

**EL PROTOCOLO FACULTATIVO DEL PACTO
INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS,
SOCIALES Y CULTURALES.
COMUNICACIONES DE PERSONAS O GRUPOS COMO
PIEDRA ANGULAR**

***OPTIONAL PROTOCOL TO THE INTERNATIONAL
COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL
RIGHTS.
COMMUNICATIONS FROM INDIVIDUALS: THE
CORNERSTONE OF THE INSTRUMENT***

Rosa Riquelme Cortado*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. INDIVISIBILIDAD E INTERDEPENDENCIA DE *TODOS* LOS DERECHOS HUMANOS. LETRA Y MÚSICA... III. EL PROTOCOLO FACULTATIVO DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. IV. COMUNICACIONES DE PERSONAS O GRUPOS DE PERSONAS. V. PROCEDIMIENTOS DEL PROTOCOLO *FACULTATIVO* SOMETIDOS A SU EXPRESA ACEPTACIÓN (*OPTING IN*). VI. REFLEXIÓN FINAL A 1º DE OCTUBRE DE 2012.

RESUMEN: El 10 de diciembre de 2008 la Asamblea General aprobó el Protocolo Facultativo –el primero del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales instaurando como procedimiento *estrella* la competencia del Comité guardián del 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*. Cabe no obstante sentir una cierta frustración porque el Protocolo del Pacto, cumplidos ya cerca de cuatro años desde su adopción, no haya conseguido sumar las diez manifestaciones del consentimiento requeridas para su entrada en vigor, siendo España el único europeo occidental que a 1º de octubre de 2012 contaba en la lista de los contratantes.

Fecha de recepción del original: 5 de julio de 2012. Fecha de aceptación de la versión final: 15 de octubre de 2012.

* Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Murcia.

ABSTRACT: On 10 December 2008, General Assembly proceeded to adopt the (First) Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, which establishes as key procedure the competence of the Committee to receive and review communications from individuals or groups of individuals claiming to be victims of any of the rights set forth in the Covenant. The Protocol provides for other monitoring mechanisms subject to express acceptance (opting in) to ensure compliance, namely the submission of inter-state communications and a confidential inquiry procedure in cases of grave or systematic violations of economic, social or cultural rights. Furthermore, it is envisaged the possibility to trigger complementary measures of international assistance and cooperation, Trust Fund included, with the consent of the State concerned. A certain frustration may nonetheless be felt at the fact that, in four years since its adoption, the Protocol has not yet received the tenth instrument of ratification or accession required to entry into force, being Spain, on 1 October 2012, the only Western European state listed among the Contracting States.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos, derechos económicos, sociales y culturales, justiciabilidad, presentación de comunicaciones de particulares, admisibilidad y examen, comunicaciones entre Estados, procedimiento de investigación, asistencia y cooperación internacionales, fondo fiduciario

KEYWORDS: *Human Rights, Economic, Social and Cultural Rights, justiciability, communications from individuals, admissibility and examination of communications, inter-State communications, inquiry procedure, international assistance and cooperation, Trust Fund.*

I. INTRODUCCIÓN

Todos los tratados de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas dotados de órganos propios de supervisión, y por eso considerados *fundamentales*, establecen hoy, sea en el mismo tratado o en un protocolo facultativo, 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*. Pero no todos contaron con este mecanismo de control al tiempo de su nacimiento. Los tratados especialmente concebidos para el reconocimiento y protección de derechos económicos, sociales y culturales hubieron de esperar... cuarenta y dos años el Pacto Internacional de 1966 (PIDESC)¹.

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 aprobó (resolución 63/117) sin someter a votación el Protocolo Facultativo –el primero- del PIDESC instaurando como procedimiento *estrella* (artículo 2) la presentación de comunicaciones “por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto”. Con la adopción del Protocolo, se proclamó a los cuatro vientos, se da “un paso esencial

¹ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) fue adoptado y abierto a la firma por resolución (2200 A- XXI) de la Asamblea General de 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor general el 3 de enero de 1976; para España el 27 de julio de 1977 (BOE nº 103, de 30 de abril de 1977).

hacia la eficacia internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”², que corrige el desequilibrio entre categorías de derechos creadas artificialmente, manifiesto en la comparación con el régimen protector de su *gemelo*, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, 1966)³; se cuenta con “la pieza que faltaba en la *Carta Internacional de Derechos Humanos*”⁴, integrada por la Declaración Universal y los mismos Pactos; “un hito en la historia del sistema universal que proporcionaría un impulso importante y se traduciría en una renovada atención a los derechos económicos, sociales y culturales”⁵.

Tres años después, el 19 de diciembre de 2011, la Asamblea General daba el mismo paso en relación con la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) mediante la adopción (resolución 66/118) de un nuevo Protocolo Facultativo –el tercero de esta Convención– estableciendo, entre otros mecanismos para su supervisión, el procedimiento de *comunicaciones individuales*.

Apenas es preciso llamar la atención sobre la trascendencia del derecho que estos flamantes instrumentos reconocen a individuos y grupos para denunciar ante instancias internacionales la violación de derechos económicos, sociales y culturales, tradicionalmente considerados de *segunda generación*. El principio de *indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos* fue su partitura natural, y el primer punto que abordaremos a continuación (II) prendido del debate que plantea la *justiciabilidad* de esta gama de derechos por carecer –dicen los que se la niegan– de todo elemento que pueda ser objeto de apreciación por tribunales u otros órganos cuasi-judiciales. La precisión del carácter y alcance de las obligaciones derivadas del PIDESC, principalmente por la influencia de la labor del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité, en adelante), fue determinante para auspiciar la letra del Protocolo.

² Así lo afirmó el prof. Javier QUEL LOPEZ, uno de los primeros internacionalistas que en nuestra doctrina abordó el estudio del Protocolo del Pacto con un trabajo que tituló “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*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 305-334.

³ En el sistema de Naciones Unidas, fue el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, creado para la supervisión del Pacto, el que más tateó esta réplica con miras a contar con el procedimiento de presentación de comunicaciones de particulares; *vid.* los documentos remitidos como *Contribución del Comité a la Conferencia Mundial de Derechos Humanos* (Viena, 1993) (Doc. A/CONF.157/PC/62/Add. 5), según tendremos oportunidad de examinar.

⁴ Expresión de Caterina De ALBURQUERQUE, C., Presidenta-Relatora del Grupo de Trabajo de composición abierta que laboró por la gestación del Protocolo del Pacto, “Chronicle of an Announced Birth: the Coming Into Life of the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: the Missing Piece of the International Bill of Human Rights”, *Human Rights Quarterly* 32 (2010), pp. 144-178.

⁵ Así lo manifestó la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), Louise Albour, en su intervención ante el mismo Grupo al término de las sesiones de trabajo; *Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta sobre un Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (Informe del Grupo, en adelante) 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, 6 de mayo de 2008, p. 3, p. 5.

Dicho esto, cabe sentir una cierta frustración porque el Protocolo del Pacto, cumplidos ya cerca de cuatro años desde su adopción, aún no haya conseguido sumar las diez manifestaciones del consentimiento requeridas para su entrada en vigor (artículo 18.1)⁶. En la lista de los actuales contratantes del Protocolo del PIDESC (ocho a 1º de octubre de 2012) predominan Estados pertenecientes al Grupo Latinoamericano Caribeño (GRULAC), significados durante su gestación entre los denominados *amigos del protocolo*⁷, como España, que siguiendo las directrices del Plan de Derechos Humanos aprobado por el Consejo de Ministros en 2008⁸ era el único europeo occidental que hasta ahora lo había ratificado (el 23 de diciembre de 2010)⁹.

He aquí una –la- muestra de que el mensaje no parece haber calado en la percepción de que la protección jurídica de derechos económicos, sociales y culturales es una obligación de los Estados parte en el Pacto (ciento sesenta a 1º de octubre de 2012) y parte esencial de la garantía y respeto de derechos primarios y básicos (a la alimentación, a la salud, a la educación...) con frecuencia sometidos a las más intolerables restricciones masivas y directas. También hoy en nuestro mundo ¿desarrollado? el capitalismo salvaje ha tenido como consecuencia una crisis financiera que salva a los *mercados* hundiendo servicios esenciales de la sociedad, lo que ha aumentado la desigualdad social hasta extremos incompatibles con las obligaciones asumidas convencionalmente y contrarias con los mismos principios constitucionales. “La democracia, la estabilidad y la paz no pueden sobrevivir mucho tiempo en condiciones de miseria crónica, desposeimiento y abandono”, afirmó el Comité guardián del Pacto hace veinte años sin que haya perdido actualidad su advertencia en el sentido de que “la creciente insistencia en las políticas de libre mercado trae consigo una mayor necesidad de garantizar que se tomen medidas para salvaguardar y promover los derechos económicos, sociales y culturales”; si ello “resulta fútil”, añadió, “esos fracasos generarán renovados movimientos en gran escala de personas, creándose

⁶ Las mismas manifestaciones del consentimiento (diez) requiere la entrada en vigor del Protocolo Facultativo (2011, art. 19) de la Convención sobre los derechos del niño. A 1º de octubre de 2012 el Protocolo de 2011 a la Convención sobre los derechos del niño contaba con el depósito de dos instrumentos de manifestación del consentimiento (Gabón y Tailandia); *vid.* 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>.

⁷ A 1º de octubre de 2012 habían ratificado el Protocolo del PIDESC los siguientes Estados: Argentina (24 de octubre de 2011); Bolivia (13 de enero de 2012); Bosnia y Herzegovina (18 de enero de 2012); Ecuador (11 de junio de 2010); El Salvador (20 de septiembre de 2011); Eslovaquia (7 de marzo de 2012); España (23 de septiembre de 2010) y Mongolia (1 de julio de 2010); *vid.* la pág. Internet de la ONU *cit. supra*. También las convincentes razones a favor de la ratificación del Protocolo apuntadas por SIMMONS, B., “Should States Ratify? – Process and Consequences of the Optional Protocol to the ICESCR”, *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 27, No. 1, 2009, pp. 64-81.

⁸ *Plan de Derechos Humanos* aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de diciembre de 2008, parte IV (“Acción exterior”), 1 (ONU), Medida 2, p. 16 (puede consultarse en http://www.mpr.es/uploads/media/pdf/2/ddhhes_1260787618.pdf). España también se ha significado entre los signatarios (el mismo día de abrirse a la firma, 28 de febrero de 2012) del Protocolo Facultativo (2011) de la Convención sobre los derechos del niño.

⁹ *Vid.* LÓPEZ MARTÍN, A. G., “La protección internacional de los derechos sociales, a propósito de la ratificación española del Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 2008”, *Foro. Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas. Nueva época*, núm. 13/2011, pp. 13-59, especialmente en relación con este punto pp. 38-47.

corrientes de refugiados y de los llamados *refugiados económicos*, con todas las tragedias y los problemas que eso trae consigo”¹⁰.

En realidad el *fantasma* de la (no) *justiciabilidad* de derechos económicos, sociales y culturales rondó durante todo el proceso la gestación del Protocolo (que examinaremos en el epígrafe III), con consecuencias en los límites impuestos a la experimentación de los mecanismos en él dispuestos para salvaguardar y verificar la aplicación del Pacto. Así, en lo tocante al procedimiento de *presentación de comunicaciones individuales* (IV) se manifestó en los enfoques *ratione materiae* barajados respecto de los derechos garantizados en el Pacto que podrían ser –o no- objeto de una comunicación, en las condiciones, más severas, establecidas para determinar su admisibilidad, en los ninguneos a los que se somete la decisión del Comité en el examen del fondo de una comunicación...

Otra perceptible muestra del escepticismo cuando no abierta aversión que suscita el control internacional del cumplimiento de esta gama de derechos la confiere el hecho de que el Protocolo en sí *facultativo* haga depender de una declaración estatal *ad hoc* la competencia del Comité en relación con los otros procedimientos en él previstos para la supervisión del Pacto (V), a saber, para recibir y examinar *comunicaciones entre Estados* y activar el *procedimiento de investigación* ante violaciones graves o sistemáticas de derechos económicos, sociales y culturales. El consentimiento del Estado interesado también se precisará para que el Comité pueda en el contexto del Protocolo, esto es, en relación con lo observado en comunicaciones e investigaciones, señalar a la atención de los órganos competentes la conveniencia de tomar medidas internacionales de asistencia y cooperación, así como para que éstas se presten por conducto de un previsible *Fondo fiduciario*, punto neurálgico y más discutido de este mecanismo complementario (que examinaremos por eso en el punto III) dirigido a hacer valer y promover los derechos garantizados en el Pacto.

Nuestro trabajo concluirá (VI) con una reflexión final sobre las luces y sombras que proyecta el Protocolo del PIDESC, a la espera, a 1º de octubre de 2012, de que logre atraer a partir de ahora una amplia y cualitativa participación libre de reservas, dirigida a asumir el más alto grado de compromiso de los mecanismos de control instituidos con carácter facultativo.

II. INDIVISIBILIDAD E INTERDEPENDENCIA DE TODOS LOS DERECHOS HUMANOS. LETRA Y MÚSICA...

El principio de que todos los derechos humanos son indivisibles, interdependientes y están relacionados entre sí constituye uno de los pilares conceptuales que –con la universalidad- sustentan el edificio normativo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1948) así lo

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

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 doctrina¹¹. Más aún, la comunidad internacional en su conjunto ha proclamado e insistido en la trascendencia del principio en diferentes y sucesivas declaraciones solemnes adoptadas por consenso. La más analítica de estas manifestaciones fue la *Declaración y Programa de Acción de Viena* (1993) adoptada 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”¹². La *Declaración del Milenio* (2000)¹³, el *Documento Final de la Cumbre Mundial 2005*¹⁴, el *Plan de Acción Mundial 2010*¹⁵ ..., han reiterado sistemáticamente el principio. El mismo se ha erigido en guía de la labor del Consejo de Derechos Humanos –basada en la trinitaria *Carta Internacional de Derechos Humanos*¹⁶ – “a fin de impulsar la promoción y protección de todos los derechos humanos, es decir, los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”¹⁷.

Desde luego, la letra de tan enfáticas declaraciones suena bien, pero había que esperar a instrumentar su música en el régimen protector de tratados especialmente concebidos para garantizar la promoción y protección de derechos económicos, sociales y culturales, tradicionalmente catalogados de *segunda generación* por imponer, se decía desde esta errónea concepción, no *obligaciones de resultado* como las derivadas de derechos civiles y políticos, sino únicamente *obligaciones de comportamiento progresivo* supeditadas a la disponibilidad de recursos y a la política económica y social estatal. La discriminación se proyecta(ba), a partir de ahí, en los límites impuestos a la *justiciabilidad* de este conjunto de derechos en los ordenamientos internos y en los

¹¹ “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”.

¹² *Declaración y Programa de Acción de Viena*, 1993 (A/CONF.157/23, Parte I, párr. 5).

¹³ A/RES/55/2 (2000).

¹⁴ A/RES/60/1 (2005), *vid.* en particular el numeral 121.

¹⁵ A/RES/65/1 (2010) “Cumplir la promesa: Unidos para lograr los Objetivos de Desarrollo del Milenio” (ODM); *vid.* párrs. 3, 12, 13, 23, j, 55, 72.... Conviene en todo caso precisar, en el sentido que lo ha hecho el ACNUDH, que la naturaleza del compromiso y alcance de derechos económicos, sociales y culturales es más amplia que los ODM tanto desde el punto de vista de su alcance territorial como material, *vid.* el Folleto Informativo de la Oficina N° 33, puede consultarse en http://www.unscn.org/layout/modules/resources/files/FS33_sp_1.pdf.

¹⁶ Representativo es, entre otras manifestaciones, que la *Carta Internacional de Derechos Humanos* – integrada como sabemos por la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos de 1966– sirva de *base*, junto con el Derecho Internacional Humanitario, al Examen Periódico Universal (EPU, resolución 5/1, 2007, Construcción institucional del Consejo de Derechos Humanos, Parte I, A. 1), ya en su segundo ciclo (2012-2016). Sobre el papel desempeñado por este procedimiento respecto de los derechos económicos, sociales y culturales, *vid.* DUGGAN-LARKIN, J., “Can an Intergovernmental Mechanism Increase the Protection of Human Rights? The Potential of Universal Periodic Review in Relation to the Realisation of Economic, Social and Cultural Rights”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 28, 2010-3, pp. 516-522.

¹⁷ A/RES/60/251 (2006), numeral 4.

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 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 asumidas¹⁸.

Dejando a un lado los veteranos *procedimientos de reclamaciones y/o denuncia de particulares* establecidos en la OIT (de carácter colectivo)¹⁹ y la UNESCO (de personas y grupos)²⁰, en el marco de instrumentos convencionales de derechos humanos el primer acorde lo compusieron los sistemas regionales del Consejo de Europa y de la OEA. En el primero, el Protocolo de 1995 (en vigor el 1 de julio de 1998) a la Carta Social Europea (Turín, 1961, *Revisada*, 1996)²¹ establece un mecanismo de *denuncias colectivas* (arts. 1-3) ante el *Comité Europeo de Derechos Sociales*²² en relación con cualesquiera de las disposiciones sustantivas de la Carta que los Estados partes hubieran considerado de aplicación nacional (de *elección a la carta* se suele denominar)²³.

¹⁸ Vid. KERDOUN, A., “La place des droits économiques, sociaux et culturels dans le droit international des droits de l’homme», *Revue Trimestrielle de droits de l’Homme (RTDH)*, 2011/87, pp. 499-524.

¹⁹ Cfr. arts. 24 y 25 de la Constitución de la OIT. Asimismo, a raíz de los Convenios OIT 87 y 98 sobre libertad sindical y negociación colectiva se creó (en 1951) el *Comité de Libertad Sindical* con el mandato de examinar las quejas sobre la violación de estas libertades hubiese o no ratificado el país concernido los convenios pertinentes; de haberlo hecho, los aspectos legislativos del caso pueden remitirse a la *Comisión de Expertos*; vid. la colección de ensayos preparados como tributo a VALTICOS en *Les normes internacionales du travail: un patrimoine pour l’avenir* (dir. JAVILIER, J.C. y GERNIGON, B.) Ginebra, 2004, especialmente los capítulos I (“The Supervisory System”) y II (“Freedom of Association”); también BOIVIN, I., y ODERO, A., “La Comisión de Expertos de la OIT y el progreso de las legislaciones nacionales”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 125 (2006), número 3; y ALIJA FERNÁNDEZ, R. A., “La aplicación de los Convenios y Recomendaciones de la OIT: el control de la aplicación de las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados en el marco institucional de la OIT”, en BONET PÉREZ, J., y OLESTI RAYO, A., *Nociones básicas sobre el régimen jurídico internacional del trabajo*, Huygens, Barcelona, 2010, pp. 197-210.

²⁰ La Decisión 104/EX/3/3 (París, 4 de julio de 1978) del Consejo Ejecutivo regula un mecanismo de examen de denuncias de personas y grupos de presuntas violaciones de los derechos humanos en la esfera de competencia de la Organización (educación, ciencia, cultura e información), siendo el *Comité de Convenciones y Recomendaciones* (de carácter intergubernamental) el órgano competente para recibir y examinar tales denuncias.

²¹ Aunque concebida como un texto autónomo, la *Carta Social Revisada* (en vigor el 1º de julio de 1999) tuvo como objetivo plasmar la evolución del derecho del trabajo y de las políticas sociales y reagrupar en un instrumento único el conjunto de derechos garantizados en la Carta de Turín (1961) y el Protocolo de 1988. A este fin, la Carta Social Revisada se sirve de los mecanismos de control de la Carta inicial y su aceptación tiene como consecuencia la inaplicación de ésta y del Protocolo de 1988; vid. LÓPEZ MARTÍN, A. G., “La protección internacional de los derechos sociales...”, *ob. cit.*, pp. 29-38 y 54-58.

²² El Comité está hoy integrado por 15 expertos independientes, naturaleza del órgano que originariamente le dio nombre (Comité de Expertos Independientes); vid. JIMENA QUESADA, L. (Presidente en la actualidad del mismo Comité), *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales. Sistema de reclamaciones colectivas, 1998-2005*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; tb. BELORGEY, J-M., “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», *RTDH*, 2011/88, pp. 787-806.

²³ Conviene no obstante precisar que la participación en la *Carta Social Revisada* (a 1º de octubre de 2012, treinta y dos de los cuarenta y siete Estados miembros del Consejo de Europa) no puede, según se

En el sistema interamericano, el Protocolo de San Salvador (1988) adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (en vigor el 16 de noviembre de 1999)²⁴ dispone (art. 19) el reenvío al sistema de *peticiones individuales* regulado en la Convención Americana (Pacto de San José, 1969)²⁵, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, cuando proceda, de la Corte Interamericana, respecto de la violación, sólo (de ahí que se le haya calificado de *enfoque limitado*)²⁶, de ciertos derechos sindicales (art. 8.a) y del derecho a la educación (art. 13)²⁷. Hay que precisar, además, que si bien la misma Convención Interamericana consagra un capítulo y disposición expresa (capítulo III, artículo 26) a los derechos económicos, sociales y culturales, la Corte Interamericana ha preferido hasta ahora asegurar su *justiciabilidad indirecta* a través de los derechos civiles y políticos contemplados en el capítulo II del Convenio²⁸.

Pese a ser *limitada* la *carta* de los sistemas regionales, la progresión armónica del establecimiento de un procedimiento de comunicaciones de derechos económicos,

desprende de sus disposiciones, ser aprovechada para rebajar la carga obligacional asumida en virtud de la Carta en su versión inicial. En la misma fecha (1º de octubre de 2012), el Protocolo de 1995 contaba con trece Estados partes (Conseil de l'Europe, Bureau des Traités, puede consultarse en <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=FRE>); *vid.* SANZ CABALLERO, S., "La protección de los derechos socio-económicos en la Carta Social Europea. Especial referencia a su uso para erradicar la pobreza en Europa", en Cardona Llorens *et al.* (coord.), *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, vol. 2, pp. 1237-1264.

²⁴ De los veintitrés Estados partes en la Convención Americana (Pacto de San José, 1969) dieciséis también lo eran a 1º de octubre de 2012 en el Protocolo de San Salvador (1988) (<http://www.oas.org/dil/esp/tratadosyacuerdos.htm>).

²⁵ *Cfr.* arts. 44 a 51 y 61 a 69.

²⁶ *Vid.* el *Documento analítico* preparado por C. de Albuquerque, "Elementos para la elaboración de un Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" (Doc. E/CN.4/2006/WG.23/2, 21 de noviembre de 2005, pp. 5-6, párr. 5.b y e).

²⁷ Sobre los problemas no obstante advertidos en la puesta en práctica del Protocolo de San Salvador, además de los trabajos cit. *supra*, *vid.* los publicados en la *Revista del Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos (Revista IIDH)* de VENTURA ROBLES, M. E., "Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales" (Nº 40, 2004, pp. 88-131); PINTO, M. "Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano" (Nº 40, 2004, pp. 25-86), de la misma autora, "La justiciabilidad del derecho a la educación" (Nº 52, 2010 (pp. 213-230); PARRA VERA, O. "Notas sobre acceso a la justicia y derechos sociales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos" (Nº 50, 2009, pp. 131-158); JOAQUÍN A. MEJÍA R., "Aspectos teóricos y normativos de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales" (Nº 51, 2010, pp. 55-112).

²⁸ *Vid.* TEIJO GARCÍA, C., "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 Cardona Llorens *et al.* (coord.), *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, *ob. cit.*, vol. 2, pp. 1297-1317; BURGORGUE LARSEN, L., "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.*, pp. 337-358 (especialmente pp. 340 y ss.); GOMEZ, V., "Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System", en M. A. Baderin y R. Mccorquodale (eds.), Oxford, 2007, pp. 167-194; MELISH, T., "The Inter-American Court of Human Rights: Beyond Progressivity", en M. Langford (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging trends in International and Comparative Law*, New York, Cambridge University Press, 2008, pp. 409-471.

sociales y culturales se echaba particularmente en falta en tratados *fundamentales* de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas, entre los que el PIDESC representa la nota fundamental. La celebración de la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993) parecía ofrecer el clima potencialmente favorable para denunciar dicha carencia, y el Comité creado para vigilar el cumplimiento del Pacto aprovechó la ocasión.

“Conviene recordar”, manifestó a la atención de las delegaciones reunidas en Viena²⁹, “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”, subrayó, “es esencial que se discuta la creación de un procedimiento de denuncia en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”³⁰. El Comité se mostró asimismo “convencido” de que había motivos fundados para adoptar tal procedimiento en forma de un Protocolo facultativo del Pacto “respecto de toda la gama de derechos económicos, sociales y culturales”³¹, dado que sólo de esta forma “el Pacto dejaría de ser considerado un *pariente pobre* entre los instrumentos de derechos humanos”³².

Los ciento setenta y un Estados que consensuaron la *Declaración y Programa de Acción de Viena* (1993) se hicieron eco de esta aspiración, pero lo hicieron con *sordina*. Es revelador que ante la misma pretensión en relación con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), que también carecía entonces de tal procedimiento, la Conferencia urgiera a “la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer y al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer... [a] *examinar rápidamente* la posibilidad de introducir el derecho de petición, elaborando un protocolo facultativo de la Convención”³³; para el Pacto, en cambio, 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*”³⁴ del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”³⁵. Tan distinta entonación tuvo resultado. El Protocolo de la Convención de 1979 fue adoptado por la Asamblea

²⁹ 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).

³⁰ *Ibidem*, Anexo II, pág. 14.

³¹ *Ibidem*, Anexo I, pág. 18.

³² *Ibidem*, Anexo II, pág. 2.

³³ *Declaración y Programa de Acción de Viena* (A/CONF.157/23, parte II, pág. 40, he añadido cursivas).

³⁴ Si bien se habla de protocolos (en plural), la única propuesta sometida a la Conferencia Mundial por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se refería a un protocolo facultativo sobre comunicaciones.

³⁵ *Declaración y Programa de Acción de Viena*, A/CONF.157/23, parte II, pág. 75 (he añadido cursivas).

General (resolución 54/4) el 6 de octubre de 1999, entró en vigor al año siguiente (22 de diciembre de 2000) y cuenta hoy con más de cien Estados partes³⁶. El Protocolo del Pacto, tras consumir cerca de veinte años su gestación y cuatro desde que el 10 de diciembre de 2008 fue adoptado por la Asamblea General, aún no ha conseguido, a 1º de octubre de 2012, entrar en vigor.

Lo que late en el fondo 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 –los Estados- estima(ba)n que todos los derechos humanos se hagan efectivos por igual desde el punto de vista jurídico. Una opinión que es compartida por parte de la doctrina³⁷.

El largo y tortuoso debate habido durante el proceso de gestación del Protocolo del PIDESC reveló que el fantasma de la *justiciabilidad* no había sido aún exorcizado, o incluso podría decirse que la abierta aversión que el mismo generó en determinados Estados tal vez fue por la certeza de todo lo contrario. Que los individuos puedan presentar denuncias en relación con derechos humanos no sujetos en la actualidad a un sistema de examen cuasi-judicial a nivel internacional (desalojos forzosos sin las debidas garantías, restricciones injustificadas o desproporcionadas del acceso a los medicamentos esenciales o a la atención a la salud, la denegación del derecho a la educación que supone la aplicación de unas tasas inasequibles...) y, en general, la misma supervisión de la obligación del Estado de adoptar medidas razonables con miras a garantizar los derechos enunciados en el Pacto³⁸, respecto de los que el Comité ya ha proporcionado suficientes indicadores respecto de lo que constituye o no violación³⁹, era justamente lo que algunos trataban de evitar.

³⁶ Ciento cuatro Estados partes a 1º de octubre de 2012.

³⁷ Vid. DENNIS M.J. y STEWART, D.P., “Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights: Should There Be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing, and Health?”, *American Journal International Law (AJIL)*, vol. 98, 2004, pp. 462-515; DOWELL-JONES, M. *Contextualising the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Assessing the Economic Deficit*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004; TOMUSCHAT, C., “An Optional Protocol for the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights?”, en Klaus Dicke *et al.* (eds.), *Weltinnenrecht: Liber amicorum J. Delbrück*, Berlín, Duncker and Humblot, 2005, pp. 815-834.

³⁸ La *Observación general N° 3* (adoptada por el Comité en su quinto período de sesiones, 1990) reviste en este punto particular importancia en la medida en que tiene por objeto desentrañar la índole de las obligaciones jurídicas generales contraídas por los Estados partes de conformidad con el concepto de *realización progresiva* definido en el artículo 2.1 del Pacto, el cual implica en esencia 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 disponga; *vid.* también los informes del ACNUDH sobre la protección jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales (Doc. E/2006/86, de 21 de junio de 2006) y el relativo al análisis del concepto de realización progresiva (Doc. E/2007/82, de 7 de junio de 2007).

³⁹ No hay que olvidar que una parte importante de las *Observaciones generales* (que suman veintidós hasta la fecha) adoptadas por el Comité se dirigen asimismo a identificar qué constituye violación de un derecho y/o situación particular; *vid.*, por ejemplo, la *Observación general N° 12* (1999), “El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11 del Pacto)” (Doc. E/C.12/1999/5, pp. 5-7); o la *N° 14* (2000) “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto)” (Doc. E/C.12/2000/4, pp. 18-20); o la *N° 15* (2002), “El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto)” (Doc. E/C.12/2002/11, pp.

III. EL PROTOCOLO FACULTATIVO DEL PIDESC

1. Crónica de su gestación

La cuestión de la adopción de un Protocolo Facultativo del Pacto estuvo sometida a consideración durante años delimitados en dos tiempos, el primero, bajo la demorada batuta de la Comisión de Derechos Humanos⁴⁰, y el segundo, a partir de junio de 2006, al ritmo de la más laboriosa del Consejo de Derechos Humanos⁴¹. El siguiente gráfico pretende dibujar los grandes hitos del proceso que examinaremos a continuación.

14-16); o la N° 18 (2005), “El derecho al trabajo (artículo 6 del Pacto)” (Doc. E/C.12/GC/18, pp. 11-13), o la N° 19, “El derecho a la seguridad social (artículo 9)” (Doc. E/C.12/GC/19, pp. 18-19), o...

⁴⁰ Respecto de la primera etapa *vid.*, por orden cronológico, ALSTON, Ph., “Establishing a right to petition under the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, *Collected Courses of the Academy of European Law: The Protection of Human Rights in Europe*, vol. IV (libro 2), 1993, pp. 107-15; ARAMBULO, K., “Drafting an Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Can an Ideal Become a Reality? 1996, 2 *University of California Davis Journal of International Law and Policy* 111-136 (accesible en http://www.escri-net.org/resources_more/resources_more_show.htm?doc_id=431300); VANDENHOLE, W., “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”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2003, pp. 423-462; MILÁ MORENO, J., “El Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales”, en Gómez Isa (dir.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, HumanitarianNet, 2004, pp. 204-213; TOMUSCHAT, Ch., “An Optional Protocol for the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights?”, *ob. cit.*, pp. 815-834; De SCHUTTER, O., “Le Protocole Facultatif au Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels”, *Revue Belge de Droit International (RBDI)*, 2006/1, pp. 756.

⁴¹ Para el estadio final de gestación y adopción del Protocolo, *vid.* en la doctrina española, QUEL LOPEZ, J., “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...*, *ob. cit.* p. 305-334; VILLÁN DURÁN, C., “Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, *Revista Española de Desarrollo y Cooperación*, Núm. 23, 2009, pp. 32-54; LÓPEZ MARTÍN, A. G., “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”, *ob. cit.*, especialmente pp. 38-47. En la extranjería, además de los trabajos publicados –algunos ya citados– en el monográfico de *Nordic Journal of Human Rights*, editado bajo el título *Perspectives on a New Complaint and Inquiri Procedure: The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, vol. 27, Núm. 1, 2009, y de los que en este punto destacaría el del editor, por LANGFORD, M., “Closing the Gap? – An Introduction to the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, pp. 1-28; *vid.* MAHON, C., “Progress at the From: The Draft Optional to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, *HRLR*, vol. 8, N° 4, 2008, pp. 617-646; MEJÍA R., J. A., “Breves reflexiones en torno a la adopción del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales », *Revista CEJIL*, año III, N° 4, 2008, pp. 119-130; WILSON, B., “Quelques réflexions sur l’adoption du Protocole facultatif se rapportant au Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies”, *RTDH*, 2009/78, pp. 295-318; VANDENBOGAERDE, A, and VANDENHOLE, W, “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”, *Human Rights Law Review (HRLR)*, vol. 10, N° 2, 2010, pp. 207-237; GROTE, R. “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*, *ob. cit.*, pp. 417-436.

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS			
Comité DESC 1990-1996 Borrador Proyecto Protocolo PIDESC	Solicitud de observaciones de Estados, OI y ONG (1997-2001)	Nombramiento (2001) Experto independiente Informes 2002 y 2003	Creación (2003) Grupo de Trabajo. Mandato: <i>Estudiar opciones...</i> (2004-2006)
CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (A/RES/61/2)			
Grupo de Trabajo. Mandato (res. 1/3, 19 junio 2006): <i>Elaborar Protocolo...</i>	1º Proyecto Protocolo (abril 2007) 1ª Proyecto revisado (diciembre 2007) 2º Proyecto revisado (febrero 2008)	Proyecto Protocolo Texto final Anexo al Informe del Grupo de Trabajo (4 abril 2008)	Proyecto de Protocolo del PIDESC Res. 8/2 de 8 de abril de 2008 del Consejo de Derechos Humanos

La posibilidad de elaborar un Protocolo Facultativo del PIDESC se venía examinando en el Comité desde 1990⁴² sobre la base de los informes preparados por su Presidente (entonces el Sr. Ph. Alston)⁴³ y *siguió* –en los términos sugeridos por la Conferencia Mundial⁴⁴– hasta dar con la aprobación⁴⁵ en 1996 (15º período de sesiones del Comité)⁴⁶ de un de Proyecto (borrador) de Protocolo en el que el Comité recomendó el establecimiento de un procedimiento que enunciara el derecho de individuos y grupos a denunciar la violación de cualquiera de los derechos reconocidos en el Pacto, pero no de denuncias entre Estados habida cuenta de que –según consideró el Comité– semejante procedimiento “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 han denominado “una *caja de Pandora* que todas las partes prefieren mantener cerrada”⁴⁷. Del Proyecto que le remitió el Comité *tomó nota*⁴⁸ la Comisión de Derechos Humanos (en su 53º período de sesiones, 1997)⁴⁹ para, a continuación, pasar la *patata caliente* a los mismos Estados, Organizaciones Internacionales y no

⁴² Docs. E/1991/23-E/C.12/1990/8, pág. 285, y E/1992/23-E/C.12/1991/4, págs. 360-366.

⁴³ Docs. E/C.12/1991/WP.2; E/C.12/1992/9; E/C.12/1994/12 y E/C.12/1996/CRP.2/Add.1.

⁴⁴ *Declaración y Programa de Acción de Viena*, A/CONF.157/23, parte II, pág. 75; *vid. Supra*,

⁴⁵ Los debates del plenario, basados en un conjunto de concretas propuestas, tuvieron lugar durante los periodos de sesiones 11º a 15º del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Doc. E/C.12/1994/SR.42, 45 Y 46; E/C.12/1995/SR.5 y 50; E/C.12/1996/SR.19 y 20; y E/C.12/1996/SR.42 a 47).

⁴⁶ Docs. E/C.12/1996/SR.44 a 49 y 54. El Comité cumplió así con el mandato encomendado por la Comisión de Derechos Humanos acerca de que le presentara un informe sobre el particular en su 53º período de sesiones (resolución 1996/16, pág. 10).

⁴⁷ Informe remitido por el Comité a la Comisión de Derechos Humanos, Doc. E/CN.4/1997/105, pp. 6-7, pág. 14.

⁴⁸ Recordemos que de conformidad con la opinión legal emitida en 2001 por la Asesoría Jurídica a solicitud de la V Comisión de la Asamblea General *tomar nota* de un proyecto u otro tipo de informe significa “tomar conocimiento de que ha sido presentado y no expresa ni aprobación ni desaprobación”.

⁴⁹ Doc. E/CN.4/1997/105 y Anexo; tb. E/1997/22/-E/C.12, cap. V y Anexo IV.

gubernamentales a fin de que presentaran sus observaciones⁵⁰. Durante más de tres años (septiembre 1997/enero 2001)⁵¹ se recibieron a cuentagotas las de un limitado número de Estados (17 en total⁵², algunos contrarios al proyecto, Canadá y Suecia, en particular), frente a las más numerosas y entusiastas sugerencias de Organizaciones internacionales⁵³ y ONG⁵⁴, ¿Alguna y/o alguien duda sobre el distinto interés que para unos y otras despertaba el proyecto?

El siguiente tímido y limitado paso dado por la Comisión de Derechos Humanos consistió en nombrar (2001) un Experto independiente (a la sazón el prof. H. Kotrane)⁵⁵ con el mandato de “examinar la cuestión de un proyecto de protocolo facultativo del PIDESC” teniendo en cuenta el bagaje de acontecimientos habidos hasta entonces (desde el borrador de proyecto del Comité, las observaciones remitidas por los Estados y organizaciones, al informe sobre la *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales* resultante del Seminario organizado, bajo los auspicios del ACNUDH, por la Comisión Internacional de Juristas en 2001⁵⁶), y todo ello con miras a evaluar posibles medidas complementarias y acciones futuras, en particular la de crear un grupo de trabajo encargado de tal misión. Su creación ya había sido sugerida por la Alta Comisionada (2000)⁵⁷, estaba en la mente de la misma Comisión⁵⁸ y, asimismo, lo

⁵⁰ Comisión de Derechos Humanos, res. 1997/17 (11 de abril de 1997).

⁵¹ Las observaciones fueron recogidas en Docs. E/CN.4/1998/84 y Add. 1; E/CN.4/1999/112 y Add. 1; E/CN.4/2000/49 y E/CN.4/2001/62 y Add.1.

⁵² Se trató, según el orden de su recepción, de Ecuador, Alemania, República Árabe Siria, Finlandia, Chipre, Canadá (E/CN.4/1998/84 y Add. 1), Croacia (y de nuevo Finlandia, E/CN.4/1999/112), México, Suecia (tb. Chipre, E/CN.4/1999/112/Add. 1), República Checa, Georgia, Líbano, Lituania (y Alemania, República Árabe Siria, E/CN.4/2000/49), Mauricio, Noruega, Portugal (E/CN.4/2001/62) Chile (tb. Suecia, E/CN.4/2001/62/Add.1).

⁵³ ONU (Oficina del Asesor Jurídico) de Organismos especializados (FAO y Banco Mundial) y del Consejo de Europa (Dirección de Derechos Humanos); *vid.* por todos Docs. E/CN.4/1998/84 y Add. 1 y E/CN.4/2001/62.

⁵⁴ Entre ellas, destacan las propuestas de la Comisión Internacional de Juristas (CIJ), cuyo empeño en la promoción del Protocolo del Pacto ya había quedado patente en las Conferencias auspiciadas por la misma ONG en las que se adoptaron los *Principios de Limburgo* (1986) relativos a la aplicación del Pacto y las *Directrices de Maastricht* (1996) acerca de la violación de los derechos económicos, sociales y culturales; pueden consultarse en Doc. E/C.12/2000/13).

⁵⁵ Comisión de Derechos Humanos, Res. 2001/30, 20 de abril de 2001 (Doc. E/CN.4/RES/2001/30). Al año siguiente, la Comisión renovó por un año su mandato, Res. 2002/24, 22 de abril de 2002 (Doc. E/CN.4/RES/2002/24).

⁵⁶ Doc. E/CN.4/2001/62 y Add. 1 y 2.

⁵⁷ La Nota de la Alta Comisionada, Sr. L. Albour (Doc. E/CN.4/2000, 49, de 18 de enero de 2000, p. 7 pár. 35), consideró que, a la vista de las observaciones recibidas (de Estados, Organizaciones internacionales y no gubernamentales), cabían las siguientes opciones: a) Solicitar nuevas observaciones; b) Disponer que un Grupo de Trabajo de composición abierta realice otro estudio; o, c) Proceder al examen y posterior aprobación por la Comisión de Derechos Humanos del Proyecto de Protocolo Facultativo elaborado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La opción b) fue la que más adhesiones obtuvo de los participantes al *Seminario sobre la Justiciabilidad...* (febrero de 2001, *cit. supra*, Doc. E/CN.4/2001/62/Add.1, p. 15, pár. 37).

⁵⁸ Resolución 2002/24^o aprobada en el 58^o período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, de 22 de abril de 2002.

recomendó el Sr. Kotrane⁵⁹. Contando con el beneplácito del Consejo Económico y Social⁶⁰, el *Grupo de Trabajo de composición abierta sobre un Protocolo Facultativo del PIDESC* fue establecido por resolución 2003/18 (de 22 de abril) de la Comisión de Derechos Humanos.

El trabajo del Grupo discurrió por dos fases según el mandato recibido. La primera, de la Comisión de Derechos Humanos (resolución 2003/18, de 22 de abril de 2003), “con miras a *estudiar las opciones* relativas a la elaboración de un protocolo facultativo al Pacto...”⁶¹; a través de un *diálogo interactivo* –Estados, Organizaciones internacionales, órganos de expertos de derechos humanos y ONG- el Grupo consumió tres períodos de sesiones (2004-2006) en los que se evaluaron las ventajas y viabilidad del Protocolo, su complementariedad con otros mecanismos de control, universales y regionales, el contenido y alcance de las obligaciones del Pacto que podían ser sometidas a control, su *justiciabilidad* ... La segunda, del Consejo de Derechos Humanos (resolución 1/3, de 29 de junio de 2006) “a fin de *elaborar un protocolo facultativo al PIDESC*”, objetivo más claro y decidido para cuya satisfacción el Consejo prorrogó el mandato del Grupo por un período de dos años. El Grupo contaba ya entonces con el *Documento analítico* preparado (en 2005) por la Presidenta-Relatora, Sra. Catarina De Albuquerque, sobre los “Elementos para la elaboración de un Protocolo Facultativo del PIDESC”⁶², que como bien se ha dicho constituyeron una auténtica base de negociación del protocolo en ciernes⁶³.

El mismo Consejo –de Derechos Humanos- así lo consideró cuando pidió a la Sra. de Albuquerque que preparara un primer proyecto de Protocolo que incluyera “disposiciones correspondientes a los distintos enfoques principales esbozados en el informe analítico de la Presidenta, que sirva de base para las próximas negociaciones”⁶⁴. Ese primer proyecto (abril de 2007)⁶⁵ fue objeto de sucesivas revisiones a tenor de las propuestas de enmienda y debates habidos durante los períodos de sesiones cuarto (julio

⁵⁹ Segundo Informe del Sr. Hatem Kotrane (Doc. E/CN.4/2003/53, 13 de enero de 2003, párr. 76). En este informe (párr. 66), igual que en el primero (E/CN.4/2002/57, 12 de febrero de 2002, párr. 34), el Sr. Kotrane advirtió, no obstante, que en su opinión la posibilidad de presentar comunicaciones debería estar limitada a “situaciones que revelen un cierto tipo de violaciones o infracciones flagrantes y bien caracterizadas de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto”.

⁶⁰ En la citada resolución (2003/18), la Comisión recuerda la decisión 2002/254 del Consejo Económico y Social (25 de julio de 2000) en la que el Consejo hizo suya la decisión de la Comisión (2002/24) de establecer en su 59º período de sesiones el mencionado Grupo de Trabajo.

⁶¹ Párr. 13 de la resolución 2003/13 de la Comisión de Derechos Humanos,

⁶² El documento analiza los catorce elementos sugeridos por varias delegaciones (abanderadas por el Grupo Latinoamericano Caribeño, GRULAC, *vid.* E/CN.4/2005/52, p. 25, párr. 109) respecto de las distintas opciones para la elaboración de los mecanismos de control del PIDESC que pudiera disponer el Protocolo (Doc. E/CN.4/2006/WG.23/2, 21 de noviembre de 2005); también *Infra*.

⁶³ *Vid.* MAHON, C., *Progress at the Front: The Draft Optional Protocol...*, cit. p. 624, el cual lleva a cabo un minucioso examen de la labor realizada por el Grupo de Trabajo (pp. 621-628).

⁶⁴ Consejo de Derechos Humanos, resolución 1/3, numeral 3.

⁶⁵ Doc. A/HRC/6/WG.4/2 (23 de abril de 2007), que incluía (Anexo I) el Proyecto de Protocolo del PIDESC preparado por la Presidenta-Relatora y un Memorando de explicación (Anexo II).

de 2007, en el que por primera vez se discutió el proyecto artículo por artículo)⁶⁶ y quinto (febrero-abril de 2008)⁶⁷, hasta dar al filo del término del mandato del Grupo (4 de abril) con un texto de consenso que incluía (en Anexo) el Proyecto de Protocolo Facultativo del PIDESC⁶⁸. Al término del debate y aprobación del informe del Grupo, la Sra. de Albuquerque afirmó con entusiasmo “que no había ninguna objeción a que el texto [del Proyecto de Protocolo estableciendo entre otros el procedimiento de comunicaciones individuales] se transmitiera al Consejo de Derechos Humanos para que éste lo examinara”⁶⁹.

Ahora bien, conviene precisar que el texto de consenso se logró en el *Grupo* a condición de que en el informe remitido al Consejo quedara fiel constancia de que esa decisión no suponía que hubiera acuerdo sobre el Proyecto de Protocolo en su integridad ni que se aceptaran todos sus elementos⁷⁰, punto en el que en particular insistieron un reducido, pero significativo, número de Estados. Así lo señalaron alto y claro en sus observaciones finales las delegaciones que desde un primer momento se opusieron al proyecto. Los Estados Unidos (que aún no se han dignado a participar en el Pacto), señalaron “que seguían preocupados acerca de cierto número de disposiciones y eran escépticos en cuanto a la necesidad de un protocolo facultativo”⁷¹. Escepticismo que compartía el Reino Unido “en cuanto a los beneficios prácticos del Protocolo...”⁷²; dado que, como repitió Suiza, “a su juicio, la mayoría de las obligaciones previstas en el Pacto eran de carácter programático y no justiciables”⁷³; razón por la que Suecia “seguía sin estar convencida de que un protocolo facultativo fuera el mejor instrumento de promocionar los derechos económicos, sociales y culturales”⁷⁴. Canadá seguía estando en particular preocupada “por la creación de un procedimiento de comunicaciones respecto de los derechos económicos, sociales y culturales, cuyo ejercicio gradual les confería una naturaleza distinta [y] no se prestaban fácilmente a una evaluación *cuasijudicial*”⁷⁵; punto en el que incidió Dinamarca, dado que el mecanismo individual de reclamaciones “podría inmiscuirse sin justificación en las prácticas nacionales”⁷⁶. Turquía insistió por eso en que “era partidaria de una cláusula

⁶⁶ Primera lectura del Proyecto original de Protocolo (Doc. A/HRC/6/8, 30 de agosto de 2007); Primer Proyecto revisado de Protocolo (Doc. A/HRC/8/WG.4/2, 24 de diciembre de 2007).

⁶⁷ El quinto período de sesiones se dividió en dos partes, en la primera (celebrada del 4 al 8 de febrero de 2008) el Grupo examinó el primer proyecto revisado de Protocolo (Doc. A/HRC/8/WG.4/2, las modificaciones del proyecto original estaban indicadas en negritas); en la segunda (celebrada del 31 de marzo al 4 de abril de 2008), el Grupo tuvo ante sí un segundo Proyecto revisado de protocolo (A/HRC/8/WG.4/3) y una nota preparada por la Presidenta (de fecha 25 de marzo de 2008) que contenía nuevas propuestas de redacción; *vid.* Doc. A/HRC/8/7.

⁶⁸ *Informe (final) del Grupo de Trabajo de composición abierta sobre un Protocolo Facultativo del PIDESC*, 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.

⁶⁹ *Informe final...*, cit. p. 27, párr. 211.

⁷⁰ *Ibidem*, párr. 211 *in fine*.

⁷¹ *Ibidem*, p. 28, párr. 217.

⁷² *Ibidem*, p. 32, párr. 246.

⁷³ *Ibidem*, p. 31, párr. 239.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 30, párr. 235.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 29, párr. 226.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 29, párr. 223.

de exclusión expresa”⁷⁷. El Japón observó que “el proyecto no le satisfacía plenamente... ya que sus propuestas no se habían tenido en cuenta”⁷⁸. A Polonia “no le satisfacía del todo” y “observó que su país no se consideraría obligado por la jurisprudencia derivada del protocolo si no ratificaba este instrumento”⁷⁹. Austria “insistió en que en el protocolo debían tener cabida las características nacionales”⁸⁰. Noruega lamentó el bagaje de ciertas disposiciones⁸¹.... Para, en definitiva, reservar *todos* su posición sobre la totalidad del proyecto y reiterarla en los mismos términos ante el Consejo –de Derechos Humanos-⁸² y luego en la Asamblea General (Tercera Comisión)⁸³.

El apoyo que frente a ellos aglutinó a los considerados *amigos del protocolo*, liderados por los Grupos mayoritarios (Africano y Latinoamericano Caribeño, GRULAC) y unos pocos Estados europeos (se trató en particular de Bélgica, Finlandia⁸⁴, Portugal y España⁸⁵), *piña* con el nutrido elenco de representantes de Organizaciones, órganos de tratados y ONG (coaligadas para la ocasión)⁸⁶, hizo finalmente posible arrastrar a los más reacios al amplio consenso sobre el proyecto de resolución de Protocolo del PIDESC⁸⁷ adoptado el 18 de junio de 2008 por el Consejo de Derechos Humanos

⁷⁷ *Ibidem*, p. 31, párr. 237.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 29, párr. 225.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 29, párr. 228.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 30, párr. 231.

⁸¹ *Ibidem*, p. 30, párr. 230.

⁸² *Vid.* el Informe del Consejo de Derechos Humanos sobre su octavo período de sesiones, de 1º de septiembre de 2008 (Doc. A/HRC/8/52).

⁸³ Asamblea General. Sexagésimo tercer período de sesiones. Tercera Comisión. Acta resumida de la 40ª sesión, celebrada el martes 18 de noviembre de 2008 (Doc. A/C.3/63/SR.40), *vid.*, en particular, las intervenciones de las delegaciones de Estados Unidos (p. 5, párr. 21); Reino Unido (pp. 5-6, párr. 23), Dinamarca (p. 6, párr. 24), Japón (p. 6, párr. 29); Canadá (p. 7, párr. 33); Suiza (p. 8, párr. 36); y Suecia (p. 9, párr. 43).

⁸⁴ Sobre la paradójica disparidad de opiniones generada en el seno de los países nórdicos, *vid.* LAGFORD, M., “Closing the Gap? – An Introduction to the Optional Protocol...”, *ob. cit.*, pp. 2-3. De ello da asimismo muestra el debate suscitado al respecto en el caso de Noruega, cuya delegación se opuso en general al Protocolo; el monográfico de *Nordic Journal of Human Rights* (vol. 27, No. 1, 2009) da cuenta de ello con trabajos de EVJU, S., “Should Norway Ratify the Optional Protocol to the ICESCR? – That is the Question”, pp. 82-90; y BACKER, I. L., “Ideals and Implementation – Ratifying Another Complaints Procedure?”, pp. 91-96.

⁸⁵ La delegación española llegó incluso a afirmar al término de la 5ª sesión del Grupo de Trabajo que “habría preferido un nivel más alto de protección para los derechos del Pacto...”, Doc. A/HRC/8/7 (Anexo), p. 29, párr. 227.

⁸⁶ Coalición de ONG por un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en aquella fecha, su Comité Ejecutivo estaba integrado por Amnistía Internacional, COHRE, Community Law Center, FIAN, PIDHDD, Comisión Internacional de Juristas, Red-DESC, IWRAP Asia Pacific y SRAC).

⁸⁷ Así, por ejemplo, la delegación de Dinamarca dijo que, aún poniendo “en duda la lógica de establecer un mecanismo de denuncias de los particulares [...], teniendo en cuenta que muchos Estados desean aprobar el Protocolo por consenso, Dinamarca no pedirá que se someta a votación” (Asamblea General. Sexagésimo tercer período de sesiones. Tercera Comisión. Acta resumida de la 40ª sesión (Doc. A/C.3/63/SR.40, p. 6, párr. 24). En la misma sesión, Estados Unidos dijo que “sin estar convencidos de la necesidad de un Protocolo... han participado de forma constructiva (*sic*) en la labor del Grupo de Trabajo y tienen intención de sumarse al amplio consenso... a pesar de sus inquietudes...”, entre las que destacó que “sigue pensando que a un comité internacional de expertos, cualesquiera que sean sus competencias,

(resolución 8/2)⁸⁸ y apenas unos meses después (10 de diciembre de 2008) por la Asamblea General (resolución 63/117). El Preámbulo del Protocolo *reafirma* la universalidad, indivisibilidad, interdependencia de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, insistiendo por ello en el carácter interrelacionado de los “derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales”⁸⁹.

2. Procedimientos de supervisión del Pacto establecidos en el Protocolo. Medidas complementarias de asistencia y cooperación internacionales

“Ya era hora” –afirmó el representante de la Coalición de ONG en el ecuador de los debates del Grupo de Trabajo- “de elaborar un Protocolo Facultativo que posibilitara la presentación de quejas individuales y colectivas, incluyera un procedimiento de investigación, abarcara todos los derechos y excluyera las reservas”⁹⁰. Este era, en efecto, el derrotero de los *elementos* más progresistas del *documento analítico* preparado en 2005 por la Presidenta-Relatora⁹¹ y los que en general trató de recoger el primer texto articulado de Protocolo que sometió al Grupo. Sin embargo, su discurso y el de los que lo sucedieron hasta dar con un texto de consenso obligó a rebajar el diapasón del entusiasmo, y eso a pesar de que la mera enumeración de los procedimientos instituidos en el Protocolo semeje todo lo contrario.

Para asegurar la observancia de las obligaciones del Pacto el Protocolo contempla los dos mecanismos autónomos de protección de carácter contencioso clásicos en tratados de derechos humanos, la presentación de *comunicaciones de personas o grupos de personas* (artículos 1-9) y de *comunicaciones entre Estados* (artículo 10). A ellos añade, en la estela de los instrumentos de última generación, el procedimiento de *investigación* confidencial (artículos 11 y 12) ante situaciones que de manera fidedigna indiquen violaciones graves o sistemáticas de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto. Ahora bien, este alentador enunciado no deja ver las cuitas que

les será difícil examinar las denuncias de los particulares aplicando las disposiciones del Pacto y respetando el derecho soberano de los Estados a decidir la forma de asignar recursos limitados...” (*Ibidem*, p. 5, pár. 21).

⁸⁸ Doc. A/HRC/8/L.2/Rev. 1/Corr.1 Anexo.

⁸⁹ Párrafos 3º y 4º del Preámbulo del Protocolo del PIDESC (he añadido cursivas).

⁹⁰ *Informe del Grupo* sobre su tercer período de sesiones (Doc. E/CN.4/2006/47, p. 6, pár. 25, 14 de marzo de 2006).

⁹¹ Recordemos, no obstante, que los catorce *Elementos* analizados en el *Documento analítico* elaborado por la Sra. De Albuquerque no tenían el explícito objetivo, según la instrucción recibida, de emitir un juicio de valor sobre las diversas opciones para la elaboración del Protocolo, sino más bien plantear una visión general de las mismas con miras a facilitar un debate más centrado en el seno del Grupo sobre los siguientes puntos: I. Procedimiento de presentación de comunicaciones y, en relación con él, alcance de los derechos sujetos a un procedimiento de presentación de comunicaciones, criterios de admisibilidad, legitimación, actuaciones sobre el fondo de un caso, solución amistosa, medias provisionales, dictamen, seguimiento, reservas; II. Procedimiento de investigación; III. Procedimiento entre Estados; IV. Cuestiones intersectoriales, y a este respecto: la relación entre el posible Protocolo y las decisiones nacionales sobre la asignación de recursos, y con otros mecanismos internacionales existentes, la cooperación y asistencia internacionales, el costo de un protocolo facultativo, la posibilidad de no elaborarlo, y del lado contrario el análisis y evaluación que el protocolo tendría en el mejoramiento de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales (Doc. E/CN.4/2006/WG.23/2).

quedaron en el camino de su regulación; entre ellas, y sólo como botón de muestra de lo antes vanagloriado, el Protocolo no posibilita, como inicialmente se propuso, las reclamaciones colectivas y no prohíbe las reservas, permitiéndolas –como se apresuró a recordar la Federación de Rusia⁹²– compatibles con el objeto y fin del tratado mediante el sistema flexible establecido en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969). El examen de la regulación de estos procedimientos nos permitirá averiguar otras frustraciones.

Conviene antes llamar la atención acerca de uno de los desafíos a los que se enfrenta el Protocolo en relación con el papel asignado a la activación de medidas de asistencia y cooperación internacionales como elementos indiscutidos de la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales y, en particular, de los dimanantes del Pacto, en el sentido de que la obligación contraída por los Estados partes (párrafo 1 del artículo 2) tiene por finalidad “la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. El papel esencial de esa cooperación en la consecución de ese objetivo es, además, destacada en otras disposiciones específicas del Pacto, sustantivas unas (artículos 11.2 y 15.4) y adjetivas otras (artículos 22 y 23). En su *Observación general N° 3*⁹³ el Comité hizo asimismo hincapié en la intención que en este contexto tiene la expresión “hasta el máximo de los recursos de que disponga”, a saber, la de referirse tanto a los existentes dentro del Estado “como a los que pone a su disposición la comunidad internacional mediante la cooperación y la asistencia internacionales”⁹⁴, una obligación –recuerda el Comité⁹⁵– “bien establecida en Derecho Internacional” (artículos 55 y 56 de la Carta) que corresponde a todos los Estados, “particularmente a los Estados que están en condiciones de ayudar a los demás a este respecto”⁹⁶.

Con este bagaje, el proyecto original de Protocolo ya incluyó una disposición (numerada entonces como artículo 13)⁹⁷ con la finalidad de activar el mecanismo –hasta ahora raramente invocado en el marco del procedimiento de informes periódicos⁹⁸– establecido en el artículo 22 del Pacto en el contexto de los procedimientos de comunicaciones, individuales e interestatales, y de investigación⁹⁹, posibilidad que

⁹² Vid. las observaciones de la delegación de la Federación de Rusia al término de los debates del Grupo de Trabajo; *Informe del Grupo* sobre su quinto período de sesiones (Doc. A/HRC/8/7, p. 28, párr. 219).

⁹³ *Observación general N° 3*, “La índole de las obligaciones de los Estados partes (art. 2.1 del Pacto)”, Doc. E/1991/23, de 14 de diciembre de 1990.

⁹⁴ *Ibidem*, párr. 13.

⁹⁵ *Ibidem*, párr. 14.

⁹⁶ 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, *vid.* GÓMEZ ISA, F., “Transnational Obligations in the Field of Economic, Social and Cultural Rights”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (www.reei.org), Núm. 18, 2009.

⁹⁷ Doc. A/HRC/6/WG.4/2, p. 10.

⁹⁸ “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).

⁹⁹ *Vid.* el *Documento analítico*, *cit. supra*, pp. 25-26, párrs. 48 y ss.

contempla el actual artículo 14 del Protocolo (“Asistencia y cooperación internacionales”)¹⁰⁰. De una parte (artículo 14.1), 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”)¹⁰¹ 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 (artículo 14.2), el Comité podrá 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”¹⁰².

Se ha dicho, y así lo manifestaron los delegados que expresamente apoyaron esta disposición¹⁰³, que dejar en manos del Comité la posibilidad de transmitir sus opiniones y solicitudes de cooperación técnica a la luz de casos concretos y específicos suscitados al hilo de las comunicaciones e investigaciones podrá contribuir a que los organismos y programas competentes determinen medidas internacionales tangibles dirigidas a auxiliar a los Estados necesitados en la aplicación efectiva y progresiva de disposiciones particulares del Pacto¹⁰⁴. Pero para que así sea se requerirá “el consentimiento del Estado parte interesado”¹⁰⁵ (artículo 14.1 y 2), requerimiento exigido a raíz de una iniciativa de la Federación de Rusia¹⁰⁶ que contó con apoyo generalizado¹⁰⁷.

¹⁰⁰ 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; *vid.* el *Informe del Grupo* sobre su cuarto período de sesiones (Doc. A/HRC/6/8, p. 20, pár. 124).

¹⁰¹ 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, al 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, pár. 2).

¹⁰² 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, pár. 35).

¹⁰³ Brasil, España, Finlandia, México y Portugal, *vid.* el *Informe del Grupo* sobre su tercer período de sesiones (Doc. E/CN. 4/2006/47, p. 16, pár. 83 y *Memorando de explicación* del primer proyecto de Protocolo (Doc. A/HRC/6/WG.4/2, p. 22, pár. 35, nota z).

¹⁰⁴ Sobre las posibilidades que abre el Protocolo a las medidas de asistencia y cooperación internacional en el contexto de los procedimientos de comunicaciones e investigación, resulta de especial interés el trabajo de SEPÚLVEDA CARMONA, M., en la actualidad Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, “The obligations of *international assistance and cooperation* under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, *The International Journal of Human Rights*, vol. 13, N° 1, February 2009, pp. 86-109 (*vid.* especialmente pp. 97-101).

¹⁰⁵ “El Comité”, dispone el pár. 1 del artículo 14, “transmitirá, según estime conveniente, y con el consentimiento del Estado parte interesado, a los organismos...”. La misma fórmula repite el párrafo 2º de esta disposición: “El Comité también podrá señalar a la atención de tales órganos, con el consentimiento del Estado parte interesado...”.

¹⁰⁶ 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,

Con miras a estimular y facilitar la asistencia y cooperación internacionales, el Grupo Africano¹⁰⁸ hizo una propuesta –a la que el primer proyecto de Protocolo reservó una disposición expresa (artículo 14)- dirigida a crear un fondo –de “especial” se adjetivó entonces- financiado “con contribuciones voluntarias”, con miras a ayudar a los países con graves dificultades económicas a aplicar las medidas correctivas recomendadas por el Comité “en beneficio de las víctimas de las violaciones del Pacto”. Esta disposición, de función eminentemente reparadora, se inspiró –dijo la Presidenta-Relatora¹⁰⁹- en las previsiones del Estatuto de la Corte Penal Internacional (artículo 79, “Fondo fiduciario”)¹¹⁰ y del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura (artículo 26, “Fondo especial”)¹¹¹. Sin embargo, su definitiva previsión en el Protocolo del Pacto generó uno de los debates más calientes de su gestación.

Los opuestos en general al Protocolo, que bien podíamos denominar sus *enemigos* (Austria, Australia, Canadá, Dinamarca, los Estados Unidos, Nueva Zelanda, los Países Bajos, Polonia, el Reino Unido, Suecia y Suiza) y alguno de sus supuestos *amigos primimundistas* (así, Bélgica, Finlandia y Francia)¹¹², expresaron en este punto su preocupación por el establecimiento de un fondo que –dijeron- duplicaría los existentes en Naciones Unidas, supondría altos costos administrativos e impondría al ACNUDH una carga de trabajo adicional sin saber a ciencia cierta a quiénes beneficiaría ni cómo se harían llegar los fondos a las víctimas, y del que para más INRI derivaría el peligro de vincular las violaciones a la financiación haciendo pensar que el incumplimiento de las obligaciones del Pacto se podían justificar aduciendo la falta de asistencia

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, párs. 46 y 47).

¹⁰⁷ Además de los Estados citados *supra*, la fórmula “y con el consentimiento del Estado parte interesado” fue expresamente apoyada por el Grupo Africano, Argentina, Bangladesh, Francia, Guatemala, la India y los Países Bajos y Polonia; *Informe del Grupo* sobre su quinto período de sesiones, (Doc. A/HRC/8/7, p. 14, párs. 107 y 109).

¹⁰⁸ *Vid.* el *Informe del Grupo* sobre su tercer período de sesiones (Doc. E/CN.4/2006/47, p. 15, párr. 78).

¹⁰⁹ *Memorando de explicación* del primer proyecto de Protocolo (Doc. A/HRC/6/WG.4/2, p. 22, párr. 36).

¹¹⁰ “Por decisión de la Asamblea de los Estados Partes”, dispone el artículo 79.1 del Estatuto de la Corte Penal, “se establecerá un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas de crímenes de la competencia de la Corte y de sus familias. 2. La Corte podrá ordenar que las sumas y los bienes que reciba a título de multa o decomiso sean transferidos al Fondo Fiduciario. 3. El Fondo Fiduciario será administrado según los criterios que fije la Asamblea de los Estados Partes”.

¹¹¹ Que dispone: “1. Se creará un Fondo Especial con arreglo a los procedimientos de la Asamblea General en la materia, que será administrado de conformidad con el Reglamento Financiero y Reglamentación Financiera Detallada de las Naciones Unidas, para contribuir a financiar la aplicación de las recomendaciones del Subcomité para la Prevención a un Estado Parte después de una visita, así como los programas de educación de los mecanismos nacionales de prevención. 2. Este Fondo Especial podrá estar financiado mediante contribuciones voluntarias de los gobiernos, organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales y otras entidades privadas o públicas”

¹¹² *Vid.* por todos el *Informe del Grupo* sobre su cuarto (Doc. A/HRC/6/8, p. 20, párr. 127) y quinto períodos de sesiones (Doc. A/HRC/8/7, p. 15, párs. 114 y 117, y p. 24, párs. 183-185).

internacional¹¹³. Otros delegados (Argentina, Bangladesh y Egipto, en nombre del Grupo Africano)¹¹⁴, en réplica, afirmaron que las preocupaciones relativas a la duplicación de fondos no habían sido un problema para aprobar el previsto en el Protocolo Facultativo de la Convención contra la tortura; que la carga adicional para el ACNUDH no tenía porqué impedir su creación; que la aplicación de los dictámenes del Comité harían necesario contar con un fondo a fin de hacer efectiva la obligación jurídica enunciada en el artículo 2.1 del Pacto y en la Carta de Naciones Unidas de proporcionar asistencia internacional a los países en desarrollo, que no tenían intención de eludir sus obligaciones, pero que no podían hacerlas valer plenamente sin asistencia internacional...¹¹⁵.

Finalmente el compromiso para la creación del fondo se alcanzó (en la segunda parte del quinto período de sesiones del Grupo)¹¹⁶ *embutido* en la misma disposición del Protocolo relativa a la asistencia y cooperación internacionales (párrafo 3º del artículo 14)¹¹⁷, quedando en el camino del debate parte de los primigenios objetivos para los que fue concebido. La más significativa modificación consistió en suprimir la expresión “y en beneficio de las víctimas de las violaciones”¹¹⁸, y con ella la finalidad reparadora del fondo, que ahora será la de “prestar asistencia especializada y técnica a los Estados partes, con el consentimiento de los Estados interesados, con miras a promover el ejercicio de los derechos enunciados en el Pacto, contribuyendo así al fomento de la capacidad nacional en el contexto del presente Protocolo”. También se borró la expresa referencia al carácter *voluntario* de las contribuciones, lo que –como se dijo– no debía interpretarse en el sentido de que “las contribuciones al fondo especial 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”¹¹⁹. Y no hay que olvidar que la naturaleza *especial* del fondo se trocó en *fiduciaria* “con arreglo a los procedimientos de

¹¹³ Así lo expresaron en particular Canadá, Dinamarca y los Estados Unidos; *Informe del Grupo* sobre su quinto período de sesiones (Doc. A/HRC/8/7, p. 15, párs. 114 y 182); *vid.* también el *Informe del Grupo* sobre su cuarto período de sesiones (Doc. A/HRC/6/8, p. 20, pár. 129).

¹¹⁴ *Informe del Grupo* sobre su quinto período de sesiones (Doc. A/HRC/8/7, p. 15, pár. 115).

¹¹⁵ *Informe del Grupo* sobre su cuarto período de sesiones (Doc. A/HRC/6/8, p. 21, pár. 130).

¹¹⁶ De hecho, el grueso de las discusiones de la segunda parte del quinto período de sesiones del Grupo (31 de marzo-4 de abril de 2008) estuvieron centradas en la instauración y cómo del Fondo (Doc. A/HRC/8/7, pp. 24-26).

¹¹⁷ La fusión en un precepto (artículo 14) de las disposiciones inicialmente previstas en los artículos 13 (“Asistencia y cooperación internacionales”) y 14 (“Fondo especial”) fue una propuesta de Egipto (en nombre del Grupo de Estados Africanos) apoyada por Belarús, Burkina Faso, China, la India, Nepal, Nigeria, Perú y Senegal; *Informe del Grupo* sobre su cuarto período de sesiones (Doc. A/HRC/6/8, pp. 19 y 26, párs. 120 y 165 respectivamente).

¹¹⁸ Fue la India la que sugirió suprimir esta expresión para “subrayar que en las recomendaciones del Comité también se podría hacer referencia a las situaciones en las que un Estado Parte no pudiera cumplir el Pacto por falta de recursos”; *Informe del Grupo* sobre su cuarto período de sesiones (Doc. A/HRC/6/8, p. 20, pár. 126). Si bien fueron otros Estados los que más inquina manifestaron por la presencia de las víctimas entre los beneficiarios del fondo. Así, Francia y Canadá declararon que el fondo “no debía utilizarse para compensar a las víctimas de violaciones, porque esto era una obligación del Estado parte”; *Informe del Grupo* sobre su quinto período de sesiones (Doc. A/HRC/8/7, p. 24, pár. 184).

¹¹⁹ Así lo afirmaron China y Egipto; *Informe del Grupo* sobre su cuarto período de sesiones (Doc. A/HRC/6/8, p. 20, pár. 128).

la Asamblea General en la materia, que será administrado conforme al Reglamento Financiero y Reglamentación Financiera detallada de las Naciones Unidas”.

Un último párrafo del artículo 14 (4º) pretende dejar constancia de que “las disposiciones del presente artículo se aplicarán sin perjuicio de la obligación de todo Estado parte de cumplir sus obligaciones en virtud del Pacto”¹²⁰.

IV. COMUNICACIONES DE PERSONAS O GRUPOS DE PERSONAS

El centro solar de los mecanismos de control del Pacto establecidos en el Protocolo lo ocupa el procedimiento de presentación de comunicaciones por personas o grupos de personas. Para su expresa previsión fue, como sabemos, concebido el Protocolo y a él están consagradas más de la mitad de sus actuales disposiciones (artículos 1-9 y 13). Su gestación consumió, también por eso, el grueso de los debates habidos en el Grupo de Trabajo, como los más peliagudos cuando de las bases que sustentan el procedimiento se trató. Motivo de discusión fue desde la competencia del mismo Comité guardián del Pacto para recibir y examinar las comunicaciones, qué derechos garantizados en el Pacto podrían ser su objeto *ratione materiae*, cuestión que se ligó a la prohibición –o no- de formular reservas (al Protocolo), quién estaría legitimado para presentar la denuncia (*locus standi*) y qué condiciones habría de superar para su admisibilidad, qué resultado cabría esperar sobre la decisión del fondo de un caso... Seguir el *íter* natural del proceso nos permitirá examinar los puntos más conflictivos y su resultado.

1. Competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones (artículo 1º)

El órdago sobre la (in)competencia del Comité para examinar denuncias del Pacto lo lanzó el experto nombrado por la Comisión de Derechos Humanos, Sr. Kotrane. 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, “el examen de las denuncias y comunicaciones relativas a presuntas violaciones de los derechos humanos” reconocidos en el Pacto”¹²¹ ¿Cómo podría garantizarse –dijo- que el Comité no se viera demasiado condicionado al examinar el fondo de una comunicación actuando como instancia cuasijudicial de investigación y solución, por su posición expresada en el examen, esencialmente de carácter voluntario y consultivo, del informe

¹²⁰ Se ha dicho que “la intención que subyace a este agregado es la de subrayar que, más allá de la existencia de obligaciones legales de cooperación y asistencia internacionales, los Estados partes siguen siendo los principales responsables del cumplimiento de las obligaciones derivadas de los derechos económicos, sociales y culturales”, *vid.* COURTIS, C. (Consejero jurídico de la CIJ), *Comentario del Protocolo Facultativo del PIDESC*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, CIJ, 2008, p. 111 (accesible en http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_1375160761/CIJ%20comentario%20PF-PIDESC.pdf)

¹²¹ Informe (preliminar) del experto independiente encargado de examinar la cuestión de un proyecto de Protocolo Facultativo al PIDESC (Doc. E/CN.4/2002/57, p. 15, párs. 38 y 39). También Segundo Informe del Sr. Kotrame (Doc. E/CN.4/2003/53, 13 de enero de 2003, p. 25, párs. 72-73).

periódico del Estado de que se trate?¹²². 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...”¹²³.

En el Grupo –de Trabajo- las dudas y reticencias respecto de la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones estuvo centrada en su particular naturaleza jurídica como órgano subsidiario del Consejo Económico y Social, así como –aprovechando que *el Pisuerga pasa...*- el riesgo de proliferación de órganos y duplicación de procedimientos de denuncia de derechos económicos, sociales y culturales, lo que en el fondo no trataba sino de cortocircuitar el proyecto en ciernes. Con tales argumentos Canadá llegó a sugerir una panoplia de alternativas a las funciones del Comité en el marco del futuro Protocolo, tales como 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...”¹²⁴, o incluso 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”¹²⁵.

La competencia del Comité se impuso no obstante de manera natural¹²⁶, y en las primeras sesiones de trabajo del Grupo. La coherencia con el sistema de Naciones Unidas y la complementariedad, confirmada en la práctica, entre sus dos principales funciones, examen de los informes periódicos de los Estados y de comunicaciones presentadas por particulares, avalaban la capacidad del Comité para llevar a cabo una investigación más profunda de casos concretos y tangibles, inexistente de otra manera. En un procedimiento de denuncia, había afirmado el Comité con ocasión de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993), “[L]os verdaderos problemas con que tropiezan los particulares y los grupos cobran vida de una manera que no se puede dar en el contexto de los debates abstractos que se producen en las

¹²² En relación con este punto el Sr. Kotrane señaló que “cabe admitir la posibilidad de que un Estado respecto del cual el Comité haya observado, al examinar su informe periódico, un alto grado de adaptación general de su política y sus medidas a las disposiciones del Pacto, haya violado en ciertos casos los derechos de algunas personas o grupos de personas; y a la inversa...”; Informe (preliminar) del Sr. Kotrane, cit. p. 16, párr. 40.

¹²³ *Ibidem*, párr. 42. El Sr. Kotrane añadió “que la separación de las dos actividades existe y funciona de manera armoniosa en el marco de los procedimientos adoptados por otras instituciones internacionales”, por ejemplo, “en el marco de la OIT, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones se encarga de examinar los informes periódicos de los Estados sobre las convenciones ratificadas..., mientras que... el Comité de Libertad Sindical se ocupa de los procedimientos de investigación y solución”, *Ibidem*, párr. 43.

¹²⁴ *Informe del Grupo de Trabajo* en su segundo período de sesiones (Doc. E/CN.4/2005/52, p. 16, párr. 68, y p. 24 párr. 107).

¹²⁵ *Informe del Grupo de Trabajo* en su tercer período de sesiones (Doc. E/CN.4/2006/47, p. 22, párr. 114).

¹²⁶ *Vid* O. de SHUTTER, “Le Protocole Facultatif au Pacte...”, cit., pp. 50-56.

condiciones del procedimiento de presentación de informes”¹²⁷. La posibilidad – sugerida por algunos delegados¹²⁸ – de conferir al Comité la condición de órgano creado en virtud de tratado fue descartada, tanto porque extralimitaba el mandato del Grupo como porque se estimó que 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”¹²⁹. Como se la confiere el artículo 1º del Protocolo del PIDESC: “Todo Estado parte en el Pacto que se haga Parte en el presente Protocolo reconocerá la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones...”.

Criterios de admisibilidad adecuados garantizarían, por lo demás, que el mismo caso no fuese examinado por más de un mecanismo internacional dirigido a garantiza derechos económicos, sociales y culturales¹³⁰, un riesgo mínimo, se advirtió dado el alcance *ratione materiae* y/o *ratione personae* limitado de los procedimientos de queja existentes¹³¹, entre cuyos órganos de supervisión existe, además, una dilatada experiencia de cooperación (así, entre el mismo Comité y sus homólogos en la OIT, OMS y la UNESCO)¹³².

2. Comunicaciones (artículo 2) Ámbito material y...

Qué derechos garantizados en el Pacto podían ser objeto de una comunicación fue la cuestión que, en relación con este procedimiento, más debate generó. Sobre la misma, la Presidenta-Relatora del Grupo apuntó –como en su día hizo el mismo Comité¹³³– varios

¹²⁷ Doc. A/CONF.157/PC/Add. 5, pp. 13-15, la cita en el pár. 33.

¹²⁸ Así lo sugirieron entre otros, Arabia Saudí y Francia; *Informe del Grupo* en su segundo período de sesiones (Doc. E/CN.4/2005/52, p. 22, pár. 96 y p. 24, pár. 106).

¹²⁹ *Informe del Grupo de Trabajo* en su segundo período de sesiones (Doc. E/CN.4/2005/52, p. 22, pár. 97).

¹³⁰ *Vid.*, por ejemplo, las alegaciones del representante del Comité contra la Discriminación de la Mujer durante el segundo período de sesiones del Grupo (Doc. E/CN.4/2005/52, p. 10, pár. 39)

¹³¹ Así lo advirtieron, por ej., las delegaciones de Brasil, España, Finlandia, Francia y Portugal, de la OIT y del Comité de Derechos Civiles y Políticos durante el segundo (Doc. E/CN.4/2005/52, p. 15, pár. 61) y tercer período de sesiones del Grupo (Doc. E/CN.4/2006/47, p. 21, párs. 108 y 109). El representante de la Coalición de ONG añadió que ni el procedimiento de la UNESCO ni el de la OIT proporcionaban a las víctimas una reparación similar a la de los procedimientos de presentación de comunicaciones basados en tratados de Naciones Unidas (*ibidem*, pár. 108).

¹³² A ese respecto, se mencionó el Grupo Mixto de expertos sobre la supervisión del derecho a la educación establecido conjuntamente por el Comité de Convenciones y Recomendaciones de la UNESCO, las reuniones anuales con el Comité de Expertos en la Aplicación de Convenciones y Recomendaciones de la OIT, los informes que esta misma Organización somete al Comité en todos los períodos de sesiones en que éste examina informes de los Estados, así como la cooperación en curso entre la OMS y el Comité para determinar los indicadores del derecho a la salud; *Informes del Grupo* en su primer y segundo período de sesiones (Doc. E/CN.4/2004/55, p. 8, pár. 27, y E/CN.4/2005/52, p. 8, pár. 29; *vid.* también el *Documento analítico* preparado por la Presidenta-Relatora sobre los “Elementos para la elaboración de un Protocolo...” (Doc. E/CN.4/2006/WG.23/2, p. 24, pár. 47). Sobre dicha cooperación dan cuenta los Informes del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales remitido al Consejo Económico y Social, *vid.* por último el Informe sobre los períodos de sesiones 47º y 48º del Comité (2 a 20 de mayo de 2011 y 14 de noviembre a 2 de diciembre de 2011, E/C.12/2011/3), Documentos Oficiales, 2012 (E/2012/22, pp. 99-100).

¹³³ *Vid.* 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, párs. 24-28).

enfoques, que calificó de: 1) *exhaustivo, integral o global*, 2) *restrictivo o limitado* a las Partes II y III del Pacto, y 3) *selectivo o a la carta*¹³⁴. Sus consecuencias en el principio de indivisibilidad e interrelación de todos los derechos humanos, sus efectos en la jerarquización y afirmación de la *justiciabilidad* y la promoción de todos los derechos económicos, sociales y culturales en el plano nacional e internacional, así como la posibilidad de que los objetivos que se persiguen con el criterio selectivo pudieran conseguirse mediante la formulación de reservas, fueron los principales aspectos sobre los que la Sra. de Albuquerque llamó la atención del Grupo a los efectos de que sus miembros tomaran partido por el enfoque que estimaran más conveniente¹³⁵. No fue sin embargo esta correlación el *leitmotiv* de la opción de todos los delegados.

A favor del criterio *a la carta* se pronunciaron, como se habrá adivinado, los más acérrimos *enemigos* del Protocolo (entre ellos cuatro de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad, los Estados Unidos, el Reino Unido, la Federación de Rusia y China). Su principal argumento consistió en que, dada la flexibilidad de este criterio, “permitiría que un número mayor de Estados se hicieran partes en el protocolo y... circunscribieran la aplicación del procedimiento a los derechos respecto de los cuales hubiera remedios en el plano nacional”¹³⁶. 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”¹³⁷ la gama de derechos expresamente aceptados mediante una cláusula facultativa (*opting o contracting in*)¹³⁸; o b) “rechazando a la carta”¹³⁹ las disposiciones y/o derechos específicos del Pacto aplicables de no mediar su expresa declaración de voluntad (*opting o contracting out*)¹⁴⁰. Rizando el rizo, y para que no se les viera tanto el plumero, también propusieron¹⁴¹ la posibilidad de combinar

¹³⁴ Vid. el *Documento analítico* preparado por la Sra. de Albuquerque “Elementos para la elaboración de un Protocolo Facultativo...” (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 en su cuarto período de sesiones (Doc. A/HRC/6/WG.4/2, pp. 14-15, párrs. 3-6).

¹³⁵ “Elementos para la elaboración de un Protocolo...” (Doc. E/CN.4/2006/WG.23/2, pp. 6-7, párr. 8).

¹³⁶ 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* en su cuarto período de sesiones (Doc. A/HRC/6/8, p. 8, párr. 37).

¹³⁷ Como lo denominó la Presidenta-Relatora, *Elementos para la elaboración de un Protocolo...* (Doc. E/CN.4/2006/WG.23/2, p. 5).

¹³⁸ 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).

¹³⁹ 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).

¹⁴⁰ 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* en su segundo (Doc. A/CN.4/2005/52, p. 23, párr. 101) y cuarto período de sesiones (Doc. A/HRC/6/8, p. 5, párr. 10); cursivas añadidas.

¹⁴¹ Como hicieron la República de Corea y el Reino Unido; *Informe del Grupo* en su cuarto período de sesiones (Doc. A/HRC/6/8, p. 9, párrs. 38 y 39).

el criterio selectivo con el denominado “enfoque de plazos limitados”¹⁴², 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 hacerlo¹⁴³.

La Coalición de ONG por un Protocolo Facultativo del Pacto, los principales grupos regionales –de Estados Africanos y del GRULAC- y algunos Estados europeos (España, entre ellos) apoyaron un enfoque *exhaustivo*¹⁴⁴ que, en consecuencia, permitiera denunciar la supuesta violación de todos los derechos enunciados en el Pacto. Un enfoque a la carta, observaron en réplica de lo anterior, “establecería un orden de jerarquía entre los derechos humanos e iría en desmedro de la relación recíproca de los artículos del Pacto, modificaría el fondo de éste, no protegería los intereses de las víctimas y contravendría el propósito del protocolo facultativo de fortalecer la aplicación de todos los derechos económicos, sociales y culturales”¹⁴⁵.

El proyecto original de Protocolo elaborado por la Sra. de Albuquerque (2007) incluyó (artículo 2) ambos enfoques, *selectivo*, mediante la técnica *opting out*, y *exhaustivo*, que en este caso aparecía [entre corchetes]¹⁴⁶ combinado con el tercer enfoque antes apuntado, esto es, el criterio *restrictivo* o *limitado* a los derechos enunciados en las Partes II y III del Pacto¹⁴⁷, lo que en consecuencia excluía del ámbito de aplicación del

¹⁴² *Elementos para la elaboración de un Protocolo...* (Doc. E/CN.4/2006/WG.23/2, p. 5).

¹⁴³ 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). *Vid.* RIQUELME CCORTADO, R., *Las reservas a los tratados*, Colección Estudios de Derecho, Murcia, 2004, pp. 97-98.

¹⁴⁴ A favor de un criterio exhaustivo o 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 continuación la inclusión de un límite que lo dejaba prácticamente en mantillas, consistente en “circunscribir su ámbito de aplicación a las violaciones importantes o significativas” (*Ibidem*, párr. 34).

¹⁴⁵ *Ibidem*, párr. 33. La Coalición de ONG expresó la misma opinión; *Informe del Grupo* en su tercer período de sesiones (Doc. E/CN.4/2006/47, p. 8, párr. 33).

¹⁴⁶ 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.

¹⁴⁷ 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”; *vid.* 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, Proyecto revisado de Protocolo... (Doc. A/HRC/8/WG.4/3, 28 de febrero de 2008, p. 4).

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).

Perdida la batalla por el enfoque *a la carta* en consideración a los argumentos ya señalados, el enfoque *restrictivo*, fruto de una temprana propuesta de la Federación de Rusia¹⁴⁸ aparentemente no mayoritaria, fue el *tapado* que en aras del consenso aglutinó a los *amigos* del criterio exhaustivo¹⁴⁹ y a sus *enemigos*, para los que la posibilidad de excluir la Parte I del Pacto representó un compromiso aceptable¹⁵⁰. Que el derecho de autodeterminación estuviera ya sometido a un procedimiento de comunicaciones por virtud del Protocolo facultativo del otro Pacto (artículo 1, común a los dos Pactos) y que el Comité de Derechos Humanos no hubiera admitido ninguna reclamación sobre el mismo en consideración a su naturaleza colectiva¹⁵¹ (aunque sí para interpretar otros derechos enunciados en el Pacto)¹⁵², fueron los 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 del PIDESC 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...”¹⁵³.

Pero la última palabra la tuvo en el Consejo de Derechos Humanos el proyecto de resolución presentado por Portugal, y copatrocinado por otros (cuarenta) Estados¹⁵⁴,

¹⁴⁸ Durante el segundo período de sesiones del Grupo, la Federación de Rusia expresó la opinión de que “los Estados debían evitar que el artículo 1 estuviera sujeto al procedimiento –de comunicaciones- puesto que no existía la suficiente práctica legal sobre la cuestión a nivel nacional o internacional debido al carácter específico del derecho”. Finlandia asimismo “cuestionó que las denuncias de particulares fueran apropiadas en virtud de este artículo (1º del Pacto) dada la naturaleza colectiva del derecho a la libre determinación”; *Informe del Grupo* en su segundo período de sesiones (Doc. E/CN.4/2005/52, p. 18, párr. 75).

¹⁴⁹ Egipto, hablando en nombre del Grupo de Estados Africanos, indicó que “estaría(n) dispuesto(s) a aceptar que se excluyera del alcance del procedimiento [de comunicaciones] la parte I del Pacto”; en el mismo sentido se expresaron otros Estados partidarios del criterio exhaustivo, por ejemplo, Liechtenstein, Portugal y Uruguay; *Informe del Grupo* sobre su cuarto período de sesiones (Doc. A/HRC/6/8, p. 8, párr. 35).

¹⁵⁰ Así lo admitieron Australia, los Estados Unidos, Grecia, Marruecos, el Reino Unido y la Federación de Rusia; *Informe del Grupo* sobre su cuarto período de sesiones (Doc. A/HRC/6/8, p. 8, párr. 36).

¹⁵¹ Por ej., *Ominayak, (Jefe de la Agrupación del Lago Lubicon) c. Canadá* (167/1984), CCPR/C/38/D/167/1984 (1990), par. 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.

¹⁵² En particular, los artículos 25, 26 y 27; *vid. por ej., Diergaardt et al. c. Namibia* (760/1997), CCPR/C/69/D/760/1996 (2000), párr. 10.3.

¹⁵³ Anexo I del Doc. A/HRC/8/7, p. 35.

¹⁵⁴ 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; *vid. el Informe del Consejo de Derechos Humanos sobre su octavo período de sesiones* (Doc. A/HRC/8/52, p. 92, párr. 118).

dirigido a reemplazar en el artículo 2 del Protocolo la explícita referencia a las Partes II y III del Pacto por la más general (“and arguably very vague”)¹⁵⁵ “cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto”. Pese a las críticas que la propuesta generó, en los mismos Estados de siempre (por haber sido presentada en el último momento, dijo el Reino Unido, sin que las delegaciones interesadas hayan 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)¹⁵⁶, 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 propuesta. Cuestión distinta será la interpretación que derive de su aplicación.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ya la avanzó cuando en 1996 sometió a la Comisión de Derechos Humanos el proyecto de Protocolo Facultativo del Pacto proponiendo como texto para este punto del artículo 2 la misma redacción, a saber: “cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en el Pacto”. La adopción de un enfoque exhaustivo, esto es, que el Comité recomiende –afirmó en tal ocasión- “que el protocolo facultativo se aplique a todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto y que esto incluya todos los derechos que figuran en los artículos 1 a 15”¹⁵⁷ (Partes I, II y III del Pacto), “no impedirá en modo alguno el funcionamiento de diversas salvaguardias de procedimiento que ayuden a asegurar que el procedimiento –de comunicaciones, el único contemplado en su día por el Comité- no llevará a la consideración de cuestiones que no corresponden a ese ámbito”¹⁵⁸, 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”¹⁵⁹. Nada que objetar. Más aún, en mi opinión, el respeto y garantía del derecho de libre determinación de los pueblos (coloniales) proyecta hoy su núcleo duro en esta(s) dimensión(es)¹⁶⁰.

Probablemente para evitar tal interpretación hay quienes desearían dar lecciones al Comité en sentido contrario. Así, por ejemplo, el Reino Unido reiteró ante la Asamblea

¹⁵⁵ Vid. MAHON, C., “Progress at the Front: The Draft Optional Protocol...”, cit., p. 626.

¹⁵⁶ Vid. Docs. A/HRC/8/52, p. 92, párr. 119 y Doc. A/C.3/63/SR.40, pp. 5-7, párrs. 23, 29 y 33.

¹⁵⁷ Doc. E/CN.4/1997/105, p. 11, párr. 25.

¹⁵⁸ A fin de evitar suspicacias, así lo advirtió el Comité en el documento analítico sometido a la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993) (Doc. A/CONF. 157/PC/62/Add. 5, pp. 25-26, párr. 79).

¹⁵⁹ Doc. E/CN.4/1997/105, p. 12, párr. 25; *vid.* en el mismo sentido el resumen del comentario de la Coalición de ONG al término de las sesiones del Grupo de Trabajo en el Doc. A/HRC/8/7, p. 33, párr. 254; la cita completa del mismo la toma COURTIS, C., *Comentario del Protocolo Facultativo...*, cit. p. 42, nota 6.

¹⁶⁰ Vid. RIQUELME CORTADO, R., “Soberanía permanente del pueblo saharauí sobre sus recursos naturales”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2011* (en prensa).

General (Tercera Comisión)¹⁶¹ 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... [E]l Reino Unido (y en el mismo sentido se pronunció Canadá)¹⁶² aprueba sin reservas la decisión del Comité de Derechos Humanos de no examinar las violaciones del derecho de los pueblos a la libre determinación ya que no es un derecho individual. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales debe adoptar el mismo enfoque... y negarse a examinar reclamaciones relativas a la primera parte del Pacto o a investigar presuntas violaciones relacionadas con esa parte...”. Desde esta perspectiva, el escollo no está tanto en su enunciado sino, como en el contexto de derechos civiles y políticos, en la determinación de la capacidad legal de los titulares del derecho de autodeterminación para denunciar su violación.

3. Legitimación

El Protocolo del Pacto (artículo 2) sigue el “sistema generoso de legitimación”¹⁶³ previsto en la mayoría de tratados de derechos humanos de Naciones Unidas en lo tocante a la capacidad legal para presentar comunicaciones “por personas o grupos de personas¹⁶⁴ que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado”¹⁶⁵. Siguiendo el mismo modelo, el Protocolo 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”¹⁶⁶.

¹⁶¹ Doc. A/C.3/63/SR.40, p. 5, párr. 23.

¹⁶² “La primera parte del Pacto”, afirmó Canadá en la misma sede, “está fuera del ámbito del Protocolo Facultativo y de sus procedimientos de recurso y de investigación. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –añadió- debe seguir el ejemplo del Comité de Derechos Humanos y negarse a recibir comunicaciones relativas al artículo 1..., ya que en el marco del derecho de los pueblos a la libre determinación se prevé el sistema de presentación de informes por los Estados...”; *Ibidem*, p. 7, párr. 33.

¹⁶³ Así lo califica el prof. QUEL LÓPEZ, J., “Un paso esencial hacia la eficacia internacional de los derechos económicos, sociales y culturales...”, cit., p. 320.

¹⁶⁴ 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); asimismo el Reglamento del Comité de Derechos Humanos (CCPR/C/3/Rev.7, 4 de agosto de 2004) ha interpretado en la misma dirección las disposiciones pertinentes del Protocolo Facultativo del PIDCP (1966). Por el contrario, sólo legitiman expresamente a “personas” las Convenciones contra la tortura (1984, art. 22.1), la Convención sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de los miembros de su familia (1990, art. 14) y la Convención de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2006, art. 31.1).

¹⁶⁵ COURTIS, C., y SEPULVEDA, M., advierten no obstante los posibles efectos extraterritoriales de las obligaciones derivadas del Pacto y sometidas a los mecanismos de control del Protocolo, “Are Extra-Territorial Obligations Reviewable Under the Optional Protocol to the OCESCR?”, *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 27, No. 1, 2009, pp. 54-63.

¹⁶⁶ El Protocolo del Pacto copia en este punto –como en otros- la disposición del Protocolo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 2), que ha sido interpretado por el Comité de esta Convención (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

Ahora bien, seguir a pies juntillas lo dispuesto al respecto en otros tratados de vocación universal dejó en la cuneta que el Protocolo del Pacto estableciera, como hacía el proyecto preparado (en 2007) por la Sra. de Albuquerque, la posibilidad de *reclamaciones colectivas*. Ese proyecto (artículo 3 “Comunicaciones colectivas”)¹⁶⁷ establecía, 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 qué se dé cuenta de la observancia insatisfactoria por un Estado parte de cualesquiera de los derechos enunciados en el Pacto”; y, de otro, abría la posibilidad –inspirada en el Protocolo de 1995 a la Carta Social Europea¹⁶⁸- de que los Estados partes declararan, en cualquier momento, que reconocen “el derecho de cualquier organización nacional no gubernamental representativa que se halle bajo su jurisdicción y que tenga competencia especial en las materias regidas en el Pacto a presentar comunicaciones colectiva contra él”.

La importancia de conceder a 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 Pacto¹⁶⁹, por la Coalición de ONG¹⁷⁰, así como por algunos Estados a los que esta posibilidad resultaba familiar en sus sistemas regionales de derechos humanos¹⁷¹. Del lado contrario se agitó el temor –ya señalado en 1996 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁷²- 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 denunciado¹⁷³. La supresión de esta disposición se justificó finalmente con base en los siguientes argumentos¹⁷⁴: a) la falta de un apoyo claro a su presencia; b) la importancia de velar por la coherencia de todos los instrumentos de

consentimiento debe presentar por escrito las razones que justifican su actuación; *vid.* 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).

¹⁶⁷ Doc. A/HRC/6/WG.4/2, p. 5.

¹⁶⁸ *Vid.* el *Memorando de Explicación del Proyecto de Protocolo* (2007), p. 16, párr. 8.

¹⁶⁹ Un punto en el que en particular insistió Portugal; *Informe del Grupo* sobre su cuarto período de sesiones (Doc. A/HRC/6/8, párr. 55).

¹⁷⁰ *Vid.* en particular el *Informe del Grupo* cit. *supra*, p. 9, párr. 44).

¹⁷¹ Así, Bélgica, España, Noruega, Portugal, los Países Bajos, México, Brasil y Ecuador; *Informe del Grupo* cit. *supra*, p. 10, párrs. 51 y 54).

¹⁷² “Si bien es claro”, manifestaron sus miembros 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 que el derecho a presentar una denuncia se reconociera únicamente a “los 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).

¹⁷³ Un peligro que, en particular, destacaron Austria, China, Grecia y la República de Corea, *Informe del Grupo* sobre su cuarto período de sesiones (Doc. A/ARC/6/8, p. 11, párr. 53).

¹⁷⁴ *Vid.* el *Memorando de explicación del Proyecto revisado de Protocolo* (Doc. A/HRC/8/WG.4/2, p. 16, párr. 12).

Naciones Unidas en materia de derechos humanos, a los que el concepto de comunicaciones colectivas resulta ajeno; y c) el hecho señalado por determinadas delegaciones¹⁷⁵ 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 Protocolo¹⁷⁶.

Similares argumentos (la falta de precedentes, en particular)¹⁷⁷ dieron al traste con la expresa posibilidad (prevista entre corchetes en el Proyecto revisado de Protocolo)¹⁷⁸ de que el mismo Comité “pudiera otorgar la condición de *amicus* a instituciones u ONG, cuando proceda, para que faciliten información relativa a una comunicación...”. Se trata en todo caso de una condición que, se ha dicho¹⁷⁹, podría derivar de las previsiones del artículo 8 del Protocolo.

4. Condiciones de admisibilidad (artículos 3 y 4)

“El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado Parte en el Pacto que no sea parte en el presente Protocolo” (artículo 1.2), condición que a tenor del carácter facultativo del procedimiento –que califica al mismo Protocolo– expresamente estipulan todos los tratados de derechos humanos del sistema *onusiano*¹⁸⁰. Ahora bien, comprobado el reconocimiento de su competencia por el Estado denunciado, las condiciones de admisibilidad a las que se someten las denuncias de particulares por virtud del Protocolo del Pacto son, en general, más estrictas que las exigidas para el mismo procedimiento en otros tratados, lo que en sí mismo hace presumir que un número aún mayor de violaciones de derechos económicos, sociales y culturales podrían quedar sin expreso pronunciamiento sobre el fondo¹⁸¹. Sirva como muestra la práctica del Comité de Derechos Humanos, en la que aproximadamente un tercio de las denuncias de particulares son declaradas inadmisibles por una u otra causa, y apenas llegan al cincuenta por ciento los casos en los que el Comité declaró que hubo violación. Martin Scheinin y Malcom Langford lo representan en los siguientes gráficos

¹⁷⁵ En particular, los Estados Unidos, Noruega, la India, Guatemala y Venezuela; *Informe del Grupo* sobre su cuarto período de sesiones (Doc. A/HRC/6/8, pp. 10-11, párr. 51).

¹⁷⁶ 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* sobre su quinto período de sesiones (Doc. A/HRC/8/7, p. 7, párrs. 44 y 45).

¹⁷⁷ *Informe del Grupo* sobre su quinto período de sesiones (Doc. A/HRC/8/7, p. 7, párr. 43).

¹⁷⁸ Artículo 2.1, bis del Proyecto revisado de Protocolo (Doc. A/HRC/8/WG.4/2, p. 4).

¹⁷⁹ Vid. MAHON, C., “Progress at the Front: The Draft Optional Protocol...”, cit., pp. 634-635; también *Infra*.

¹⁸⁰ Por ej., art. 1 del Protocolo Facultativo (1966) del PIDCP; art. 3 del Protocolo Facultativo (1999) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; art. 1.3 del Protocolo Facultativo (2011) de la Convención sobre los derechos del niño...

¹⁸¹ LANGFORD, M. realiza una evaluación sobre el carácter restrictivo de tales condiciones en “Closing the Gap? – An Introduction to the Optional Protocol...”, *ob. cit.*, pp. 21-24.

en relación con los casos sometidos al Comité de Derechos Humanos, en general (gráfico 1), y respecto del artículo 26 del PIDCP (gráfico 2), en particular¹⁸².

Gráfico 1: Práctica del Comité de Derechos Humanos

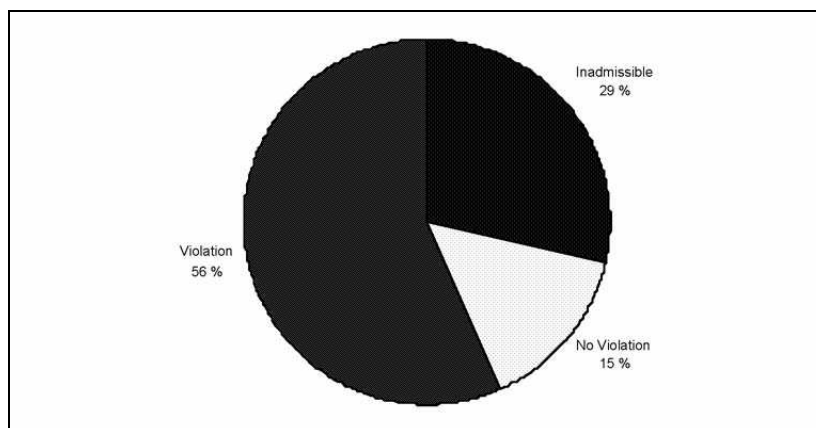
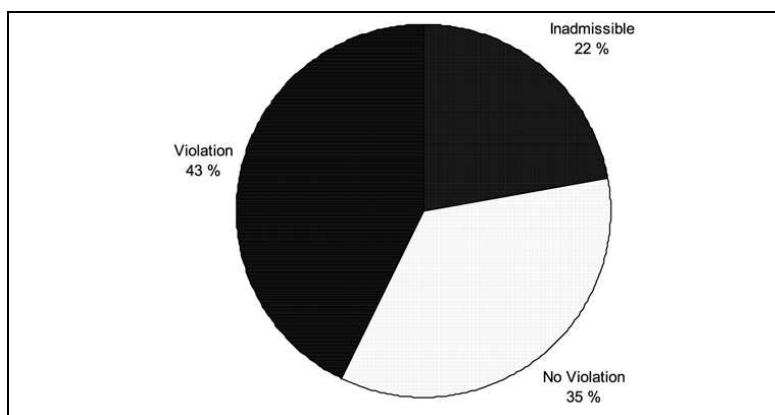


Gráfico 2: Práctica del Comité de Derechos Humanos: Artículo 26 del PIDCP (principio de no discriminación)



En cuanto a las más restrictivas condiciones impuestas en el Protocolo del PIDESC a la admisibilidad de las comunicaciones, en primer lugar, sólo contempla (artículo 3.1) como excepción a la obligación de interponer y agotar los recursos disponibles en la jurisdicción interna del Estado denunciado que “la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente”. Que sea improbable que con los mismos se llegue a una reparación efectiva fue otra salvedad que, siguiendo la tónica de la mayoría de

¹⁸² SCHEININ, M., y LANGFORD, “Evolution or Revolution? – Extrapolating From the Experience of the Human Rights Comité”, *ob.cit.*, pp. 108-111; respecto de la práctica de otros órganos del sistema de Naciones Unidas, *vid.* el cuadro comparativo que figura en el Doc. E/CN.4/2005/WG.23/2, p. 14.

instrumentos de derechos humanos de última generación¹⁸³, previó el proyecto original de Protocolo elaborado por la Presidenta-Relatora, que el Grupo acordó suprimir *in extremis*¹⁸⁴. Ahora bien, el silencio del Protocolo no puede –no debería– impedir al Comité interpretar, como lo ha hecho el Comité de Derechos Humanos, que el agotamiento de los recursos internos sólo es exigible si están disponibles y son eficaces¹⁸⁵.

Tras el agotamiento de los recursos internos, 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 universal¹⁸⁶ (y que luego copió el Protocolo de 2011 de la Convención sobre los Derechos del Niño)¹⁸⁷ “salvo en los casos en que el autor pueda demostrar que no fue posible presentarla dentro de ese plazo”. Fruto de una sugerencia de Canadá, Suecia y Sudáfrica¹⁸⁸, a la que no hicieron ascos otros Estados¹⁸⁹ familiarizados con requisitos similares en sus sistemas regionales (de derechos civiles y políticos, dicho sea de paso)¹⁹⁰, vanos resultaron los esfuerzos de la Coalición de ONG por evitar o flexibilizar al menos la indicación de un término perentorio¹⁹¹ que no haría sino obstaculizar aún más las denuncias en relación con esta gama de derechos¹⁹².

¹⁸³ Caso de las Convenciones contra la tortura (1984, art. 22.5,b), sobre los derechos de los trabajadores migratorios (1990, art. 77.3,b) y para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2006, art. 31.2,d); así como el de los Protocolos de la Convención contra todas las formas de discriminación contra la mujer (1999, art. 4.1), de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006, art. 2.2) y de la Convención sobre los derechos del niño (2011, art. 7,e).

¹⁸⁴ En la segunda parte del quinto período de sesiones (Doc. A/HRC/8/7, p. 19, párr. 148). Por tal supresión apostaron el Grupo de Estados Africanos, así como, entre otros, Estados Unidos, China y Canadá; *Informes del Grupo de Trabajo sobre su cuarto* (Doc. A/HRC/6/8, p. 11, párr. 59) y quinto período de sesiones (Doc. A/HRC/8/7, p. 8, párr. 49).

¹⁸⁵ Así se desprende de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos pese al silencio del Protocolo del PIDCP sobre la efectividad del recurso; *vid.* por ej., *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)

¹⁸⁶ El único antecedente era, en este ámbito, el Reglamento del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, que exige (art. 91,f) que toda comunicación deberá presentarse, salvo que lo impidan circunstancias especiales, en el plazo de seis meses después del agotamiento de los recursos internos disponibles.

¹⁸⁷ *Cfr.* art. 7, h).

¹⁸⁸ *Memorando de explicación* del primer proyecto de Protocolo preparado por la Presidenta Relatora (Doc. A/HRC/6/WG.4/2, p. 18, párr. 13).

¹⁸⁹ Entre ellos, Argentina, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, México y Rusia; *Informe del Grupo sobre su cuarto período de sesiones* (Doc. A/HRC/6/8, p. 12, párr. 61).

¹⁹⁰ Caso del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (art. 35.1) y de la Convención Interamericana sobre derechos humanos (art. 35.1), que imponen un plazo de seis meses a partir de la resolución interna definitiva; el mismo plazo que propuso la Presidenta-Relatora en el primer Proyecto del PIDESC (art. 4.2.a, Doc. A/HRC/6/WG.4/2, p. 5).

¹⁹¹ De optarse por la mención de un plazo, la Coalición de ONG propuso utilizar la fórmula de la Carta Africana de derechos humanos y de los pueblos (art. 56.6), que hace referencia a la presentación de comunicaciones dentro de un “plazo razonable” a partir del momento en que se agotaron los recursos locales o en la fecha en que la Comisión es puesta al corriente del asunto; *Informe del Grupo sobre su cuarto* (Doc. A/HRC/6/8, p. 12, párr. 61) y quinto período de sesiones (Doc. A/HRC/8/7, p. 8, párr. 52).

¹⁹² *Informe del Grupo sobre su cuarto* (Doc. A/HRC/6/8, p. 12, párr. 61) y quinto período de sesiones (Doc. A/HRC/8/7, p. 8, párr. 52).

Por otra parte, a las condiciones de (in)admisibilidad comunes a los procedimientos de comunicaciones de particulares, dirigidos a fijar su dimensión *ratione temporis* (artículo 3.2, b)¹⁹³, *litis pendenciae* (artículo 3.2, c)¹⁹⁴, así como evitar su incompatibilidad con las disposiciones del Pacto (artículo 3.2, d), que constituya un abuso de derecho (artículo 3.2, f), sea anónima (artículo 3.2, g) o manifiestamente mal fundada (artículo 3.2, e), el Protocolo añade otra condición (artículo 3.2, e, *in fine*) consistente en que la denuncia de los particulares no “se base exclusivamente en informes difundidos por los medios de comunicación”. Que tal exigencia ya viniera establecida en la misma disposición cuando descarta las denuncias manifiestamente infundadas, según explicó la Sra. de Albuquerque¹⁹⁵, no convenció a China y la India¹⁹⁶, empeñadas con que la misma se hiciera expresa, y que el Grupo aceptó. Y aún hay más.

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 declarados *enemigos* del Protocolo¹⁹⁷– para proponer en el último período de sesiones del Grupo una nueva condición de admisibilidad que, a pesar de contar con una nutrida oposición¹⁹⁸, tomó cuerpo como artículo 4 del Protocolo (“Comunicaciones que no revelen una clara desventaja”)¹⁹⁹. “De ser necesario”, dispone este precepto, “el Comité podrá negarse a considerar una comunicación que no revele

¹⁹³ “El Comité declarará inadmisibles toda comunicación que: b) Se refiera a hechos sucedidos antes de la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo para el Estado parte interesado, salvo que esos hechos hayan continuado después de esa fecha”. Durante los debates del Grupo se señaló (Doc. A/HRC/6/WG.4.2, p. 14) que una disposición de este tipo no era estrictamente necesaria (por ej., el Protocolo del PIDCP no la contempla) toda vez que la presunción de irretroactividad de los tratados se consagra en el art. 28 de la Convención de Viena (1969), por cuya virtud el tratado sólo es en principio aplicable a los *facta futura* (hechos posteriores a su entrada en vigor) y, según advierte la CDI, a los *facta pendenciae* (originados antes de su entrada en vigor pero que siguen existiendo y despliegan sus efectos después de esa fecha).

¹⁹⁴ “El Comité declarará inadmisibles toda comunicación que: c) Se refiera a una cuestión que ya haya sido examinada por el Comité o esté siendo examinada con arreglo a otro procedimiento de examen o arreglo internacional”. Conviene recordar que el Protocolo del PIDCP (art. 5.2, a) únicamente descarta el examen simultáneo de un caso respecto de asuntos ya examinados por otros órganos de control de derechos humanos, lo que ha permitido al Comité de Derechos Humanos declararse competente, salvo reserva (*vid.* Doc. A/49/40, p. 402).

¹⁹⁵ *Vid.* el *Memorando de explicación* del proyecto revisado de Protocolo (Doc. A/HRC/8/WG.4/2, p. 17, p. 19).

¹⁹⁶ La propuesta de China y la India (que fue secundada por la República Islámica de Irán) iba expresamente dirigida a considerar inadmisibles “las alegaciones provenientes de fuentes indirectas”; *Informe del Grupo* sobre su cuarto (Doc. A/HRC/6/8, p. 12, p. 66) y quinto período de sesiones (Doc. A/HRC/8/7, pp. 9 y 20, párs. 57 y 153).

¹⁹⁷ Entre ellos, Australia, Canadá, Dinamarca, los Estados Unidos, Japón, Noruega, Nueva Zelanda, Polonia y Suecia; *Informe del Grupo* sobre su quinto período de sesiones (Doc. A/HRC/8/7, pp. 9 y 20, párs. 59 y 155, respectivamente).

¹⁹⁸ Argentina, Brasil, Chile, China, Ecuador, Egipto (en nombre del Grupo de Estados Africanos), la Federación de Rusia, Finlandia, Francia, India, México, los Países Bajos, Portugal, Suiza, así como varias ONG, se opusieron a la propuesta señalando que “ello obligaría al Comité a efectuar un examen de fondo de la cuestión en la fase de admisibilidad, y parecería dar a entender que algunas violaciones pueden considerarse insignificantes, lo que no era aceptable”, *Informe del Grupo* sobre su quinto período de sesiones (*Ibidem*).

¹⁹⁹ *Ibidem*, Anexo I, p. 36.

que el autor ha estado en situación de clara desventaja”, estableciéndose como excepción que el “Comité entienda que la comunicación plantea una cuestión grave de importancia general”. Esta condición de admisibilidad (expresión de la máxima *de minimis non curat praetor*) cuenta como único precedente en tratados de derechos humanos con el actual artículo 35.3,b) del Convenio Europeo (modificado por el Protocolo 14, artículo 12)²⁰⁰, cuyo principal propósito estriba en optimizar la calidad y eficacia del procedimiento de denuncias de particulares, recibidas en sede europea a cientos de miles²⁰¹, lo que como es fácilmente comprensible no parece que será el caso del Protocolo del PIDESC cuando entre en vigor. Por otra parte, también está por determinar qué interpretación derivará de la expresión *clara desventaja*, cuya lectura literal parecería implicar “que toda alegación requiere un juicio comparativo, cuando en realidad este juicio sólo es relevante en aquellos casos en los que se plantee una violación del principio de no discriminación”²⁰², lo que invita a conferirle el sentido previsto en el Convenio europeo de “perjuicio importante”²⁰³.

5. Medidas provisionales (artículo 5)

El Protocolo del Pacto 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 Unidas²⁰⁴, de atribuir en el mismo tratado (artículo 5), y no en el Reglamento, facultades discrecionales al Comité –de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- para solicitar del Estado parte interesado –denunciado- la adopción de medidas provisionales en los casos potencialmente graves que entrañen la posibilidad de daños irreparables para las víctimas de la supuesta violación. De hecho, el mismo Comité ya había recomendado incluir en el Proyecto (borrador) de Protocolo del Pacto elaborado en

²⁰⁰ El artículo 35. 3 del Convenio Europeo (modificado por los Protocolos 11 y 14), permite al Tribunal de Estrasburgo declarar “inadmisible cualquier demanda individual presentada en virtud del artículo 34 si considera que: b) el demandante no ha sufrido un perjuicio importante, a menos que el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio y por sus Protocolos exija un examen del fondo de la demanda, y con la condición de que no podrá rechazarse por este motivo ningún asunto que no haya sido debidamente examinado por un Tribunal nacional”.

²⁰¹ El incremento del número de Estados partes en el Convenio Europeo, como también la mayor percepción social de las vías de recurso internacionales para garantizar derechos y libertades fundamentales –que recordémoslo de nuevo, en el marco de este tratado son principalmente de naturaleza civil y política-, ha disparado en los últimos años las denuncias de particulares (de trescientas cincuenta en 1980, a cuarenta y una mil quinientas diez en 2005, y suma y sigue...).

²⁰² *Vid.* en este sentido, COURTIS, C., *Comentario del Protocolo Facultativo...*, cit., pp. 68-69; también MAHON, C., “Progress at the Front: The Draft Optional Protocol...”, p. 636

²⁰³ La Guía práctica sobre la admisibilidad elaborada por el Consejo de Europa (diciembre de 2009) advertía no obstante que “teniendo en cuenta el hecho de que el Protocolo n° 14 entró en vigor muy recientemente, aún es demasiado pronto para describir un marco preciso de la jurisprudencia del Tribunal en este ámbito” (puede consultarse en www.echr.int (Case Law – Case Law information – Admissibility Guide)).

²⁰⁴ 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 (2011) de la Convención sobre los derechos del niño (art. 6).

1996 tal disposición²⁰⁵. Y lo mismo propuso la Presidenta-Relatora en el primer proyecto de Protocolo sometido al Grupo²⁰⁶; sin embargo, no todos sus miembros estuvieron inicialmente por la labor.

Así, hubo Estados (por ej. Japón) que cuestionaron la necesidad de adoptar medidas cautelares dada la naturaleza de los derechos, económicos, sociales y culturales²⁰⁷, y aunque se les suministraron ejemplos (tales como garantizar el acceso al alimento y al agua potable en situaciones de hambruna, a medicamentos esenciales para el VIH/SIDA...) ²⁰⁸, siguieron considerando (Polonia, por ej.) que esas “situaciones podrían atenderse mejor con programas de socorro de emergencias²⁰⁹, lo que llevó a otros (Argelia y la Federación de Rusia en particular) a proponer la supresión de esta disposición²¹⁰, o que de ser precisa (añadieron Alemania, Canadá, la República de Corea y Suiza)²¹¹ sería preferible relegarla al Reglamento del régimen interno del Comité²¹². En cuanto a la apreciación de las facultades del Comité para ordenar medidas cautelares, se llegó a proponer (Ecuador, la India, Italia, Nueva Zelanda y la Federación de Rusia)²¹³ que ello sólo fuese posible una vez declarada admisible la comunicación, y nunca de oficio (dijeron China y los Estados Unidos)²¹⁴, sino sólo a instancia de parte, para evitar daños irreparables suficientemente demostrados (Japón)²¹⁵, basados en información fiable (China)²¹⁶, y siempre en circunstancias excepcionales de extrema gravedad (en las que la vida de la víctima corriera peligro de muerte, precisaron Argentina, México, Marruecos y la Federación de Rusia)²¹⁷, y todo ello “teniendo en cuenta el carácter voluntario del cumplimiento de esas solicitudes” (apostillaron Noruega, Suecia y Canadá)²¹⁸ ...²¹⁹

²⁰⁵ Vid. Doc. E/CN.4/1997/105, p. 15 (art. 5, “Medidas provisionales”).

²⁰⁶ Cfr. art. 5 (“Medidas provisionales”) del Proyecto Facultativo del PIDESC (2007) (Doc. A/HRC//6/WG.4/2, p. 6).

²⁰⁷ Informe del Grupo sobre su tercer período de sesiones (Doc. E/CN.4/2006/47, p. 13, párr. 66).

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ *Ibidem*.

²¹⁰ Informe del Grupo sobre su quinto período de sesiones (Doc. A/HRC/8/7, p. 9, párr. 60).

²¹¹ Informe del Grupo sobre su cuarto (Doc. A/HRC/6/8, pp. 12-13, párr. 67) y quinto período de sesiones (Doc. A/HRC/8/7, p. 21, párr. 161).

²¹² De ahí que todo el artículo 5 del Proyecto revisado de Protocolo se mantuviera entre corchetes (Doc. A/HRC/8/WG.4/2, pp. 5 y 17, párr. 20).

²¹³ Informe del Grupo sobre su cuarto período de sesiones (Doc. A/HRC/6/8, p. 13, párr. 68).

²¹⁴ *Ibidem*, párr. 70.

²¹⁵ Informe del Grupo sobre su quinto período de sesiones (Doc. A/HRC/8/7, p. 21, párr. 161).

²¹⁶ *Ibidem*, p. 9, párr. 64.

²¹⁷ Informe del Grupo sobre su tercer período de sesiones (Doc. A/CN.4/2006/47, p. 13, párr. 66).

²¹⁸ Alegando –dijo el representante de Noruega “que de no establecerse tal cautela se podría considerar “que las solicitudes de medidas provisionales eran vinculantes para los Estados” (*sic*); Informe del Grupo sobre su quinto período de sesiones (Doc. A/HRC/8/7, pp. 10 y 21, párrs. 66 y 160, respectivamente).

²¹⁹ El texto del primer párrafo del artículo 5 del Proyecto de Protocolo revisado incluía entre corchetes y/o en negrita gran parte de estas propuestas, de lo resultaba un auténtico galimatías; decía así: “Tras haber recibido una comunicación [**y antes de que se tome una decisión sobre su fondo**] en cualquier momento el Comité podrá dirigir al Estado Parte interesado, a los fines de su examen urgente, una solicitud [de una víctima de una presunta violación] para que adopte las medidas provisionales de protección necesarias **en circunstancias excepcionales** [**teniendo en cuenta la disponibilidad de recursos,**] para evitar daños irreparables a la(s) víctima(s) de la supuesta violación, cuando el riesgo de que se produzcan esos daños esté suficientemente demostrado [**y basado en información fiable**]; Doc. A/HRC/8/WG.4/2, p. 5.

Las facultades discrecionales del Comité para ordenar medidas provisionales no debía hacerse depender de disposiciones reglamentarias, ni estar limitadas por criterios de admisibilidad dada su finalidad de prevenir un perjuicio irreparable, de lo que debía derivar su carácter obligatorio y para todos los Estados independientemente del nivel de sus recursos, fue finalmente la voz –abanderada por los Grupos regionales mayoritarios (Africano y del GRULAC)- que triunfó ante la evidencia de que seguir otro derrotero supondría un retroceso en relación con la jurisprudencia de otros órganos de derechos humanos, universales y regionales²²⁰.

“Tras haber recibido una comunicación y antes de pronunciarse sobre su fondo”, dispone el artículo 5.1 del Protocolo del Pacto, “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*²²¹ a fin de evitar posibles daños irreparables a la víctima o víctimas de la supuesta violación”. Dos son, por tanto, los extremos que, de conformidad con la práctica establecida por otros órganos de derechos humanos y de arreglo de controversias en general²²², habrá de apreciar el Comité para dirigir tal solicitud: el perjuicio irreparable que puede derivarse para la(s) víctima(s) caso de que las medidas no se adopten, y 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”²²³.

6. Examen de la comunicación (artículos 6-8)

Superado el filtro de la admisibilidad, las previsiones del Protocolo en lo tocante al *iter* procesal de la comunicación no se alejan de las establecidas para este mecanismo de control en otros tratados de Naciones Unidas, caracterizados por el carácter reservado que guía todo el procedimiento, desde la tramitación de la comunicación (artículo 6.1, momento a partir del cual el Estado receptor dispone de un plazo de seis meses para presentar explicaciones sobre la cuestión y/o las medidas correctivas adoptadas para su

²²⁰ Vid. los *Informes del Grupo* en su tercer (Doc. E/CN.4/2006/47, p. 13, párr. 65), cuarto (Doc. A/HRC/6/8, p. 12, párr. 67) y quinto período de sesiones (Doc. A/HRC/8/7, p. 9, párrs. 60 y ss. y p. 20, párr. 158).

²²¹ La adición de esta coletilla “en circunstancias excepcionales”, como si fuera un marabú (que no contempla el Protocolo de la Convención de la Mujer, aunque sí, después, el Protocolo de 2011 de la Convención sobre los Derechos del Niño) fue propuesta por la Presidenta y apoyada por la mayoría de Estados; otros (Finlandia y Suiza) y todas las ONG opinaron, en cambio, que era redundante; *Informe del Grupo* sobre el quinto período de sesiones (Doc. A/HRC/8/7, o, 21, párr. 158)

²²² Caso de la Corte Internacional de Justicia (artículos 41 de su Estatuto y 73 y ss. de su Reglamento).

²²³ 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, España entre ellos; *Informe del Grupo* sobre su cuarto período de sesiones (Doc. A/HRC/6/8, p. 13, párr. 69).

solución)²²⁴ hasta su examen en “sesiones privadas” (artículo 8.2)²²⁵ del Comité acerca de si ha habido o no (“a la luz de toda documentación que se haya puesto a su disposición”, artículo 8.1) violación de los derechos protegidos.

El Protocolo del Pacto no garantiza sin embargo –como sí hacen otros tratados- la confidencialidad de la identidad de las víctimas²²⁶. Una propuesta de Portugal (“La identidad de las personas o grupos de personas interesadas no se revelará sin su consentimiento expreso”) ²²⁷ 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”²²⁸; otra cosa sería –se dijo- que el Reglamento, partiendo de la base de que el secreto permanente sobre la identidad del autor debería ser la excepción, dispusiera la posibilidad de solicitar su “objección expresa a que se revele su identidad, en lugar de pedir su consentimiento expreso para que pueda revelarse”²²⁹.

El Protocolo del Pacto incorpora 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”²³⁰. Todo acuerdo al respecto pondrá fin al examen de la comunicación en virtud del presente Protocolo (artículo 7.2)²³¹.

²²⁴ Cfr. art. 6.1 del Protocolo Facultativo del PIDESC.

²²⁵ 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; *vid.* en este sentido COURTIS, C., *Comentario del Protocolo Facultativo...*, cit, pp. 81-82; también MAHÓN, C., que no obstante sitúa tal posibilidad en el marco del art. 8.3 del Protocolo, “Progress at the Front: The Draft Optional Protocol...”, cit., p. 635.

²²⁶ Así, por ej., 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)

²²⁷ *Informe del Grupo* sobre su cuarto período de sesiones (Doc. A/HRC/6/8, p. 14, párr. 77).

²²⁸ *Memorando de explicación* del Proyecto revisado de Protocolo (Doc. A/HRC/8/WG.4/2, p. 18, párr. 24).

²²⁹ *Ibidem*.

²³⁰ 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 del 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- respecto del procedimiento de comunicaciones interestatales (por ej., art. 41.1,e) del PIDCP).

²³¹ El Protocolo (2011) de la Convención sobre los derechos del niño incorpora la misma disposición (artículo 9 “Solución amigable”).

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 culturales²³². De ahí que el Protocolo del Pacto confiera 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”²³³, así como “cualesquiera observaciones y comentarios del Estado parte interesado”.

Desde el punto de vista procesal, la singularidad del Protocolo la determinó la misma naturaleza de los derechos garantizados en el Pacto y, a partir de ahí, los criterios que al examinar el fondo de las comunicaciones deben guiar la decisión del Comité sobre la violación -o no- de tales derechos²³⁴. El Proyecto original de Protocolo elaborado por la Presidenta-Relatora incorporó una disposición (artículo 8.4), que pretendía ser conforme con los términos del Pacto (artículo 2.1)²³⁵, 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”²³⁶. Aclarar el sentido del término “razonables” y garantizar manga ancha al *margen de apreciación* de los Estados en la formulación de políticas y la asignación de recursos a nivel nacional fueron la piedra de toque del debate –el más peliagudo en el contexto de estos preceptos- que trajo consigo diversas propuestas de enmienda formuladas por los más escépticos²³⁷.

²³² 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 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; *vid.* 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).

²³³ 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...”.

²³⁴ 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* sobre su tercer período de sesiones (Doc. A/CN.4/2006/47, p. 12, párr. 62).

²³⁵ Así como la *interpretación auténtica* que del mismo ha hecho el Comité, principalmente a través de la Observación General N° 3 (1990), “La índole de las obligaciones de los Estados partes” (Doc. E/1991/23).

²³⁶ *Vid.* el *Memorando de explicación* del Proyecto original de Protocolo Facultativo del PIDESC (Doc. A/HRC/6/WG.4/2, p. 21, párr. 19).

²³⁷ Sobre la desarrollo de la redacción del artículo 8.4 del Protocolo, *vid.* PORTER, B, “The Reasonableness of Article 8 (4) – Adjudicating Claims From the Margins”, *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 27, No. 1, 2009, pp. 39-53 (especialmente pp. 43-50).

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”²³⁸ o, como sugirieron los Estados Unidos, que se modificara el término “razonables” (*reasonableness*, del texto inglés) por “no razonables” (*unreasonableness*)²³⁹, lo que no cabe duda que subraya su carácter restrictivo²⁴⁰.

Por otro lado, los mismos Estados (Unidos y el Reino Unido, y también Canadá, Dinamarca, Noruega, Nueva Zelanda, Polonia y Suecia)²⁴¹ insistieron en añadir una disposición en la que expresamente se indicara que “[E]n su determinación el Comité tendrá presente el *amplio margen de valoración* del Estado Parte para determinar la utilización óptima de sus recursos”²⁴². En contra de esta propuesta se manifestaron otros Estados y todas las ONG, considerando que la misma “equivalía prácticamente a modificar el Pacto”²⁴³, “socavaba el objetivo básico del Protocolo”²⁴⁴ y hacía “recaer una mayor carga de la prueba en las víctimas”²⁴⁵. 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”²⁴⁶, cuando realmente la misma doctrina “ya estaba implícita en el Pacto y no era necesario incluir tales criterios en el Protocolo”²⁴⁷. El mismo Comité establecido para el control de su cumplimiento adoptó (en 2007) una Declaración relativa a la “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el *máximo de los recursos de que disponga* de conformidad con un Protocolo Facultativo”²⁴⁸ haciendo votos de que *invariablemente* respetaba –en el marco del procedimiento de presentación de

²³⁸ *Informe del Grupo* sobre su cuarto período de sesiones (Doc. A/HRC/6/8, p. 16, párr. 94).

²³⁹ *Ibidem*, p. 16, párr. 95. El Reino Unido se mostró asimismo partidario de la expresión “no razonables”, *Informe del Grupo* sobre su quinto período de sesiones (Doc. A/HRC/8/7, p. 12, párr. 88).

²⁴⁰ Aspecto que preocupaba a Egipto, Eslovenia, Portugal, la Coalición de ONG y la Comisión Internacional de Juristas (CIJ); mientras que China, los Estados Unidos, la India, Japón, Noruega y Polonia expresaron interés por tales criterios; *Informe del Grupo* sobre su cuarto período de sesiones (Doc. A/HRC/6/8, p. 16, párr. 95).

²⁴¹ *Informes del Grupo* 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, p. 22, párrs. 171-174).

²⁴² La referencia “al amplio margen de valoración...” fue incorporada entre corchetes en el Proyecto revisado de Protocolo (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* sobre su cuarto período de sesiones (Doc. A/HRC/6/WG.4/2, p. 16, párrs. 95 y 96).

²⁴³ Así lo manifestaron, Bélgica, Eslovenia, México, Portugal, la Coalición de ONG, Amnistía Internacional, la CIJ y la FIAN (*FoodFirst Information and Action Network*); *Ibidem*, párr. 95.

²⁴⁴ Temor que en particular expresó la delegación de Portugal, *Informe del Grupo* sobre su quinto período de sesiones (Doc. A/HRC/8/7, p. 22, párr. 171).

²⁴⁵ *Ibidem*.

²⁴⁶ 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).

²⁴⁷ *Vid.* el *Memorando de explicación* del Proyecto (primero) de Protocolo (Doc. A/HRC/6/WG.4/2, p. 21, párr. 29).

²⁴⁸ Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y culturales acerca de 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, de 21 de septiembre de 2007, párr. 2).

comunicaciones- 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”,²⁴⁹.

Ayudados por este viento de cola, Canadá, secundada por otros Estados, formuló una propuesta que fue, finalmente, la base del acuerdo del Grupo (en la segunda parte del quinto período de sesiones) sobre los puntos más conflictivos del párrafo 4 del artículo 8²⁵⁰, que dispone lo siguiente: “hasta qué punto son razonables las medidas adoptadas por el Estado parte” denunciado serán evaluadas por el Comité “de conformidad con la parte II del Pacto”, y “[A] hacerlo... tendrá presente que el Estado parte puede adoptar toda una serie de posibles medidas de política para hacer efectivos los derechos enunciados en el Pacto”; de manera que pese a la reluctancia que provocaba la alusión “al margen de apreciación”, la misma –aunque a Canadá siga sin satisfacerle plenamente la terminología empleada²⁵¹ – está implícita en el segundo inciso de este artículo²⁵².

7. Observaciones del Comité y seguimiento... (artículo 9)

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”,²⁵³.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 11.

²⁵⁰ Canadá propuso que se modificara el art. 8.4 del Proyecto de Protocolo revisado de manera que dijese lo siguiente: “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 estas enmiendas; *Informe del Grupo* sobre su quinto período de sesiones (Doc. A/HRC/8/7, p. 12, p. 22, p. 173).

²⁵¹ *Vid.* en este sentido las observaciones de su delegación al término de las labores del Grupo (Doc. A/HRC/8/7, p. 29, p. 226).

²⁵² *Vid.* en este sentido MAHON, C., “Progress at the Front: The Draft Optional Protocol...”, cit., p. 638.

²⁵³ 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, p. 13).

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 Reglamento²⁵⁴ o en el mismo tratado que instaura el procedimiento de comunicaciones (tendencia que inauguró el Protocolo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer)²⁵⁵, con un mecanismo de supervisión dirigido a garantizar la rendición permanente de cuentas por el Estado parte denunciado. Los párrafos 2 y 3 del Protocolo del Pacto atienden esta finalidad²⁵⁶.

En primer término, el Estado parte “enviará al Comité, 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” (artículo 9.2). 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” (artículo 9.3), tales explicaciones habrá de suministrarlas el Estado parte “en los informes que presente ulteriormente... de conformidad con los 16 y 17 del Pacto”. Y es aquí donde radica la esencia de este –como de otros- mecanismo(s) de protección universales, en la “correlativa formulación de recomendaciones”²⁵⁷ y el *seguimiento* de su observancia por el respectivo órgano de control²⁵⁸.

IV. PROCEDIMIENTOS DEL PROTOCOLO *FACULTATIVO* SOMETIDOS A SU EXPRESA ACEPTACIÓN (*OPTING IN*)

El Protocolo establece, como sabemos, otros dos mecanismos de supervisión del Pacto, la presentación de comunicaciones entre Estados y el procedimiento de investigación confidencial, que aun siendo diferentes en su naturaleza y caracteres se identifican por estar sometida su experimentación a su expresa aceptación por los Estados partes (en el Protocolo) mediante la técnica *opting* o *contracting in*.

²⁵⁴ Por ej., 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.

²⁵⁵ *Cfr.* art. 7.2 y 3; que también sigue el art. 11 (“Seguimiento”) del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño

²⁵⁶ 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, *Informe del Grupo* sobre su quinto período de sesiones (Doc. A/HRC/8/7, p. 13, párr. 93 y p. 23, párr. 176).

²⁵⁷ En este sentido, QUEL LÓPEZ, J., “Un paso esencial hacia la eficacia internacional de los derechos económicos, sociales y culturales...”, cit., pp. 326-327.

²⁵⁸ *Vid.* en este sentido 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).

1. Comunicaciones entre Estados (artículo 10)

Que el procedimiento de comunicaciones interestatales sea de carácter opcional no es ninguna novedad en tratados de derechos humanos de vocación universal²⁵⁹. Sí lo es que su instauración haya sido prevista en un Protocolo *facultativo* que, a su vez, hace depender la competencia del Comité para recibir y examinar estas comunicaciones en las que un Estado parte alegue que otro Estado parte no cumple sus obligaciones dimanantes del Pacto de una nueva declaración estatal *ad hoc* (artículo 10.1 del Protocolo del PIDESC²⁶⁰, que luego imitó el artículo 12.1 del Protocolo de 2011 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Hay que llamar por eso la atención acerca de que el carácter opcional del procedimiento de comunicaciones interestatales y mediante la técnica *opting in* fue la condición impuesta en el Grupo por partidarios²⁶¹ y detractores²⁶² de su previsión en el Protocolo facultativo del PIDESC. Que este mecanismo de supervisión sea todavía hoy una vía por experimentar en el sistema universal –y apenas esbozada en los regionales²⁶³– fue la principal razón por la que el Comité –de Derechos Económicos, Sociales y Culturales– optó por no incluirlo en el Proyecto (borrador) elaborado en 1996²⁶⁴, así como la de que recientes instrumentos de derechos humanos, tales como los Protocolos Facultativos de las Convenciones sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1999) y sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006) no prevean el mecanismo interestatal. No es pues su potencial utilidad la que se pone en duda²⁶⁵, sino que justamente por lo contrario es, como dijo en aquella ocasión el Comité tomando una cita de Rosalyn Higgins²⁶⁶, una “caja de Pandora que todas las partes

²⁵⁹ Sólo la Convención sobre la eliminación de la discriminación racial (art. 11) instituye el procedimiento de comunicaciones interestatales con carácter obligatorio.

²⁶⁰ En virtud del cual: “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...”. Tal declaración, dispone el artículo 10.2, “podrá retirarse en cualquier momento... sin perjuicio del examen de asunto alguno que sea objeto de una comunicación ya transmitida”.

²⁶¹ Caso de Egipto, Portugal, Francia y Polonia; *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).

²⁶² Así China, Ecuador, Etiopía, la Federación de Rusia, Japón, Noruega, Nueva Zelandia, el Reino Unido, la República Árabe Siria y Senegal; *Ibidem*.

²⁶³ ALIJA FERNÁNDEZ, R.A. nos recuerda en un reciente trabajo que la mayor parte de los casos se concentran en el sistema europeo (dieciséis demandas agrupadas en ocho asuntos cita ella), dos en el sistema africano y otras tantas en el interamericano, “Las quejas interestatales ante órganos judiciales o cuasi-judiciales de garantía de los derechos humanos: ¿Un mecanismo útil en situaciones de crisis?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, www.reeei.org, N° 22, diciembre, 2011, pp. 3 y 24-25.

²⁶⁴ *Vid.* Doc. E/CN.4/1997/105, pp. 6-7, párr. 14; también *supra* el epígrafe III.1 del presente trabajo.

²⁶⁵ ALIJA FERNÁNDEZ, R.A., en el trabajo recién citado (“Las quejas interestatales ante órganos judiciales o cuasi-judiciales de garantía de los derechos humanos: ¿Un mecanismo útil en situaciones de crisis?”) ha estudiado si y en qué medida resulta de interés acudir a la activación de quejas interestatales ante la violación de derechos humanos, así como, a la postre, las razones (tanto estructurales como de eficacia, eficiencia y políticas) de su escaso uso en la práctica internacional.

²⁶⁶ HIGGINS, R. “Encouraging Human Rights”, 2 *London School of Economic Quarterly*, 1988, p. 249.

prefieren mantener cerrada”. De momento, y aunque las cifras no permiten aventurar estadísticas, sólo uno (El Salvador) de los ocho Estados contratantes del Protocolo del PIDESC ha formulado la declaración prevista en el artículo 10²⁶⁷.

Dicho esto, poco más hay que destacar en lo tocante al mecanismo de comunicaciones interestatales previsto en el Protocolo del Pacto, que 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)²⁶⁸, 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 a 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 los Estados partes interesados cualesquiera observaciones que considera pertinentes al asunto entre ambos” (artículo 10.1, ii).

Sabido es que las observaciones y recomendaciones del Comité no son –como la del resto de sus pares- jurídicamente obligatorias para las partes, que únicamente tendrán que soportar, en su caso, la presión moral y política de verse reflejados en el informe anual del Comité (artículo 15 del Protocolo)²⁶⁹. Pero nada más, pues a diferencia de los otros mecanismos de supervisión establecidos en el Protocolo, no se ha previsto ninguna medida de seguimiento de las actuaciones del Comité en el marco del procedimiento interestatal ¿Será porque ya se le augura poca actividad?

2. Investigación confidencial (artículos 11 y 12)

El procedimiento de investigación es un mecanismo de control del cumplimiento que, en el marco de tratados de derechos humanos, 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 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006, artículo 6). El Protocolo Facultativo del PIDESC los imita (artículo 11 “Procedimiento de

²⁶⁷ Vid. 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>

²⁶⁸ Las comunicaciones interestatales presentadas conforme al artículo 10, dispone su párrafo 1, “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”.

²⁶⁹ Vid. también art. 19 del PIDESC.

investigación”), pero con una notable diferencia, pues mientras en aquellos instrumentos el procedimiento es obligatorio de no mediar una expresa declaración de exclusión (*opting o contracting out*, técnica que asimismo sigue el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño, artículo 13.7), la competencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se hace depender, como ya se señaló, de la expresa aceptación (*opting o contracting in*,) de los Estados partes por virtud de una cláusula facultativa, dispuesta en el artículo 11.1 del Protocolo del Pacto²⁷⁰, declaración que hasta ahora solo ha formulado El Salvador²⁷¹. Conviene además señalar que todas las etapas del procedimiento de investigación requieren la colaboración del Estado parte concernido (artículo 11.4).

En cuanto al *iter* procesal, el resorte que activa la investigación tiene su parangón con los procedimientos especiales (*extraconvencionales*) de derechos humanos en la medida en que será la recepción de “información fidedigna” en la que se dé cuenta de “violaciones graves o sistemáticas por un Estado parte de cualesquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto” la que dará pie al Comité para “invitar a ese Estado a colaborar en el examen de la información y, a esos efectos, a presentar sus observaciones sobre dicha información” (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), entre las que –según se desprende de la práctica de otros tratados²⁷²– 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 Civil. Asimismo, considerando 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 de sus miembros que realicen una investigación y “presente(n) con carácter urgente un informe al Comité”, incluso, “[C]uando se justifique y contando con el consentimiento del Estado parte, la investigación podrá incluir una visita a su territorio”²⁷³.

Tras la investigación, las actuaciones del Comité concluirán en esta fase de examen mediante la transmisión de sus conclusiones, junto con cualesquiera comentarios o

²⁷⁰ Toda declaración formulada con arreglo al párrafo 1 del artículo 11 podrá ser retirada, dispone el párrafo 8 del mismo precepto, “en cualquier momento mediante notificación dirigida al Secretario General”.

²⁷¹ *Vid.* 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>

²⁷² 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)

²⁷³ 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.

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, el Protocolo también contempla, como en el procedimiento de comunicaciones, el “seguimiento del procedimiento de investigación” (artículo 12). 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 previsto en el Protocolo del PIDESC 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”.

VI. REFLEXIÓN FINAL, A 1 DE OCTUBRE DE 2012

Difundir y reforzar a nivel nacional la aplicación plena y efectiva de las obligaciones convencionales asumidas por los Estados partes en la esfera de los derechos humanos es lo que pretende la instauración de mecanismos de control ante instancias internacionales, objetivo que en los últimos cincuenta años han afianzado las Naciones Unidas estableciendo lo que bien podemos considerar un sistema de órganos y procedimientos de control autónomos dirigidos a posibilitar la garantía y salvaguarda de un amplio conjunto de principios y normas relativas a los derechos y libertades fundamentales.

El Protocolo del PIDESC, de 10 de diciembre de 2008, se sitúa en esta dinámica al instaurar diversos procedimientos dirigidos a verificar la observancia del Pacto. Dos de carácter contencioso clásicos en tratados de derechos humanos, la presentación de *comunicaciones de personas o grupos de personas* y de *comunicaciones entre Estados*. A ellos añade, en la estela de los instrumentos de última generación, el procedimiento de *investigación* confidencial ante situaciones que de manera fidedigna indiquen violaciones graves o sistemáticas de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto. A fin de asegurar la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos, el Protocolo pretende asimismo insuflar vida a las obligaciones de *asistencia y cooperación internacionales* establecidas en el mismo Pacto mediante las que confiere al Comité facultades discrecionales para transmitir a los órganos competentes en cualquier aspecto de la cooperación internacional sus dictámenes y recomendaciones acerca de las comunicaciones e investigaciones en las que se indique la necesidad de asesoramiento técnico o asistencia, previendo a tales efectos la creación

de un *Fondo fiduciario* con arreglo a los procedimientos de la Asamblea General en la materia.

Ahora bien, con la adopción de este Protocolo no sólo se ha dado un paso más, siempre inestimable, en la evolución progresiva de los mecanismos de control dispuestos para verificar el cumplimiento de los derechos humanos. El Protocolo del PIDESC ha constituido un hito histórico en la medida en que ha instituido en el sistema de tratados de Naciones Unidas el derecho de los particulares a denunciar la supuesta violación de una amplia categoría de derechos económicos, sociales y culturales, tradicionalmente considerados de segunda generación, corrigiendo así la discriminación con el régimen protector de su gemelo, el PIDCP. Para la expresa previsión de este mecanismo de control fue concebido el Protocolo y a él están consagradas más de la mitad de sus disposiciones.

Su gestación no fue sin embargo un camino de rosas y en su andadura se frustraron algunas de las propuestas más progresistas, tales como la posibilidad de prohibir la formulación de *reservas*, sometidas al régimen general flexible de la Convención de Viena de 1969, o la de admitir *reclamaciones colectivas*. Por otra parte, el Protocolo impone a las denuncias de particulares *condiciones de admisibilidad* más severas que en otros instrumentos al tiempo que coarta las *facultades decisorias* del Comité en el examen de fondo de una comunicación.

Que los individuos puedan presentar denuncias en relación con derechos humanos no sujetos en la actualidad a un sistema de examen cuasi-judicial a nivel internacional (desalojos forzosos sin las debidas garantías, restricciones injustificadas o desproporcionadas del acceso a los medicamentos esenciales o a la atención a la salud, la denegación del derecho a la educación que supone la aplicación de tasas inasequibles para gran parte de la población...) y, en general, la misma supervisión de la obligación del Estado de adoptar medidas razonables con miras a garantizar los derechos enunciados en el Pacto, respecto de los que el Comité ya ha proporcionado suficientes indicadores respecto de lo que constituye o no violación, era justamente lo que algunos Estados, entre los que destacaron los más desarrollados del grupo occidental, trataban de evitar enarbolando el fantasma de la ausencia de *justiciabilidad* de esta gama de derechos para, a partir de ahí, imponer limitaciones a su efectiva verificación.

Otro tanto le ha ocurrido a los procedimientos de comunicaciones entre Estados y de investigación al estar sometida su experimentación a la expresa aceptación por los Estados partes en el Protocolo mediante la técnica *opting* o *contracting in*, lo que particularmente en el caso del mecanismo de investigación contrasta con las previsiones de otros tratados de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas que instituyen este mecanismo de control con carácter obligatorio de no mediar expresa declaración de exclusión (*opting* o *contracting out*). El consentimiento del Estado interesado también se requerirá para activar las medidas complementarias de asistencia y cooperación internacionales.

Aun así, no cabe duda que el Protocolo del PIDESC coadyuvará a incentivar el entendimiento del contenido normativo de este conjunto de derechos y, como afirmó el Comité en el documento analítico sometido a la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993), arrojará más luz sobre los aspectos de la noción de *justiciabilidad*. Pero no sólo, pues de ello también cabe esperar que derive toda una larga serie de corolarios. Entre ellos, el Protocolo deberá brindar 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 así muestra la práctica –bienvenida en cualquier caso– del Comité de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana. La experiencia de los procedimientos de comunicaciones en el sistema de Naciones Unidas u otros órganos de derechos humanos permite, además, comprobar que éstos mecanismos de control no sólo han servido para ofrecer auxilio a las víctimas, sino que asimismo han desempeñado una importante función catalítica a nivel nacional, orientando la jurisprudencia a la hora de interpretar el alcance de los derechos humanos e impulsando la promulgación de legislación dirigida a prohibir determinadas acciones o mejorar las condiciones que condujeron a la denuncia.

Hay que hacer, pues, votos por la pronta entrada en vigor del Protocolo, a 1º de octubre de 2012 pendiente de tan sólo dos manifestaciones del consentimiento. También de que a partir de ahí logre, a fin de alcanzar su plena efectividad, atraer una participación amplia y libre de reservas, así como dirigida a asumir el más alto grado de compromiso de los mecanismos de control instituidos con carácter facultativo. España era en la fecha señalada el único Estado europeo occidental que había manifestado su consentimiento en obligarse por el Protocolo, sin de momento haber formulado la declaración requerida para activar los procedimientos de comunicaciones entre Estados y de investigación, paso que hasta ahora sólo ha dado un Estado, El Salvador ¿Presagio de buenaventura?

Entretanto, con el objetivo de guiar la aplicación de los derechos humanos en las decisiones de política nacional e internacional, incluidas las decisiones relativas a la asistencia y cooperación internacional, el *Proyecto final de los Principios Rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos*, presentado en julio de 2012 (A/HRC/21/39) por la Relatora Especial Magdalena Sepúlveda insiste, como desde hace años lo viene haciendo el Comité guardián del PIDESC, en 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 los grupos más vulnerables, el mencionado documento advierte asimismo que los 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”.