



ROSA RIQUELME CORTADO*

EL PROTOCOLO FACULTATIVO DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES ENTRA EN VIGOR.

Centro neurálgico para la judicialización de esta gama de derechos

SUMARIO: 1. Consideraciones generales. - 2. Hacia la judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales. - 2.1. El principio de indivisibilidad e interdependencia. - 2.2. La labor del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a tenor de las obligaciones derivadas del Pacto. - 3. Comunicaciones de personas o grupos, piedra angular de los mecanismos de supervisión del Pacto previstos en el Protocolo. - 3.1. Legitimación. - 3.2. Derechos garantizados en el Pacto que pueden ser objeto de una comunicación. - 3.3. Condiciones de admisibilidad. - 3.4. Examen de la comunicación. Medidas provisionales. - 3.5. El test de la razonabilidad de las medidas adoptadas por el Estado denunciado. - 3.6. Recomendaciones del Comité y seguimiento de su observancia. - 4. Procedimientos del Protocolo Facultativo sometidos a su expresa aceptación (*opting in*). - 4.1. Comunicaciones interestatales. - 4.2. Investigación confidencial. - 5. Medidas complementarias de asistencia y cooperación internacionales. - 6. Conclusión. - Anexo: Reseña de los tratados fundamentales de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas. Sus mecanismos de supervisión.

1. Consideraciones generales

El 10 de diciembre de 2008, en el emblemático día conmemorativo del 60º aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó sin someter a votación (resolución 63/117) el primer 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 se hallen bajo la jurisdicción de un Estado parte que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto” (artículo 2). El Protocolo contempla, asimismo, otros mecanismos de supervisión del Pacto, a saber, el procedimiento de presentación de comunicaciones entre Estados (artículo 10) y de investigación confidencial ante violaciones graves o sistemáticas de derechos económicos,

* Catedrática de Derecho Internacional Público, Universidad de Murcia.

sociales y culturales (artículos 11 y 12). A ellos se añade la posibilidad de activar medidas complementarias de asistencia y cooperación internacionales, incluido a tal fin la previsión de un Fondo fiduciario (artículo 14)¹.

Aprovechando este viento de cola, el 19 de diciembre de 2011 la Asamblea General adoptó igualmente por consenso (resolución 66/118) el tercer Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, y el primero de esta Convención de carácter estrictamente procesal², estableciendo como mecanismos para la supervisión tanto de la misma Convención como de los anteriores Protocolos de 2000 (relativos a la participación de los niños en conflictos armados, de un lado, y la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía) los procedimientos de comunicaciones individuales, interestatales y de investigación confidencial³.

El Protocolo del PIDESC entró en vigor general el 5 de mayo de 2013, tres meses después de la fecha en que fue depositado el décimo instrumento de manifestación del consentimiento en poder del Secretario General de las Naciones Unidas (artículo 18.1)⁴. Por su parte, el tercer Protocolo de la Convención sobre los Derechos del niño (2011) cuenta desde 14 de enero de 2014 con las diez manifestaciones del consentimiento

¹ De la abundante bibliografía centrada en el estudio del Protocolo del PIDESC cabe citar, entre los estudios más recientes, los publicados en el monográfico de *Nordic Journal of Human Rights*, 2009, 1, bajo el título *Perspectives on a New Complaint and Inquiry Procedure: The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*; así como de P. GARGIULO, *Il Protocollo Facoltativo al Patto sui diritti economici, sociali e culturali*, en *Diritti individuali e giustizia internazionale*, *Liber amicorum Fausto Pocar*, Milano, 2009, vol. 1, p. 339 ss.; B. WILSON, *Quelques réflexions sur l'adoption du Protocole facultatif se rapportant au Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies*, en *Rev. trim. dr. homme*, 2009, 78, p. 295 ss.; A. VANDENBOGAERDE, W. VANDENHOLE, *The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: An Ex Ante Assessment of its Effectiveness in Light of the Drafting Process*, en *Hum. Rights Law Rev.*, 2010, 2, p. 207 ss.; 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*, en *Hum. Rights Quart.*, 2010, 1, p. 144 ss.; R. GROTE, *The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights - Towards a More Effective Implementation of Social Rights?*, en *Coexistence, Cooperation and Solidarity. Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, Leiden, 2012, p. 417 ss.. En la doctrina española, J. 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, 2009, p. 305 ss.; C. VILLÁN DURÁN, *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, en *Rev. esp. des. coop.*, 2009, 23, p. 32 ss.; A.G. 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*, en *Foro. Rev. Ciencias Sociales y Jurídicas. Nueva época*, 2011, 3, p. 13 ss.; R. RIQUELME CORTADO, *El Protocolo Facultativo del PIDESC. Comunicaciones de personas o grupos como piedra angular*, en *Rev. elec. est. int.*, 2012, 24, p. 1 ss.; L. SALAMERO TEIXIDÓ, *La protección de los derechos sociales en el ámbito de las Naciones Unidas: el nuevo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Cuadernos Civitas, 2012.

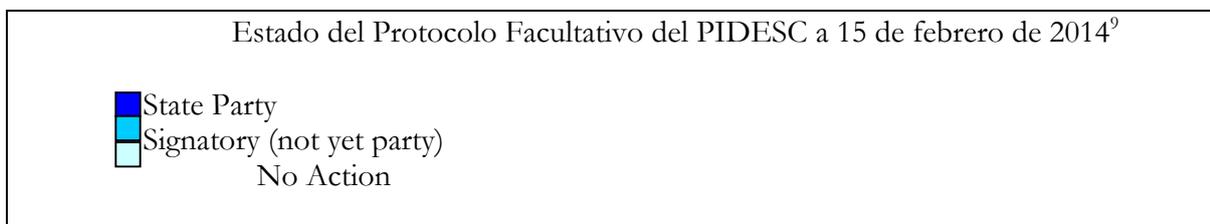
² Véase M. LANGFORD, S. CLARK, *The New Kid on the Block – A Complaints Procedure for the Convention on the Rights of the Child*, en *Norj Jour. Hum. Rights*, 2010, 3-4, p. 371 y ss.; G. DE BECO, *The Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure: Good News?*, en *Hum. Rights Law Rev.*, 2013, 2, p. 367 y ss.

³ *Vid.* artículos 5, 12 y 13 del Protocolo Facultativo de 2011 de la Convención sobre los derechos del niño.

⁴ De conformidad, asimismo, con el artículo 18.2, «Para cada Estado que ratifique el presente Protocolo o se adhiera a él después del décimo instrumento de ratificación o adhesión, el Protocolo entrará en vigor tres meses después de la fecha en que tal Estado haya depositado su propio instrumento de ratificación o adhesión».

requeridas para su entrada en vigor general, prevista, de conformidad con el artículo 19.1, para el próximo 14 de abril⁵.

A 15 de febrero de 2014, doce eran los Estados partes en el Protocolo del PIDESC. Entre ellos predominan Estados pertenecientes al Grupo Latinoamericano Caribeño (GRULAC), significados durante su gestación entre los denominados “amigos del protocolo”; como a España, Finlandia y Portugal (nacionalidad de la Presidenta Relatora del Grupo de Trabajo de composición abierta sobre un Protocolo Facultativo del PIDESC)⁶, los únicos miembros de la Unión Europea (UE) que hasta la fecha lo habían ratificado⁷. Cabe en este sentido llamar la atención sobre el recelo, cuando no abierta aversión, que un buen número de Estados desarrollados han manifestado al Protocolo del Pacto desde los inicios de su gestación, al punto de ni siquiera figurar entre sus signatarios⁸. Es el significativo caso de cuatro de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad (Estados Unidos de América, que aún no es parte en el mismo Pacto, China, el Reino Unido y Rusia), así como de otras potencias económicas (Alemania, Austria, Australia, Canadá, Dinamarca, Japón, Noruega, Suecia, Suiza...). El siguiente mapa muestra el estado actual del Protocolo del PIDESC.



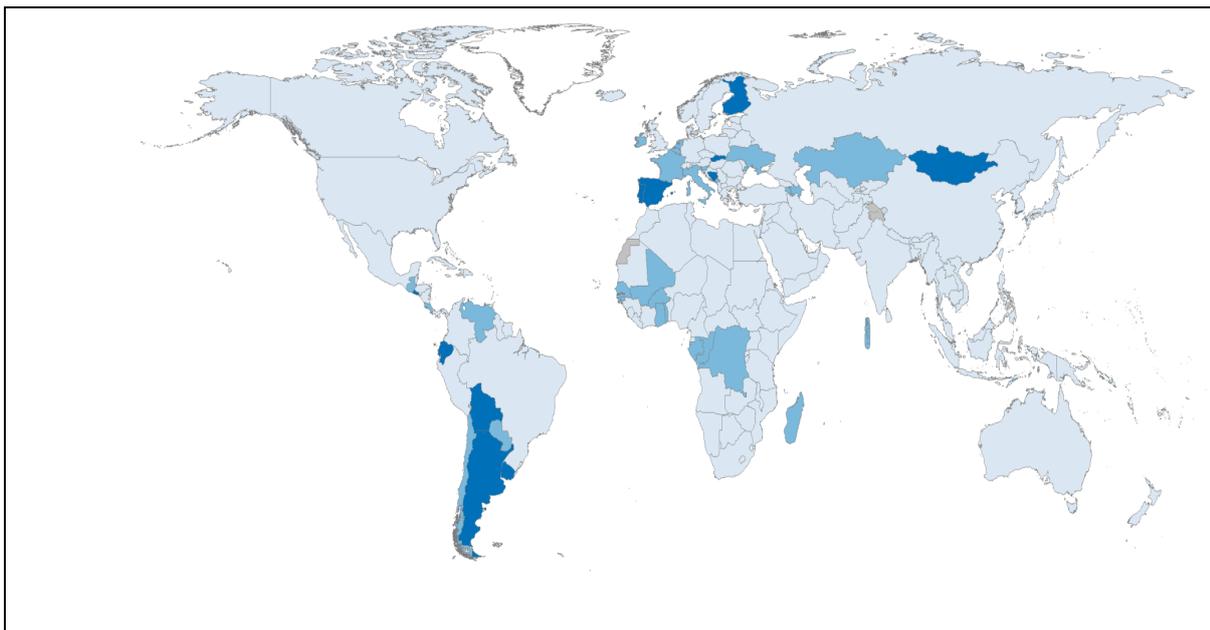
⁵ Los diez Estados que a 15 de febrero de 2014 figuraban como contratantes del Protocolo de 2011 de la Convención sobre los derechos del niño eran: Albania, Alemania, Bolivia, Costa Rica, Eslovaquia, España, Gabón, Montenegro, Portugal y Tailandia; véase la serie de Tratados depositados ante el Secretario General de las Naciones Unidas, Cap. IV (Derechos Humanos), (<http://treaties.un.org/pages/ParticipationStatus.aspx>).

⁶ 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 (resolución 2003/18). En 2006, el Consejo de Derechos Humanos (resolución 1/3, de 29 de junio) prorrogó su mandato por dos años, plazo en el que el Grupo de Trabajo concluyó y remitió al Consejo de Derechos Humanos el texto del proyecto de Protocolo; *Informe (final) del Grupo de Trabajo*, quinto período de sesiones (Ginebra, 4 a 8 de febrero y 31 de marzo a 4 de abril de 2008), Doc. A/HRC/8/7 (Anexo), pp. 34 y ss.

⁷ A 15 de febrero de 2014, eran Estados Partes en el Protocolo del PIDESC: Argentina, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, España, Finlandia, Mongolia, Montenegro, Portugal y Uruguay, Estado que, mediante la ratificación del presente Protocolo el 5 de febrero de 2013, rompió el velo del umbral mínimo requerido para su entrada en vigor general; véase la serie de Tratados depositados ante el Secretario General de las Naciones Unidas, Cap. IV (Derechos Humanos), pág. Internet cit. *supra*.

⁸ De conformidad con el artículo 17.1, «El presente Protocolo estará abierto a la firma de cualquier Estado parte que haya firmado el Pacto, lo haya ratificado o se haya adherido a él».

⁹ Fuente: Database of the United Nations Office of Legal Affairs (OLA); <http://untreaty.un.org/ola>. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, www.ohchr.org.



El principal alegato coreado por los Estados opuestos al advenimiento del Protocolo, sobre el que giraron otros, consistió en enarbolar la tradicional bandera de ausencia de “justiciabilidad” de los derechos económicos, sociales y culturales por carecer, se dice desde esta errónea concepción, de todo elemento que pueda ser objeto de apreciación por tribunales u otros órganos cuasi judiciales, como lo es el Comité guardián del PIDESC. En su opinión, los derechos económicos, sociales y culturales no imponen “obligaciones de resultado”, como las derivadas de los derechos civiles y políticos, sino “obligaciones de comportamiento progresivo” supeditadas a la disponibilidad de recursos y a la política económica y social estatal, de manera que sería imposible traducir las disposiciones del Pacto en obligaciones mensurables capaces de permitir en el marco de un procedimiento de comunicaciones, u otros mecanismos contenciosos de supervisión, la apreciación de una violación motivada en Derecho. Una opinión que lamentablemente comparte parte de la doctrina¹⁰.

De conformidad con tal planteamiento, en las observaciones emitidas por ciertos Estados al informe final que el Grupo de Trabajo remitió al Consejo de Derechos Humanos, los Estados Unidos de América señalaron que «eran escépticos en cuanto a la necesidad de un protocolo facultativo»¹¹; particularmente, según apuntó el Reino Unido, «en cuanto a los beneficios prácticos del Protocolo»¹²; dado que, como añadió Suiza, «a su juicio, la mayoría de las obligaciones previstas en el Pacto eran de carácter programático y

¹⁰ Véase M.J. DENNIS, D.P. STEWART, *Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights: Should There Be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing, and Health?*, en *Am.Jour.Int.Law*, 2004, 3, p. 462 y ss.; M. DOWELL-JONES, *Contextualising the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Assessing the Economic Deficit*, Leiden, 2004; C. TOMUSCHAT, *An Optional Protocol for the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights?*, en K. DICKE *et al.* (eds.), *Weltinnenrecht: Liber amicorum J. Delbrück*, Berlín, 2005, p. 815 y ss.

¹¹ *Vid. Informe (final) del Grupo de Trabajo*, quinto período de sesiones (2008), Doc. A/HRC/8/7 (Anexo), p. 28, párr. 217.

¹² *Ibidem*, p. 32, párr. 246.

no justiciables»¹³; razón por la que Suecia «seguía sin estar convencida de que el Protocolo fuera el mejor instrumento de promocionar»¹⁴ esta gama de derechos; como Canadá, a la que en particular inquietaba «la creación de un procedimiento de comunicaciones respecto de los derechos económicos, sociales y culturales, cuyo ejercicio gradual les conferiría una naturaleza distinta [y] no se prestaban fácilmente a una evaluación “cuasijudicial”»¹⁵; punto en el que incidió Dinamarca, en tanto el mecanismo individual de reclamaciones «podría inmiscuirse sin justificación en las prácticas nacionales»¹⁶; Austria «insistió en que en el protocolo debían tener cabida las características nacionales»¹⁷; advirtiendo Polonia que «su país no se consideraría obligado por la jurisprudencia derivada del protocolo sin no ratificaba este instrumento»¹⁸; un paso que no parece estar dispuesto a dar Japón, al que «el proyecto no satisfacía plenamente... ya que sus propuestas no se habían tenido en cuenta»¹⁹; como tampoco a Noruega, que lamentó el bagaje de ciertas disposiciones...²⁰.

El apoyo que frente a ellos aglutinaron los Grupos mayoritarios, Africano y Latinoamericano Caribeño (GRULAC), a los que se unieron algunos Estados europeos (Bélgica, Finlandia, Italia, Portugal y España, en particular), “piña” con el nutrido elenco de representantes de Organizaciones internacionales, órganos de tratados de derechos humanos y ONG (coaligadas para la ocasión), hizo finalmente posible arrastrar a los más reacios al consenso sobre el proyecto de resolución del Protocolo del PIDESC aprobado por el Consejo de Derechos Humanos el 18 de junio de 2008 (resolución 8/2), y apenas unos meses después para la adopción de su texto por la Asamblea General el 10 de diciembre de 2008.

Importante es destacar que para entonces ya contábamos con la precisión del carácter y alcance de las obligaciones contraídas por los Estados partes de conformidad con el Pacto, gracias sobre todo a la ingente labor desarrollada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales desde su misma creación al son del principio de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos, evocación natural que iluminó la gestación del Protocolo, cuestión que examinaremos a continuación (apartado 2).

Aún así, la percepción de ausencia de judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales se dejó sentir en los límites impuestos a la experimentación de los mecanismos dispuestos en el Protocolo para salvaguardar el cumplimiento del Pacto. Donde de manera más elocuente se advierten tales recelos es en el marco del procedimiento de presentación de comunicaciones de particulares, así, desde los enfoques *ratione materiae* barajados acerca de los derechos que podrían ser objeto de denuncia, a las cortapisas impuestas respecto de la admisibilidad y examen de una comunicación, más severas como comprobaremos (apartado 3) que las previstas para el mismo procedimiento en otros tratados de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas.

¹³ *Ibidem*, p. 31, párr. 239.

¹⁴ *Ibidem*, p. 30, párr. 235.

¹⁵ *Ibidem*, p. 29, párr. 226.

¹⁶ *Ibidem*, p. 29, párr. 223.

¹⁷ *Ibidem*, p. 30, párr. 231.

¹⁸ *Ibidem*, p. 29, párr. 228.

¹⁹ *Ibidem*, p. 29, párr. 225.

²⁰ *Ibidem*, p. 30, párr. 230.

Reflejo de similar aprensión la confiere el hecho de que el Protocolo, en sí “facultativo”, haga depender la activación de los procedimientos de comunicaciones entre Estados y de investigación ante violaciones graves o sistemáticas de su expresa aceptación por parte de los Estados implicados mediante la fórmula de cláusula *opting in* (apartado 4). El consentimiento del Estado interesado también se exigirá para que el Comité pueda, en el contexto del Protocolo, señalar a la atención de los órganos competentes en materia de asistencia y cooperación internacionales la conveniencia de adoptar tales medidas complementarias para el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, así como para la prestación de las mismas por conducto del Fondo fiduciario (apartado 5).

Lo que en el fondo late es 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 estiman que todos los derechos humanos se hacen efectivos por igual desde el punto de vista jurídico; afirmación que guiará la réplica de nuestra conclusión (apartado 6).

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

2.1. El principio de indivisibilidad e interdependencia

La Declaración Universal de Derechos Humanos así lo afirmó en su preámbulo: «Una concepción común de derechos y libertades es de la mayor importancia para su pleno cumplimiento». Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (PIDCP y PIDESC, 1966) reiteran la misma doctrina²¹. Más aún, la comunidad internacional en su conjunto ha proclamado e insistido en la trascendencia del principio en diferentes y sucesivas declaraciones adoptadas por consenso. La más analítica de estas manifestaciones fue la Declaración y Programa de Acción de Viena, adoptada en 1993 en la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos: «Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso»²². El mismo principio, junto con el de universalidad, se han erigido en guía de la labor del Consejo de Derechos Humanos, basada en la Carta Internacional de Derechos Humanos (integrada por la Declaración Universal y los mismos Pactos), a fin de impulsar «la promoción y protección de todos los derechos humanos, es decir, de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo»²³.

²¹ «Con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos», afirma el párrafo 3º del preámbulo común a los dos Pactos, «no puede realizarse el ideal del ser humano libre..., liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales».

²² *Vid.* A/CONF.157/23, Parte I, pár. 5.

²³ *Vid.* Numeral 4 de la resolución 60/251 de la Asamblea General, por la que creó el Consejo de Derechos Humanos como uno de sus órganos subsidiarios.

Ahora bien, no todos los tratados de derechos humanos contaban en los albores del siglo XXI con los mismos mecanismos dispuestos para la verificación de su observancia. Dejando a un lado los veteranos procedimientos establecidos en ciertos organismos especializados de la ONU, caso de la OIT (quejas de carácter colectivo) y la UNESCO (denuncias de personas y grupos), los únicos instrumentos convencionales de derechos humanos que establecían, y con restricciones, procedimientos de denuncia de particulares frente a la supuesta violación de derechos económicos, sociales y culturales era en los sistemas regionales del Consejo de Europa (Protocolo de 1995 a la Carta Social Europea, mediante un sistema de reclamaciones colectivas de derechos elegidos “a la carta” por el Estado parte)²⁴ y de la OEA (Protocolo de San Salvador, 1998, adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que permite peticiones individuales sólo sobre ciertos derechos sindicales y el derecho a la educación, de ahí el calificativo de “enfoque limitado”)²⁵.

Los tratados de derechos humanos fundamentales – denominados así por estar dotados de órganos propios de control - del sistema de Naciones Unidas carecían, en cambio, de procedimientos de denuncia de particulares respecto del control del cumplimiento de esta gama de derechos. La vía de informes periódicos era entonces el único mecanismo dispuesto para su supervisión²⁶. Así ocurría en relación con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), la Convención sobre los Derechos del Niño (1990) y el mismo PIDESC. Los Comités creados para su salvaguarda denunciaron ante la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993) la discriminación que ello suponía frente a los mecanismos de control dispuestos en tratados del sistema relativos a derechos civiles y

²⁴ El Protocolo de 1995 (en vigor el 1º de julio de 1998) a la Carta Social Europea (Turín, 1961, Revisada en 1996) establece un mecanismo de denuncias colectivas (artículos 1-3) ante el Comité Europeo de Derechos Sociales en relación con cualesquiera de las disposiciones sustantivas de la Carta que los Estados partes hubieran considerado de aplicación nacional; de ahí que a este mecanismo se le denomina de “elección a la carta”; véase L. JIMENA QUESADA, *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales. Sistema de reclamaciones colectivas*, 1998-2005, Valencia, 2007; J-M. BELORGEY, *La Charte sociale du Conseil de l'Europe et son organe de régulation (1961-2011), le Comité européen des droits sociaux: esquisse d'un bilan*, en *Rev. trim. dr. homme*, 2011, 88, p. 787 y ss.; P. DUCOULOMBIER, *La liberté des États parties à la Charte sociale européenne dans le choix de leur engagement: une liberté surveillée*, en *Rev. trim. dr. homme*, 2013, 96, p. 829 y ss.

²⁵ En el sistema interamericano, el Protocolo de San Salvador (artículo 19) dispone el reenvío al sistema de peticiones individuales regulado en la Convención Americana (Pacto de San José, 1969), mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, cuando proceda, de la Corte Interamericana, respecto de la violación solo de ciertos derechos sindicales (artículo 8.a) y del derecho a la educación; de ahí el calificativo de “enfoque limitado”; véase L. BURGORGUE LARSEN, *Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos*, en A. EMBID IRUJO (dir.), *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, ob. cit., p. 337 y ss. (especialmente pp. 340 y ss.); V. GOMEZ, *Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System*, en M.A. BADERIN Y R. MCCORQUODALE (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights in Action*, New York, 2007, p. 167 y ss.; T. 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, 2008, p. 409 y ss.; A. CANÇADO TRINDADE, *La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: la contribución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en CARDONA LLORENS et al. (coord.), *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, Valencia, 2012, p. 283 y ss.

²⁶ Véase P. TEXIER, *Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales*, Centro para la Justicia y el Derecho Internacional, San José, 2004; A. KERDOUN, *La place des droits économiques, sociaux et culturels dans le droit international des droits de l'homme*, en *Rev. trim. dr. homme*, 2011, 87, p. 499 y ss.

políticos, que sí disponían del procedimiento de comunicaciones. Y así lo denunció el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

«Conviene recordar “que el principio tantas veces reafirmado... de la indivisibilidad, interdependencia e interrelación de los dos bloques de derechos” se ve socavado por la existencia de varios procedimientos basados en tratados, para la presentación de peticiones relativas a derechos civiles y políticos, mientras que no existe un procedimiento similar con respecto a derechos económicos, sociales y culturales. Si se quiere que estos últimos derechos sean tomados con seriedad y tratados en pie de igualdad, es esencial que se discuta la creación de un procedimiento de denuncia en virtud del PIDESC»²⁷.

Ahora bien, mientras los delegados reunidos en Viena urgieron a la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer y al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer «examinar rápidamente la posibilidad de introducir el derecho de petición, elaborando un protocolo facultativo a la Convención»²⁸, en relación con el Pacto los líderes mundiales se limitaron a alentar a la Comisión de Derechos Humanos a que, en colaboración con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, «siga examinando protocolos facultativos del PIDESC»²⁹. Tan distinta entonación tuvo resultado. El Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer fue adoptado por la Asamblea General el 6 de octubre de 1999 (resolución 54/4), entró en vigor al año siguiente (22 de diciembre de 2000) y cuenta en la actualidad con más de cien Estados parte³⁰. En cambio, la gestación del Protocolo Facultativo del PIDESC consumió cerca de veinte años de tortuoso debate: primero, y sobre la base de los trabajos avanzados por el Comité del Pacto (1990-1996), bajo la demorada batuta de la Comisión de Derechos Humanos (1997-2006), y a partir de ahí al ritmo más laborioso impuesto por el Consejo de Derechos Humanos hasta su adopción por la Asamblea General el 10 de diciembre de 2008³¹; y cuatro años hasta lograr las diez manifestaciones del consentimiento requeridas para su entrada en vigor (5 de mayo de 2013). Ello no obstante coadyuvó a la adopción el 19 de diciembre de 2011 del tercer Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuya entrada en vigor está prevista como sabemos para el 14 de abril de 2014.

Que los individuos puedan denunciar mediante un procedimiento de examen cuasi judicial la violación de derechos económicos, sociales y culturales, tales como desalojos forzosos sin las debidas garantías, restricciones injustificadas o desproporcionadas del acceso a la salud y la sanidad públicas, la denegación del derecho a la educación que supone la aplicación de tasas inasequibles para buena parte de la población..., es lo que realmente se trataba de evitar mediante la invocación de su supuesta carencia de judicialización. Más

²⁷ El Comité sometió a la Conferencia Mundial (1993) dos textos, uno (Anexo I) relativo a la Declaración que pronunciaría ante la Conferencia, aprobado por el Comité el 7 de diciembre de 1992; el otro (Anexo II) contenía un documento analítico aprobado por el Comité el 11 de diciembre de 1992 y titulado “Posible Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, (A/CONF.157/PC/62/Add.5, 26 de marzo de 1993); la cita en el Anexo II, párr. 14.

²⁸ *Vid. Declaración y Programa de Acción de Viena* (A/CONF.157/23, parte II, párr. 40, se han añadido cursivas).

²⁹ *Ibidem*, párr. 75.

³⁰ A 15 de febrero de 2014, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer contaba con ciento cuatro Estados partes (véase en https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8-b&chapter=4&lang=en).

³¹ Para un examen más detallado del proceso de gestación del Protocolo Facultativo del PIDESC, me permito remitir a mi trabajo publicado en la *Rev. elec. est. int.* en diciembre de 2012, *ob. cit.*, nota 1.

aún a tenor de los criterios “indicadores”³² que nos ha proporcionado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre lo que constituye o no violación de un derecho y/o situación en particular, así como, en general, sobre la misma obligación de los Estados de adoptar medidas razonables con miras a garantizar los derechos enunciados en el Pacto³³.

2.2. La labor del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a tenor de las obligaciones derivadas del Pacto

La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto ha sido definida por Oliver De Schutter (Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Alimentación) como «la capacité pour les clauses substantielles du Pacte de constituer le point de appui à la motivation, fondée en droit, d’un constat de violation effectuée par le Comité»³⁴. 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 más bien incide 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 ellas³⁵. Siendo así, afirma con rotundidad el profesor De Schutter, «la question de la justiciabilité reçoit une réponse évidemment affirmative»³⁶, en la medida en que «la justiciabilité des droits figurant dans le Pacte se résoud d’elle-même dès lors que la question de la violation alléguée est envisagée, non sous l’angle du droit de l’individu, mais sous celui l’obligation étatique, dont le contenu a été progressivement clarifié par le Comité, à travers ses observations générales ou ses observations finales rendues à la suite de l’examen des rapports étatiques»³⁷.

³² Sobre la necesidad de avanzar en la precisión de los indicadores determinantes del grado de cumplimiento de los derechos humanos, en general, y de los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, véase en la doctrina, A.M. CHACÓN MATA, *Derechos económicos, sociales y culturales. Indicadores y justiciabilidad*, en *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, 2007, 43; M. LANGFORD, S. FUKUDA-PARR, *The Turn to Metrics*, en *Norj Jour. Hum. Rights*, 2013, 3, p. 222 y ss.

³³ En general, sobre la labor desempeñada por el Comité guardián del PIDESC, véase M. ODELLO, F. SEATZU, *The UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights. The Law, Process and Practice*, London, Abingdon, 2013.

³⁴ Véase O. DE SCHUTTER, *Le Protocole Facultatif au Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, en *Rev. belg.dr. int.*, 2006, 1, p. 7 y ss. (p. 18).

³⁵ «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.

³⁶ Véase O. DE SCHUTTER, *ob. cit.*, nota 33, p. 20.

³⁷ Respecto del discurso completo del prof. belga acerca de la *justiciabilidad* del Pacto, véanse las pp. 18-33 del trabajo *cit. supra* (la cita del texto en p. 2). Sobre esta cuestión véase también W. VANDENHOLE, *Completing the UN Complaint Mechanisms for Human Rights Violations Step by Step: Towards a Complaints Procedure Complementing the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, en *NQHR*, 2003, 3, p. 423 y ss. (especialmente pp. 430-440); y R. GROTE, *The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – Towards a More Effective Implementation of Social Rights?*, en HOLGER P. HESTERMEYER *et al.*, *Coexistence, Cooperation and Solidarity. Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, Leiden, 2012, vol. I, p. 417 y ss. (especialmente p.

El Comité – de Derechos Económicos, Sociales - ha contribuido, en efecto, desde su misma creación a 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 (por cuya virtud el Estado ha de emprender determinadas acciones) y negativos (que exigen su abstención, caso de la obligación de respetar)³⁸. En este sentido, las opiniones expresadas por el Comité sobre la base del examen de los informes periódicos de los Estados partes y, más aún, en sus Observaciones generales, pueden considerarse su jurisprudencia en pro de interpretaciones autorizadas del Pacto³⁹. Según observó el mismo Comité en el documento sometido a la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993), «La aprobación de observaciones generales (veintiuna ha hasta la fecha) permite que el Comité haga una contribución significativa a la jurisprudencia relativa a un derecho o cuestión particular»⁴⁰.

La Observación general N° 3 (adoptada por el Comité en 1990)⁴¹ reviste 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 artículo 2.1 del Pacto⁴², el que en esencia implica la obligación de los Estados partes de: a) adoptar todas las medidas pertinentes para la realización progresiva de los derechos reconocidos en el Pacto; y, b) hacerlo hasta el máximo de los recursos de que disponga⁴³. 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

420 y ss.); D. ROBITAILLE, *Pour une théorie de la justiciabilité substantielle et processuelle des droits économiques et sociaux*, en *Rev. trim. dr. homme*, 2013, 94, p. 221 y ss.

³⁸ Véanse las *Directrices de Maastricht* sobre las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales, adoptadas en 1987 con motivo del décimo aniversario de los *Principios de Limburgo* (relativos a la aplicación del PIDESC); pueden consultarse en el Doc. E/C.12/2000/13, en particular pp. 18 y 20 (párrs. 7, 14 y 15).

³⁹ Véase V. ABROMOVICH, C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, 2000, p. 29; y L. SALAMERO TEIXIDÓ, L., *La protección de los derechos sociales...*, *ob. cit.*, nota 1, pp. 47-53.

⁴⁰ *Vid.* Doc. A/CONF. 157/PC/62/Add. 5, Anexo II, p. 14, párr. 28; véanse también las explicaciones del Sr. Sheinin sobre la labor del Comité – del que fue su Vice-Presidente - al Grupo de Trabajo sobre un Protocolo Facultativo del PIDESC; *Informe del Grupo* sobre su primer período de sesiones (Doc. E/CN.4/2004/44, p. 13, párr. 42).

⁴¹ *Vid.* *Observación general N° 3*, La índole de las obligaciones de los Estados partes (artículo 2.1 del Pacto) (Doc. E/1991/23, de 14 de diciembre de 1990).

⁴² «Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto», dispone su artículo 2.1, «se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos». Otros tratados situados en la órbita de los derechos económicos, sociales y culturales insisten en el concepto de “realización progresiva”; *vid.* el 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. El art. 2 del PIDCP subraya en cambio la obligación de los Estados partes de «respetar y garantizar» los derechos en él enunciados.

⁴³ Así lo describe el *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos* relativo al análisis del concepto de realización progresiva (Doc. E/2007/82, de 7 de junio de 2007, p. 4, párr. 4). Véase en la doctrina, A. CORKERY, S.A.WAY, *Integrating Quantitative and to Monitor the Obligation to Fulfil Economic, Social and Cultural Rights: the OPERA Framework Qualitative Tools*, en *Norj Jour. Hum. Rights*, 2012, 3, p. 324 y ss.

dentro de un plazo razonablemente breve desde la entrada en vigor del Pacto para el Estado de que se trate⁴⁴. Tales medidas habrán de incluir «todos los medios apropiados», siendo los legislativos no sólo deseables sino en la mayoría de casos indispensables⁴⁵ de cara a dar efecto en el ordenamiento jurídico interno a los derechos enunciados en el Pacto (Observación general N° 9)⁴⁶. Otras medidas de carácter financiero, educacional y social, así como la previsión de recursos administrativos y judiciales, serán asimismo de vital importancia para deducir responsabilidades por la violación de derechos económicos, sociales y culturales y resarcir a sus víctimas⁴⁷, al punto de que «cuando un derecho reconocido en el Pacto no se puede ejercer plenamente sin una intervención del poder judicial, es necesario establecer recursos judiciales»⁴⁸. El Alto Comisionado de las 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 los derechos económicos sociales y culturales en el que insiste en la misma idea⁴⁹.

«El máximo de los recursos disponibles», característica definidora clave del concepto de “realización progresiva”, hace alusión al “margen de apreciación” 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 realización de un determinado derecho⁵⁰. El Comité lo define como 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»⁵¹. Conviene no obstante destacar, como lo han hecho el mismo Comité y otros órganos de derechos humanos, que el “margen de discreción” del Estado no es absoluto⁵². De un lado, porque la disponibilidad de recursos no modifica el carácter inmediato de la obligación prioritaria de asegurar la satisfacción de

⁴⁴ Vid. Observación general N° 3, párr. 2.

⁴⁵ Vid. Observación general N° 3, párr. 3.

⁴⁶ Vid. Observación general N° 9 (1998), La aplicación interna del Pacto (Doc. E/C.17/1998/24, de 3 de diciembre de 1998). De conformidad con los principios de Derecho internacional establecidos en los artículos 26 (*pacta sunt servanda*) y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), la primera de esas medidas consiste en la incorporación de los derechos reconocidos en el Pacto en el ordenamiento jurídico interno del Estado parte; véase A. REMIRO BROTONS, R. RIQUELME CORTADO, E. ORIHUELA CALATAYUD, J. Díez-Hochleitner, L. Pérez-Prat, *Derecho Internacional. Curso general*, Valencia, 2010, p. 345 y ss.

⁴⁷ Vid. Observación general N° 3, párr. 7 y Observación General N° 9, párrs. 3-5 y 7.

⁴⁸ Vid. Observación general N° 9, párr. 9.

⁴⁹ La «protección jurídica», afirma el mencionado Informe (Doc. E/2006/86, 21 de junio de 2006, p. 20, párr. 46), «es una obligación de los Estados y parte esencial del proceso de mejora del disfrute de esos derechos», dado que «ha demostrado ser un medio para aclarar [su] contenido normativo..., así como para promover una mayor transparencia y rendición de cuentas de los responsables».

⁵⁰ Sobre la apreciación del margen de apreciación, véase E. KOCH, *The Justiciability of Indivisible Rights*, en *Norj Jour. Int. Law*, 2003, p. 3 y ss.; Y. SHANY, *Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?*, in *EJIL*, 2005, 5, p. 907 y ss.; S. RANDOLPH, P. GUYER, *Tracking the Historical Evolution of States' Compliance with their Economic and Social Rights Obligations of Result – Insights from the Historical SERF Index*, en *Norj Jour. Hum. Rights*, 2012, 3, p. 297 y ss.; S. SKOGLY, *The Requirement of Using the “Maximum of Available Resources” for Human Rights Realisation: A Question of Quality as Well as Quantity?*, en *Hum. Rights Law Rev.*, vol. 12, 2012/3, pp. 393-420; A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford, 2012.

⁵¹ Vid. Observación general N° 3, párr. 9.

⁵² Vid. Observación general N° 3 (párr. 10), así como el Informe del Alto Comisionado sobre la protección jurídica de los derechos económicos sociales y culturales (Doc. E/2006/86, p. 8, párrs. 13 y 14).

niveles básicos, esenciales para cada uno de los derechos garantizados en el Pacto⁵³, constituyendo *prima facie* una violación del Pacto el incumplimiento de esas “obligaciones mínimas”. De otro, porque la obligación de adoptar medidas y avanzar lo más rápidamente posible hacia la plena realización de los derechos enunciados en el Pacto entraña una firme presunción en contra de la adopción de medidas deliberadamente regresivas.

En 2007, durante la gestación del Protocolo, el Comité adoptó una Declaración sobre 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 hizo hincapié en que:

«para que un Estado parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todos los esfuerzos posibles para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas»⁵⁴;

y añadió:

«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»⁵⁵.

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 N° 20)⁵⁶, «son componentes fundamentales de las normas internacionales de derechos humanos» cuya implementación no exige forzosamente importantes asignaciones de medios⁵⁷, aunque sí suele hacer necesaria la aprobación y aplicación de legislación apropiada y la disposición de recursos judiciales que aseguren su cumplimiento⁵⁸. Toda discriminación constituye una violación del Pacto y debe permitir su

⁵³ Véanse los *Informes* del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (Doc. E/CN.4/2003/58, párr. 53) y del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación (Doc. E/CN.4/2002/58, párr. 39). En la doctrina, también ilustran este extremo los trabajos reunidos en la obra colectiva dirigida por A. CHAPMAN, S. RUSSELL, *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Cambridge, 2002.

⁵⁴ Véanse “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto”, Doc. E/C.12/2007/1, de 21 de septiembre de 2007, párr. 6.

⁵⁵ *Ibidem*, párr. 9.

⁵⁶ *Vid. Observación general N° 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 N° 4, 1991, y N° 7, 1997), las personas con discapacidad (Observación general N° 5, 1994), personas de edad (N° 6, 1995), la alimentación (N° 12, 1999), la educación (N° 13, 1999), la salud (N° 14, 2000), el agua (N° 15, 2002), la igualdad entre los géneros (N° 16, 2005), los derechos de autor (N° 17, 2005), el trabajo (N° 18) y la seguridad social (N° 19, 2008).

⁵⁷ Sobre ello insiste, entre otros, el *Informe del ACNUDH* relativo al concepto de realización progresiva (Doc. E/2007/82, de 7 de junio de 2007), p. 6 párr. 15, p. 9, párr. 27, y p. 21, párr. 77.

⁵⁸ *Vid. Observación generales N° 3*, párr. 2, y N° 20, cap. IV (“Aplicación en el plano nacional”). Véase también la Declaración adoptada por el Comité en 2007, *cit.*, nota 53.

escrutinio por los tribunales sin más disquisiciones, concluye el Comité en la Observación general mencionada⁵⁹.

La doctrina de los tres tipos o niveles de obligaciones derivadas de los derechos humanos: “respetar, proteger y cumplir”, también ha coadyuvado a clarificar las que en particular se desprenden de los derechos enunciados en el PIDESC⁶⁰. 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)⁶¹. Frente al elemento negativo de la anterior obligación, la de “proteger” (por ejemplo, frente a las instancias de desahucios forzados⁶², o los derechos de los trabajadores ante medidas de privatización⁶³) 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)⁶⁴, “promoviendo” (la educación e información relevante sobre, por ejemplo, las medidas de higiene y el acceso a los planes de seguridad social)⁶⁵, así como “proporcionando” (a los individuos o comunidades que no puedan por sí mismos por motivos ajenos a su voluntad acceder a...)⁶⁶ la plena efectividad de esos derechos.

3. Comunicaciones de personas o grupos. Piedra angular de los mecanismos de supervisión del pacto establecidos en el Protocolo

La elaboración del Protocolo del Pacto tendría entre sus “objetivos básicos”, afirmó el Comité en el documento analítico sometido a la Conferencia Mundial (Viena, 1993) «acrecentar el entendimiento del contenido normativo de los derechos – económicos, sociales y culturales - y arrojar más luz sobre los aspectos de la noción de “jusiticiabilidad”»⁶⁷. Pero no sólo, pues de ello derivaría otros corolarios. En particular, el

⁵⁹ Vid. *Observación general* N° 20, párr. 40.

⁶⁰ 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.

⁶¹ Vid. *Observación general* N° 15, “El derecho al agua” (Doc. E/C.12/2002/11), párr. 21.

⁶² En la *Observación general* N° 4 (“El derecho a una vivienda adecuada”, Doc. 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».

⁶³ Vid. *Observación general* N° 18, El derecho al trabajo (Doc. E/C.12/GC/18, de 24 de noviembre de 2005), párrs. 22 y 25.

⁶⁴ Vid. *Observación general* N° 21, Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (Doc. E/C.12/GC/21/Rev. 1, de 20 de noviembre de 2009), párr. 52.

⁶⁵ Vid. *Observación general* N° 19, El derecho a la seguridad social (Doc. E/C.12/GC/19, de 23 de noviembre de 2007), párr. 49.

⁶⁶ Véase, por ejemplo, la *Observación general* N° 13, El derecho a la educación (Doc. E/C.12/1999/10), párr. 47.

⁶⁷ Vid. Doc. A/CON.157/PC/62/Add.5, p. 18, párr. 46.

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 Humanos⁶⁸, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶⁹ y la Corte Interamericana⁷⁰. La experiencia de los procedimientos de comunicaciones de personas o grupos 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 nacional⁷¹, 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 violación⁷².

El procedimiento de presentación de comunicaciones por personas o grupos de personas que aleguen ser víctimas de la supuesta violación por un Estado parte de los derechos enunciados en el PIDESC es, sin lugar a dudas, la piedra angular del Protocolo. Para su expresa previsión fue concebido el Protocolo y a él están consagradas más de la mitad de sus disposiciones (artículos 1 a 9 y 13). Su gestación consumió, también por eso, el grueso de los debates del Grupo de Trabajo que laboró por ella.

Motivo de discusión fue la competencia del mismo Comité guardián del Pacto para recibir y examinar comunicaciones. Para rebatirla, hubo quien alegó que debía crearse un comité paralelo (opinión que expresó el Sr. Kotrane, experto nombrado por la Comisión de Derechos Humanos a fin de examinar la cuestión de un Protocolo Facultativo del PIDESC)⁷³, o que tal función (apuntó Canadá) fuese remitida a otros órganos de derechos

⁶⁸ Véase, por ejemplo, la Comunicación No. 182/1994, *FH Zwaan-de Vries contra los Países Bajos*, en la que el Comité de Derechos Humanos (dictamen aprobado el 9 de abril de 1987) abordó cuestiones relacionadas con la no discriminación en lo que respecta al derecho de la seguridad social (CCPR/C/29/D/182/1984). Sobre la labor del Comité en este ámbito, M. SCHEININ, M. LANGFORD, M., *Evolution or Revolution? – Extrapolating From the Experience of the Human Rights Committee*, en *Norj Jour. Hum. Rights*, 2009, 1, p. 97 y ss. (especialmente, pp. 103-108).

⁶⁹ Un compendio de las decisiones del Tribunal Europeo relativas a esta gama de derechos puede, por ejemplo, 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). También la valoración realizada en nuestra doctrina por C. MORTE GÓMEZ, S. SALINAS ACELGA, *Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en ENBID IRUJO (dir.), *Derechos económicos y sociales*, *ob. cit.*, nota 1, pp. 359-411.

⁷⁰ Véase L. BURGORGUE LARSEN, *Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, *ob. cit.*, nota 24, pp. 340 y ss.; M.F. TINTA, *Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System of Protection of Human Rights: Beyond Traditional Paradigms and Notions*, en *Hum. Rights Quart.*, 2007, 2, p. 431 y ss.; C. 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...*, *ob. cit.*, nota 24, vol. 2, pp. 1297-1317.

⁷¹ Véase en este sentido el Documento analítico elaborado por la Sra. de Albuquerque, *Elementos para la elaboración de un Protocolo Facultativo del PIDESC* (Doc. E/CN.4/2006/WG.23/2, p. 31, párr. 64).

⁷² Sobre la experiencia y decisiva contribución en este punto de la jurisprudencia de los tribunales Sudafricanos, véase P. LANGA, *Taking Dignity Seriously – Judicial Reflections on the Optional Protocol to the ICESCR*, en *Norj Jour. Hum. Rights*, 2009, 1, p. 29 y ss.; también S.A. YESHANEW, *The justiciability of economic, social and cultural rights in the African regional human rights system: theory, practice and prospect*, Cambridge, 2013.

⁷³ En su opinión «podía advertirse cierta antinomia» e «incompatibilidad» entre, de una parte, el examen de los informes periódicos – misión esencial del Comité - y, de otra, «de las denuncias y comunicaciones relativas a presuntas violaciones de los derechos humanos» reconocidos en el Pacto» ¿Cómo podría garantizarse – dijo el Sr. KOTRANE - que el Comité no se viera demasiado condicionado al examinar el fondo de una

humanos del sistema *onusiano*, incluidos los extraconvencionales⁷⁴. De hecho, el primer proyecto de Protocolo elaborado en 2007 por la Presidenta Relatora incluyó una disposición (artículo 23, Transferencia de competencias) que preveía dejar en manos de la Conferencia de Estados partes del futuro Protocolo la decisión de confiar o no a otro órgano las mencionadas competencias⁷⁵. La coherencia con el sistema de órganos de tratados de Naciones Unidas (y muy en particular del Comité guardián del otro Pacto), así como por la complementariedad entre las dos principales funciones desempeñadas tradicionalmente por dichos órganos, el examen de informes periódicos y de comunicaciones de particulares, impuso no obstante de manera natural, y en las primeras sesiones del Grupo, la competencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para desempeñar las nuevas funciones de control establecidas en el Protocolo⁷⁶. Su artículo 1º dice así: «Todo Estado parte en el Pacto que se haga parte en el presente Protocolo reconocerá la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones».

Ahora bien, las cuestiones que generaron el debate más intrincado giraron en torno a quién estaría legitimado para presentar una denuncia por virtud del Protocolo, qué derechos garantizados en el Pacto podría ser su objeto, qué condiciones habrían de superarse para su admisibilidad, así como los criterios que deberían conducir al Comité para el examen de fondo de la comunicación. Su examen nos permitirá seguir el *iter* de este procedimiento.

3.1. Legitimación (*locus standi*)

El primer proyecto de Protocolo elaborado en abril de 2007 establecía la posibilidad de reclamaciones colectivas (artículo 3)⁷⁷. En él se preveía, de un lado, «el derecho de las ONG reconocidas como entidades de carácter consultivo por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas a presentar comunicaciones en que se dé cuenta de la

comunicación actuando como instancia cuasijudicial de investigación y solución, por su posición expresada en el examen, esencialmente de carácter voluntario y consultivo, del informe periódico del Estado de que se trate?. Como solución, el Sr. Kotrane propuso la separación de las dos actividades, «confiando la labor de investigación y solución de las denuncias a un grupo de expertos del Comité, con experiencia en la solución de litigios, que se ocuparía especial y exclusivamente de ello, o a un órgano completamente nuevo, una especie de comité paralelo que se encargaría del nuevo procedimiento de comunicaciones y de denuncias...»; véase *Informe (preliminar)* del experto independiente encargado de examinar la cuestión de un proyecto de Protocolo Facultativo al PIDESC (Doc. E/CN.4/2002/57, pp. 15-16, párrs. 38-43), y *Segundo Informe* (Doc. E/CN.4/2003/53, 13 de enero de 2003, p. 25, párrs. 72-73).

⁷⁴ Canadá sugirió ampliar «los mandatos de los relatores especiales, de forma que pudieran recibir y examinar comunicaciones urgentes» y/o «los procedimientos de comunicaciones de la UNESCO Y LA OIT...», así como confiar la supervisión de los derechos económicos, sociales y culturales «a algún otro órgano creado en virtud de tratado o a alguno de ellos que tuviera carácter permanente y unificado»; *Informes del Grupo de Trabajo* en su segundo (Doc. E/CN.4/2005/52, p. 16, párr. 68, y p. 24 párr. 107) y tercer período de sesiones (Doc. E/CN.4/2006/47, p. 22, párr. 114).

⁷⁵ *Vid.* Doc. A/HRC/6/WG.4/2, p. 13.

⁷⁶ 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.

⁷⁷ *Vid.* Doc. A/HRC/6/WG.4/2 (23 de abril de 2007), p. 5.

observancia satisfactoria por un Estado parte de cualesquiera de los derechos enunciados en el Pacto». De otro, el mismo precepto habría la posibilidad – inspirada en el Protocolo de 1995 a la Carta Social Europea⁷⁸ de que los Estados partes declararan que reconocían «el derecho de cualquier organización no gubernamental representativa que se halle bajo su jurisdicción y que tenga competencia especial en materias regidas en el Pacto a presentar comunicaciones colectivas contra él».

La importancia de conceder a las ONG legitimación para presentar comunicaciones en nombre de presuntas víctimas de derechos económicos, sociales y culturales fue defendido, particularmente atendiendo al carácter colectivo de determinados derechos enunciados en el Pacto, tanto por la Coalición de ONG⁷⁹ como por algunos Estados a los que esta posibilidad resultaba familiar en sus sistemas regionales de derechos humanos⁸⁰. Del lado contrario se agitó el temor – ya señalado en 1996 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸¹ – de que por vía colectiva se abriera la puerta a un número ingente de reclamaciones especulativas sin nexo suficiente con lo supuesta víctima y el Estado denunciado⁸².

La supresión de esta disposición se justificó finalmente con base en los siguientes argumentos⁸³: a) la falta de un apoyo claro a su presencia; b) la importancia de velar por la coherencia de todos los instrumentos de Naciones Unidas en materia de derechos humanos, a los que el concepto de comunicaciones colectivas resulta ajeno; y c) el hecho señalado por determinadas delegaciones⁸⁴ de que la posibilidad de que grupos de individuos –incluidas ONG– presenten comunicaciones en nombre de víctimas con las que tuvieran un vínculo suficiente ya se contemplaba en el artículo 2 del Protocolo⁸⁵. Similares criterios (la falta de precedentes, en particular)⁸⁶ fueron los que dieron, asimismo, al traste con la expresa posibilidad (prevista entre corchetes en el Proyecto revisado de Protocolo)⁸⁷ de que

⁷⁸ Véase el *Memorando de explicación* (Anexo II) del proyecto de Protocolo de 2007, *ibidem*, p. 16, párr. 8.

⁷⁹ *Vid. Informe del Grupo de Trabajo* sobre su cuarto período de sesiones (Doc. A/HRC/6/8, p. 9, párr. 44).

⁸⁰ Así, Bélgica, España, Noruega, Portugal, los Países Bajos, México, Brasil y Ecuador; *Ibidem*, p. 10, párrs. 51, 54 y 55).

⁸¹ «Si bien es claro», manifestaron los miembros del Comité en los debates previos a la elaboración del proyecto de Protocolo del Pacto, «que un enfoque “sin ninguna limitación” de la capacidad de denunciar aumentaría la capacidad del procedimiento de abarcar cualquier cuestión pertinente, ello se lograría a costa de que éste estuviera abierto a un número ingente de denuncias que no tendrían que satisfacer ningún requisito mínimo concebido para filtrar las denuncias sin fundamento o gratuitas»; de ahí que el Comité recomendara en 1996 que el derecho a presentar una denuncia se reconociera únicamente a «dos individuos o los grupos de individuos en nombre de las supuestas víctimas»; *Informe del Comité* sobre el proyecto de Protocolo facultativo del PIDESC remitido a la Comisión de Derechos Humanos (Doc. E/CN.4/1997/105, pp. 10-11, párrs. 22 y 23).

⁸² Un peligro que, en particular, destacaron Austria, China, Grecia y la República de Corea; *Informe del Grupo de Trabajo* sobre su cuarto período de sesiones (Doc. A/ARC/6/8, p. 11, párr. 53).

⁸³ Véase por todos el *Memorando de explicación* del Proyecto revisado de Protocolo (Doc. A/HRC/8/WG.4/2, p. 16, párr. 12).

⁸⁴ En particular, las de los Estados Unidos de América, Noruega, la India, Guatemala y Venezuela; *Informe del Grupo de Trabajo* sobre su cuarto período de sesiones (Doc. A/HRC/6/8, pp. 10-11, párr. 51).

⁸⁵ Aunque el artículo 2.1 ter del Proyecto de Protocolo revisado mantuvo, entre corchetes, la posibilidad de que el Comité pudiera «recibir y examinar comunicaciones presentadas por ONG con intereses y conocimientos pertinentes en la que se denuncie la violación de alguno de los derechos enunciados en el Pacto», su supresión fue apoyada por la mayoría de Estados, de hecho sólo los Países Bajos y Polonia se mostraron expresamente partidarios de tal disposición; *Informe del Grupo de Trabajo* sobre su quinto período de sesiones (Doc. A/HRC/8/7, p. 7, párrs. 44 y 45).

⁸⁶ *Vid. Informe del Grupo de Trabajo* sobre su quinto período de sesiones (Doc. A/HRC/8/7, p. 7, párr. 43).

⁸⁷ *Vid. Artículo 2.1, bis del Proyecto revisado de Protocolo* (Doc. A/HRC/8/WG.4/2, p. 4).

el mismo Comité «podiera otorgar la condición de *amicus* a instituciones u ONG, cuando proceda, para que faciliten información relativa a una comunicación...». Advertimos, no obstante, que tal condición podría derivar de las previsiones del artículo 8 del mismo Protocolo⁸⁸.

Así pues, el texto del artículo 2 del Protocolo del PIDESC finalmente adoptado mantiene el sistema de legitimación previsto en la inmensa mayoría de tratados de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas, concebidos en lo esencial en torno al concepto de víctima⁸⁹. De forma que la capacidad legal para presentar una comunicación se confiere a las «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»⁹⁰. Siguiendo el mismo modelo, el Protocolo también permite «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»⁹¹.

3.2. Derechos garantizados en el Pacto que pueden ser objeto de una comunicación

La determinación de los derechos garantizados en el Pacto que podrían ser objeto de una comunicación por virtud del Protocolo fue, sin lugar a dudas, la cuestión más controvertida. Sobre la misma, la Presidenta-Relatora del Grupo de Trabajo apuntó – como en su día hizo el mismo Comité guardián del Pacto⁹² – varios enfoques, a saber: 1) “exhaustivo, integral o global”, 2) “restrictivo o limitado” a las Partes II y III del Pacto, y 3) “selectivo o a la carta”⁹³. Sus consecuencias en el principio de indivisibilidad e interrelación

⁸⁸ Véase C. MAHON, *Progress at the Front: The draft Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, en *Hum. Rights Law Rev.*, 2008, 4, p. 617 y ss. (en pp. 634-635); e *Infra* apartado 3.5 del presente trabajo.

⁸⁹ Véase L. SALAMERO TEIXIDÓ, *La protección de los derechos sociales...*, *ob. cit.*, nota 1, pp. 82-83.

⁹⁰ La presentación de comunicaciones de “personas o grupos de personas” está prevista en la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (art. 14.1); los Protocolos Facultativos de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1999, art. 2), de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006, art. 1.1); de la Convención sobre los derechos del niño (2011, art. 5.1); y en el Reglamento del Comité de Derechos Humanos (CCPR/C/3/Rev.7, 4 de agosto de 2004). Por el contrario, sólo legitiman expresamente a “personas” las Convenciones contra la tortura (1984, art. 22.1), sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de los miembros de su familia (1990, art. 14) y la relativa a los derechos de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2006, art. 31.1).

⁹¹ El Protocolo del Pacto copia en este punto –como en otros– la disposición pertinente del Protocolo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 2), interpretado por su Comité (Reglamento art. 68) en el sentido de que los autores que actúen en nombre de personas o grupos de personas pueden ser «representantes designados» o «terceros en nombre de una presunta víctima cuando ésta consienta en ello», mientras que si actúa sin su consentimiento debe presentar por escrito las razones que justifican su actuación; véase el Resumen comparativo de los procedimientos y las prácticas existentes de comunicación e investigación en relación con instrumentos internacionales de derechos humanos y el sistema de las Naciones Unidas (Doc. E/CN.4/2005/WG.23/2, p. 9, párr. 22).

⁹² Véase el proyecto de Protocolo facultativo del Pacto sometido por el Comité a la Comisión de Derechos Humanos (Doc. E/CN.4/1997/105, pp. 11-13, párrs. 24-28).

⁹³ Véase el *Documento analítico* preparado por la Sra. de Albuquerque *Elementos para la elaboración de un Protocolo Facultativo al PIDESC* (Doc. E/CN.4/2006/WG.23/2, pp. 4-5, párr. 5), y el *Memorando de explicación* del primer Proyecto de Protocolo sometido al Grupo de Trabajo en su cuarto período de sesiones (Doc. A/HRC/6/WG.4/2, pp. 14-15, párrs. 3-6).

de todos los derechos humanos, sus efectos en la jerarquización y afirmación de la “justiciabilidad” y la promoción de 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 Alburquerque llamó la atención de los miembros Grupo a los efectos de que tomaran partido por el enfoque que estimaran más conveniente⁹⁴. No fue sin embargo esta correlación de intereses la que motivó las opciones de todos los delegados.

A favor del criterio “a la carta” se pronunciaron los Estados que más pegos plantearon al advenimiento del Protocolo. Su principal argumento se centró en la flexibilidad de un criterio que «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 nacional»⁹⁵. Estos mismos Estados trataron de 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” la gama de derechos expresamente aceptados mediante una cláusula facultativa (*opting o contracting in*)⁹⁶; o b) “rechazando a la carta”⁹⁷ las disposiciones y/o derechos específicos del Pacto aplicables de no mediar su expresa declaración de voluntad (*opting o contracting out*)⁹⁸. Rizando el rizo, también propusieron la posibilidad de combinar el criterio selectivo con el denominado “enfoque de plazos limitados”⁹⁹, 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 hacerlo¹⁰⁰.

La Coalición de ONG por un Protocolo Facultativo del Pacto, los principales grupos regionales – de Estados Africanos y del GRULAC - y algunos Estados europeos (Italia, entre ellos) apoyaron un enfoque “exhaustivo”¹⁰¹, que permitiera denunciar la supuesta

⁹⁴ Vid. *Elementos para la elaboración de un Protocolo...* (Doc. E/CN.4/2006/WG.23/2, pp. 6-7, párr. 8).

⁹⁵ Así lo manifestaron, Alemania, Australia, China, Dinamarca, los Estados Unidos, Grecia, Japón, Nueva Zelanda, los Países Bajos, Polonia, el Reino Unido, la República de Corea, la Federación de Rusia, Suiza y Turquía; *Informe del Grupo de Trabajo* en su cuarto período de sesiones (Doc. A/HRC/6/8, p. 8, párr. 37).

⁹⁶ 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 (Doc. A/HRC/6/8, p. 9, párr. 38).

⁹⁷ También denominado de “reserva” o “exclusión”, *Elementos para la elaboración de un Protocolo...* (Doc. E/CN.4/2006/WG.23/2, p. 5) y *Memorando de explicación del Proyecto original de Protocolo* (Doc. A/HRC/6/WG.4/2, p. 14, párr. 3).

⁹⁸ El representante de Suiza consideró «interesante la idea de un enfoque, ya fuera general o “a la carta” (por el que se decantó finalmente), “limitado al contenido mínimo” de los derechos y centrado en las denuncias de violaciones de las obligaciones de respetar y proteger, con un procedimiento de no aceptación»; *Informe del Grupo de Trabajo* en su segundo (Doc. A/CN.4/2005/52, p. 23, párr. 101) y cuarto períodos de sesiones (Doc. A/HRC/6/8, p. 5, párr. 10); cursivas añadidas.

⁹⁹ Así, la República de Corea y el Reino Unido; *Informe del Grupo de Trabajo* en su cuarto período de sesiones (Doc. A/HRC/6/8, p. 9, párrs. 38 y 39). Véase también *Elementos para la elaboración de un Protocolo...* (Doc. E/CN.4/2006/WG.23/2, p. 5).

¹⁰⁰ Se trata de una técnica común en convenios del Consejo de Europa, y recomendada como cláusula de reserva por la Asamblea Parlamentaria (Recomendación 1223, 1993); véase R. RIQUELME CORTADO, *Las reservas a los tratados. Lagunas y ambigüedades del régimen de Viena*, Murcia, 2004, pp. 97-98.

¹⁰¹ A favor del criterio integral 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 (Doc. A/HRC/6/8, p. 8, párr. 33). Aunque Suecia también se pronunció a favor del criterio exhaustivo (*Ibidem*) su delegación propuso a

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»¹⁰².

A tenor de lo anterior, el proyecto original de Protocolo (2007) incluyó (artículo 2) ambos enfoques, “selectivo”, mediante la técnica *opting out*, y “exhaustivo”, que en este caso aparecía [entre corchetes]¹⁰³ combinado con el criterio “restrictivo o limitado” a los derechos enunciados en las Partes II y III del Pacto¹⁰⁴, 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 (artículo 1, común) y que el Comité de Derechos Humanos no hubiera admitido hasta entonces ninguna reclamación sobre el mismo en consideración a su naturaleza colectiva¹⁰⁵ (aunque sí para interpretar otros derechos enunciados en el Pacto)¹⁰⁶, fueron los principales argumentos barajados en el Grupo para, el 4 de abril de 2008, acordar remitir al Consejo de Derechos Humanos el artículo 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...»¹⁰⁷.

continuación “circunscribir su ámbito de aplicación a las violaciones importantes o significativas” (*Ibidem*, párr. 34).

¹⁰² *Ibidem*, párr. 33. La Coalición de ONG expresó la misma opinión; *Informe del Grupo de Trabajo* en su tercer período de sesiones (Doc. E/CN.4/2006/47, p. 8, párr. 33).

¹⁰³ Que un precepto o parte del mismo se mantuviera entre corchetes pretendía subrayar el foco de la discusión y/o que no todas las delegaciones estaban a favor de su inclusión.

¹⁰⁴ El artículo 2 (Comunicaciones individuales) del Proyecto original de Protocolo decía así: 1. «Las comunicaciones podrán ser presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado parte de cualquiera de los derechos enunciados en [las partes II y III de] el Pacto... 2. Todo Estado parte podrá, en el momento de firmar o ratificar el presente Protocolo o de adherirse a él, declarar que no reconoce la competencia del Comité para examinar comunicaciones individuales en relación con determinadas disposiciones del párrafo 1 del artículo 2 y de los artículos 6 a 15 del Pacto». La Presidenta-Relatora explicó a continuación que, «en su redacción actual, el párrafo 2 procura abarcar gran parte de las variantes del criterio restrictivo, permitiendo a los Estados excluir las comunicaciones sobre determinadas disposiciones del párrafo 1 del artículo 2 y los artículos 6 a 15 (del Pacto)»; por ejemplo, añadió, «al excluir las comunicaciones relativas al párrafo 1 del artículo 2 se limitaría el alcance del procedimiento a las disposiciones de los párrafos 2 y 3 del artículo 2 sobre la no discriminación»; véase el *Memorando de Explicación* de dicho proyecto (Doc. A/ARC/6/WG.4/2, p. 16, párr. 6). El texto del artículo 2.2 se mantuvo [entre corchetes] hasta el quinto período de sesiones del Grupo (Doc. A/HRC/8/WG.4/3, 28 de febrero de 2008, p. 4).

¹⁰⁵ Véase, por ejemplo, *Ominayak, (Jefe de la Agrupación del Lago Lubicon) c. Canadá* (167/1984), CCPR/C/38/D/167/1984 (1990), párr. 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.

¹⁰⁶ 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.

¹⁰⁷ *Vid.* Doc. A/HRC/8/7, Anexo I, p. 35.

Sin embargo, ya en el Consejo, un proyecto de resolución presentado por Portugal y copatrocinado por otros (cuarenta) Estados¹⁰⁸, propuso reemplazar del artículo 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 algunos Estados plantearon a esta propuesta¹⁰⁹, por haber sido presentada en el último momento (dijo el Reino Unido), sin que las delegaciones interesadas hubieran tenido 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 artículo 2 del Protocolo según la nueva redacción. Veremos cuál será la interpretación que deriva 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» (artículos 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»¹¹⁰. Dimensiones que en mi opinión son hoy por hoy el núcleo duro del respeto y garantía del derecho de libre determinación de los pueblos (coloniales)¹¹¹.

Durante el debate del proyecto de Protocolo en la Asamblea General, Canadá y el Reino Unido se apresuraron no obstante a señalar 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»¹¹². Argentina, por su parte, ha añadido al instrumento de ratificación del

¹⁰⁸ Vid. Proyecto de resolución (A/HRC/8/L.2/Rev. 1/Corr.1) presentado en la 27ª 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).

¹⁰⁹ 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.

¹¹⁰ Vid. 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.

¹¹¹ Véase R. RIQUELME CORTADO, *Soberanía permanente del pueblo saharaní sobre sus recursos naturales*, en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2011*, Madrid, 2013, p. 385 y ss.

¹¹² Vid. A/C.3/63/SR.40, pp. 5 y 7, párrs. 23 y 33.

Protocolo del PIDESC una declaración en la que «expresa su entendimiento 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»¹¹³. Las espadas siguen, pues, en alto.

3.3. Condiciones de admisibilidad

Comprobada la competencia del Comité por virtud de la participación del Estado denunciado en el presente Protocolo (artículo 1.2), las condiciones de admisibilidad a las que somete las comunicaciones de particulares son, en general, más estrictas que las exigidas para el mismo procedimiento en otros tratados de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas¹¹⁴, lo que en sí mismo hace presumir que un buen número de violaciones de derechos económicos, sociales y culturales podrían quedar sin expreso pronunciamiento sobre el fondo¹¹⁵.

En primer lugar, la única excepción a la obligación de interponer y agotar los recursos disponibles en la jurisdicción interna del Estado denunciado que el Protocolo contempla (artículo 3.1) estriba en que su tramitación «se prolongue injustificadamente», sin atender que sea improbable que con tales recursos 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 Humanos¹¹⁶, que el agotamiento de los recursos internos sólo es exigible si están disponibles y son eficaces. En segundo lugar, el Protocolo (artículo 3.2, a) impone a la presentación de la comunicación un plazo –de un año- hasta entonces extraño en tratados de ámbito universal¹¹⁷ (que ha copiado el Protocolo de 2011 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 7, h) «salvo en los casos en que el autor pueda demostrar que no fue posible presentarla dentro de ese plazo»¹¹⁸. Vanos resultaron los esfuerzos de la

¹¹³ 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.

¹¹⁴ Véase M. LANGFORD, *Closing the Gap? – An Introduction to the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, en *Norj Jour. Hum. Rights*, 1, p. 1 y ss.; y en el mismo número de esta revista, M. SCHEININ, M. LANGFORD, *Evolution or Revolution? – Extrapolating From...*, *ob. cit.*, nota 71, pp. 108-111; y en la doctrina española L. SALAMERO TEIXIDÓ, *La protección de los derechos sociales...*, *ob. cit.*, nota 1, pp. 88-106.

¹¹⁵ Sirva de 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, por ejemplo, el cuadro comparativo que figura en el documento E/CN.4/2005/WG.23/2, p. 14

¹¹⁶ 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).

¹¹⁷ El único antecedente era, en este ámbito, el Reglamento del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (art. 91, f).

¹¹⁸ 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/6WG.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.

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 PIDESC¹¹⁹.

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 Estados¹²⁰ – para proponer una nueva condición de admisibilidad que tomó cuerpo en el artículo 4 del Protocolo, consistente en la facultad que se confiere al Comité para, de estimarlo necesario, «negarse a considerar una comunicación que no revele que el autor ha estado en situación de clara desventaja»¹²¹.

Expresión de la máxima *de minimis non curat praetor*, esta condición cuenta como precedente en tratados de derechos humanos con el artículo 35.3, b) del Convenio Europeo, modificado, primero, por el Protocolo 14 y, más recientemente, por el Protocolo 15¹²², aún no en vigor¹²³. Su principal propósito es optimizar la calidad y eficacia del procedimiento de denuncias de particulares, recibidas en sede europea por miles, lo que no aventura ser el caso del Protocolo del Pacto. En cuanto a la interpretación que habrá de conferirse a la expresión “clara desventaja”¹²⁴, se ha sugerido que el Comité del PIDESC podría basarse en postulados similares a los que hasta ahora han guiado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹²⁵, que no sólo atiende al perjuicio económico resultante de la violación, sino que asimismo presta atención al hecho de que el asunto sea relevante a efectos de la protección de los derechos humanos. Se trata por lo demás de una cautela que hace expresa el artículo 4 *in fine* del Protocolo del Pacto, que apunta como excepción que el mismo “Comité entienda que la comunicación plantea una cuestión grave de importancia general”.

¹¹⁹ 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 de Trabajo* sobre su cuarto (A/HRC/6/8, p. 12, párr. 61) y quinto período de sesiones (A/HRC/8/7, p. 8, párr. 52).

¹²⁰ Además del Reino Unido, se trató de 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

¹²¹ Sobre los motivos que influyeron en establecimiento de tal condición, véase C. DE ALBURQUERQUE, *Chronicle of an Announced Birth...*, *ob. cit.*, nota 1, pp. 173-174.

¹²² *Vid.* 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 no 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».

¹²³ 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 febrero de 2014 seis Estados (Eslovaquia, Irlanda, Liechtenstein, Mónaco, Montenegro y San Marino) había depositado su instrumento de manifestación del consentimiento en obligarse por el presente Protocolo; véase en tratados del Consejo de Europa, <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=FRE>.

¹²⁴ La literalidad de la expresión parecería implicar, afirma C. COURTIS, «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»; *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).

¹²⁵ Véase L. SALAMERO TEIXIDÓ, *La protección de los derechos sociales...*, *ob. cit.*, nota 1, pp. 103-106.

3.4. Examen de la comunicación. Medidas provisionales

Según dispone el artículo 5.1 del Protocolo, «Tras haber recibido una comunicación y antes de pronunciarse sobre su fondo, en cualquier momento el Comité podrá dirigir al Estado parte interesado, a los fines de su examen urgente, una solicitud para que adopte las medidas provisionales que sean necesarias “en circunstancias excepcionales” a fin de evitar posibles daños irreparables a la víctima o víctimas de la supuesta violación».

Esta disposición sigue el camino abierto por el Protocolo (1999) de la Convención sobre todas las formas de discriminación contra la mujer (artículo 5), y continuado a partir de entonces por todos los tratados de derechos humanos auspiciados por Naciones Unidas¹²⁶, en el sentido de atribuir en el mismo tratado, y no en el Reglamento, facultades discrecionales al Comité respectivo para solicitar del Estado parte denunciado la adopción de medidas provisionales en los casos potencialmente graves¹²⁷. No obstante, el Protocolo del PIDSC añade, como si fuera un marabú —que no contempla el Protocolo de la Convención de la Mujer, aunque sí el Protocolo de 2011 de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 6.1)- la expresión «en circunstancias excepcionales», una propuesta por la Presidenta del Grupo de Trabajo y apoyada por la mayoría de Estados, frente a los que opinaron (como Finlandia y Suiza y todas las ONG) que era redundante¹²⁸.

De conformidad con la práctica establecida por otros órganos de derechos humanos y, en general, de arreglo de controversias¹²⁹, dos son los extremos que presumiblemente habrá de apreciar el Comité para dirigir al Estado denunciado la solicitud de medidas provisionales. De un lado, el perjuicio irreparable que puede derivarse para la(s) víctima(s) caso de que las medidas no se adopten y, de otro, la competencia *prima facie* del mismo Comité en relación con dicho asunto, esto es, la basada en un fundamento aparente (que en principio vendrá determinada por la participación del Estado denunciado en el Protocolo) que sólo más adelante el Comité examinará en profundidad (por ejemplo, en atención a la formulación de reservas). El párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo advierte por ello que «[E]l hecho de que el Comité ejerza las facultades discrecionales que le confiere el párrafo 1... no implica juicio alguno sobre la admisibilidad ni el fondo de la comunicación»¹³⁰.

A partir de ahí, el *iter* procesal de la comunicación no se aleja de las establecidas para este mecanismo de control en otros tratados de derechos humanos, caracterizados por el carácter reservado que guía todo el procedimiento, desde la tramitación de la comunicación (artículo 6.1 del Protocolo del PIDESC), momento a partir del cual el Estado receptor dispone de un plazo de seis meses para presentar explicaciones sobre la cuestión y/o las

¹²⁶ Así, en la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2006, art. 31.4), el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006, art. 4) y el Protocolo Facultativo de 2011 de la Convención sobre los derechos del niño (art. 6).

¹²⁷ De hecho, el mismo Comité del PIDESC había recomendado incluir tal disposición en el proyecto de Protocolo del Pacto elaborado en 1996 (Artículo 5, Medidas provisionales); Doc. E/CN.4/1997/105, p. 15. Y lo mismo hizo la Presidenta Relatora en el primer proyecto de Protocolo sometido en 2007 al Grupo de Trabajo (Doc. A/HRC//6/WG.4/2, p. 6).

¹²⁸ *Vid. Informe del Grupo de Trabajo sobre el quinto período de sesiones* (Doc. A/HRC/8/7, p. 21, párr. 158).

¹²⁹ Caso de la Corte Internacional de Justicia (artículos 41 de su Estatuto y 73 y ss. de su Reglamento).

¹³⁰ La adición de este segundo párrafo fue propuesta por la Coalición de ONG y por aquellos Estados que apoyaron incorporar en el Protocolo la previsión de medidas cautelares: *vid. Informe del Grupo sobre su cuarto período de sesiones* (Doc. A/HRC/6/8, p. 13, párr. 69).

medidas correctivas adoptadas para su solución, hasta su examen en “sesiones privadas” del Comité acerca de si ha habido o no violación de los derechos protegidos violación de los derechos protegidos «a la luz de toda documentación que se haya puesto a su disposición» (artículo 8.1 y 2)¹³¹.

El Protocolo del Pacto no garantiza sin embargo –como sí hacen otros tratados- la confidencialidad de la identidad de las víctimas¹³². Una propuesta de Portugal («La identidad de las personas o grupos de personas interesadas no se revelará sin su consentimiento expreso»)¹³³ fue desestimada por el Grupo considerando que «el conocimiento de la identidad del autor o autores por el Estado parte parece requisito imprescindible para facilitar un recurso eficaz»¹³⁴. 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 «objeción expresa a que se revele su identidad, en lugar de pedir su consentimiento expreso para que pueda revelarse»¹³⁵.

El Protocolo del Pacto incorpora, además, dos disposiciones que si bien no constituyen una novedad en lo tocante a la secuencia del procedimiento de comunicaciones individuales, sí lo son en cuanto a su expresa mención en el tratado y no en el Reglamento de régimen interno del órgano en cuestión. Una consiste en la expresa mención (artículo 7) de la función de buenos oficios que el Comité – de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- pondrá «a disposición de las partes interesadas –el particular o particulares lesionadas y el Estado denunciado- con miras a una solución amigable sobre la base del respeto de las obligaciones establecidas en el Pacto»¹³⁶. Todo acuerdo al respecto pondrá fin al examen de la comunicación en virtud del presente Protocolo (artículo 7.2)¹³⁷.

La otra disposición (artículo 8.3) tiene como principal objetivo asegurar la cooperación entre los órganos de tratados de derechos humanos, universales y regionales, así como evitar la duplicación entre los procedimientos de comunicaciones relativos a derechos económicos, sociales y culturales¹³⁸. El Protocolo del Pacto confiere por eso

¹³¹ Entre la documentación puesta a disposición del Comité cabe considerar, no sólo la remitida por el autor de la comunicación y el Estado interesado, sino también la facilitada en una suerte de *amicus curiae* por ONG u otras asociaciones de la Sociedad Civil; véase en este sentido C. COURTIS, *Comentario del Protocolo Facultativo...*, *ob. cit.*, nota 129, pp. 81-82; C. MAHON sitúa no obstante tal posibilidad en el marco del art. 8.3 del Protocolo, *Progress at the Front: The Draft Optional Protocol...*, *ob. cit.*, nota 91, p. 635.

¹³² Así, por ejemplo, los Protocolos Facultativos de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial («la identidad de las personas o grupos de personas interesadas no se revelará sin su consentimiento», art. 14.6, a) y de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer («siempre que la persona o personas interesadas consientan en que se revele su identidad...», art. 6.1)

¹³³ *Vid. Informe del Grupo de Trabajo* sobre su cuarto período de sesiones (Doc. A/HRC/6/8, p. 14, párr. 77).

¹³⁴ *Vid. Memorando de explicación* del Proyecto de Protocolo revisado (Doc. A/HRC/8/WG.4/2, p. 18, párr. 24).

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ A diferencia de las previsiones de los instrumentos regionales, interamericano (arts. 48 y 49 de la Convención Americana de Derechos Humanos) y europeo (art. 39 de la Convención de Roma, modificada por los Protocolos 11 y 14), en Naciones Unidas tal previsión sólo había sido establecida en el tratado –y no en el Reglamento- en el marco del procedimiento de comunicaciones interestatales (por ejemplo, art. 41.1,e) del PIDCP).

¹³⁷ El Protocolo (2011) de la Convención sobre los derechos del niño incorpora la misma disposición (Artículo 9, Solución amigable).

¹³⁸ El Grupo de Estados Africanos sugirió inicialmente, a tal fin, «exigir el previo agotamiento de los recursos regionales disponibles» para que fuese admisible la denuncia ante el Comité del PIDESC; *Informes del Grupo de*

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»¹³⁹, así como «cualesquiera observaciones y comentarios del Estado parte interesado».

3.5. *El test de la razonabilidad de las medidas adoptadas por el Estado denunciado*

La naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales garantizados en el Pacto determina la singularidad del Protocolo por lo que hace al examen del fondo de una comunicación y de los criterios que deben guiar la decisión del Comité sobre si ha habido – o no - violación de tales derechos¹⁴⁰.

El Proyecto original de Protocolo elaborado por la Presidenta-Relatora incorporó por eso una disposición que pretendía ser conforme con los términos del Pacto (artículo 2.1), 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» (artículo 8.4)¹⁴¹. 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, sin embargo, la piedra de toque de las enmiendas formuladas por los más escépticos¹⁴².

El Reino Unido expresó su preocupación por los criterios relativos al carácter razonable de las medidas adoptadas por el Estado parte, lo que llevó a su delegación a proponer «que se definiera su significado en un anexo explicativo»¹⁴³; mientras que los Estados Unidos sugirieron que se modificara el término “razonables” (*reasonableness*, del

Trabajo sobre su segundo y tercer período de sesiones (Docs. E/CN.4/2005/52, p. 17, párr. 74, y E/CN.4/2006/47, p. 11, párr. 52), un nuevo requisito de inadmisibilidad que la mayoría estimó inviable; véase el *Documento analítico* de la Presidenta, *Elementos para la elaboración de un Protocolo...*, (Doc. E/CN.4/2006/WG.23/2, p. 8, párr. 8).

¹³⁹ Los Reglamentos de los Comités para la Eliminación de la discriminación Racial (art. 95.2), la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (art. 72.2) y contra la Tortura (art. 83) se limitan a prever la posibilidad de que el Comité respectivo pueda «obtener, por conducto del Secretario General, la documentación pertinente de los órganos y organismos especializados de las Naciones Unidas que pueda(n) ayudarlo(s) en el examen de la información recibida...».

¹⁴⁰ Aunque las dos etapas de la comunicación, admisibilidad y examen del fondo de un caso, suelen examinarse por separado, nada obsta a que el órgano de control decida, como hizo el Comité de Derechos Humanos (1995, Comunicación N° 606/1994), su examen simultáneo cuando las partes interesadas y el Comité respectivo lo consideren apropiado. En el Grupo de Trabajo esta cuestión generó cierta controversia a raíz de las sugerencias de Canadá; *Informe del Grupo de Trabajo* sobre su tercer período de sesiones (Doc. A/CN.4/2006/47, p. 12, párr. 62).

¹⁴¹ *Vid. Memorando de explicación* del Proyecto original de Protocolo Facultativo del PIDESC (Doc. A/HRC/6/WG.4/2, p. 21, párr. 19).

¹⁴² Sobre la desarrollo de la redacción del artículo 8.4 del Protocolo, véase B. PORTER, *The Reasonableness of Article 8 (4) – Adjudicating Claims From the Margins*, en *Norj Jour. Hum. Rights*, 2009, 1, p. 39 y ss. (especialmente pp. 43-50).

¹⁴³ *Vid. Informe del Grupo de Trabajo* sobre su cuarto período de sesiones (Doc. A/HRC/6/8, p. 16, párr. 94).

texto inglés) por “no razonables” (*unreasonableness*)¹⁴⁴, lo que le imprimía un carácter más restrictivo. Los mismos Estados (también Canadá, Dinamarca, Noruega, Nueva Zelanda, Polonia y Suecia)¹⁴⁵ insistieron en añadir una disposición que expresamente 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»¹⁴⁶.

En contra se manifestaron otros Estados y todas las ONG, considerando que lo anterior «equivalía prácticamente a modificar el Pacto»¹⁴⁷, «socavaba el objetivo básico del Protocolo»¹⁴⁸ y hacía «recaer una mayor carga de la prueba en las víctimas»¹⁴⁹. Se puntualizó igualmente que la expresa referencia al “margen de apreciación” podía implicar «la adopción selectiva de principios de jurisprudencia del sistema europeo, ignorando los de otros sistemas regionales»¹⁵⁰, cuando realmente la misma doctrina «ya estaba implícita en el Pacto y no era necesario incluir tales criterios en el Protocolo»¹⁵¹. En la Declaración sobre la “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga de conformidad con un Protocolo Facultativo”, ya citada, el Comité guardián del Pacto ya aseguró que «invariablemente» respetaba, en el marco del procedimiento de presentación de informes, 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»¹⁵².

Finalmente, fue una propuesta abanderada por Canadá¹⁵³ la que sirvió la base del consenso que hoy contempla el artículo 8.4 del Protocolo, según el cual «hasta qué punto son razonables las medidas adoptadas por el Estado parte» denunciado serán evaluadas por

¹⁴⁴ China, los Estados Unidos, la India, Japón, Noruega y Polonia expresaron igualmente interés por tales criterios; *Ibidem*, p. 16, párr. 95.

¹⁴⁵ *Vid. Informes del Grupo de Trabajo* en su tercer (Doc. E/CN.4/2006/47, pp. 18,19 párrs. 92-95), cuarto (Doc. A/HRC/6/WG.4/2, p. 16, párrs. 93 y ss.) y quinto período de sesiones (Doc. A/HRC/8/7, p. 12, párr. 90, y p. 22, párrs. 171-174).

¹⁴⁶ La referencia «al amplio margen de valoración...» fue incorporada entre corchetes en el Proyecto de Protocolo revisado (Doc. A/HRC/8/WG.4/2, p. 7) a tenor de la propuesta de los Estados Unidos, que Egipto, Noruega, Polonia y Suecia «consideraron positiva»; *Informe del Grupo de Trabajo* sobre su cuarto período de sesiones (Doc. A/HRC/6/WG.4/2, p. 16, párrs. 95 y 96).

¹⁴⁷ Así lo manifestaron, Bélgica, Eslovenia, México, Portugal, la Coalición de ONG, Amnistía Internacional, la Coalición Internacional de Juristas, y la FIAN (*FoodFirst Information and Action Network*); *Ibidem*, párr. 95.

¹⁴⁸ Temor que en particular expresó la delegación de Portugal, *Informe del Grupo de Trabajo* sobre su quinto período de sesiones (Doc. A/HRC/8/7, p. 22, párr. 171).

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ Así lo manifestó el Centro Noruego para los Derechos Humanos, *Informe del Grupo* sobre su quinto período de sesiones (Doc. A/HRC/8/7, p. 22, párr. 171).

¹⁵¹ Véase el *Memorando de explicación* del Proyecto (primero) de Protocolo (Doc. A/HRC/6/WG.4/2, p. 21, párr. 29).

¹⁵² *Vid.* Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto (Doc. E/C.12/2007/1, de 21 de septiembre de 2007, párrs. 2 y 11).

¹⁵³ 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 de Trabajo* sobre su quinto período de sesiones (A/HRC/8/7), p. 12, párr. 90 y p. 22, párr. 173.

el Comité «de conformidad con la parte II del Pacto», y «[A]l 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 disposición¹⁵⁴.

3.6. Recomendaciones del Comité y seguimiento de su observancia

Tras el examen de la comunicación, el procedimiento acaba con la remisión a las partes del dictamen del Comité sobre si ha habido o no infracción de los derechos protegidos en el Pacto «junto con sus recomendaciones, si las hubiere» (artículo 9.1). Entre esas recomendaciones, el Comité ha declarado que podría indicar toda una gama de medidas dirigidas a ayudar al Estado Parte a remediar las circunstancias que, de ser el caso, dieron lugar a la infracción, tales como sugerir «objetivos y parámetros» para «determinar las medidas que conviene aplicar..., incluir indicaciones de prioridades generales para cerciorarse de que la asignación de recursos se ajuste a las obligaciones que impone el Pacto al Estado Parte; disposiciones en pro de personas y grupos desfavorecidos y marginados; protección de amenazas graves al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales; y observancia de la no discriminación en relación con la adopción y la aplicación de medidas»¹⁵⁵.

De acuerdo con la naturaleza no jurisdiccional de los órganos creados por virtud de tratados de Naciones Unidas y de los procedimientos confiados a su cargo, el Estado parte sólo viene en principio obligado a dar «la debida consideración al dictamen del Comité, así como a sus recomendaciones» (artículo 9.2). Ahora bien, a fin de fortalecer sus efectos, el sistema de órganos cuentan, sea en su Reglamento¹⁵⁶ o en el mismo tratado (tendencia que inauguró el Protocolo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y que siguen otros instrumentos de derechos humanos)¹⁵⁷, con un mecanismo de supervisión dirigido a garantizar la rendición permanente de cuentas por el Estado parte denunciado. Los párrafos 2 y 3 del artículo 9 del Protocolo del PIDESC atienden esta finalidad¹⁵⁸. En primer término, el Estado parte «enviará al Comité,

¹⁵⁴ Véase B. PORTER, *The Reasonableness of Article 8 (4) – Adjudicating Claims From the Margins*, en *Norj Jour. Hum. Rights*, 2009, 1, p. 39 y ss. (especialmente pp. 43-50); y B. GRIFFEY, *The “Reasonableness” Test: Assessing Violations of State Obligations under the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, en *Hum. Rights Law Rev.*, 2011, 2, p. 275 y ss.

¹⁵⁵ *Vid.* 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” (Doc. E/C.12/2007/1, párr. 13).

¹⁵⁶ Por ejemplo, art. 95 del Reglamento del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial; art. 111.5 del Reglamento del Comité contra la Tortura. Asimismo, en 1990, el Comité de Derechos Humanos estableció un procedimiento (art. 95 de su Reglamento) dirigido a observar el seguimiento de las observaciones adoptadas en relación con una comunicación, para cuyo fin el Comité nombra un Relator especial que le informará sobre el particular.

¹⁵⁷ *Vid.* Artículo 7.2 del Protocolo de 1999 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, así como, por ej., el art. 11 (“Seguimiento”) del Protocolo Facultativo de 2011 de la Convención sobre los Derechos del Niño

¹⁵⁸ Durante su gestación, fue Canadá la única delegación que sugirió la supresión de tales párrafos (del art. 8, *bis* del Proyecto de Protocolo revisado) observando que estas cuestiones podían tratarse en el Reglamento,

en un plazo de seis meses, una respuesta por escrito que incluya información sobre toda medida que haya adoptado a la luz del dictamen y las recomendaciones del Comité». Éste podrá, a su vez, recabar mayor información del Estado parte sobre cualesquiera medidas que «haya adoptado en respuesta a su dictamen o sus recomendaciones», incluso, «si el Comité lo considera apropiado», tales explicaciones habrá de suministrarlas el Estado parte «en los informes que presente ulteriormente... de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto». Y es aquí donde radica la esencia de este – como de otros - mecanismos de protección del sistema de Naciones Unidas, en la «correlativa formulación de recomendaciones»¹⁵⁹ y el seguimiento de su observancia por el respectivo órgano de control¹⁶⁰.

4. Procedimientos del Protocolo Facultativo sometidos a su expresa aceptación (*opting in*)

Los procedimientos de comunicaciones entre Estados y de investigación frente a violaciones masivas o sistemáticas de derechos económicos, sociales y culturales, aun siendo diferentes en su naturaleza y caracteres, se identifican porque supeditan su experimentación a la expresa aceptación de los Estados partes en el Protocolo mediante la técnica *opting in* o *contracting in*.

4.1. Comunicaciones entre Estados

El carácter *opting in* del procedimiento de comunicaciones interestatales fue la condición impuesta por la inmensa mayoría de Estados a fin de su previsión en el Protocolo del Pacto. Su artículo 10.1 insiste en tal carácter al disponer: «Todo Estado Parte en el presente Protocolo podrá declarar en cualquier momento, en virtud del presente artículo, que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones en las que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple sus obligaciones dimanantes del Pacto. Las comunicaciones presentadas conforme a este artículo sólo se recibirán y examinarán si las presenta un Estado Parte que haya reconocido con respecto a sí mismo la competencia del Comité en una declaración al efecto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que se refiera a un Estado Parte que no haya hecho tal declaración». Una disposición que imita el Protocolo Facultativo de 2011 de la Convención sobre los Derechos del niño (artículo 12).

Que este clásico mecanismo de supervisión convencional de los derechos humanos sea aún hoy una vía por experimentar en el ámbito universal fue el principal argumento esgrimido en el Grupo de Trabajo para someter su experimentación a una suerte de “doble

Informe del Grupo de Trabajo sobre su quinto período de sesiones (Doc. A/HRC/8/7, p. 13, párr. 93, y p. 23, párr. 176).

¹⁵⁹ Véase J. QUEL LÓPEZ, *Un paso esencial hacia la eficacia internacional de los derechos económicos, sociales y culturales...*, *ob. cit.*, nota 1, pp. 326-327.

¹⁶⁰ Véase el Resumen comparativo de comunicaciones, procedimientos y prácticas de investigación existentes en virtud de instrumentos internacionales de derechos humanos (Doc. E/CN.6/1997/4, p. 18, párr. 64).

llave facultativa”¹⁶¹. La misma razón fue la que llevó al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a no incluir el mecanismo de comunicaciones entre Estados en el proyecto de Protocolo elaborado en 1996¹⁶², así como que recientes instrumentos de derechos humanos, 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) guarden silencio al respecto.

No es en principio la potencial utilidad de este procedimiento de control la que se pone en duda¹⁶³, sino que como señaló Rosalyn Higgins¹⁶⁴ es justamente por lo contrario una «caja de Pandora que todas las partes prefieren mantener cerrada». De hecho, y aunque las cifras no permiten todavía aventurar estadísticas, sólo tres de los doce Estados partes en el Protocolo del Pacto (Finlandia, Portugal y El Salvador), y cuatro de los diez contratantes del Protocolo Facultativo de 2011 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Albania, Alemania, Eslovaquia y Portugal)¹⁶⁵ han hecho la oportuna declaración de voluntad *ad hoc* reconociendo la competencia de los Comités respectivos para recibir y examinar comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte no cumple las obligaciones dimanantes de los tratados concernidos.

Superado este filtro, el mecanismo de comunicaciones interestatales previsto en el Protocolo del Pacto sigue el *iter* procesal establecido en otros instrumentos de derechos humanos del sistema. De manera que, una vez que el Comité ha comprobado el reconocimiento de su competencia por los Estados implicados (denunciante y denunciado), el Protocolo prevé, como primera medida, que el Estado parte que alegue el incumplimiento del Pacto lo señale a la atención del presunto infractor mediante una comunicación escrita, asunto del que aquél también podrá informar al Comité (artículo 10.1, a). Sólo después, y cumplido el plazo de seis meses sin que el asunto se resuelva a satisfacción de los implicados (artículo 10.2, b), cualquiera de ellos tiene derecho de 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, artículo 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 (artículo 10.1, d y e). De no lograrse tal solución, 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

¹⁶¹ Tanto por detractores (China, Ecuador, Etiopía, la Federación de Rusia, Japón, Noruega, Nueva Zelandia, el Reino Unido, la República Árabe Siria y Senegal) como partidarios (caso de Egipto, Portugal, Francia y Polonia) del establecimiento de este procedimiento en el presente Protocolo; *Informes del Grupo* sobre su cuarto (Doc. A/HRC/6/8, p. 18, párr. 109) y quinto período de sesiones (Doc. A/HRC/8/9, p. 13, párr. 94).

¹⁶² «Hay motivos fundados», manifestó en aquella ocasión el Comité, «contra la introducción de semejante procedimiento: los ya existentes en virtud de tratados comparables de derechos humanos de las Naciones Unidas nunca se han utilizado y los gobiernos se han mostrado siempre muy cautelosos respecto de lo que ha sido denominado una “caja de Pandora que todas las partes prefieren mantener cerrada» (Doc. E/CN.4/1997/105, pp. 6-7, párr. 14).

¹⁶³ R.A ALIJA FERNÁNDEZ ha estudiado si y en qué medida resulta(ría) de interés acudir a la activación de quejas interestatales ante la violación de derechos humanos, así como, a la postre, las razones estructurales, de eficacia, eficiencia y políticas, de su escaso uso en la práctica internacional (*Las quejas interestatales ante órganos judiciales o cuasi-judiciales de garantía de los derechos humanos: ¿Un mecanismo útil en situaciones de crisis?*, en *Rev. elec. est. int.*, 2011, véanse especialmente pp. 3 y 24-25).

¹⁶⁴ Véase R. HIGGINS, *Encouraging Human Rights*, *London School of Economic Quarterly*, 1988, 2, p. 249.

¹⁶⁵ Véase por todo la serie de Tratados depositados ante el Secretario General de Naciones Unidas, Cap. IV (Derechos Humanos); puede consultarse en <http://treaties.un.org/pages/ParticipationStatus.aspx>

los Estados partes interesados cualesquiera observaciones que considera pertinentes al asunto entre ambos» (artículo 10.1, ii).

Dado que las observaciones y recomendaciones del Comité no son – como la del resto de sus pares - jurídicamente obligatorias para las partes, éstas únicamente tendrán que soportar, en su caso, la presión moral y política de verse reflejados en el informe anual del Comité (artículo 15 del Protocolo)¹⁶⁶. Pero nada más, pues, a diferencia del procedimiento de comunicaciones de personas o grupos, no se ha previsto ninguna medida de seguimiento de las actuaciones del Comité en el marco del procedimiento de comunicaciones interestatales.

4.2. Investigación

El procedimiento de investigación es un mecanismo de control que en el marco de tratados de derechos humanos de vocación universal inauguró la Convención contra la tortura (1984, artículo 20), seguida de los Protocolos Facultativos de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1999, artículo 8) y sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006, artículo 6). Ahora bien, mientras que en estos instrumentos está previsto con carácter obligatorio de no mediar una declaración de exclusión (*opting o contracting out*), el Protocolo del PIDESC lo contempla con carácter facultativo (*opting o contracting in*).

De conformidad con el artículo 11.1 del Protocolo del Pacto, «Cualquier Estado Parte en el presente Protocolo podrá en cualquier momento declarar que reconoce la competencia del Comité prevista en el presente artículo». Una declaración que hasta la fecha han formulado dos de los Estados partes en el Protocolo (Finlandia y Portugal). Conviene además subrayar que todas las etapas del procedimiento de investigación requieren la colaboración del Estado parte concernido (artículo 11.4).

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» (artículo 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» (artículo 11.2 y 3). Según se desprende de la práctica de otros tratados¹⁶⁷, entre aquellas cabe considerar la contenida en documentos de las Naciones Unidas y de sus Organismos especializados y, 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

¹⁶⁶ *Vid.* también el art. 19 del PIDESC.

¹⁶⁷ En particular la desarrollada en el marco del procedimiento de investigación del Protocolo (1999) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer; *vid.* 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* (Doc. E/CN.4/2005/WG.23/2, pp. 15-16).

Civil. Considerando, asimismo, que el Comité determinará la forma y manera en que obtendrá cualquier información adicional, el Protocolo (artículo 11.3) le atribuye la facultad de encargar a uno o más sus miembros que realicen una investigación y le «presente con carácter urgente un informe»; más aún, «[C]uando se justifique y contando con el consentimiento del Estado parte, la investigación podrá incluir una visita a su territorio»¹⁶⁸.

Tras la investigación, las actuaciones del Comité concluirán en esta fase de examen mediante la transmisión de sus conclusiones, junto con cualesquiera comentarios o recomendaciones que estime oportunas, al Estado parte interesado (artículo 11.5), que en el plazo de seis meses presentará sus propias observaciones (artículo 11.6).

Ahora bien, como en el procedimiento de comunicaciones de personas o grupos, el Protocolo también contempla el «seguimiento del procedimiento de investigación» (artículo 12)¹⁶⁹. Con este objetivo, el Comité podrá invitar al Estado Parte a que le informe de cualesquiera de las medidas que hubiere adoptado como resultado de la investigación, bien sea en el informe periódico que el Estado ha de presentar de conformidad con las previsiones del Pacto (artículos 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 o recomendaciones del Comité.

El procedimiento de investigación tiene carácter confidencial en todas sus etapas (incluidas las reuniones celebradas por el Comité y todos los documentos relativos al procedimiento), a excepción del resumen de la investigación que pueda figurar en el informe anual del Comité (artículo 15). No obstante, en el marco del procedimiento de investigación se impone al Comité (artículo 11.7) «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 artículo 15 del presente Protocolo».

5. Medidas complementarias de asistencia y cooperación internacionales

La plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales exige la activación de medidas complementarias de asistencia y cooperación internacionales como elementos indiscutidos de la aplicación del Pacto (artículo 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)¹⁷⁰. En la Observación general N° 3 el Comité hizo, asimismo, hincapié en la intención que en este contexto tiene el compromiso de los Estados partes de «adoptar medidas... hasta el máximo de los recursos de que disponga», referidos 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

¹⁶⁸ 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.

¹⁶⁹ En el mismo sentido, el artículo 14 (Seguimiento del procedimiento de investigación) del Protocolo Facultativo de 2011 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹⁷⁰ Sobre la obligación de cooperación y asistencia internacional en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales según se desprende de la Carta de Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales, incluido el PIDESC, véase F. GÓMEZ ISA, *Transnational Obligations in the Field of Economic, Social and Cultural Rights*, en *Rev. elec. est. int.*, 2009, 18.

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»¹⁷¹.

Para la consecución de tal objetivo, el proyecto original de Protocolo del PIDESC incluyó una disposición (numerada entonces como artículo 13)¹⁷² con la finalidad de activar el mecanismo establecido en el artículo 22 del Pacto – hasta ahora raramente invocado en el marco del procedimiento de informes periódicos¹⁷³ – en el contexto de los procedimientos de comunicaciones, individuales e interestatales, así como de investigación¹⁷⁴. El actual artículo 14 del Protocolo (Asistencia y cooperación internacionales) contempla tal posibilidad.

De una parte (artículo 14.1)¹⁷⁵, se confieren 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») los dictámenes o recomendaciones del Comité «acerca de las comunicaciones e investigaciones en las que se indique la necesidad de asesoramiento técnico o de asistencia». Asimismo, el Comité también podrá (artículo 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»¹⁷⁷. Pero para que así sea se requerirá «el consentimiento del Estado parte interesado» (artículo 14.1 y 2), lo que se exigió a raíz de una iniciativa de la Federación de Rusia¹⁷⁸ y que contó con apoyo generalizado¹⁷⁹.

¹⁷¹ Vid. *Observación general N° 3*, párrs. 13 y 14.

¹⁷² Vid. Doc. A/HRC/6/WG.4/2, p. 10.

¹⁷³ «Una razón podría ser», afirmó la Sra. de Albuquerque en el *Documento analítico* relativo a los *Elementos para la elaboración de un Protocolo...*, «que las recomendaciones formuladas por el Comité con arreglo al procedimiento de presentación de informes periódicos son de un carácter tan general que no ha sido posible recomendar la adopción de medidas concretas encaminadas a conseguir la progresiva aplicación de disposiciones específicas del Pacto» (Doc. E/CN.4/2006/WG.23/2, p. 26, párr. 52).

¹⁷⁴ Véase el *Documento analítico*, *cit. supra*, pp. 25-26, párrs. 48 y ss.

¹⁷⁵ Fue una propuesta de China, apoyada por Belarús y Nigeria, la que condujo a la división del entonces artículo 13 (hoy 14) en dos párrafos; *Informe del Grupo de Trabajo* sobre su cuarto período de sesiones (Doc. A/HRC/6/8, p. 20, párr. 124).

¹⁷⁶ En su *Observación general N° 2* (Medidas internacionales de asistencia técnica, art. 22 del Pacto, 1990), el Comité consideró que las recomendaciones que caen dentro del art. 22 del Pacto hay que interpretarlas en el sentido de que incluye prácticamente a todos los órganos de Naciones Unidas y organismos que intervienen en cualquier aspecto de la cooperación internacional, identificando a tal fin, entre otros, el Secretario General, órganos subsidiarios del Consejo Económico y Social, programas como el PND, el UNICEF y el Comité de Planificación de desarrollo, a los que hay que sumar organismos especializados tales como el Banco Mundial, el FMI, la OIT, la FAO, la UNESCO y la OMS (Doc. E/1990/23, párr. 2).

¹⁷⁷ El art. 45 de la Convención sobre los Derechos del Niño fue, según afirmó la Sra. de Albuquerque, la que inspiró esta disposición (Doc. A/HRC/6/WG.4/2, P. 22, párr. 35).

¹⁷⁸ La propuesta de la Federación de Rusia iba más lejos pues pretendió «que el asesoramiento o la asistencia técnica deberían ser solicitados por los Estados y no por el Comité»; Belarús, China, Egipto, Guatemala, Perú y Venezuela apoyaron esta iniciativa; *Informe del Grupo* sobre su cuarto período de sesiones (Doc. A/HRC/6/8, p. 19, párr. 121). Ello determinó la enmienda de los párrafos 1 y 2 del entonces artículo 13 del Proyecto revisado de Protocolo dirigida a «aclarar que los Estados Partes deben dar su consentimiento para transmitir cualquier información relativa a la necesidad de asistencia internacional», *Memorando de explicación* (Doc. A/HRC/8/WG.4/2, pp. 21-22, párrs. 46 y 47).

¹⁷⁹ Además de los Estados *cit. supra*, la fórmula «y con el consentimiento del Estado parte interesado» fue apoyada por el Grupo Africano, Argentina, Bangladesh, Francia, Guatemala, la India y los Países Bajos,

Por otra parte, con miras a estimular y facilitar la asistencia y cooperación internacionales, el primer Proyecto de Protocolo previó, sobre la base de una propuesta del Grupo Africano¹⁸⁰, la creación de un fondo “especial” – se adjetivó entonces –, que sería financiado «con contribuciones voluntarias» a fin de 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». De función eminentemente reparadora, esta disposición se inspiró –dijo la Presidenta Relatora del Grupo de Trabajo¹⁸¹– en las previsiones del Estatuto de la Corte Penal Internacional (artículo 79) y del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura (artículo 26). Sin embargo, su definitiva previsión en el Protocolo del PIDESC generó uno de los debates más calientes de su gestación, quedando en su camino parte de los primigenios objetivos para los que fue concebido el mencionado Fondo.

Los opuestos en general al Protocolo y algunos de sus declarados “amigos”¹⁸² expresaron su preocupación por el establecimiento de un fondo que duplicaría los existentes en Naciones Unidas, supondría altos costes administrativos e impondría al Alto Comisionado (ACNUDH) una carga de trabajo adicional, y ello sin saber a ciencia cierta a quiénes beneficiaría ni cómo se harían llegar los fondos a las víctimas. Se apuntó, además, el peligro de vincular las violaciones a la financiación, lo que podría hacer pensar que el incumplimiento de las obligaciones del Pacto se podía 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 para hacer efectiva la obligación jurídica enunciada en el artículo 2.1 del Pacto, y en la misma Carta de Naciones Unidas, de proporcionar asistencia internacional a los países en desarrollo, que más que no tener intención de eludir sus obligaciones, no podrían hacerlas valer plenamente sin asistencia internacional...¹⁸³.

El compromiso se alcanzó in extremis¹⁸⁴ 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». Pero se tratará de un Fondo al que se le ha amputado su finalidad eminentemente reparadora mediante la supresión de la expresión «y en beneficio de las víctimas...». Del artículo 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

Polonia; *Informe del Grupo de Trabajo* sobre su quinto período de sesiones (Doc. A/HRC/8/7, p. 14, párrs. 107 y 109).

¹⁸⁰ *Vid. Informe del Grupo de Trabajo* sobre su tercer período de sesiones (E/CN.4/2006/47), p. 15, párr. 78.

¹⁸¹ *Vid. Memorando de explicación* del primer proyecto de Protocolo (A/HRC/6/WG.4/2), p. 22, párr. 36.

¹⁸² Por ejemplo, Bélgica, Finlandia y Francia; véanse los *Informes del Grupo de Trabajo* sobre su cuarto (Doc. A/HRC/6/8, p. 20, párr. 127) y quinto períodos de sesiones (Doc. A/HRC/8/7, p. 15, párrs. 114 y 117, y p. 24, párrs. 183-185).

¹⁸³ Así lo expresaron, en particular, Argentina y Egipto en nombre de los países del Grupo Africano; *Informes del Grupo de Trabajo* sobre su cuarto (A/HRC/6/8), p. 21, párr. 130, y quinto períodos de sesiones (A/HRC/8/7), p. 15, párr. 115.

¹⁸⁴ 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).

el sentido de que las contribuciones al fondo «pasaran a ser 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 artículo 2.1 del Pacto»¹⁸⁵.

El párrafo 4º del artículo 14 pretende por su parte 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». Se ha dicho que la intención que subyace a esta disposición consiste en «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»¹⁸⁶.

6. Conclusión

La adopción del Protocolo del PIDESC el 10 de diciembre de 2008 constituyó, según se proclamó con razón, «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»¹⁸⁷; con el que en efecto se daba «un paso esencial hacia la eficacia internacional de los derechos económicos, sociales y culturales»¹⁸⁸, que corregía el desequilibrio entre categorías de derechos creadas artificialmente, manifiesto en la comparación con el régimen protector de su “gemelo”, el PIDCP, al tiempo que completaba «la pieza que faltaba en la Carta Internacional de Derechos Humanos»¹⁸⁹, integrada por la Declaración Universal y los mismos Pactos.

La entrada en vigor general del Protocolo el 5 de mayo de 2013 no cabe duda que vigoriza y refuerza las anteriores manifestaciones de júbilo. A ello hemos de añadir las que, asimismo, merece la inminente entrada en vigor del Protocolo Facultativo de diciembre de 2011 a la Convención sobre los Derechos del niño, prevista para el 14 de abril de 2014. Con ellos, todos los tratados de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas dotados de órganos propios de supervisión, y por eso considerados “fundamentales”, prevén el derecho de los particulares a denunciar la supuesta violación por un Estado parte de las obligaciones convencionales asumidas mediante el habitualmente denominado “procedimiento de presentación de comunicaciones (de particulares)”.

Su gran mérito consiste en derribar la concepción de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos de “segunda generación” por imponer, se decía desde esta errónea afirmación, no “obligaciones de resultado” como las derivadas de los derechos

¹⁸⁵ Así lo afirmó Egipto en nombre de los países del Grupo Africano; *Informe del Grupo de Trabajo sobre su cuarto período de sesiones* (A/HRC/6/8, p. 20, párr. 128).

¹⁸⁶ Véase C. COURTIS, *Comentario del Protocolo Facultativo del PIDESC*, *ob. cit.*, nota 129, p. 111.

¹⁸⁷ Véase la intervención de la ACNUDH, Louise Albour, ante el Grupo de Trabajo al término de sus sesiones; *Informe del Grupo de Trabajo sobre su quinto período de sesiones* (A/HRC/8/7, 6 de mayo de 2008), p. 3, párr. 5.

¹⁸⁸ Véase J. QUEL LÓPEZ, *Un paso esencial hacia la eficacia internacional de los derechos económicos, sociales y culturales...*, *ob. cit.*, nota 1.

¹⁸⁹ Véase 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*, *ob. cit.*, nota 1.

civiles y políticos, sino únicamente “obligaciones de comportamiento” progresivo supeditadas a la disponibilidad de recursos y a la política económica y social estatal. La discriminación se proyectaba, a partir de ahí, en los límites impuestos a la “justiciabilidad” de esta gama de derechos en los ordenamientos internos y en los mecanismos internacionales dispuestos para verificar su observancia, generalmente constreñidos a la vía de presentación de informes periódicos. La estrategia dirigida a resolver esta desigualdad histórica consistía, pues, en dotar a los derechos económicos, sociales y culturales del procedimiento de control internacional más avanzado previsto para asegurar la observancia de derechos civiles y políticos, consistente en el derecho de los particulares a denunciar la supuesta violación por un Estado parte de las obligaciones convencionales asumidas.

Este fue el órdago y *leit motiv* del Protocolo del PIDESC, instaurar como procedimiento medular la competencia del Comité guardián del mismo Pacto para recibir y examinar comunicaciones de personas o grupos de personas que aleguen ser víctimas de la supuesta violación por un Estado Parte de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. Para verificar su observancia, el Protocolo contempla otros mecanismos de supervisión sometidos a su expresa aceptación (*opting in*), a saber, la presentación de “comunicaciones entre Estados” y el procedimiento de “investigación” confidencial ante violaciones graves o sistemáticas de derechos económicos, sociales y culturales. A ellos se añade la posibilidad de activar, con el consentimiento del Estado interesado, medidas complementarias de “asistencia y cooperación internacionales”, incluido a tal fin la previsión de un Fondo fiduciario.

Ahora bien, sin pretender bajar el diapasón del entusiasmo, hoy es si cabe más necesario llamar la atención sobre el camino que queda por recorrer para que sea generalizada la percepción de que todos los Estados, más aún los que son partes en el PIDESC (siento sesenta y un Estados) tienen la obligación de adoptar medidas, especialmente legislativas y judiciales, sea por separado o mediante la asistencia y cooperación internacionales, a fin de lograr la plena efectividad de los derechos económicos sociales y culturales (artículo 2 del Pacto), de los que forman parte derechos primarios y básicos (a la alimentación, a la salud, a la educación...) con frecuencia sometidos a las más intolerables restricciones masivas y directas. Que el Protocolo del Pacto haya tardado cerca de cinco años en conseguir las diez manifestaciones requeridas para su entrada en vigor y que, hoy, 15 de febrero de 2014, cuente tan sólo doce Estados partes puede ser indicativo de lo que se acaba de señalar.

Sirva en este sentido como conclusión lo afirmado por la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Magdalena Sepúlveda, en el *Proyecto final de los Principios Rectores* que han de guiar los pasos a dar en este ámbito (2012)¹⁹⁰, en el que subrayó que la promoción y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales «no sólo es un deber moral, sino también una obligación jurídica en el marco de la normativa internacional vigente», de manera que «los Estados tienen la obligación inmediata de adoptar medidas para hacer plenamente efectivos los derechos económicos, sociales y culturales, y la normativa de derechos humanos exige que en todo momento se garanticen por lo menos los niveles esenciales mínimos de todos los derechos». Dado el efecto desproporcionado y devastador de las crisis económicas y financieras, en general, y en los grupos más vulnerables, en particular, el mencionado documento advierte asimismo que los

¹⁹⁰ Vid. *Proyecto final de los Principios Rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos*, Doc. A/HRC/21/39, distribuido el 12 de julio de 2012.

Estados deben asegurarse de que «las políticas públicas, incluidas las medidas presupuestarias y fiscales [...] deben cumplir con las normas y los principios de derechos humanos, en particular la igualdad y no discriminación» en tanto que obligaciones inmediatas y transversales. Como parte de sus obligaciones internacionales, los Estados tienen además el deber de «prevenir las violaciones de los derechos humanos por agentes no estatales, como las empresas», lo que exige la adopción de medidas para «investigar, castigar y remediar todo abuso mediante políticas, legislación, reglamentos y decisiones eficaces».

Anexo: Reseña de los tratados fundamentales de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas. Sus mecanismos de supervisión.

Tratados fundamentales de DDHH del Sistema ONU Estados partes a 15 de febrero de 2014	En vigor	Partes
Eliminación discriminación racial (1965)	4/01/1969	176
Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (1966)	23/03/1976	167
- Protocolo del PIDCP sobre comunicaciones (1966)	23/04/1973	115
- Protocolo sobre la abolición de la pena muerte (1989)	1/07/1991	78
Pacto Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)	23/01/1976	161
- Protocolo del PIDESC (2008)	5/05/2013	12
Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979)	3/11/1981	187
- Protocolo c. Discriminación Mujer (1999)	22/12/2000	104
Contra la tortura y otras penas crueles, inhumanas o degradantes (1984)	20/06/1987	154
- Protocolo Convención c. tortura (2002)	22/06/2006	63
Derechos del niño (1989)	20/11/1990	193
- Protocolo venta de niños, prostitución... (2000)	18/01/2002	158
- Protocolo participación niños conflictos... (2000)	12/02/2002	147
- Protocolo instaurando el procedimiento de comunicaciones (2011)	Prevista 14/04/2014	10
Protección trabajadores migratorios (1990)	1/07/2003	47
Derechos de las personas con discapacidad (2006)	3/05/2008	141
- Protocolo Facultativo C. Discapacidad (2006)	3/05/2008	79
Derechos personas contra las desapariciones forzosas (2006)	23/12/2010	42

Procedimientos de control establecidos en tratados <i>fundamentales</i> de derechos humanos del sistema ONU					
Tratado	Órgano	Funciones			
		Informes periódicos	Comunicaciones entre Estados	Comunicaciones de particulares	Investigación de violaciones graves
PIDCP (1966)	Comité de Derechos Humanos	Art. 40	Art. 41 (<i>opting in</i>)		
Protocolo (1966) del PIDCP	Id.			✓	
PIDESC (1966)	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Arts. 16 y 17			
Protocolo (2008) del PIDESC	Id.		Art. 10 (<i>opting in</i>)	Arts. 1-9	Arts. 11-12 (<i>opting in</i>)
Convención Eliminación de la Discriminación Racial (1966)	Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial	Art. 9	Arts. 11-13	Art. 14 (<i>opting in</i>)	
Convención Eliminación Discriminación contra la Mujer (1979)	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer	Art. 18			
Protocolo (1999) de la Convención... Mujer	Id.			Arts. 1-7	Arts. 8-10 (<i>opting out</i>)
Convención contra la Tortura (1984)	Comité contra la Tortura	Art. 19	Art. 21 (<i>opting in</i>)	Art. 22 (<i>opting in</i>)	Art. 20 (<i>opting out</i>)
Protocolo (2002) de la Convención c. Tortura	Comité para la Prevención de la Tortura	Sistema de visitas periódicas			
Convención sobre los Derechos del Niño (1989)	Comité de los Derechos del Niño	Art. 44			
Protocolo (2011) de la Convención Derechos del Niño	Id.		Arts. 1 y Parte II (arts. 5-11)	Art. 12 (<i>opting in</i>)	Parte III (arts. 13-14) (<i>opting out</i>)
Convención protección Derechos	Comité de Protección de los Derechos	Arts. 73-74	Art. 76	Art. 77	

Trabajadores Migratorios y sus familiares (1990)	de todos los Trabajadores migratorios y sus familiares		<i>(opting in)</i>	<i>(opting in)</i>	
Convención derechos de las personas con Discapacidad (2006)	Comité sobre los Derechos de las personas con Discapacidad	Arts. 35-36			
Protocolo Facultativo (2006) de la Convención derechos personas con discapacidad	Id.			Arts. 1-5	Arts. 6-8 <i>(opting out)</i>
Convención protección de todas las personas contra Desapariciones forzadas (2006)	Comité sobre las Desapariciones Forzadas	Art. 29	Arts. 31 <i>(opting in)</i>	Arts. 32 <i>(opting in)</i>	