «con contribuciones voluntarias» con miras a ayudar a los países con graves dificultades económicas a aplicar las medidas correctivas recomendadas por el Comité «en beneficio de las víctimas de las violaciones del Pacto». Esta disposición, de función eminentemente reparadora, se inspiró —dijo la Presidenta-Relatora¹¹⁰— en las previsiones del Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 79) y del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura (art. 26). Sin embargo, su definitiva previsión en el Protocolo del PIDESC generó uno de los debates más

¹⁰⁷ *Observación general núm. 3*, párrs. 13 y 14.

¹⁰⁸ *Observación general núm. 2*, «Medidas internacionales de asistencia técnica» (E/1990/23), párr. 2.

¹⁰⁹ *Informe del Grupo* sobre su tercer período de sesiones (E/CN.4/2006/47), p. 15, párr. 78.

¹¹⁰ *Memorando de explicación* del primer proyecto de Protocolo (A/HRC/6/WG.4/2), p. 22, párr. 36.

calientes de su gestación, quedando en su camino parte de los primigenios objetivos para los que fue concebido.

Los opuestos en general al Protocolo, que hasta la fecha ni siquiera se han dignado firmar¹¹¹, y algunos de sus declarados *amigos* (por ejemplo, Bélgica, Finlandia y Francia)¹¹² expresaron su preocupación por el establecimiento de un fondo que duplicaría los existentes en Naciones Unidas, supondría altos costes administrativos e impondría al ACNUDH una carga de trabajo adicional sin saber a ciencia cierta a quiénes beneficiaría ni cómo se harían llegar los fondos a las víctimas, y del que para más INRI derivaría el peligro de vincular las violaciones a la financiación haciendo pensar que el incumplimiento de las obligaciones del Pacto se podían justificar aduciendo la falta de asistencia internacional. Otros delegados, en réplica, afirmaron que las preocupaciones relativas a la duplicación de fondos no habían sido un problema para aprobar los previstos en otros instrumentos de derechos humanos (caso del Protocolo Facultativo de la Convención contra la tortura); que la carga adicional para el ACNUDH no tenía porqué impedir su creación; y, sobre todo, que la aplicación de los dictámenes del Comité harían necesario contar con un fondo a fin de hacer efectiva la obligación jurídica enunciada en el artículo 2.1 del Pacto y en la Carta de Naciones Unidas de proporcionar asistencia internacional a los países en desarrollo, que no tenían intención de eludir sus obligaciones, pero que no podían hacerlas valer plenamente sin asistencia internacional...¹¹³.

Finalmente, el compromiso se alcanzó in extremis¹¹⁴ para crear un fondo *fiduciario* «con arreglo a los procedimientos de la Asamblea General en la materia, que será administrado conforme al Reglamento Financiero y Reglamentación Financiera detallada de las Naciones Unidas», al que se le ha amputado su finalidad eminentemente reparadora mediante la supresión de la expresión «y en beneficio de las víctimas...». Del art. 14.3 también se borró la expresa referencia al carácter *voluntario* de las contribuciones, si bien —como dijeron algunas delegaciones— ello no debía interpretarse en el sentido de que las contribuciones al fondo «pasaran a ser

¹¹¹ Caso Austria, Australia, Canadá, Dinamarca, los Estados Unidos, Nueva Zelanda, los Países Bajos, Polonia, el Reino Unido, Suecia y Suiza; véanse los *Informes del Grupo* sobre su cuarto (A/HRC/6/8), p. 20, párr. 127, y quinto períodos de sesiones (A/HRC/8/7), p. 15, párrs. 114 y 117, y p. 24, párrs. 183-185.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ Así lo expresaron, en particular, Argentina y Egipto en nombre de los países del Grupo Africano; *Informes del Grupo* sobre su cuarto (A/HRC/6/8), p. 21, párr. 130, y quinto períodos de sesiones (A/HRC/8/7), p. 15, párr. 115.

¹¹⁴ En la segunda parte del quinto período de sesiones del Grupo (31 de marzo-4 de abril de 2008, A/HRC/8/7, pp. 24-26), cuyas discusiones estuvieron prácticamente centradas en todo el período acerca de si y cómo se debía instaurar el Fondo.

obligatorias, sino que el nivel de las contribuciones quedaría a discreción de los Estados partes y dependería del nivel de recursos de que dispusiera, de conformidad con la obligación impuesta en el art. 2.1 del Pacto»¹¹⁵.

Un último párrafo del art. 14 (4) pretende dejar constancia de que «las disposiciones del presente artículo se aplicarán sin perjuicio de la obligación de todo Estado parte de cumplir sus obligaciones en virtud del Pacto»¹¹⁶.

6. Reflexiones finales

La elaboración del Protocolo del PIDESC, afirmó su Comité en el documento analítico sometido a la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993), conseguiría entre sus *objetivos básicos* «acrecentar el entendimiento del contenido normativo de los derechos —económicos, sociales y culturales— y, así, arrojar más luz sobre los aspectos de la noción de *iuscitiabilidad*»¹¹⁷. Pero no solo eso, pues a partir de ahí derivaría toda una larga serie de corolarios. En particular, subrayó la Presidenta-Relatora del Grupo de Trabajo que laboró por su gestación, Sra. Catarina de Albuquerque¹¹⁸, el Protocolo brindaría medios para la *protección integral* de los derechos económicos, sociales y culturales, hasta ahora sólo proporcionada de forma *fragmentaria* y poco sistemática a través del prisma de los derechos civiles y políticos, como muestra la práctica del Comité de Derechos Humanos¹¹⁹, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹²⁰ y la Corte Inte-

¹¹⁵ Así lo afirmó Egipto en nombre de los países del Grupo Africano; *Informe del Grupo* sobre su cuarto período de sesiones (A/HRC/6/8, p. 20, párr. 128).

¹¹⁶ Se ha dicho (C. Curtis, op. cit., nota 92, p. 111) que «la intención que subyace a este agregado es la de subrayar que, más allá de la existencia de obligaciones legales de cooperación y asistencia internacionales, los Estados partes siguen siendo los principales responsables del cumplimiento de las obligaciones derivadas de los derechos económicos, sociales y culturales».

¹¹⁷ A/CON.157/PC/62/Add.5, p. 18, párr. 46.

¹¹⁸ Véase el Documento analítico sobre los «Elementos para la elaboración de un Protocolo Facultativo del PIDESC» (E/CN.4/2006/WG.23/2), p. 31, párr. 64.

¹¹⁹ Véase, por ejemplo, la Comunicación No. 182/1994, *FH Zwaan-de Vries contra los Países Bajos*, en la que el Comité de Derechos Humanos (en el dictamen aprobado el 9 de abril de 1987) abordó en lo que respecta al derecho de la seguridad social cuestiones relacionadas con la no discriminación (CCPR/C/29/D/182/1984). Sobre la labor del Comité en este ámbito, véase Martin Scheinin y Malcolm Langford, op. cit., nota 83 (2009), pp. 103-108.

¹²⁰ Un compendio de las decisiones del Tribunal Europeo relativas a esta gama de derechos puede consultarse en los informes elaborados por el Grupo de Trabajo sobre los Derechos Sociales (GT-DH-SOC) del Consejo de Europa, «Ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con los derechos sociales», Comité de Dirección de los Derechos Humanos, Grupo de Trabajo sobre los derechos Sociales, GT-DH-SOC (2005/004);

americana¹²¹. La experiencia de los procedimientos de comunicaciones en el sistema de Naciones Unidas u otros órganos de derechos humanos permite además comprobar que éstos no sólo han servido para ofrecer auxilio a las víctimas, sino que asimismo han desempeñado una importante función catalítica a nivel nacional, orientando la jurisprudencia a la hora de interpretar el alcance de los derechos humanos e impulsado la promulgación de legislación dirigida a prohibir determinadas acciones o mejorar las condiciones que condujeron a denunciar su violación, sobre las que el Comité ya ha proporcionado importantes *indicadores*¹²².

Tras cerca de dos décadas de gestación, la Asamblea General aprobó sin someter a votación el Protocolo Facultativo del PIDESC en el emblemático día conmemorativo del 60.º aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (A/RES/63/117, de 10 de diciembre de 2008). La adopción del Protocolo, se proclamó a bombo y platillo, constituía «un hito en la historia del sistema universal que proporcionaría un impulso importante y se traduciría en una renovada atención de esta gama de derechos»¹²³, con el que se daba «un paso esencial»¹²⁴ hacia su eficacia internacional mediante la corrección del desequilibrio entre categorías de

véase también el examen que al respecto hacen en nuestra doctrina Carmen Morte Gómez y Sergio Salinas Alcega, «Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en A. Embid Irujo, dir., op. cit., nota 3 (2009), pp. 359-411.

¹²¹ Véase Verónica Gómez, «Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System» (Oxford: M.A. Baderin y R. Mccorquodale, eds., 2007), pp. 167-194; Tara J. Melish, «The Inter-American Court of Human Rights: Beyond Progressivity», en M. Langford, ed., *Social Rights Jurisprudence: Emerging trends in International and Comparative Law* (New York: Cambridge University Press, 2008), pp. 409-471; Laurence Burgorgue-Larsen, «Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos», en A. Embid Irujo, dir., op. cit., nota 3 (2009), pp. 337-358; Damián A. González-Salzburg, «Derechos económicos y sociales en el sistema interamericano de derechos humanos: Pensando en nuevas estrategias para obtener protección judicial», *Internacional Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 18 (2011): pp. 117-154; Carlos Teijo García, «Algunas consideraciones sobre el avance en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, con especial referencia a la práctica del sistema interamericano», en *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, vol. 2 (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), pp. 1297-1317 (especialmente, pp. 1312-1316).

¹²² Sobre la necesidad, no obstante, de avanzar en su mayor precisión a fin de determinar el grado de cumplimiento de esta gama de derechos, véase Alfonso M. Chacón Mata, «Derechos económicos, sociales y culturales. Indicadores y justiciabilidad», *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, núm. 43 (2007).

¹²³ Así lo manifestó la ACNUDH, Louise Albour, en su intervención ante el mismo Grupo al término de las sesiones de trabajo; *Informe del Grupo de Trabajo* sobre su quinto período de sesiones (A/HRC/8/7, 6 de mayo de 2008), p. 3, párr. 5.

¹²⁴ Javier Quel López, «Un paso esencial hacia la eficacia internacional de los derechos económicos, sociales y culturales...», op. cit., nota 3 (2009).

derechos creadas artificialmente, manifiesto en la comparación con el régimen protector de su *gemelo*, el PIDCP, y completaba «la pieza que faltaba en la *Carta Internacional de Derechos Humanos*»¹²⁵, integrada por la Declaración Universal y los mismos Pactos. La entrada en vigor del Protocolo el 3 de mayo de 2013 no cabe duda que refuerza y vigoriza las anteriores manifestaciones de júbilo.

Sin pretender minorizarlas, no cabe si no sentir una cierta frustración por el recelo manifiesto que un buen número de Estados del supuesto *primer mundo*, precisamente los que más suelen alardear de su defensa de los derechos humanos en y allende sus fronteras, han mostrado desde los orígenes de su gestación hacia al Protocolo, al punto que ni siquiera se han dignado firmar. Entre las ausencias más significativas cabe mencionar las de cuatro de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad (China, Estados Unidos, el Reino Unido y la Federación de Rusia), de más de la mitad de miembros de la UE (entre ellas, además del Reino Unido, de Alemania, Austria, Dinamarca y Suecia)¹²⁶, así como las de otros Estados desarrollados que tampoco figuran entre los signatarios del Protocolo (caso de Canadá, Japón, Australia, Nueva Zelanda...)¹²⁷.

Todavía queda, pues, mucho por hacer para que cale la generalizada percepción de que la protección jurídica de derechos económicos, sociales y culturales es una obligación de los Estados parte en el Pacto (ciento sesenta y uno a 15 de octubre de 2013) y parte esencial de la garantía y respeto de derechos primarios y básicos (a la alimentación, a la salud, a la educación...) con frecuencia sometidos a las más intolerables restricciones masivas y directas. Una situación a la que no es ajena nuestra reciente experiencia como consecuencia de una crisis financiera que salva a los *mercados* hundiendo servicios esenciales de la sociedad, lo que ha aumentado la desigualdad social hasta extremos incompatibles con las obligaciones asumidas convencionalmente y contrarias con los mismos principios constitucionales¹²⁸. Siendo España uno de los Estados parte en el Protocolo,

¹²⁵ C. de Albuquerque, «Chronicle of an Announced Birth: the Coming Into Life of the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: the Missing Piece of the International Bill of Human Rights», *Human Rights Quarterly*, núm. 32 (2010): pp. 144-178.

¹²⁶ Además de España y Portugal, partes del Protocolo del PIDESC, los miembros de la UE que sí figuran entre sus signatarios son: Bélgica, Eslovaquia, Eslovenia, Finlandia, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo y Países Bajos.

¹²⁷ Véase, por todo, la serie de Tratados depositados ante el Secretario General de las Naciones Unidas, Cap. IV, en <http://treaties.un.org/pages/ParticipationStatus.aspx>

¹²⁸ Véase F. Gómez Isa, «La reversibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en contextos de crisis», en J. Bonet y J. Saura, eds., *El Derecho Internacional de los derechos humanos en periodos de crisis* (Madrid: Marcial Pons, 2013), pp. 187-204.

cualquier persona o grupo de personas bajo su jurisdicción que aleguen ser víctimas de la violación por ese Estado de los derechos enunciados en el Pacto, podrá presentar una comunicación ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

De interés son por eso los principales motivos de preocupación en los que hizo hincapié el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, apenas unos días después de la entrada en vigor del Protocolo, con ocasión del quinto informe periódico sometido por España de conformidad con los arts. 16 y 17 del Pacto¹²⁹. Respecto de la *justicibilidad* de los derechos en él garantizados, al Comité le preocupa que, «a excepción del derecho a la educación..., los derechos económicos, sociales y culturales solamente son considerados por el Estado parte como principios rectores de la política social y económica, de la legislación y de la práctica judicial», lo que ha tenido como consecuencia «que las disposiciones del Pacto hayan sido invocadas y aplicadas pocas veces ante los tribunales del Estado parte». Asimismo le preocupa al Comité «que el Defensor del Pueblo no tenga la capacidad de llevar quejas individuales» ante los tribunales por la violación de esta gama de derechos. Es general la constatación de la preocupación del Comité en lo tocante a la reducción «de los niveles de protección efectiva de los derechos garantizados en el Pacto que ha resultado de las medidas de austeridad adoptadas por el Estado parte» en el contexto de la crisis económica y financiera, lo que en particular ha llevado a que el 21,8 por ciento de la población viva aún por debajo del umbral de la pobreza o con riesgo de ella (arts. 9 y 11 del Pacto), a la congelación del salario mínimo interprofesional y en los niveles de pensión a un valor que no permiten un nivel de subsistencia mínimo (arts. 7, 9, 10, 11 y 12), a límites en los derechos de acceso de los inmigrantes a los servicios públicos de salud (art. 12), a la realización de desalojos forzosos sin las debidas garantías legales (art. 12), a que la educación haya sido uno de los sectores más afectados por los recortes presupuestarios, y la universitaria objeto de las medidas regresivas adoptadas por el Estado al incrementar sus tasas (art. 13)... De ahí que, entre sus recomendaciones, el Comité inste al Gobierno español a que en la adopción de las medidas de austeridad tome las «apropiadas para proteger [su] contenido esencial en cualquier circunstancia»¹³⁰.

¹²⁹ El Comité examinó el quinto informe periódico de España sobre la aplicación del PIDESC (E/C.12/ESP/5) en sus sesiones 12.^a a 14.^a, celebradas los días 7 y 8 de mayo de 2012 (E/C.12/2012/SR.12 a 14), y aprobó, en su 28.^a sesión, el 18 de mayo de 2012 (E/C.12/2012/SR.28), las observaciones finales que figuran a continuación (E/C.12/ESP/CI/5).

¹³⁰ *Ibid.*, p. 3, párr. 8.

«La democracia, la estabilidad y la paz no pueden sobrevivir mucho tiempo en condiciones de miseria crónica, desposeimiento y abandono», afirmó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hace veinte años sin que ello haya perdido un ápice de actualidad, considerando que «la creciente insistencia en las políticas de libre mercado trae consigo una mayor necesidad de garantizar que se tomen medidas para salvaguardar y promover los derechos económicos, sociales y culturales»; si ello «resulta fútil», añadió, «esos fracasos generarán renovados movimientos en gran escala de personas, creándose corrientes de refugiados y de los llamados *refugiados económicos*, con todas las tragedias y los problemas que eso trae consigo»¹³¹.

¹³¹ Declaración pronunciada por el Comité ante la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993), Anexo I del Doc. A/CONF.157/PC/62/Add. 5, la cita en p. 4, párrs. 9 y 10.

Derechos de autor (Copyright)

Los derechos de autor de esta publicación pertenecen a la editorial Universidad de Deusto. El acceso al contenido digital de cualquier número del Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos (en adelante Anuario) es gratuito inmediatamente después de su publicación. Los trabajos podrán descargarse, copiar y difundir, sin fines comerciales y según lo previsto por la ley. Así mismo, los trabajos editados en el Anuario pueden ser publicados con posterioridad en otros medios o revistas, siempre que el autor indique con claridad y en la primera nota a pie de página que el trabajo se publicó por primera vez en el Anuario, con indicación del número, año, páginas y DOI (si procede). La revista se vende impresa Bajo Demanda.