COMENTARIO
del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de
DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

DESC

IIDH
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS

COMENTARIO
del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de
DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Comisión Internacional de Juristas

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Comisión Internacional de Juristas

Comentario del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional
de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
2008

Instituto Interamericano de Derechos Humanos /
Comisión Internacional de Juristas, 2008
Derechos registrados

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos y la Comisión Internacional de Juristas permiten la libre reproducción de extractos de sus publicaciones siempre que se reconozca su autoría y se envíe a ambas organizaciones una copia de la publicación en la que el texto sea citado.

El presente Comentario fue escrito por Christian Courtis, consejero jurídico de la CIJ para derechos económicos, sociales y culturales.
Federico Andreu-Guzmán, consejero general de la CIJ, hizo la revisión jurídica del Comentario.
La coordinación académica por el IIDH estuvo a cargo de Gilda Pacheco O.

Dirección:
Comisión Internacional de Juristas
Case postale 91
Rue des Bains 33
CH-1211 Genève 8
Suisse
e-mail: info@icj.org
www.icj.org

Instituto Interamericano
de Derechos Humanos
Unidad de Información
Apartado 10.810-1000
San José, Costa Rica
Tel.: (506) 2234-0404/05
Fax: (506) 2234-0955
e-mail: sociedadcivil@iidh.ed.cr
http://www.iidh.ed.cr

® Comentario del Protocolo Facultativo
del Pacto Internacional de Derechos
Económicos, Sociales y Culturales

ISBN: 978-92-9037-139-0
Ginebra
ISBN: 978-958-44-4865-1
Bogotá

Maqueta: Juan Sánchez
Revisión de textos: Emma Ariza
Producción: Marta Rojas
Impresión: Ediciones Antropos

Este proyecto fue posible gracias al apoyo
de la Unión Europea.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
Asamblea General (2007 - 2009)

Presidente Honorario
Thomas BUERGENTHAL, Estados Unidos

Presidenta
Sonia PICADO S., Costa Rica

Vicepresidenta
Mónica PINTO, Argentina

Vicepresidenta
Margaret E. CRAHAN, Estados Unidos

Consejero Permanente
Pedro NIKKEN, Venezuela

Mayra ALARCÓN ALBA, Guatemala
Line BAREIRO, Paraguay
Lloyd G. BARNETT, Jamaica
César BARROS LEAL, Brasil
Allan BREWER-CARÍAS, Venezuela
Marco Tulio BRUNI-CELLI, Venezuela
Antônio A. CANÇADO TRINDADE, Brasil
Gisèle CÔTÉ-HARPER, Canadá
Mariano FIALLOS OYANGUREN, Nicaragua
Héctor FIX-ZAMUDIO, México
Robert K. GOLDMAN, Estados Unidos
Claudio GROSSMAN, Chile
María Elena MARTÍNEZ, Uruguay
Juan E. MÉNDEZ, Argentina
Sandra MORELLI RICO, Colombia
Elizabeth ODIO BENITO, Costa Rica
Nina PACARI, Ecuador
Máximo PACHECO GÓMEZ, Chile
Hernán SALGADO PESANTES, Ecuador
Wendy SINGH, Guyana
Rodolfo STAVENHAGEN, México

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Paolo G. CAROZZA, Estados Unidos
Luz Patricia MEJÍA, Venezuela
Felipe GONZÁLEZ, Chile

Florentín MELÉNDEZ, El Salvador
Víctor E. ABRAMOVICH, Argentina
Clare KAMAU ROBERTS, Antigua y Barbuda

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Cecilia MEDINA-QUIROGA, Chile
Diego GARCÍA-SAYÁN, Perú
Manuel E. VENTURA ROBLES, Costa Rica
Sergio GARCÍA-RAMÍREZ, México
Paulo SÉRGIO PINHEIRO, Brasil
Leonardo FRANCO, Argentina
Margarette May MACAULAY, Jamaica
Rhadys ABREU BLONDET, República Dominicana

Director Ejecutivo
Roberto CUÉLLAR M., El Salvador

COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS

Presidente
Mary ROBINSON, Irlanda

Vicepresidentes
Rajeev DHAVAN, India
John DOWD, Australia

Comité Ejecutivo
Vojin DIMITRIJEVIC, Serbia
Justice Unity DOW, Botswana
Gustavo GALLÓN GIRALDO, Colombia
Stellan GÄRDE, Suecia
Robert K. GOLDMAN, Estados Unidos de América
Pedro NIKKEN, Venezuela
Michèle RIVET, Canadá
Raji SOURANI, Palestina
Leila ZERROUGUI, Argelia

Otros miembros de la Comisión
Muhand AL-HASSANI, Siria
Ghanim ALNAJJAR, Kuwait
Raja AZIZ ADDRUSE, Malasia
Abdullahi AN-NA'IM, Sudán
Solomy BALUNGI BOSSA, Uganda
Abdelaziz BENZAKOUR, Marruecos
Ian BINNIE, Canadá
Alexander BRÖSTL, Eslovaquia
Arthur CHASKALSON, Sudáfrica
Santiago CORCUERA, México
Vera DUARTE, Cabo-Verde
Louise DOSWALD-BECK, Suiza
Hisham EL BASTAWISSI, Egipto
Paula ESCARAMEIA, Portugal
Elisabeth EVATT, Australia
Jochen FROWEIN, Alemania
Roberto GARRETÓN, Chile
Jenny E. GOLDSCHMIDT, Países Bajos
Asma JAHANGIR, Pakistán
Imrana JALAL, Fiji

David KRETZMER, Israel
Kazimierz Maria LANKOSZ, Polonia
José Antonio MARTÍN PALLÍN, España
Kathurima M'INOTI, Kenya
Sanji MONAGENG, Botswana
Karinna MOSKALENKO, Rusia
Iulia MOTOC, Rumania
Vitit MUNTABHORN, Tailandia
Manfred NOWAK, Austria
Jorge Eduardo PAN CRUZ, Uruguay
Andrei RICHTER, Rusia
Nigel RODLEY, Reino Unido
Claes SANDGREN, Suecia
Belisario DOS SANTOS JUNIOR, Brasil
Philippe TEXIER, Francia
Daniel THÜRER, Suiza
Oji UMOZURIKE, Nigeria
Vilenas VADAPALAS, Lituania
Yozo YOKOTA, Japón
Raúl ZAFFARONI, Argentina

Contenido

Prólogo / 11

I. Introducción /15

II. Consideraciones generales / 27

III. Comentario del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales / 33

1. Comentario del Preámbulo / 33
2. Comentario del artículo 1, "Competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones"/ 38
3. Comentario del artículo 2, "Comunicaciones" / 39
4. Comentario del artículo 3, "Admisibilidad" / 57
5. Comentario del artículo 4, "Comunicaciones que no revelen una clara desventaja" 67
6. Comentario del artículo 5, "Medidas provisionales" / 70
7. Comentario del artículo 6, "Transmisión de la comunicación" / 76
8. Comentario del artículo 7, "Solución amigable" / 77
9. Comentario del artículo 8, "Examen de las comunicaciones" / 80

10. Comentario del artículo 9,
"Seguimiento de las observaciones del Comité" / 90

11. Comentario del artículo 10,
"Comunicaciones entre Estados" / 92

12. Comentario del artículo 11,
"Procedimiento de investigación" / 97

13. Comentario del artículo 12,
"Seguimiento del procedimiento de investigación" / 102

14. Comentario del artículo 13,
"Medidas de protección" / 103

15. Comentario del artículo 14,
"Asistencia y cooperación internacionales" /106

16. Comentario del artículo 15,
"Informe anual" / 112

17. Comentario del artículo 16,
"Divulgación e información" / 113

18. Comentario del artículo 17,
"Firma, ratificación y adhesión" / 114

19. Comentario del artículo 18,
"Entrada en vigor" / 115

20. Comentario del artículo 19,
"Enmiendas" / 117

21. Comentario del artículo 20,
"Denuncia" / 119

22. Comentario del artículo 21,
"Notificación del Secretario General" / 120

23. Comentario del artículo 22,
"Idiomas oficiales" / 121

Prólogo

El 10 de diciembre de 2008, día en que se conmemoraron 60 años de la adopción de la *Declaración Universal de Derechos Humanos,* la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Este nuevo tratado es de trascendental importancia para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. El *Protocolo Facultativo* viene a saldar una deuda pendiente por más de 40 años: la inexistencia de procedimientos efectivos de protección internacional de los derechos consagrados en el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Frente a ese vacío, el Protocolo Facultativo establece tres procedimientos internacionales de protección: uno de comunicaciones individuales, otro de comunicaciones interestatales y, finalmente, un procedimiento de investigación de violaciones graves o sistemáticas de derechos económicos, sociales y culturales.

La adopción del Protocolo Facultativo no podía ser, además, de mayor actualidad en un mundo convulsionado por crisis financieras y económicas, el cambio climático y las deslocalizaciones y desregularizaciones del trabajo, y en el cual la pobreza y la exclusión social, lejos de disminuir, han ido en aumento en numerosas regiones. Perspectivas de incremento de la franja de la población que vive en extrema pobreza han sido anun-

ciadas por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en su último informe sobre desarrollo humano.[1] La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) ha señalado que, según las últimas estimaciones disponibles para los países de América Latina, en 2007 "un 34,1% de la población se encontraba en situación de pobreza [...] la extrema pobreza o indigencia abarcaba a un 12,6% de la población. Así, el total de pobres alcanzaba los 184 millones de personas, de las cuales 68 millones eran indigentes".[2] Asimismo, la CEPAL ha advertido sobre los muy probables efectos de la crisis financiera internacional desatada recientemente: incremento de la indigencia y de la pobreza.[3] Hoy día, según la Organización Internacional del Trabajo, sólo el 20% de la población mundial tiene seguridad social.

Ciertamente sería ingenuo creer que el Protocolo Facultativo, cual "varita mágica", sea el instrumento para resolver esos inmensos desafíos. No obstante, el Protocolo Facultativo, al establecer procedimientos efectivos de protección internacional contribuirá a la vigencia efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales. De allí la importancia de que los 159 Estados partes del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* firmen y ratifiquen el Protocolo Facultativo y que los demás Estados adhieran a ambos tratados.

Comprender las disposiciones del Protocolo Facultativo, su naturaleza y alcance jurídico y procesal, así como su proceso de gestación, es de vital importancia. Ello permite comprender la relevancia de la ratificación del Protocolo Facultativo y, sobre todo, el dispositivo internacional de protección creado por éste tratado. Animado por este propósito, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) elaboró en el 2007 un *Documento de Trabajo* sobre este nuevo instrumento, que fue avalado por la Presidenta-Relatora del *Grupo de Trabajo de composición abierta sobre un protocolo facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Catarina Truninger de Albuquerque (Portugal), y distribuido a todas las delegaciones como un documento de consulta en las sesiones de ese año y periodos posteriores. El *Documento de Trabajo* retomaba el proyecto de Protocolo Facultativo propuesto por su Presidenta-Relatora, y planteaba una valoración interpretativa de carácter general así como una recopilación de referentes jurídicos del sistema interamericano y universal, en relación con el preámbulo y cada uno de los treinta seis artículos, en ese momento en discusión.

1 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre desarrollo humano 2007-2008: la lucha contra el cambio climático, solidaridad frente a un mundo dividido,* Ed. PNUD, Nueva York, 2008.

2 Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *Panorama social de América Latina 2008,* Documento LC/G.2402-P/E de diciembre 2008, pág. 5.

3 Ibíd., capítulo I, pág. 1.

En esta oportunidad, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y la Comisión Internacional de Juristas de manera conjunta publican este *Comentario del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Las dos entidades aspiran brindar una mayor difusión de este análisis para una mejor comprensión del Protocolo y cada una de sus cláusulas.

Roberto Cuéllar
Director Ejecutivo
Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Wilder Tayler
Secretario General (a.i.)
Comisión Internacional de Juristas

I. Introducción

El 10 de diciembre de 2008, mediante la Resolución N° A/RES/63/117, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. La fecha no podía ser menos simbólica: ese mismo día se celebraron los 60 años de la adopción de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*.

El *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (en adelante PF-PIDESC) es de particular importancia para la efectiva protección internacional de los derechos consagrados en el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. En efecto, el PF-PIDESC establece tres procedimientos internacionales de protección: un procedimiento de comunicaciones individuales, un procedimiento de comunicaciones interestatales y un procedimiento de investigación de violaciones graves o sistemáticas de los derechos económicos, sociales y culturales.

Con la adopción del PF-PIDESC culminan varias décadas de incesante trabajo por obtener mecanismos procesales internacionales para amparar a las víctimas de violaciones de derechos económicos, sociales y culturales. La cuestión de la protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales se planteó desde el mismo momento en que se adoptó la *Declaración Universal de Derechos Humanos*. La resolución me-

diante la cual esta última fue adoptada dispuso la redacción de un *Pacto Internacional de Derechos Humanos*.[1] Este Pacto debía incorporar tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales, así como la igualdad de género.[2] Expresamente, la Asamblea General de las Naciones Unidas requirió que se previera un procedimiento de comunicaciones individuales.[3] No obstante, el Pacto nunca vio la luz y sería escindido en dos tratados:[4] el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC) y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

Similar debate tuvo lugar en el ámbito interamericano. El proyecto de *Convención Interamericana de Derechos Humanos* preparado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos en 1959, a solicitud de la Quinta Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores, integraba en su texto tanto los derechos civiles y políticos (Capítulo I del proyecto) como los derechos económicos, sociales y culturales (Capítulo II del proyecto). Aun cuando el Proyecto del Consejo Interamericano de Jurisconsultos no preveía un procedimiento de quejas individuales para los derechos económicos, sociales y culturales, Chile propuso un proyecto de Convención que incorporaba un "procedimiento judicial" sólo respecto de algunos de estos derechos.[5] Uruguay propuso igualmente un proyecto de Convención que incluía un procedimiento de comunicaciones individuales para algunos derechos económicos, sociales y culturales.[6]

1 Resolución N° 217 (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948, Letra E.

2 Resolución N° 421 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 4 de diciembre de 1950, Letra E, párrafo 7.

3 Ibíd., Letra F, párrafo 8.

4 Mediante la Resolución 543 (V) de 5 de febrero de 1952, la Asamblea General de las Naciones Unidas decidió la redacción de dos pactos separados.

5 *Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos* presentado por el Gobierno de Chile en la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, Río de Janeiro, 1965. El texto del proyecto está publicado en *Anuario Interamericano de Derechos Humanos* – 1968, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington, 1973, págs. 275 y siguientes.

6 *Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos* presentado por el Gobierno de Uruguay en la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, Río de Janeiro, 1965. El texto del proyecto está publicado en *Anuario Interamericano de Derechos Humanos* – 1968, op. cit. , págs. 298 y siguientes.

Si el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* estableció un órgano de supervisión –el Comité de Derechos Humanos– y fue dotado de procedimiento de comunicaciones individuales,[7] no fue el caso para el PIDESC. En efecto, el PIDESC originalmente no previó el establecimiento de un órgano de supervisión del tratado. Este, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), fue creado posteriormente en 1985 por el Consejo Económico y Social (ECOSOC).[8] El Comité DESC fue dotado de una facultad de supervisión del cumplimiento del PIDESC por los Estados partes a través de un sistema de informes periódicos, así como de un poder de recomendación general. Así, los derechos económicos, sociales y culturales quedaron bajo un régimen de protección internacional menor que los derechos civiles y políticos. La desigualdad en materia de protección internacional entre los dos "grupos" de derechos se hizo más evidente con la adopción de nuevos tratados de derechos humanos que establecieron procedimientos de investigación en casos de violaciones masivas o sistemáticas de derechos humanos.[9]

No obstante, el Comité DESC abordó la necesidad de ampliar el umbral de protección internacional, mediante un procedimiento de comunicaciones individuales por violaciones a derechos económicos, sociales y culturales. Así, en 1990, inició un proceso de redacción de un proyecto de Protocolo del PIDESC, que terminó su labor en diciembre de 1996 y transmitió en 1997 el proyecto de Protocolo a la antigua Comisión de Derechos Humanos para su examen y adopción.[10] La antigua Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos apoyó la iniciativa de un

7 Mediante el *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.*

8 Resolución N° 1985/17 de 28 de mayo de 1985 del ECOSOC.

9 Ver, por ejemplo, la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* de 1984 que, a su artículo 20, estableció un procedimiento de investigación –que incluye visitas *in situ*– para situaciones de práctica sistemática de la tortura.

10 Ver Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1997/105, anexo.

Protocolo.[11] La antigua Comisión de Derechos Humanos se limitó a transmitir el proyecto para comentarios y observaciones de Estados, organizaciones intergubernamentales y organizaciones no gubernamentales.[12] En 2001, la antigua Comisión decidió nombrar a un Experto independiente con el mandato de estudiar "las posibles medidas complementarias y las acciones futuras, en particular la constitución de un grupo de trabajo, de composición abierta, para debatir la cuestión de un proyecto de protocolo facultativo del Pacto".[13] En su informe de 2002, el Experto recomendaría la adopción de Protocolo Facultativo del Pacto, estableciendo un procedimiento de comunicaciones individuales.[14] Ese mismo año, la antigua Comisión decidió establecer un *Grupo de Trabajo de composición abierta* con el mandato inicial de "estudiar las opciones relativas a la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales".[15] El Grupo no tuvo inicialmente un mandato explícito de redactar un protocolo facultativo. Ello era la expresión de la renuencia de no pocos Estados respecto de establecer un procedimiento de comunicaciones individuales para los derechos económicos, sociales y culturales, pues, si bien numerosos países latinoamericanos y africanos, así como algunos europeos –como Portugal, España y Francia– apoyaban la iniciativa de un protocolo facultativo, otros no estaban francamente convencidos de ello o sencillamente eran activamente hostiles a la idea, como los Estados Unidos de América, Australia y algunos países escandinavos. Luego de estudiar distintas opciones, la presidencia del Grupo de Trabajo, asumida por Portugal, concentró las labores del Grupo en la elaboración de un documento de trabajo

11 Ver, entre otros, la Resolución N° 1996/13 de 23 de agosto de 1996.

12 Resolución 1997/17 de 11 de abril de 1997 y Resolución 1998/33 de 17 de abril de 1998.

13 Resolución N° 2001/30 de 2 0 de abril 2001.

14 *Informe del Sr. Hatem Kotrane, experto independiente encargado de examinar la cuestión de un proyecto de protocolo facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2003/53 de 13 de enero de 2002.

15 Resolución 2002/24 de 22 de abril de 2002.

sobre los elementos que debería tener un protocolo facultativo, sentando las bases conceptuales del futuro instrumento.[16] En 2006, el Consejo de Derechos Humanos –órgano sucesor de la antigua Comisión– le confería expreso mandato para redactar y negociar un protocolo facultativo. Así, el Grupo pasaba a llamarse *Grupo de Trabajo de composición abierta sobre un protocolo facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (en adelante Grupo de Trabajo).[17] El Grupo de Trabajo celebraría cinco sesiones[18] y varias consultas informales. El 4 de abril de 2008, el Grupo de Trabajo adoptaba el proyecto de PF-PIDESC y lo transmitía al Consejo de Derechos Humanos, que lo adoptaría en su sesión de junio de ese año y lo enviaría a la Asamblea General para adopción.

El proceso de negociación del PF-PIDESC no es un hecho aislado que se explique por sí solo, de modo que resulta importante describir conceptualmente su significado y algunas de las premisas necesarias para comprender el alcance de la discusión que su adopción plantea.

Uno de los puntos de partida que es necesario esclarecer es la relación entre las cláusulas sustantivas que consagran derechos humanos en tratados internacionales y sus mecanismos de control o supervisión internacional. Sin la existencia de mecanismos de supervisión o control internacional, las cláusulas sustantivas que consagran derechos humanos quedan libradas al autocontrol de los Estados partes –es decir, es el propio obligado quien tiene la palabra final sobre el cumplimiento de las obligaciones que ha asumido, colocando prácticamente a las víctimas de violaciones en situación de indefensión–. Más aún, un derecho internacionalmente reconocido por un tratado pero carente de procedimiento o recurso internacional de protección, difícilmente puede ser considerado plenamente como un derecho.[19]

16 Ver Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2006/WG.23/2 de 30 de noviembre de 2005.

17 Resolución N° 1/3 de 29 de junio de 2006.

18 Ver documentos de las Naciones Unidas: E/CN.4/2004/44, E/CN.4/2005/52, E/CN.4/2006/47, A/HRC/6/WG.4/2, A/HRC/8/WG.4/2, A/HRC/8/WG.4/3 y A/HRC/6/8.

19 Ver, en general, Comisión Internacional de Juristas, *El derecho a interponer recursos y a obtener reparación por violaciones graves a los derechos humanos, Guía para*

El Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos ha desarrollado una serie de procedimientos de supervisión del cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos por parte de los Estados. Entre ellos cabe destacar: el control administrativo, esto es el examen por parte de un órgano internacional de informes elaborados por los Estados partes sobre la implementación y el cumplimiento de las obligaciones consagradas en el respectivo tratado; el control cuasi judicial, o sea la posibilidad de que un órgano internacional, en el marco de un procedimiento contencioso y contradictorio, examine quejas o comunicaciones –ya sea de individuos, grupos de individuos o de Estados– sobre presuntas violaciones a los derechos humanos u obligaciones establecidos por un tratado y se pronuncie sobre la responsabilidad del Estado en el caso particular; y la facultad de un órgano internacional de reaccionar, mediante un procedimiento de investigación, ante presuntas situaciones de violación grave o sistemática de derechos en un país.[20]

La cuestión crucial que motivó la necesidad de adoptar un PF-PIDESC es el hecho de que, pese a que por un lado la comunidad internacional proclama la interdependencia, indivisibilidad e interrelación de todos los derechos humanos, por otro, había limitado la protección de los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en el PIDESC –aunque éste forme parte de la llamada *Carta Internacional de Derechos Humanos*, junto con la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*– al mecanismo de informes estatales,

profesionales, Serie de Guías para Profesionales Nº 2, Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, 2006. Sobre el derecho a un recurso y a obtener reparación en materia específica de derechos económicos, sociales y culturales, ver Comisión Internacional de Juristas, *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights. Comparative Experiences of Justiciability*, Human Rights and Rule of Law Series Nº 2, International Commission of Jurists, Geneva, 2008.

20 La lista es meramente ilustrativa y no pretende ser exhaustiva. Existen algunos procedimientos suplementarios, como las visitas regulares *in situ*, las visitas motivadas por violaciones graves o sistemáticas, la transferencia de información a la Asamblea General de las Naciones Unidas, en casos de práctica generalizada o sistemática de violaciones de derechos humanos y el llamado "procedimiento humanitario". Al respecto, ver Comisión Internacional de Juristas, *Study on the Reform of the United Nations Human Rights Treaty Body System*, International Commission of Jurists, Geneva, 2008.

sin posibilidad de intervención y de consideración por parte de un órgano internacional, sobre la violación de derechos de víctimas en situaciones concretas de alcance individual o colectivo.

El procedimiento de informes requiere información sobre un número considerable de derechos –todos los establecidos en el PIDESC– y abarca además un período de cinco años,[21] aunque en la práctica este lapso de tiempo puede ser mucho más dilatado. Este procedimiento resulta de gran importancia para evaluar los pasos dados por el Estado parte en la implementación del PIDESC y le permite al Comité DESC formular recomendaciones, ya sea generales o específicas, para una mejor protección de los derechos económicos, sociales y culturales. No obstante, por definición misma, este procedimiento no es idóneo para examinar casos de violación individual o colectiva de derechos ni dictaminar sobre la responsabilidad del Estado. Se ha destacado, además, que el procedimiento de informes es un mecanismo de "diálogo constructivo" entre el Comité y el Estado, de manera tal que, por su propia naturaleza, no ofrece el marco adecuado para discutir casos concretos de violación de derechos en los términos en que permite hacerlo un procedimiento de comunicaciones o quejas sobre violaciones específicas, en especial cuando son las propias víctimas las que pueden denunciar una presunta violación mediante la presentación de una comunicación.

De modo que, en el ámbito del Sistema Universal de Derechos Humanos, mientras las víctimas de violaciones al *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y a otros tratados[22] pueden –siempre y cuando

21 Resolución N° 1988/4 del ECOSOC y Reglamento del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 60 (1).

22 En algunos casos, por vía de la inclusión del mecanismo en el mismo instrumento sustantivo, y en otros, por vía de un protocolo facultativo. Los instrumentos que permiten la presentación de comunicaciones ante el respectivo Comité son la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, la *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*, la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer,* la *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* y la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Otro instrumento recientemente adoptado pero que todavía

el Estado parte del respectivo tratado haya reconocido la competencia del órgano de supervisión del tratado para conocer de comunicaciones individuales– presentar comunicaciones ante los respectivos Comités, las víctimas de violaciones a derechos consagrados en el PIDESC se veían privadas de esa posibilidad. Lo mismo podía decirse con respecto al mecanismo de investigación y de las comunicaciones interestatales.

Paradójicamente, algunas violaciones a derechos económicos, sociales y culturales o algunas dimensiones relativas a esas podían –y aún pueden– ser consideradas por distintos comités a través de comunicaciones en las que se alegue indirectamente tal violación. Por ejemplo, la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* y la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* prohíben la discriminación, incluido respecto del goce de derechos económicos, sociales y culturales, fundada en la condición racial, en la de mujer, en la de trabajador migratorio o en la de persona con discapacidad, respectivamente. De modo que, de existir algún caso de discriminación sobre la base de alguno de estos factores que involucrara un derecho social –por ejemplo, la privación o restricción del derecho a la salud, o del derecho a la vivienda, o del derecho a la educación–, los respectivos comités podrían pronunciarse sobre ello en el marco de una comunicación. En el mismo sentido puede emplearse –y existen numerosos precedentes en la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos– el artículo 26 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, que consagra la prohibición de discriminación y el principio de igual protección de la ley para todo derecho consagrado por un ordenamiento jurídico, y no sólo para los incluidos en ese tratado.[23] Dada la interdependencia, indivisibilidad e interrelación de los derechos humanos, otros derechos incluidos en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* pueden dar lugar a la consideración de dimensiones relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales consagrados por el PIDESC.

La paradoja que plantea esta situación es que mientras algunos aspectos o dimensiones relacionados con violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser considerados por otros comités en el marco de comunicaciones individuales, el Comité DESC no podía hacer lo propio con presuntas violaciones fundadas directamente sobre el PIDESC. Cabe señalar, además, que estas otras formas de consideración de violaciones a derechos económicos, sociales y culturales por parte de otros comités en el marco de comunicaciones individuales son sólo indirectas, cuando no fragmentarias, y no captan la totalidad del contenido de los derechos establecidos por el PIDESC.

El análisis del PF-PIDESC debe tener en cuenta al menos dos grandes consideraciones. La primera está referida a la interdependencia, indivisibilidad e igual valor de todos los derechos humanos. La indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos es uno de los principios rectores del derecho internacional de los derechos humanos. La *Conferencia Mundial de Derechos Humanos*, celebrada en Viena en junio de 1993, reiteró este principio. Este principio implica que los Estados deben proteger y garantizar todos los derechos humanos. El concepto de interdependencia de los derechos humanos ha sido expresado en casos concretos en los cuales órganos de protección internacional han fallado. Con razón, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido:

> la relación orgánica entre la violación de los derechos a la seguridad física, por una parte, y la negación de los derechos económicos y sociales

no ha entrado en vigor, la *Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas,* también prevé mecanismos de recepción y consideración de comunicaciones por parte del respectivo Comité.

23 Así, el Comité de Derechos Humanos ha considerado situaciones relativas al derecho a la propiedad –derecho no amparado bajo el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*– bajo el prisma del principio de no discriminación y del derecho a igual protección por la ley. Al respecto, ver, entre otros: dictamen de 23 de julio de 1996, Comunicación N° 586/1994, *Adam c. la República Checa*; dictamen de 12 julio de 2001, Comunicación N° 857/1999, *Blazek c. la República Checa*; dictamen de 26 de julio de 2005, Comunicación N° 945/2000, *Marik c. la República Checa*; dictamen de 1º de noviembre de 2005, Comunicación N° 1054/2002, *Kriz c. la República Checa*; y dictamen de 25 de octubre de 2007, Comunicación N° 1463/2006, *Gratzinger c. la República Checa*.

> y la supresión de la participación política. Toda distinción que se establezca entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales constituye una formulación categórica que se aparta de la promoción y garantía de los derechos humanos.[24]

El concepto de "dignidad inherente al ser humano", consagrado en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y piedra de toque de los derechos humanos, es fundamental y la base misma del principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. Así se ha destacado que "[e]l principio de igual dignidad de todos los seres humanos constituye el fundamento de base del edificio de los derechos humanos. [...] El respeto de la dignidad de la persona aparece como el punto de encuentro entre los derechos civiles y políticos por una parte, y los derechos económicos, sociales y culturales, por otra."[25] Ciertamente, el derecho internacional no define lo que se debe entender por "dignidad inherente al ser humano". Tradicionalmente, ésta fue reducida a una interpretación minimalista y asimilada, por una corriente doctrinaria, a los derechos inderogables consagrados por el artículo 4 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, como el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida y el derecho a no ser sometido a tortura. Sin embargo, esta interpretación ha sido superada desde hace varias décadas, no sólo por la doctrina sino por el propio desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. Un elemento importante en este proceso ha sido el desarrollo jurisprudencial sobre el derecho a la vida, "porque sin él no es posible gozar de los demás derechos".[26] La evolución de la jurisprudencia internacional ha llevado a reconocer que el derecho a la vida no se restringe a la cuestión de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias. Como lo ha destacado Antonio A. Cançado Trindade, el derecho a la vida debe ser asumido como el derecho de vivir con la dignidad que le es inherente al ser humano, lo que implica derechos económicos, sociales y culturales.[27] El Comité de Derechos Humanos ha considerado que el derecho a la vida consagrado por el artículo 6 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* no puede interpretarse de manera excesivamente restrictiva y que, en virtud de su obligación de proteger este derecho, los Estados deberían tomar acciones para eliminar la mortalidad infantil, reducir la malnutrición y aumentar la esperanza de vida. Este concepto amplio del derecho a la vida –a una vida digna– ha sido reiterado por diferentes foros e instancias de las Naciones Unidas. Así, por ejemplo, la *Conferencia Mundial de Derechos Humanos* reiteró que la extrema pobreza y la exclusión social –fenómenos que atacan los derechos económicos y sociales– "constituyen una violación de la dignidad humana".[28] La antigua Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas expresamente ha reconocido que "el derecho a la vida incluye el de llevar una existencia digna y disponer de los elementos esenciales para la vida".[29] Así, el principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos implica como mínimo, para los derechos económicos, sociales y culturales, un tratamiento similar en términos de protección que el ya otorgado a otros derechos humanos.

En ese marco, no hay justificación jurídica alguna para que unos derechos humanos no tengan mecanismos procesales de protección internacional, mientras que otros sí. Ello resulta tanto más cierto cuando se considera que, de acuerdo con la práctica de los órganos de supervisión de tratados, la protección internacional de los primeros se puede obtener

24 *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1993*, OEA/Ser.L/V/II-85, Doc. 8 rev., de 11 de febrero de 1994, págs. 553 y 556.

25 Mireille Delmas-Marty, *Criminalité économique et atteinte à la dignité de la personne*, Ed. Maison des Sciences de l'Homme, Paris, 1995, pág. 133 (original en francés, traducción libre).

26 Alejandro Artucio, "Universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos civiles y políticos. Breves nociones de los mecanismos de supervisión a nivel universal y regional", en *Seminario sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales,* Bogotá, Colombia, mayo de 1996, Ed. Comisión Internacional de Juristas, Suiza, 1996, pág. 19.

27 Antonio A. Cançado Trindade, "A justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais no plano internacional", en *Presente y futuro de los derechos humanos - Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 1998, pág. 214.

28 *Declaración y Programa de Acción de Viena*, junio de 1993, párr. 25.

29 Comisión de Derechos Humanos, Resolución 2000/12 "Los derechos humanos y la extrema pobreza", adoptada el 17 de abril de 2000.

por vía indirecta, esto es mediante el accionar de un procedimiento internacional de protección establecido para amparar los otros derechos.

La segunda consideración tiene que ver con el carácter evolutivo del derecho internacional de los derechos humanos y de los procedimientos de protección previstos por los tratados. Es así como en las tres últimas décadas se ha registrado la tendencia, en materia de procedimientos de protección internacional del Sistema Universal de Derechos Humanos, a ampliar el espectro procesal de protección de los derechos humanos a través de distintos procedimientos. En efecto, los tratados de derechos humanos adoptados por el Sistema Universal, y con particular énfasis desde los años ochenta, han establecido procedimientos de comunicación y de investigación para reforzar el ámbito de protección internacional.[30] A tal punto que, con salvedad de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, todos los tratados de derechos humanos adoptados por las Naciones Unidas en las últimas décadas han incorporado el procedimiento de comunicaciones o quejas individuales.[31] Los dos primeros instrumentos adoptados que instituyen un procedimiento de comunicaciones individuales –el *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*– han cumplido ya 40 años, y la experiencia en materia de comunicaciones de sus respectivos órganos de supervisión, así como la de otros órganos creados posteriormente, es ya considerable. La adopción de un nuevo instrumento no puede ignorar esta tendencia y, por el contrario, debe ser coherente con los instrumentos similares adoptados anteriormente en términos de la protección otorgada a las víctimas de violaciones de derechos humanos.

30 La *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*; la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*; la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*; el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*; y el *Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*.

31 Al respecto, ver Comisión Internacional de Juristas, *Study on the Reform of the United Nations Human Rights Treaty Body System*, International Commission of Jurists, Geneva, 2008.

II. Consideraciones generales

El proceso de elaboración y adopción de un nuevo instrumento de protección de derechos humanos constituye una oportunidad para ampliar el umbral de protección internacional, mediante normas y dispositivos procesales. Este tipo de proceso permite introducir algunas innovaciones, cuyo fundamento puede tener al menos dos fuentes. Una primera fuente la constituye la considerable evolución normativa y práctica de otros órganos universales y regionales de supervisión de tratados de derechos humanos en materia de dispositivos procesales de protección internacional, y en particular los procedimientos de comunicaciones individuales y de investigación. La adopción de un nuevo instrumento puede aprovechar las innovaciones normativas y los desarrollos prácticos, de manera que plasme en el texto las mejoras en la protección ofrecida a las víctimas. Por otro lado, una potencial segunda fuente de innovación la constituyen aquellas particularidades del texto del instrumento sustantivo –en este caso, el PIDESC– que motiva la adopción de un protocolo facultativo en relación con otros instrumentos sustantivos que ya cuentan con un procedimiento de comunicaciones. En efecto, si del texto del PIDESC se desprenden algunas diferencias relevantes en comparación con instrumentos sustantivos que ya cuentan con un procedimiento de comunicaciones, esto podría justificar algunas novedades en el Protocolo Facultativo, siempre en relación con las cláusulas contenidas en instrumentos anteriores.

La justificación de las innovaciones, sin embargo, tiene como límite mínimo el respeto de los niveles de protección ya acordados a otros derechos humanos. Así, no serían justificables innovaciones que tengan por efecto otorgar a los derechos económicos, sociales y culturales una protección devaluada con respecto a otros derechos humanos.

En resumen, el comentario que sigue toma en consideración estos dos ejes: la medida en que el nuevo Protocolo Facultativo es consistente con los niveles de protección ofrecidos por instrumentos similares anteriores, y la medida en la cual el Protocolo Facultativo introduce innovaciones, motivadas bien por la codificación de aspectos novedosos en procedimientos de protección similares o de prácticas de protección desarrolladas por otros órganos internacionales o bien por las particularidades del texto del PIDESC en relación con otros tratados de derechos humanos.

En todo caso, y antes de pasar al análisis del articulado, cabe efectuar una breve evaluación general del texto. Como primera observación, el PF-PIDESC debe ser bienvenido porque pone fin al histórico déficit de protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, haciendo extensiva a estos derechos la posibilidad de que un Comité –en este caso, el Comité DESC– reciba y examine comunicaciones, tanto individuales como interestatales, y lleve a cabo investigaciones.

En términos generales, puede decirse que el PF-PIDESC ha seguido en gran medida los lineamientos ya establecidos en instrumentos similares de adopción más reciente, como el *Protocolo Facultativo de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*. Es decir, el texto adoptado satisface en buena medida el criterio de igual protección de los derechos económicos, sociales y culturales. No obstante, este criterio no fue seguido en lo que concierne al procedimiento de investigación. Así, mientras todos los demás instrumentos establecen tal procedimiento de manera automática, con lo cual se requiere que el Estado manifieste su voluntad expresa para excluir su aplicación, el PF-PIDESC ha adoptado la solución inversa. Es decir, el Estado debe efectuar una declaración expresa para quedar vinculado por el procedimiento de investigación. Esta solución socava la efectividad del procedimiento de investigación.

El PF-PIDESC es en sí mismo un gran progreso en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. No obstante, hay que señalar que, respecto de los procedimientos de comunicaciones y de investigación ya existentes en el Sistema Universal de Derechos Humanos, el PF-PIDESC no es un texto enormemente innovador. El PF-PIDESC sigue de manera bastante aproximada los modelos de procedimientos de comunicaciones y de investigación establecidos con anterioridad en el Sistema Universal de Derechos Humanos. Las modificaciones o innovaciones introducidas son menores y, en general, se han inspirado en instrumentos regionales. Aunque comentaremos puntualmente cada una de estas innovaciones, vale enumerar las más importantes:

- la inclusión de dos nuevos criterios de admisibilidad, uno obligatorio (artículo 3.2.a) y otro facultativo para el Comité (artículo 4);
- la previsión de una etapa procesal de solución amistosa en el procedimiento de comunicaciones (artículo 7);
- la posibilidad de consulta, por parte del Comité, de documentación proveniente de otros órganos internacionales y regionales (artículo 8.3);
- la inclusión de un estándar de revisión para la consideración de las comunicaciones (artículo 8.4); y
- la inclusión de una cláusula que permite vincular el procedimiento de comunicaciones con mecanismos de asistencia y cooperación internacionales, incluyendo la previsión de un fondo fiduciario (artículo 14).

El texto omitió toda referencia expresa a las reservas al PF-PIDESC. Ciertamente, en materia de tratados o de disposiciones de tratados que establecen procedimientos de protección internacional de derechos humanos, la práctica de las Naciones Unidas no ha sido del todo coherente. Es así como varios tratados guardan silencio acerca de la posibilidad de hacer reservas respecto de los procedimientos de protección internacional,[1]

1 **Ver, por ejemplo, el *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y***

mientras que otros, que contienen disposiciones tanto sustanciales como procesales, incorporan cláusulas generales autorizando las reservas.[2] No obstante, varios tratados han incorporado cláusulas que prohíben las reservas que puedan inhibir el funcionamiento de los órganos de control o anular la efectividad de los procedimientos de supervisión y protección internacional. En este campo cabe destacar la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial,* adoptada en 1965, cuyo artículo 20 (2) prohíbe formular reservas "que pueda[n] impedir el funcionamiento de cualquiera de los órganos establecidos por la presente Convención". En esa misma línea se inscriben nuevos instrumentos internacionales que establecen procedimientos de protección o de supervisión: el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer,*[3] *el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*[4] y el *Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.*[5]

Lamentablemente, el PF-PIDESC no reflejó esta tendencia en materia de reservas respecto de procedimientos internacionales de protección. No obstante, esta carencia no es un obstáculo mayor en tanto son aplicables al PF-PIDESC las disposiciones sobre reservas contenidas en la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.*[6] Dado que el PF-PIDESC no prohíbe las reservas, ni dispone que sólo puedan hacerse determinadas reservas, quedan prohibidas entonces las reservas que sean incompatibles con el objeto y fin del instrumento. En todo caso, para considerar la compatibilidad de las reservas con el objeto y fin del Protocolo Facultativo resulta de particular relevancia la Observación General Nº 24 del Comité de Derechos Humanos, en especial aquellos párrafos referidos a las reservas al *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.*[7] El Comité de Derechos Humanos consideró que las reservas destinadas a limitar la aplicación del Protocolo Facultativo con respecto a algunos derechos protegidos por el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,* así como las reservas relativas a los procedimientos establecidos en el Protocolo Facultativo son contrarias al objeto y fin del Protocolo Facultativo.

Políticos.

2 Ver, por ejemplo, el artículo 28 de la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*.

3 Artículo 17.

4 Artículo 30.

5 Artículo 14 (1).

6 *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados*, artículo 19.

7 Ver, Comité de Derechos Humanos, *Observación general Nº 24, Observación general sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto*, párrs. 13 y 14.

III. Comentario del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

1. Comentario del Preámbulo

Los Estados Partes en el presente Protocolo,

Considerando que, con arreglo a los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de los derechos iguales e inalienables que los asisten es el fundamento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo,

Señalando que la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona tiene todos los derechos y libertades en ella proclamados sin distinción alguna, como raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, fortuna, u otra condición,

Recordando que la Declaración Universal de Derechos Humanos y los pactos internacionales de derechos humanos reconocen que no puede realizarse el ideal del ser humano libre y liberado del temor y

la miseria a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona disfrutar de sus derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales,

Reafirmando la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales,

Recordando que cada Estado Parte en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante denominado el Pacto) se compromete a adoptar medidas, individualmente y por medio de la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente de carácter técnico y económico, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto por todos los medios apropiados, incluida en particular la adopción de medidas legislativas,

Considerando que, para asegurar el mejor logro de los propósitos del Pacto y la aplicación de sus disposiciones, sería conveniente facultar al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante denominado el Comité) para desempeñar las funciones previstas en el presente Protocolo,

Han convenido en lo siguiente:

El Preámbulo del PF-PIDESC constituye una importante herramienta interpretativa, ya que cumple con el objetivo de señalar la justificación y el propósito de la adopción de este instrumento.

En términos comparativos, el Preámbulo combina elementos contenidos en los preámbulos del *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, y del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. El primer instrumento incluye en su Preámbulo un único párrafo dispositivo –que expresa la conveniencia, a efectos del cumplimiento de los objetivos del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, de asignar

al Comité de Derechos Humanos la facultad de considerar comunicaciones individuales. Por su parte, el *Protocolo Facultativo de la Convención la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* adopta un modelo más sustantivo, que recuerda los valores que dan sustento a la respectiva Convención. En el caso del Preámbulo del PF-PIDESC se ha preferido incluir ambos elementos, el sustantivo y el dispositivo.

En efecto, el Preámbulo comienza por subrayar el papel fundacional de los derechos humanos fundamentales y del valor y la dignidad de la persona humana en el Sistema de las Naciones Unidas. A continuación, recuerda que todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que tienen todos los derechos consagrados en la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, que –vale recordar– no distingue entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales. Se reconocen aquí, además, las bases del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación.

El tercer párrafo introduce, aunque sin mencionarlas, las nociones de interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos, a partir de su concreta formulación idéntica y paralela en los respectivos preámbulos del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y del PIDESC. De acuerdo con esta formulación, la plena libertad del ser humano, que comprende el disfrute de las libertades civiles y políticas y el verse libre del temor y de la miseria, requiere condiciones que permitan el goce de todos los derechos humanos –civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

El cuarto párrafo hace referencia a la fórmula empleada por la *Declaración y el Programa de Acción*, adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, realizada en Viena en 1993. En esa fórmula se articulan explícitamente las nociones de interdependencia e indivisibilidad, junto con las de universalidad e interrelación de todos los derechos humanos.

Aunque el Preámbulo no es explícito, se puede inferir de su redacción que si todos los derechos humanos son indivisibles e interdependientes y están interrelacionados, la protección acordada a todos ellos debe ser al menos similar. De modo que, si la comunidad internacional –hace ya

más de 40 años–[1] ha creído conveniente proteger los derechos civiles y políticos a través de un procedimiento cuasi-judicial que faculta a un órgano (el Comité de Derechos Humanos) a recibir y considerar comunicaciones sobre presuntas violaciones de aquellos derechos, las nociones de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos exigen al menos un tratamiento similar para los derechos económicos, sociales y culturales.

El quinto párrafo del Preámbulo reproduce los términos del artículo 2.1 del PIDESC, que establece obligaciones generales, aplicables a todos los derechos incluidos en el Pacto. Algunos Estados que participaron del Grupo de Trabajo que elaboró el proyecto de PF-PIDESC insistieron en la conveniencia de incluir este párrafo en el Preámbulo, con el objeto de recordar el tenor de las obligaciones generales establecidas en el PIDESC, en especial, la noción de "realización progresiva". Ciertamente, no existe en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* una cláusula similar. Sin embargo, la reiteración del lenguaje del artículo 2.1 del PIDESC también recuerda a los Estados que tienen obligaciones *jurídicas* en materia de derechos económicos, sociales y culturales, y no sólo obligaciones morales. El Comité DESC ha aclarado el alcance de estas obligaciones en su Observación General Nº 3.[2] Esta Observación General desarrolla el contenido de los términos contenidos en el artículo 2.1 y transcritos en este párrafo preambular, de modo que constituye una referencia ineludible para su interpretación.

A partir de estas premisas –la importancia de los derechos humanos y de la dignidad humana, la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos, y el carácter jurídico de las obligaciones establecidas por el PIDESC–, el último párrafo del Preámbulo concluye señalando que para asegurar el mejor logro de los propósitos del PIDESC y la aplicación

1 El *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* fue adoptado en forma simultánea con el propio *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,* el 16 diciembre de 1966.

2 Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Nº 3, "La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párr. 1 del art. 2 del Pacto)"*, en UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 de 12 de mayo de 2004.

de sus disposiciones, es conveniente facultar al Comité DESC para desempeñar las funciones previstas en el Protocolo, es decir para recibir y examinar comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas, para recibir y examinar comunicaciones interestatales, y para llevar a cabo investigaciones.

Esto supone consagrar finalmente, en términos de protección, la igual consideración de todos los derechos humanos, implícita en las nociones de indivisibilidad e interdependencia. Con la adopción de este Protocolo Facultativo, los derechos económicos, sociales y culturales dejarán de ser derechos sometidos a una menor protección internacional: el cumplimiento o incumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones jurídicas que de ellos se derivan será objeto de consideración en su dimensión individual (o grupal, según en caso) y en situaciones específicas, y no sólo en el cuadro de situaciones generales, como sucede en el procedimiento de examen de informes estatales.

Durante las sesiones del Grupo de Trabajo se discutió también la conveniencia de referirse expresamente al Comité DESC, dado que este órgano no fue creado por un tratado, sino por una resolución del Consejo Económico y Social.[3] Finalmente, y después de considerarse varias propuestas, se decidió que no era necesario efectuar ninguna aclaración especial sobre el estatus del Comité.

Correspondencias y referencias

Carta de las Naciones Unidas, Preámbulo y artículos 1.3 y 55; *Declaración Universal de Derechos Humanos,* Preámbulo y artículos 1 y 2; *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,* Preámbulo; *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,* Preámbulo y artículos 2.1 y 2.2; *Declaración y Programa de Acción de Viena,* párrafo 5; *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,* Preámbulo; *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer,* Preámbulo; Comité de De-

3 Ver Resolución del ECOSOC 1985/17.

rechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Nº 3 "La índole de las obligaciones de los Estados Partes"*.

2. Comentario del artículo 1, "Competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones"

> **1. Todo Estado Parte en el Pacto que se haga Parte en el presente Protocolo reconocerá la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones conforme a lo dispuesto en el presente Protocolo.**
>
> **2. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado Parte en el Pacto que no sea parte en el presente Protocolo.**

El artículo 1 sienta el principio que informa el objeto fundamental del Protocolo Facultativo: el reconocimiento al Comité DESC de la facultad de recibir y considerar comunicaciones. Como hemos señalado antes, esto no hace más que extender al PIDESC el tipo de protección con el que ya contaban los derechos consagrados por el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* y la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*.

Por tratarse de un instrumento facultativo, el Comité sólo puede recibir comunicaciones de aquellos Estados que, siendo parte del PIDESC, se hagan parte también del Protocolo Facultativo.

Correspondencias y referencias

Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 1; *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, artículo 14.1; *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, artículo 22.1; *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, artículo 1; *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, artículo 77.1; *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, artículo 1; *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, artículo 31.1.

3. Comentario del artículo 2, "Comunicaciones"

> **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 económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto. Para presentar una comunicación en nombre de personas o grupos de personas se requerirá su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar que actúa en su nombre sin tal consentimiento.**

Esta disposición constituye la pieza crucial del Protocolo, de modo que merece un análisis detallado. En ella se plasma el alcance del procedimiento de comunicaciones en tres esferas. En primer lugar, se define la *competencia material* del Comité, es decir, el alcance del objeto de las comunicaciones en relación con el texto del PIDESC. En segundo lugar, se define la *legitimación* para presentar comunicaciones, es decir, quiénes están habilitados para llevar comunicaciones ante el Comité. En tercer lugar, la disposición, al referirse a las "personas o grupos de personas que se hallen

bajo la jurisdicción de un Estado Parte", plantea la cuestión del ámbito territorial de la protección prevista por el procedimiento de comunicaciones.

a) Competencia material del Comité

En lo que respecta a la *competencia material* del Comité, el artículo 2 ha adoptado un enfoque integral, que incluye todo los derechos económicos, sociales y culturales incluidos en el PIDESC.

Esta solución es el resultado de una extensa discusión llevada a cabo durante las sesiones del Grupo de Trabajo, que confrontó dos posiciones. Por un lado, el enfoque "integral", de acuerdo con el cual todos los derechos y obligaciones consagrados en el PIDESC podrían ser objeto de comunicaciones individuales. Por otro lado, los denominados "enfoques limitados", de acuerdo con los cuales sólo algunos derechos u obligaciones establecidos por el Pacto podrían ser objeto de comunicaciones. A su vez, durante las sesiones del Grupo de Trabajo, los proponentes de "enfoques limitados" sugirieron dos tipos de limitaciones. Por un lado, la exclusión de la Parte I del PIDESC –que incluye el derecho a la autodeterminación de los pueblos– como base para la presentación de comunicaciones ante el Comité. Por otro lado, el denominado enfoque "*à la carte*", según el cual cada Estado parte del Protocolo tendría la posibilidad de elegir discrecionalmente qué derechos quedarían fuera o dentro de la competencia material del Comité, a través de una declaración hecha al momento de ratificar el instrumento.

El enfoque "*à la carte*" fue descartado con la adopción de un texto consensuado por parte del Grupo de Trabajo. Tal rechazo se fundó en distintas razones, sostenidas por numerosos Estados participantes del Grupo de Trabajo y por la Coalición de Organizaciones No Gubernamentales (Coalición de ONG). Por un lado, se objetó la falta de antecedentes de ese enfoque en otros instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas. También se señaló la potencial jerarquización de derechos que surgiría de la elección de sólo algunos –y de la exclusión de otros– como derechos protegidos a través del procedimiento de comunicaciones. Además, se subrayó que tal enfoque implicaría un debilitamiento de los

derechos económicos, sociales y culturales –en tanto derechos que admitirían una protección discrecional– en relación con los derechos civiles y políticos, cuyo Protocolo Facultativo no prevé tal posibilidad de elegir algunos derechos y descartar otros. Diversas intervenciones en los debates del Grupo de Trabajo consideraron que un enfoque "*à la carte*" es incompatible con las nociones de interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos, al sugerir que mientras la protección de los derechos civiles y políticos y de otros derechos humanos no reconoce excepciones, la protección de los derechos económicos, sociales y culturales puede ser selectiva y quedar librada a la conveniencia de los Estados partes.

Por último, se señaló también que las razones pragmáticas alegadas por algunos Estados a favor de la denominada opción "*à la carte*" –entre ellas, la de ofrecer inicialmente al Estado la posibilidad de experimentar su compromiso con un número pequeño de derechos, para permitir la posterior expansión de la protección hacia un número mayor– no está sustentada en evidencia empírica en aquellos sistemas –como los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo y la Carta Social Europea– que la han previsto en sus instrumentos sustantivos.[4] De modo que, de acuerdo con la experiencia de los sistemas que permiten la opción "*à la carte*", la anunciada expansión gradual de la protección de hecho no se ha producido.

Con respecto a la exclusión de la Parte I del PIDESC, que incluye el derecho a la autodeterminación de los pueblos, el texto consensuado por el Grupo de Trabajo y elevado al Consejo de Derechos Humanos para su consideración se inclinó por esta posición: el texto se refería, en su artículo 2, a los derechos enunciados "por las Partes II y III del Pacto". En esto, el texto propuesto se apartaba del texto del artículo 1 del *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, que no excluye la Parte I del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, la cual, vale

4 **También en esos sistemas la justificación de la opción "*à la carte*" en los Convenios de la OIT y en la Carta Social Europea fue la de brindar al Estado la oportunidad de expandir gradualmente la lista de derechos protegidos. Sin embargo, la práctica general de los Estados ha sido la de ceñirse a los derechos que seleccionó inicialmente, sin demostrar mayor interés en ampliar la lista de derechos reconocidos.**

recordarlo, es idéntica a la Parte I del PIDESC. Para justificar esta exclusión se señaló que la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos en la materia ha rechazado los planteamientos basados sobre el artículo 1 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*,[5] y que el mecanismo de comunicaciones no resulta adecuado para el tratamiento de alegadas violaciones al derecho a la autodeterminación, dada su naturaleza de derecho colectivo, atribuido a los pueblos como sujeto. El texto adoptado por el Grupo de Trabajo generó varias reacciones. Diversos Estados reservaron su posición sobre el tema, expresando su preocupación por la exclusión del derecho a la autodeterminación del mecanismo de comunicaciones. Algunas organizaciones no gubernamentales (ONG) reaccionaron en el mismo sentido. La Coalición de ONG en favor de un Protocolo Facultativo efectuó una declaración interpretativa, en el sentido de que la exclusión de la Parte I del texto no podía significar la total exclusión de planteamientos en los que se invocara el derecho a la autodeterminación –por tratarse de una obligación general del PIDESC– sino que en todo caso debía entenderse como la exclusión de comunicaciones basadas *exclusivamente* sobre la Parte I: por el contrario, una comunicación que incluyera alusiones al derecho a la autodeterminación sería admisible siempre y cuando el autor de la comunicación identificara otros derechos de las Partes II y III del PIDESC presuntamente afectados.[6]

5 En este sentido, ver, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, Dictamen de 27 de julio de 1988, caso *Kitok v. Suecia*, Comunicación No. 197/1985, párr. 6.3. El Comité señaló que "el autor, como persona, no podía alegar haber sido víctima de una violación del derecho a la libre determinación consagrado en el artículo 1 del Pacto. Mientras que el Protocolo Facultativo dispone un procedimiento de recurso para las personas que afirman que sus derechos han sido violados, el artículo 1 del Pacto se refiere a derechos conferidos a los pueblos en su calidad de tales".

6 El comentario de la Coalición de ONG respecto del artículo 2 del texto consensuado por el Grupo de Trabajo fue el siguiente: "Hemos apoyado, a lo largo del proceso, un enfoque comprensivo que incluyera todos los derechos del Pacto, y hubiéramos preferido la inclusión de la Parte I del Pacto. Nuestra interpretación de la intención del artículo 2 es que, aunque una comunicación sería inadmisible si alegara únicamente una violación del artículo 1 (del PIDESC), de todos modos las comunicaciones admisibles pueden ser examinadas a la luz de todas las partes del Pacto, incluida la Parte I".

El rechazo de la exclusión de la Parte I del PIDESC del procedimiento de comunicaciones llevó a algunos Estados a proponer modificaciones al texto consensuado en el Grupo de Trabajo durante las sesiones informales preparatorias de la discusión del proyecto de Protocolo en el seno del Consejo de Derechos Humanos. Concretamente, estos países presentaron a Portugal, Estado que llevó la iniciativa en las negociaciones del PF-PIDESC, una modificación al artículo 2, en el sentido de eliminar la alusión a los derechos enunciados en las Partes II y III del PIDESC, y de reemplazarla por la expresión "cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto". La propuesta fue recogida por Portugal, y acompañada por los Estados que copatrocinaron la resolución del Consejo de Derechos Humanos que llevó a la adopción por consenso del entonces Proyecto de PF-PIDESC por parte de ese órgano.

De modo que de los trabajos preparatorios que llevaron a la adopción del texto del PF-PIDESC puede derivarse la intención de incluir la Parte I del PIDESC en el mecanismo de comunicaciones, al menos en la medida en que pueda argumentarse que el derecho a la autodeterminación es un derecho económico, social o cultural incluido en el PIDESC, o que contiene dimensiones económicas, sociales y culturales.

Cabe señalar que el texto final del PF-PIDESC y su justificación son prácticamente idénticos a los del Proyecto de Protocolo Facultativo presentado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1996. La parte relevante del texto propuesto por el Comité disponía que:

> Toda persona o grupo que alegue ser víctima de una violación por un Estado parte de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en el Pacto, o toda persona o grupo que actúe a nombre de tales peticionarios, puede presentar una comunicación escrita al Comité para su examen.[7]

7 Ver "Informe del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a la Comisión de Derechos Humanos sobre un protocolo facultativo para la consideración de comunicaciones en relación con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", en *Situación de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos. Proyecto de Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1997/105, Anexo, 18

Concretamente, en relación con la posibilidad de presentar comunicaciones por presuntas violaciones del artículo 1 del Pacto, el Comité sostenía lo siguiente:

> El Comité recomienda que el protocolo facultativo se aplique en relación a todos los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en el Pacto, incluyendo todos los derechos contenidos en los artículos 1 al 15. El Comité advierte, sin embargo, que el derecho a la autodeterminación sólo debe ser tratado bajo este procedimiento en la medida en que estén involucradas dimensiones económicas, sociales y culturales de ese derecho. El Comité considera que las dimensiones civiles y políticas de ese derecho deben permanecer bajo la competencia del Comité de Derechos Humanos, en conexión con el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.[8]

En este sentido, y en términos prácticos, la sugerencia interpretativa hecha previamente por la Coalición de ONG puede ser útil para evitar discusiones abstractas sobre la naturaleza del "derecho a la autodeterminación": cuando se pretenda invocar el derecho a la autodeterminación, los autores de comunicaciones facilitarían el trabajo del Comité si señalaran además qué derechos de las Partes II y III del PIDESC han sido afectados también. Por ejemplo, los planteamientos podrían identificar en qué medida una afectación al derecho a la autodeterminación afecta derechos específicamente previstos por el PIDESC, como el derecho a la alimentación o el derecho a la salud. Esto permitiría, además, evitar la repetición del debate producido en el seno del Comité de Derechos Humanos acerca de la adecuación del mecanismo de comunicaciones para tratar violaciones autónomas al derecho a la autodeterminación. De hecho, aunque ciertamente el Comité de Derechos Humanos se ha mostrado remiso a considerar autónomamente violaciones al derecho a la autodeterminación consagrado por el artículo 1 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, en varios casos consideró la misma situación de hecho a la luz

de diciembre de 1996, párr. 31.

8 Ibíd., párr. 25.

de los artículos 25,[9] 26[10] y 27[11] del Pacto. La estrategia aquí sugerida es similar: la vinculación de alegaciones de violación al derecho a la autodeterminación con alegaciones de violación a derechos específicamente establecidos en las Partes II y III del PIDESC.

Correspondencias y referencias

Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 1; *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, artículo 1; *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, artículos 1, 25, 26 y 27.

b) Legitimación para presentar comunicaciones

El segundo tema de trascendencia tratado por el artículo 2 es el de la *legitimación* para presentar comunicaciones. La cuestión consiste, básicamente, en definir quién tiene legitimidad procesal (*locus standi*) para presentar una comunicación ante el Comité. La práctica de las Naciones Unidas en este campo ha sido la de conferir legitimidad procesal exclusivamente a quien sea el titular del derecho humano presuntamente vulnerado. Ello no es obstáculo para que un tercero incoe el procedimiento en nombre del titular del derecho supuestamente vulnerado.[12] La cuestión de

9 El artículo 25 del Pacto consagra derechos políticos. Así, por ejemplo, aunque el Comité de Derechos Humanos no tenga competencia en el marco del Protocolo Facultativo para examinar una comunicación relativa a una violación del derecho de autodeterminación consagrado en el artículo 1 del Pacto, el Comité ha destacado la posibilidad de interpretar el artículo 1, cuando proceda, para determinar si se han violado los derechos consagrados en las partes II y III del Pacto (ver, por ejemplo, Dictamen de 15 de julio de 2002, caso *Marie-Hélène Gillot y otros c. Francia*, Comunicación Nº 932/2000, párr. 13,4).

10 Ver, por ejemplo, Dictamen de 7 de julio de 2000, caso *J. G. A. Diergaardt y otros c. Namibia*, Comunicación Nº 760/1997.

11 El artículo 27 del Pacto consagra el derecho de los miembros de minorías étnicas, religiosas o lingüísticas a tener, en común con los demás miembros de su grupo, su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma. Así, por ejemplo, en el citado caso *Kitok v. Suecia*, el Comité consideró admisible y examinó la posible violación del derecho establecido por el artículo 27 del Pacto.

12 Así lo comprueba la reiterada y consistente práctica de todos los órganos de tratados

la legitimación para presentar comunicaciones plantea, con mayor razón en materia de derechos económicos, sociales y culturales, dos dimensiones: por un lado, el carácter individual o colectivo de los derechos y, por otro, los conceptos de víctimas individuales y víctimas colectivas.

Sobre la cuestión hubo extensas discusiones durante las sesiones del Grupo de Trabajo. Uno de los temas de discusión se relacionó con una particularidad del Proyecto de Protocolo presentado originalmente al Grupo de Trabajo por la Presidenta-Relatora. En dicho proyecto se preveían dos tipos de comunicaciones: las llamadas "comunicaciones individuales" y las "comunicaciones colectivas". De acuerdo con el texto de aquel borrador original, las "comunicaciones individuales" respondían al modelo de los demás procedimientos de comunicación establecidos en otros instrumentos del Sistema Universal de Derechos Humanos. El texto estaba inspirado en el lenguaje del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Por su parte, las llamadas "comunicaciones colectivas" seguían, en aquel borrador original, el modelo establecido en el *Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que Prevé un Sistema de Reclamaciones Colectivas* (*Protocolo Adicional a la Carta Social Europea)*.[13]

Es útil refrescar las diferencias entre estos modelos, porque parte de los argumentos sobre el alcance de la legitimación en el artículo 2 del Protocolo Facultativo finalmente adoptado estuvo directamente vinculada con el rechazo de la propuesta de incluir un procedimiento de "comunicaciones colectivas" por considerarlo innecesario.

de derechos humanos de las Naciones Unidas. Cabe mencionar que el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (artículo 2), el *Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* (artículo 1,1) , la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* (artículo 77,1) y la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (artículo 31,1) expresamente dan legitimidad procesal a terceros, siempre y cuando actúen en nombre y representación de las personas cuyos derechos han sido conculcados.

13 Ver *Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que Prevé un Sistema de Reclamaciones Colectivas*, artículos 1 y 2.

El modelo de "comunicaciones individuales" contenido en los demás procedimientos previstos por otros instrumentos del Sistema Universal de Derechos Humanos requiere la identificación de presuntas víctimas, ya sea como individuos o grupo de individuos, de la violación alegada y el agotamiento de los recursos internos. La legitimación para presentar comunicaciones corresponde primariamente a esas presuntas víctimas, en forma individual, si la violación es de carácter individual; en forma conjunta o grupal, si las víctimas son plurales. Por supuesto, las presuntas víctimas individuales o grupos de víctimas pueden designar representantes, que tienen legitimación para presentar comunicaciones en nombre de sus representados. Una hipótesis distinta es la de la presentación de comunicaciones en nombre de la o las presuntas víctimas, pero sin que medie su consentimiento expreso, es decir, sin que la o las víctimas designen un representante que presente la comunicación en su nombre. Por el contrario, el modelo de las "comunicaciones colectivas" contenido en el *Protocolo Adicional a la Carta Social Europea* no exige la identificación de víctimas concretas, sino simplemente la alegación de "una aplicación no satisfactoria de la Carta" y no requiere el agotamiento de los recursos internos. En este sistema, la legitimación para presentar comunicaciones o reclamaciones no corresponde a las víctimas, sino a organizaciones a las que se ha concedido, *a priori*, un estatus especial.[14] En el modelo del *Protocolo Facultativo a la Carta Social Europea* se trata de las organizaciones internacionales de empleadores y de trabajadores a las que alude la *Carta Social Europea*, de otras organizaciones internacionales no gubernamentales, con estatus consultivo ante

14 El sistema y el lenguaje del *Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que Prevé un Sistema de Reclamaciones Colectivas* está, a su vez, inspirado en el procedimiento de reclamaciones establecido por el artículo 24 de la *Constitución de la Organización Internacional del Trabajo*, en la que no son las víctimas directas, sino las organizaciones de trabajadores o de empleadores las que están legitimadas para presentar reclamaciones. El artículo 24 de la Constitución de la OIT establece que "(t)oda reclamación dirigida a la Oficina Internacional del Trabajo por una organización profesional de empleadores o de trabajadores en la que se alegue que cualquiera de los Miembros no ha adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio, dentro de su jurisdicción, de un convenio en el que dicho Miembro sea parte podrá ser comunicada por el Consejo de Administración al gobierno contra el cual se presente la reclamación y podrá invitarse a dicho gobierno a formular sobre la materia la declaración que considere conveniente".

el Consejo de Europa e inscritas en la lista establecida, las organizaciones nacionales representativas de empleadores y trabajadores del Estado parte, y, en caso de declaración específica del Estado al respecto, otras organizaciones no gubernamentales nacionales cualificadas. El borrador original de la Presidenta-Relatora del Grupo de Trabajo asignaba legitimación para presentar este tipo de "comunicaciones colectivas" a "las organizaciones no gubernamentales reconocidas como entidades de carácter consultivo por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas".

La propuesta de establecer un sistema de "comunicaciones colectivas" que siguiera el modelo del *Protocolo Facultativo a la Carta Social Europea* no fue bien acogida por los Estados. Además de algunos argumentos relativos a la falta de precedentes en los otros instrumentos del Sistema Universal de Derechos Humanos que establecen mecanismos de comunicación, y el inconveniente de la existencia de dos mecanismos paralelos con distintos requisitos de admisibilidad, varias delegaciones estatales señalaron que era innecesario establecer un mecanismo novedoso que legitimara a las organizaciones no gubernamentales para presentar comunicaciones, dado que estas últimas están legitimadas para presentar casos en el mecanismo de "comunicaciones individuales" común a los demás instrumentos del Sistema Universal de Derechos Humanos, siempre que lo hagan en representación o a nombre de la o de las presuntas víctimas. De modo que las razones dadas para rechazar la propuesta de incluir en el Protocolo Facultativo un mecanismo de "comunicaciones colectivas" arrojan luz sobre el alcance de la legitimación establecida en el actual artículo 2 del PF-PIDESC.

Cabe señalar que el principio más importante en materia de legitimación es el de permitir a las víctimas la participación directa en la presentación del caso que las afecte. El principio que guía la redacción del Protocolo es el de colocar a las víctimas de violaciones de derechos económicos, sociales y culturales al menos en la misma posición de reclamo que las víctimas de violaciones de otros derechos humanos ya protegidos a través de mecanismos de comunicación.[15] En este sentido,

15 **Ver, por ejemplo, en este sentido, el artículo 1 del *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* que prescribe que "[t]odo Estado Parte en el Pacto que llegue a ser parte en el presente Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de *individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto*" (énfasis agregado).**

la cláusula es irreprochable: permite a las víctimas, individualmente o de manera conjunta, presentar su propio caso a través de una comunicación. Además, les permite apoderar a terceros para presentar casos en su nombre, de acuerdo con los principios tradicionales de la representación voluntaria o consensual. Por último, en consonancia con los instrumentos más recientes en la materia, permite presentar quejas en nombre de la o las presuntas víctimas, aun cuando no medie su consentimiento, cuando exista justificación adecuada para ello.

En materia de legitimación, el texto del artículo 2 del PF-PIDESC sigue el lenguaje del texto del artículo 2 del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.* Así, el artículo 2 del PF-PIDESC dispone que 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 económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto. Para presentar una comunicación en nombre de personas o grupos de personas se requerirá su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar que actúa en su nombre sin tal consentimiento.

Así, el artículo 2 del PF-PIDESC ofrece varias hipótesis de legitimación, habilitando a presentar comunicaciones a:

a. individuos que aleguen ser víctimas de violaciones al Pacto;
b. grupos de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones al Pacto;
c. terceras personas, en nombre de esos individuos o grupos de individuos, requiriéndose en este caso su consentimiento; y
d. otras personas, en nombre de esas personas o grupos de personas, sin su consentimiento, pero justificando las razones para actuar en su nombre.

La variedad de hipótesis se justifica por el reconocimiento de que los derechos económicos, sociales y culturales –como también otros derechos humanos– pueden sufrir afectaciones de carácter individual, pero también colectivo o grupal. La afectación colectiva o grupal puede resultar de la sumatoria de violaciones de carácter individual, de violaciones de derechos de carácter grupal o indivisible, como el patrimonio histórico o cultural, o de violaciones de derechos necesarios para el desarrollo de una cultura dada.

La hipótesis más sencilla es aquella en la que quien presenta la comunicación es la presunta víctima individual de una violación de alcance individual.

Una segunda hipótesis es aquella en la que la comunicación es presentada por grupos de personas cuando los derechos debatidos en la comunicación se agotan en la sumatoria de los intereses individuales alegados, es decir, cuando la violación sólo concierne a las presuntas víctimas que presentan la comunicación.

La tercera hipótesis es la de la representación de la presunta víctima o del grupo de presuntas víctimas por un tercero, mediando el consentimiento de los representados, es decir, de aquel o aquellos en cuyo nombre se actúa.

La última hipótesis de legitimación, o sea la referida a terceros sin mandato de la presunta víctima, es una figura reconocida en los procedimientos de comunicaciones establecidos por otros tratados del Sistema Universal de Derechos Humanos, ya sea por disposiciones convencionales o por normas de los reglamentos internos de los órganos de supervisión de tratados.[16] Cabe acotar que en los procedimientos de comunicación o

16 Ver, en este sentido, Reglamento del Comité de Derechos Humanos, artículo 90. Cabe señalar que la práctica del Comité de Derechos Humanos incluye una variedad de casos en los que el órgano ha considerado comunicaciones en las que se discutían violaciones de los derechos de las víctimas que no habían presentado la queja, ni estaban representadas, y sin que un tercero actuara en su nombre (ver, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, dictamen de 27 de octubre de 2000, caso *Apirana Mahuika y otros v. Nueva Zelandia,* Comunicación Nº 547/1993, y dictamen de 29 de julio de 1997, caso *José Vicente y Amado Villafañe Chaparro, Luis Napoleón Torres Crespo, Ángel María Torres Arroyo y Antonio Hugues Chaparro Torres v. Colombia*, Comunicación Nº 612/1995).

petición de los sistemas africano e interamericano de protección de derechos humanos no se exige que quien presente la comunicación cuente necesariamente con el consentimiento de aquellas personas que son presuntas víctimas de la violación.[17]

La complejidad de algunos casos de violación de derechos humanos en general y de derechos económicos, sociales y culturales en particular requiere, sin embargo, otras salvaguardas, capaces de evitar la impunidad en aquellos casos en los que las víctimas no puedan actuar por sí ni designar representantes. Así, por ejemplo, es necesario establecer una solución para aquellos casos en los que, por alguna razón, se hace difícil o imposible que todos los individuos afectados concurran en la comunicación, o presten su consentimiento expresamente. Por ejemplo, cuando la afectación de derechos sea de carácter colectivo o masivo,[18] o cuando los afectados sean víctimas de amenazas, de intimidación o cuando la presentación de una comunicación pueda colocarlos en situación de vulnerabilidad. La presentación de casos en los que se debaten afectaciones a bienes de carácter grupal o indivisible también requiere alguna solución específica, ya que, por definición, ninguna persona es titular individual del bien en cuestión, y resultaría excesivo requerir que quienes presenten la

17 El artículo 56.1 de la *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos* requiere simplemente que la comunicación "identifique a sus autores, aunque estos requieran la reserva de su identidad". El art. 44 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* establece que "(c)ualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte".

18 Ver, por ejemplo, *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, Principio 1 y los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, adoptados por la Asamblea General mediante la Resolución 60/147 del 16 de diciembre de 2005 (principio 8). Al respecto, ver Comisión Internacional de Juristas, *El derecho a interponer recursos y a obtener reparación por violaciones graves a los derechos humanos. Guía para profesionales*, Serie Guía para Profesionales Nº 2, CIJ, Ginebra, 2006, págs. 42-46 ("La noción de "Víctima colectiva").

comunicación sean todas las personas que gozan conjuntamente de ese bien.[19] Cabe señalar que parte de la jurisprudencia más importante sobre derechos económicos, sociales y culturales registrada por sistemas regionales de derechos humanos corresponde a este tipo de situaciones.[20]

De modo que, en casos como los planteados, la cuestión relevante es la de determinar quién estará habilitado o legitimado para presentar una comunicación cuando existan violaciones colectivas o grupales que impidan o dificulten la presentación o la obtención del consentimiento de todos los miembros del grupo afectado. El texto del artículo 2 del PF-PIDESC resuelve estos casos previendo, como cuarta hipótesis, la posibilidad de que alguien presente una comunicación individual a nombre de la presunta víctima o grupo de víctimas sin su consentimiento, con la carga de justificar que actúa en su nombre sin tal consentimiento. Algunas de las razones mencionadas –la situación de riesgo o vulnerabilidad de

19 Ver, por ejemplo, *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, Principio 10 . Entre los bienes colectivos de los que se benefician conjuntos de personas se encuentran la lengua, el patrimonio histórico y cultural, el medio ambiente, la tierra de propiedad colectiva o comunitaria, etcétera. Supongamos que un Estado parte prohíbe el uso de una lengua. Esta medida podría calificarse, *a priori*, como una violación al derecho de participar en la vida cultural (artículo 15.1 del PIDESC). Los afectados serían todos los usuarios de esa lengua, y, a efectos de analizar la violación, sería excesivo requerir a todos esos usuarios la presentación de una comunicación o el consentimiento expreso para presentarla.

20 Ver, por ejemplo, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, dictamen de 13-27 de octubre de 2001, caso *SERAC y CESR v. Nigeria*, Comunicación Nº 155/96 (caso presentado por dos ONG a nombre de los miembros del pueblo Ogoni, en el que la Comisión Africana consideró que hubo violaciones a los derechos a la salud, a la alimentación, a la vivienda y al medio ambiente, entre otros); Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia de 13 de noviembre de 2007, caso *D.H. v. República Checa* (caso presentado por una ONG en representación de algunas víctimas concretas, pero que involucra la situación de otras víctimas no identificadas, en el que la Corte Europea decidió que existió violación al derecho a la educación, en relación con la prohibición de discriminación); Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 29 de marzo de 2006, caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay* (caso originalmente presentado por una ONG a nombre de una comunidad indígena y de sus miembros, en el que la Corte encontró violaciones al derecho a la vida digna, que incluyen la falta de acceso a servicios de salud, educación, agua y saneamiento y a alimentación, y al derecho a la propiedad colectiva de la tierra ancestral de la comunidad).

las víctimas o la imposibilidad de obtener el consentimiento de todos los miembros afectados por el carácter masivo de la violación– pueden constituir justificaciones adecuadas para la presentación de una comunicación sin el consentimiento expreso de la o las presuntas víctimas. En todo caso, la redacción del artículo no predetermina las justificaciones posibles, cuyo examen queda librado al criterio del Comité.

En cuanto a la legitimación de organizaciones no gubernamentales para presentar comunicaciones, el texto del artículo 2 no limita la capacidad para presentar comunicaciones a nombre de la presunta víctima o grupos de víctimas, con o sin su consentimiento, mediando, en este último caso, justificación adecuada. De modo que pueden presentar comunicaciones a nombre de presuntas víctimas o de grupos de víctimas tanto personas físicas como personas jurídicas, incluyendo a las organizaciones no gubernamentales.[21] Este es el sentido del señalamiento de varios Estados participantes del Grupo de Trabajo, al manifestar que no era necesario el establecimiento de un mecanismo de "comunicaciones colectivas", dado que las organizaciones no gubernamentales también pueden presentar comunicaciones que siguen el modelo de otros instrumentos del Sistema Universal de Derechos Humanos. La solución del texto no sólo es razonable, sino que en muchos casos puede ser imprescindible, ya que en situaciones de gran complejidad o de afectaciones masivas es sumamente difícil que el grupo de víctimas pueda actuar coordinadamente. En estos casos, el conocimiento y la especialización de las organizaciones no gubernamentales puede garantizar una mejor presentación y tramitación de la comunicación.

Otra pauta de que los Estados participantes del Grupo de Trabajo reconocieron la variedad de situaciones que pueden implicar violaciones

21 En este sentido, el Comité contra la Discriminación Racial ha considerado admisible una comunicación presentada por organizaciones no gubernamentales en un caso en el que se denunciaban manifestaciones racistas contra una minoría étnica. El Comité consideró que, dadas las actividades de las asociaciones y de los grupos de personas a los que representan, ambas estaban legitimadas para presentar la comunicación, sin requerírseles el consentimiento de todos sus miembros, ni de la totalidad de los miembros de la comunidad étnica agraviada. Ver, por ejemplo, Comité contra la Discriminación Racial, dictamen de 22 de febrero de 2008, caso *Zentralrat Deutscher Sinti und Roma et al. v. Alemania*, Comunicación Nº 038/2007, especialmente párr. 7.2.

de derechos económicos, sociales y culturales, incluyendo aquellas de carácter grupal o colectivo, es el hecho de que se haya propuesto modificar la propuesta original del título del artículo 2, que era el de "Comunicaciones individuales", para titularlo simplemente "Comunicaciones". Este título genérico incluye tanto las violaciones individuales como las grupales o colectivas y refleja mejor las distintas hipótesis de legitimación contenidas en la disposición.

c) Ámbito espacial de la protección

La tercera dimensión prevista en la disposición es aquella referida al ámbito espacial o territorial de la protección que puede brindar el procedimiento de comunicaciones. El artículo 2 a "personas o grupos de personas *que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte* que aleguen ser víctimas de una violación *por ese* Estado Parte" (énfasis agregado). El texto recoge aquí el lenguaje de otros instrumentos similares.[22] Ciertamente hubiese sido más adecuado tomar en consideración la diferente redacción del PIDESC en relación con otros instrumentos de derechos humanos. Por ejemplo, mientras el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* contiene en su artículo 2.1 una referencia expresa a la jurisdicción del Estado Parte,[23] tal mención no aparece en el artículo 2.1 del PIDESC.[24] De

22 Ver, por ejemplo: *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, artículo 1; *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, artículo 14; *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, artículo 22.1; *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, artículo 2; *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, artículo 77.1; *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, artículo 1.1; y *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, artículo 31.1.

23 *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, artículo 2.1: "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar *a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción* los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" (énfasis agregado).

24 PIDESC, artículo 2.1: "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se

hecho, el artículo 2.1 del PIDESC no sólo no hace alusión alguna a la limitación territorial o jurisdiccional de su aplicación, sino que establece obligaciones de asistencia y cooperación internacionales que no están presentes en la cláusula equivalente del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

De modo que no se justificaba incluir una limitación jurisdiccional en el texto del Protocolo Facultativo, cuando el propio PIDESC no hace ninguna mención a ella. No obstante, esta disposición no es un obstáculo para la aplicación extraterritorial de la protección internacional brindada por el procedimiento de comunicaciones, toda vez que la jurisprudencia internacional ha reconocido reiteradamente el alcance extraterritorial de los tratados de derechos humanos. La Corte Internacional de Justicia ha considerado que el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* y la *Convención sobre los Derechos del Niño* son de aplicación extraterritorial cuando un Estado actúa en ejercicio de su jurisdicción fuera de su propio territorio.[25] El Comité de Derechos Humanos ha reconocido la aplicación extraterritorial del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* en casos de actos que han tenido lugar fuera del territorio nacional, tanto en observaciones generales[26] y observaciones sobre países[27] como en dictá-

compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".

25 Corte Internacional de Justicia, *Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado,* de 9 de julio de 2004, párrafos 111, 112 y 113.

26 Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 31, La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, párr. 10, en documento de las Naciones Unidas CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, de 26 de mayo de 2004.

27 Ver, por ejemplo, las Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre: Estados Unidos de América (CCPR/C/79/Add.50, A/50/40, de 3 noviembre de 1995, párrafos 266-304, y CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, de 18 de diciembre de 2006, párrafo 10) e Israel (CCPR/CO/78/ISR, de 21 de agosto de 2003, párrafo 11, y CCPR/C/79/Add.93, de 18 de agosto de 1998, párrafo 10). La aplicación extraterritorial del Pacto

menes en casos individuales adoptados en el marco del procedimiento de comunicaciones.[28] El Comité contra la Tortura[29] y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han reiterado igualmente el alcance extraterritorial de sus respectivos tratados.[30] En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Europea de Derechos Humanos.[31]

Correspondencias y referencias

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2.1; *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, artículo 1; *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, artículo 2.1; *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, artículo 14; *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, artículo 22.1; *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, artículo 2; *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, artículo 77.1; *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, artículo 1.1; *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, artículo 31.1; *Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que Prevé un Sistema de Reclamaciones Colectivas,* artículos 1 y 2; *Constitución de la Organización Internacional del Trabajo*, artículo 24; *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*, artículo 56.1; *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, artículo 44; *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, Principios 1 y 10; *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones,* Principio 8; Reglamento del Comité de Derechos Humanos, artículo 90; Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 31, La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto.*

debe también extenderse a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado cuando las tropas de dicho Estado operan en el extranjero, particularmente dentro del contexto de misiones de mantenimiento o de restablecimiento de la paz, misiones militares de la OTAN o de ocupación beligerante (véanse, entre otros, *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos* sobre: Polonia, CCPR/CO/82/POL, de 2 de diciembre de 2004, párrafo 3; Bélgica, CCPR/CO/81/BEL, de 12 de agosto de 2004, párrafo 6; Alemania, CCPR/CO/80/DE, de 4 de mayo de 2004, párrafo 11; e Irak, CCPR A/46/40, 1991, párrafo 652, y CCPR/C/SR.1080-1082).

28 Dictamen de 29 de julio de 1981, caso *López Burgos c. Uruguay*, Comunicación No. 52/1979; Dictamen de 29 de julio de 1981, caso *Lilian Celiberti de Casariego c. Uruguay,* Comunicación No. 56/79; Dictamen de 31 de marzo de 1983, caso *Mabel Pereira Montero c. Uruguay*, Comunicación No. 106/81.

29 Comité contra la Tortura, *Conclusiones y Recomendaciones: Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte – Territorios Dependientes*, CAT/C/CR/33/3, de 10 de diciembre de 2004, párrafo 4(b) y *Observación General N° 2: Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes*, en UN Doc. CAT/C/GC/2 de 24 de enero de 2008.

30 Véanse las *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Israel*, E/C.12/1/Add.90, de 26 de junio de 2003, párrafo 15, y E/C.12/1/Add.27, párrafo 11.

31 Véase de la Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia de 23 de marzo de 1995, caso de *Loizidou c. Turquía (Objeciones Preliminares)*, párrafo 60.

4. Comentario del artículo 3, "Admisibilidad"

1. El Comité no examinará una comunicación a menos que se haya cerciorado de que se han agotado todos los recursos disponibles en la jurisdicción interna. No se aplicará esta norma cuando la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente.
2. El Comité declarará inadmisible toda comunicación que:
   a) No se haya presentado en el plazo de un año tras el agotamiento de los recursos internos, salvo en los casos en que el autor pueda demostrar que no fue posible presentarla dentro de ese plazo;
   b) Se refiera a hechos que hayan sucedido 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;

c) Se refiera a una cuestión que ya haya sido examinada por el Comité o haya sido o esté siendo examinada con arreglo a otro procedimiento de examen o arreglo internacional;

d) Sea incompatible con las disposiciones del Pacto;

e) Sea manifiestamente infundada, no esté suficientemente fundamentada o se base exclusivamente en informes difundidos por los medios de comunicación;

f) Constituya un abuso del derecho a presentar una comunicación, o

g) Sea anónima o no se haya presentado por escrito.

El PF-PIDESC no innova sustancialmente con respecto a los requisitos de admisibilidad establecidos en otros procedimientos de comunicación del sistema universal y de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos. Sin embargo, el inciso a) del párrafo 2 del artículo 3, así como el artículo 4 incorporan elementos procesales que hasta ahora no habían sido integrados en los demás procedimientos de comunicaciones establecidos por tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas.

Para que una comunicación sea considerada admisible se requieren el agotamiento de los recursos internos –con las excepciones que analizaremos en seguida–, la presentación de la comunicación en un plazo de un año desde el agotamiento de los recursos internos y la inexistencia de litispendencia de la misma cuestión ante el mismo Comité o ante otro procedimiento de examen o arreglo internacional.

Son inadmisibles también las comunicaciones fundadas sobre hechos anteriores a la entrada en vigor del Protocolo para el Estado denunciado, las comunicaciones anónimas, no presentadas por escrito o que no reúnan mínimos requisitos materiales (incompatibilidad con las disposiciones del PIDESC, carácter infundado o insuficientemente fundado).

a) El agotamiento de los recursos internos

Con respecto al agotamiento de los recursos internos, se trata de un requisito exigido por todos los procedimientos de comunicación de los tratados de derechos humanos del Sistema Universal, dado el carácter subsidiario de la protección internacional. Como excepción a ese principio de agotamiento se previó expresamente la hipótesis de prolongación injustificada de la tramitación de esos recursos internos, ya establecida expresamente a partir del *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*,[32] la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*[33] y la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*[34] y prevista de manera similar en instrumentos regionales.[35] La redacción del PF-PIDESC sigue de cerca, en este punto, el texto del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*[36] y del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*.[37]

Sin embargo, durante la discusión del proyecto de Protocolo Facultativo en el seno del Grupo de Trabajo se eliminó otra de las excepciones incluidas en algunos de los instrumentos ya referidos, consistente en la improbabilidad de que los recursos sean efectivos. La eliminación

32 Ver el artículo 5.2 b) del Protocolo, que se refiere a la prolongación injustificada de la tramitación de recursos.

33 Ver el artículo 22.5 b) de la Convención que prescribe que "no se aplicará esta regla cuando la tramitación de los mencionados recursos se prolongue injustificadamente o *no sea probable que mejore realmente la situación de la persona que sea víctima de la violación de la presente Convención*" (énfasis agregado).

34 Ver el artículo 31.2 d) de la Convención que prescribe que "Los recursos internos efectivos disponibles no han sido agotados. Esta regla no se aplica si los procedimientos de recurso exceden plazos razonables".

35 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, artículo 46.2; *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*, artículo 56.5.

36 El artículo 4.1 del Protocolo prescribe que: "El Comité no examinará una comunicación a menos que se haya cerciorado de que se han agotado todos los recursos de la jurisdicción interna, *salvo que la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente* o no sea probable que brinde por resultado un remedio efectivo" (énfasis agregado).

37 El artículo 2.d) del Protocolo prescribe que: "No se hayan agotado todos los recursos internos disponibles, *salvo que la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente* o sea improbable que con ellos se logre un remedio efectivo" (énfasis agregado).

es criticable: no había razón para innovar aquí, cuando los estándares interpretativos de otros órganos de tratados del Sistema Universal de Derechos Humanos y de los órganos judiciales de sistemas regionales sobre el mismo requisito están suficientemente establecidos. Sin embargo, la eliminación del requisito no puede significar la imposición de una obligación absurda para la o las presuntas víctimas: la necesidad de agotar los recursos internos, a pesar de que estos no sean efectivos. Es irrazonable, y contrario a la propia efectividad del mecanismo de comunicaciones, exigir el agotamiento de recursos que se sabe son inefectivos: la eliminación textual de la excepción no impide, por ende, interpretar de todos modos que los recursos que deben agotarse son los recursos efectivos, y no cualquier recurso existente. Para determinar esto, es relevante la utilización de los estándares elaborados por otros comités y por tribunales regionales de derechos humanos al respecto: son inefectivos aquellos recursos que no son susceptibles de ofrecer un remedio adecuado a la situación de violación que se denuncia.[38] El Comité de Derechos Humanos ha llegado a la misma conclusión, aunque el artículo 5.2 a) del *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* no mencione expresamente la efectividad del recurso: sólo deben agotarse los recursos disponibles que sean efectivos, es decir, aquellos que tengan una posibilidad razonable de prosperar, así como de amparar idóneamente el derecho conculcado o remediar el daño causado con la violación.[39]

Cabe agregar que durante las discusiones del Grupo de Trabajo, algunos Estados sugirieron la necesidad de agotamiento de los recursos regionales, propuesta altamente inconveniente que finalmente no tuvo eco en el texto presentado por la Presidenta-Relatora.

Correspondencias y referencias

Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 4.1; *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad,* artículo 2.d); *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, artículo 5.2 a) y b); *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, artículo 22.5 b); *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, artículo 77.3; *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, artículo 31.2; *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*, artículo 56.5; *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, artículo 46.2.

38 Ver, por ejemplo, entre otros, Comité contra la Tortura, dictamen de 9 de noviembre de 1999, *Josu Arkauz Arana v. Francia*, Comunicación Nº 063/1997, párr. 6.1; dictamen de 16 de mayo de 2000, *T.P.S. v. Canadá*, Comunicación Nº 099/1997, párr. 10.1; dictamen de 23 de noviembre de 2004, *Enrique Falcon Ríos v. Canadá*, Comunicación Nº 133/1999, párrs. 7.3-7.5; dictamen de 3 de mayo de 2005, *Jovica Dimitrov v. Serbia y Montenegro*, Comunicación Nº 171/2000, párr. 6.1. Ver también Comité contra la Discriminación Racial: dictamen de 8 de agosto de 2000, *Anna Koptova v. República Eslovaca*, Comunicación Nº 13/1998, párr. 6.4; dictamen de 9 de agosto de 2001, *Miroslav Lacko v. República Eslovaca*, Comunicación Nº 11/1998, párr. 6.2; dictamen de 22 de febrero de 2008, *Zentralrat Deutscher Sinti und Roma et al. v. Alemania*, Comunicación Nº 038/2007, párr. 7.3. Ver también Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-9/87, "Garantías judiciales en estados de emergencia"*, 9 de octubre de 1987, párr. 24 (para que exista un recurso efectivo, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla; no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios). También Corte Europea de Derechos Humanos: sentencia de 9 de octubre de 1979, caso *Airey v. Irlanda*, párr. 24 (el derecho a acceder a un tribunal debe ser práctico y efectivo, no teórico o ilusorio); sentencia de 25 de marzo de 1983, caso *Silver y otros v. Reino Unido*, párr. 113 (cuando una persona alega ser víctima de una violación de los derechos establecidos en el Convenio Europeo, debe tener un recurso ante una autoridad nacional para que su reclamo sea decidido y, cuando corresponde, para obtener reparación).

39 Ver, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, dictamen de 25 de marzo de 2002, *Luis Asdrúbal Jiménez Vaca v. Colombia*, Comunicación Nº 859/1999, párr. 6.3; decisión sobre admisibilidad, 14 de octubre de 1993, *Lansman y otros v. Finlandia*, Comunicación Nº 511/1992, párr. 6.3; dictamen de 28 de octubre de 2002, *C. v. Australia*, Comunicación Nº 900/1999, párr. 7.3; dictamen de 22 de julio de 2005, *Bernardino Gomariz Valera v. España*, Comunicación Nº 1095/2002, párr. 6.4; dictamen del 31 de octubre de 2007, *Zdenek Ondracka y otros v. República Checa*, Comunicación Nº 1533/2006, Comunicación 1533/2006, párr. 6.3.

b) Plazo para presentar la comunicación

El PF-PIDESC agrega un requisito no contenido en otros tratados del Sistema Universal:[40] la presentación de la comunicación dentro de un plazo de un año desde el agotamiento de los recursos internos, salvo demostración por parte del autor de la imposibilidad de presentarla en ese plazo. El requisito está previsto, sin embargo, en los sistemas regionales de derechos humanos.[41] Aunque el agregado de requisitos suplementarios de admisibilidad que hagan más gravosas las condiciones de presentación de una comunicación individual debe ser siempre visto desfavorablemente, el interés que justifica esta inclusión –garantizar la actualidad de la situación que se pretende examinar, y la seriedad de la presentación– es aceptable, y el plazo no parece desmedido.

El plazo previsto originalmente en el proyecto de PF-PIDESC de la Presidenta-Relatora era de seis meses. Diversas delegaciones estatales y la Coalición de ONG consideraron inconveniente ese plazo, por juzgarlo demasiado breve. Se discutieron varias alternativas –entre ellas, la de hacer mención simplemente a un "plazo razonable"– y finalmente se prefirió extender el plazo a un año.

Correspondencias y referencias

Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, artículo 56.6; *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, artículo 46.1.b; *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, artículo 35.1; *Reglamento del Comité contra la Discriminación Racial*, artículo 91,f).

40 No obstante, este requisito está previsto en el artículo 91,f) del Reglamento del Comité contra la Discriminación Racial.

41 ***Convención Americana sobre Derechos Humanos***, artículo 46.1.b (que establece un plazo de seis meses); ***Convenio Europeo de Derechos Humanos***, artículo 35.1 (que también dispone un plazo de seis meses); ***Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos***, artículo 56.6 (que habla de un plazo razonable desde el agotamiento de los recursos internos).

c) Competencia temporal para examinar comunicaciones

La competencia temporal del Comité queda limitada a los hechos posteriores a la entrada en vigor del Protocolo para el Estado parte en cuestión. Esta disposición del PF-PIDESC, inciso b del párrafo 2 del artículo 4, refleja el estándar procesal comúnmente establecido, ya normativamente, ya por vía jurisprudencial, en los demás procedimientos de comunicaciones individuales de los tratados de derechos humanos del Sistema Universal. No obstante, esta limitación ha suscitado controversia en casos de violaciones de derechos humanos de tracto sucesivo o de carácter continuado, como la desaparición forzada. Así, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos en casos de desaparición forzada iniciados antes de entrada en vigor del *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, pero que han persistido después de su entrada en vigor para el Estado parte, ha optado por no admitir las demandas por falta de competencia *rationae temporis*.[42]

Sin embargo, el inciso b del párrafo 2 del artículo 4 del PF-PIDESC habilita al Comité en aquellos casos en los que "esos hechos hayan continuado después de esa fecha". Con lo cual, el Comité podrá examinar casos de violaciones de derechos económicos, sociales o culturales que, aunque iniciados antes de la entrada en vigor del PF-PIDESC para el Estado parte, han persistido luego de ello. El texto es similar al del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (artículo 4.2,e) y al del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* (art. 2.f), en los que la formulación de la excepción es la siguiente: "salvo que esos hechos continúen produciéndose después de esa fecha".

Correspondencias y referencias

Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 4.2,e); *Protocolo Fa-*

42 Ver, por ejemplo, la Decisión de inadmisibilidad de 2 de noviembre de 2005, ***Norma Yurich c. Chile***, Comunicación N° 1078/2002.

cultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, artículo 2.f).

d) Inexistencia de litispendencia

Tampoco es novedoso el requisito de la inexistencia de litispendencia.[43] Es importante recalcar aquí que por "otro procedimiento de examen o arreglo internacional" debe entenderse aquellos procedimientos de carácter cuasi-judicial o judicial de similar naturaleza o alcance, esto es que tengan como objeto dictaminar sobre la responsabilidad internacional de un Estado por violación de un derecho protegido por un tratado o por incumplimiento de una obligación convencional. Así, y como ha sido ampliamente confirmado por la práctica de los órganos de supervisión de tratados de las Naciones Unidas, el requisito de inexistencia de litispendencia no es de aplicación cuando el caso es simultáneamente presentado a un procedimiento de comunicaciones individuales previsto por un tratado de derechos humanos y ante un procedimiento especial del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Ello es una práctica ampliamente difundida, y encuentra su fundamento jurídico en la naturaleza distinta de los procedimientos de comunicaciones individuales de los tratados de derechos humanos y la de procedimientos especiales de órganos extra-convencionales, como el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Correspondencias y referencias

Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 5.2 a); *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, artículo 22.5 a); *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, artículo 4.2 a); *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, artículo 2 c); *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, artículo 77.3 a); *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, artículo 31.2 c).

43 En igual sentido disponen los artículos 5.2 a) del *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*; 22.5 a) de la Convención contra la Tortura *y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes;* 4.2 a) del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer;* 2 c) del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad;* 31.2 c) de la Convención *Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* y 77.3 a) de la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*.

e) Otros requisitos de admisibilidad

Los demás incisos del párrafo 2 establecen requisitos formales (como el carácter escrito de la comunicación y la prohibición de comunicaciones anónimas) y otras condiciones que permitirán al Comité descartar comunicaciones irrazonables o insuficientemente fundadas. Todas estas formulaciones ya estaban previstas en instrumentos anteriores y no constituyen mayores innovaciones con respecto a los mecanismos de comunicación existentes.[44]

44 Así, el rechazo de las comunicaciones incompatibles con las disposiciones del respectivo tratado está previsto en los artículos 3 del *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;* 22.2 de la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes;* 4.2 b) del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer;* el artículo 2 b) del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad,* y el artículo 31.2 b) de la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*. La inadmisibilidad de las comunicaciones manifiestamente infundadas o no suficientemente fundamentadas aparece en los artículos 4.2 c) del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, y 2 e) del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. La inadmisibilidad de las comunicaciones que constituyan un abuso del derecho a presentar una comunicación figura en los artículos 3 del *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;* 22.2 de la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes;* 4.2 d) del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer;* 2 b) del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* y el artículo 30.2 b) de la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*. A su turno, los artículos 2 (comunicación escrita) y 3 (inadmisibilidad de comunicaciones anónimas) del

La única innovación la constituye el inciso e), que incorpora entre la figura de inadmisibilidad aquellas comunicaciones basadas "exclusivamente en informes difundidos por los medios de comunicación". En realidad, tal agregado no era necesario, ya que las presentaciones que no acompañen otra prueba que informes difundidos por medios de comunicación pueden encuadrar en las hipótesis de comunicación "manifiestamente infundada" o "no suficientemente fundamentada", previstas en el mismo inciso. En todo caso, parece difícil que una comunicación presentada por presuntas víctimas o grupos de víctimas de violación de un derecho funden exclusivamente su agravio en informes difundidos en los medios de comunicación, cuando por definición han sufrido ellos mismos la alegada violación. Parece, entonces, que este agregado está dirigido a exigir un mínimo de fundamento a aquellas comunicaciones presentadas a nombre de víctimas o grupos de víctimas, sin que medie su consentimiento. Aunque un agregado tan específico sea innecesario, cabe subrayar que la exigencia de una sustanciación adecuada de la violación alegada constituye –claro está– un mínimo requisito de seriedad de una presentación efectuada ante un mecanismo internacional, en especial cuando proviene de quien hace la presentación en nombre de las supuestas víctimas.

Correspondencias y referencias

Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 2 y 3; *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, artículo 22.2; *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, artículos 3, 4.2 b), c) y d); *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, artículo 2 a), b) y e); *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, artículo 31.2.

Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 22.2 de la ***Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*** (inadmisibilidad de las comunicaciones anónimas); 3 del ***Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer***, y 2 a) del ***Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*** disponen la inadmisibilidad de las comunicaciones anónimas y el requisito de presentación de las comunicaciones por escrito.

5. Comentario del artículo 4, "Comunicaciones que no revelen una clara desventaja"

De ser necesario, el Comité podrá negarse a considerar una comunicación que no revele que el autor ha estado en situación de clara desventaja, salvo que el Comité entienda que la comunicación plantea una cuestión grave de importancia general.

Esta cláusula constituye una novedad en los procedimientos de comunicaciones establecidos en tratados de derechos humanos del Sistema Universal. Su texto fue propuesto por algunos Estados que tomaron como base para su redacción el artículo 12 del *Protocolo Nº 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos*,[45] que formula modificaciones al Convenio Europeo para intentar paliar la excesiva carga de trabajo sufrida por la Corte Europea de Derechos Humanos. Concretamente, el artículo 12 del Protocolo Nº 14 modifica el párrafo 3 del artículo 35 del Convenio Europeo, estableciendo, en su parte pertinente, que la Corte Europea de Derechos Humanos declarará inadmisible toda petición si considera que "el peticionante no ha sufrido una desventaja significativa, salvo cuando el respeto de los derechos humanos garantizados en el Convenio y en sus respectivos protocolos requiera un examen sobre el fondo y siempre que no se rechace, por este motivo, un caso que no haya sido debidamente considerado por un tribunal interno".[46]

45 El Protocolo N° 14 aún no ha entrado en vigor.

46 Original en inglés, traducción libre. El texto inglés del artículo 12 del ***Protocolo Nº 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos*** habla de "desventaja significativa" (***significant disadvantage***), mientras el francés habla de "perjuicio importante" (***préjudice important***). Como el idioma de negociación del Grupo de Trabajo sobre el Protocolo Facultativo del PIDESC fue el inglés, la redacción propuesta para el artículo 4 tomó como

La justificación para esta inclusión por parte de los Estados que la propusieron fue la de ofrecer al Comité cierto margen de discrecionalidad para declarar inadmisibles casos en los que la afectación alegada a los derechos del PIDESC fuera poco significativa. Aunque en el marco de la discusión del Grupo de Trabajo los Estados proponentes de tal criterio evitaron referirse a la "importancia" de la afectación, parece evidente que, en la redacción adoptada, se establece un umbral por debajo del cual las comunicaciones por presuntas violaciones podrán ser declaradas inadmisibles.

De todos modos, cabe señalar que la declaración de inadmisibilidad es *facultativa* y no obligatoria en estos casos, es decir, queda librada a la discrecionalidad del Comité. La disposición incluye además un motivo posible para justificar la admisión del caso por el Comité: que la comunicación plantee una cuestión grave de importancia general, aun cuando el autor de la comunicación no haya sufrido una "clara desventaja".

La propuesta de agregado de esta disposición provino de aquellos Estados que manifestaron menor entusiasmo sobre la conveniencia de un mecanismo de comunicaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales, y fue aceptada como parte de los esfuerzos por consolidar un texto de consenso, en especial como contrapartida por la aceptación del enfoque integral en materia de competencia material del Comité.

En términos comparativos respecto de otros instrumentos del Sistema Universal de Derechos Humanos que establecen procedimientos de comunicación, el agregado de este nuevo motivo de inadmisibilidad era innecesario. Las ya previstas hipótesis de comunicación "manifiestamente infundada", "no suficientemente fundamentada" o la de "abuso del derecho a presentar una comunicación" son suficientemente flexibles para permitir al Comité declarar inadmisibles presentaciones en las que, desde un comienzo, se haga evidente la poca valía de la alegada violación.

La fórmula elegida no es particularmente feliz, ya que la noción de "desventaja", que proviene del contexto de los estándares sobre discriminación, implica una comparación entre quien alega la violación y la situación de otras personas.[47] Una lectura literal de esa fórmula podría dar a entender que toda alegación requiere un juicio comparativo, cuando en realidad ese tipo de juicio sólo es relevante en aquellos casos en los que se plantee una violación al principio de igual protección o a la prohibición de discriminación, pero no en otros. Así, una alegación de violación a las obligaciones sustantivas derivadas del derecho a la educación o a la del derecho a la salud no depende de una comparación con la situación de otros titulares del derecho, sino que basta con la demostración de un perjuicio para la propia víctima. Sin embargo, dado el contexto en el que se sitúa la disposición, queda claro que no ha tenido la intención de alterar los estándares sustantivos que definen las obligaciones del Estado ni la competencia material del Comité para considerar comunicaciones, de modo que la noción de "desventaja" debe entenderse en el sentido de "perjuicio".

También es llamativo que se haya alegado la necesidad de incorporar una nueva hipótesis de inadmisibilidad en relación con un instrumento que permite la consideración de violaciones a derechos económicos, sociales y culturales, cuando la fuente de esa hipótesis es una modificación al *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, que es un instrumento que consagra fundamentalmente derechos civiles y políticos. De hecho, este dato contradice la posición de algunos de los países que propusieron esta incorporación, de acuerdo con los cuales el litigio en materia de derechos económicos, sociales y culturales es fundamentalmente distinto al litigio en materia de derechos civiles y políticos. La justificación de la incorporación de ese nuevo motivo de inadmisibilidad en el Sistema Europeo de Derechos Humanos –la necesidad de establecer soluciones para evitar la sobrecarga de trabajo de la Corte Europea de Derechos Humanos– era poco relevante en este caso, en el que el mecanismo de comunicaciones ni siquiera ha iniciado su funcionamiento, de modo que presumir que el Comité se verá sobrecargado de comunicaciones no es más que una especulación.

fuente la versión inglesa del artículo 12 del Protocolo Nº 14 del Convenio Europeo.

47 **La crítica es igualmente aplicable a la versión inglesa del artículo 12 del *Protocolo Nº 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos,* aunque no a la versión francesa, dado que la noción de perjuicio no depende de su comparación con el perjuicio sufrido por otros.**

En todo caso, es importante señalar que esta disposición no puede ser entendida como la imposición de una nueva carga al autor de la comunicación: al autor ya le cabe la carga de describir la alegada violación y de aportar prueba sobre su comisión. Le corresponderá al Comité evaluar si la alegada violación importa una "clara desventaja". De todos modos, su inclusión en el texto del PF-PIDESC abre la posibilidad de que el Estado contra el que se dirige la comunicación argumente sobre esta base, y ello implica, a su vez, el otorgamiento al autor de la comunicación de la posibilidad de contestar los argumentos del Estado al respecto, o de alegar que el caso "plantea una cuestión grave de importancia general".

Correspondencias y referencias

Protocolo Nº 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo 12.

6. Comentario del artículo 5, "Medidas provisionales"

> 1. Tras haber recibido una comunicación y antes de pronunciarse sobre su fondo, en cualquier momento el Comité podrá dirigir al Estado Parte interesado, a los fines de su examen urgente, una solicitud para que adopte las medidas provisionales que sean necesarias en circunstancias excepcionales a fin de evitar posibles daños irreparables a la víctima o las víctimas de la supuesta violación.
> 2. El hecho de que el Comité ejerza las facultades discrecionales que le confiere el párrafo 1 del presente artículo no implica juicio alguno sobre la admisibilidad ni sobre el fondo de la comunicación.

La posibilidad de adoptar medidas provisionales constituye una garantía fundamental para que los derechos establecidos en el PIDESC no resulten vulnerados de manera irreparable mientras se tramita la comunicación y el Comité DESC adopta su dictamen. La intervención oportuna y

preventiva es, claro está, preferible a la intervención *a posteriori*, una vez que el daño que era evitable ya se ha producido. Al respecto, la práctica del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en materia de amenazas contra los derechos económicos, sociales y culturales constituye una experiencia relevante, que merece ser tomada en consideración para subrayar la importancia de las medidas provisionales. En el marco del contencioso internacional, estas medidas tienen por objeto y fin preservar los derechos de las partes, garantizar la integridad y efectividad de la decisión de fondo y evitar que el procedimiento carezca de efectividad.[48] Como lo ha destacado el ex magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Dr. Asdrúbal Aguiar, al referirse a las medidas cautelares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: "las medidas cautelares [...] son la expresión concreta de un principio de derecho procesal que ordena garantizar el equilibrio de las partes en todo litigio y permite que la jurisdicción realice, en la práctica, las consecuencias de la responsabilidad sujeta al contradictorio".[49]

La institución jurídica de las medidas provisionales es ampliamente conocida en los procedimientos de comunicación de tratados del Sistema Universal, así como de los sistemas regionales.[50] No obstante, tradicional-

48 Ver Héctor Fix-Zamudio, "Prólogo del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Serie E: Medidas Provisionales N°1 Compendio: 1987-1996*, Organización de los Estados Americanos - Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1996, pág. iii, y Antônio Augusto Cançado Trindade, "Prólogo del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Serie E: Medidas Provisionales N° 2 - Compendio: Julio 1996-2000,* Organización de los Estados Americanos - Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2000, pág. ix, párrafo 7.

49 Asdrúbal Aguiar, "Apuntes sobre las medidas cautelares en la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Rafael Nieto Navia Editor, San José, Costa Rica, 1994, pág. 19.

50 Así, están previstas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos para la Corte Interamericana en el artículo 63 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y para la Comisión Interamericana en su reglamento. En el sistema africano, las medidas provisionales están previstas en la Regla 111 de las *Reglas de Procedimiento de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*. En el sistema europeo, están previstas en el artículo 39 del Reglamento de la Corte Europea de Derechos Humanos.

mente en el Sistema Universal, las medidas provisionales están previstas en los reglamentos de los órganos de supervisión de tratados.[51] El hecho de que las medidas provisionales tuvieran su fuente normativa en reglamentos internos de los órganos de supervisión y no en una norma convencional fue frecuentemente utilizado como argumento por algunos Estados para no acatarlas. El Comité de Derechos Humanos[52] y el Comité contra la Tortura[53] se han enfrentado en varias oportunidades a este tipo de situaciones. Así, en 1994, el Comité de Derechos Humanos examinó el primer caso en el cual un Estado se negó a acatar medidas provisionales, requiriendo la suspensión de la ejecución de la pena capital. El Comité adoptó una decisión formal sobre esta situación, expresando su indignación ante el hecho de que el Estado parte no hubiera atendido la solicitud que le había sido dirigida en virtud del artículo 86 del reglamento e instando al Estado a tomar las medidas necesarias para que tal tipo de situación no se reprodujera en el futuro. En su decisión, el Comité recordó que el "Estado Parte, al ratificar el Protocolo Facultativo, se comprometió a cooperar con el Comité en el marco del procedimiento [previsto por el Protocolo]"

51 Así, están previstas por los respectivos reglamentos de los comités relativos a los procedimientos de comunicación en el caso del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (artículo 86 del Reglamento del Comité de Derechos Humanos), de la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (artículo 94.3 del Reglamento del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial), y de la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* (artículo 108 del Reglamento del Comité contra la Tortura).

52 Ver, entre otros: decisión de 26 de julio de 1994, caso *Glen Ashby c. Trinidad y Tobago*, Comunicación N° 580/1994; decisión de 4 de noviembre de 1998, *Gilbert Samuth Kandu-Bo y otros c. Sierra Leone*, Comunicaciones Nos. 839, 840 y 841/1998; decisión de 4 de abril de 1995, *Lincoln Guerra et Brian Wallen c. Trinidad y Tobago,* Comunicación N° 575 y 576/1994; decisión de 7 de enero de 1994, *Charles Chitat Ng c. Canadá*, Comunicación N° 469/1991; decisión de 19 de julio de 1994, *Peter Bradshaw c. Barbados,* Comunicación N° 489/92; decisión de 19 de julio de 1994, Comunicación N° 504/992, *Denzil Roberts c. Barbados*; y decisión de 19 de octubre de 2000, *M. Dante Piandiong, M. Jesus Morallos et M. Archie Bulan c. Filipinas* Comunicación No. 869/1999.

53 Ver, entre otros: decisión de 10 de noviembre de 1998, *Rosana Núñez Chipana c. Venezuela,* Comunicación N° 110/1998 y decisión de 16 de mayo 2000, *T.P.S. c. Canadá,* Comunicación N° 99/1997.

e hizo "hincapié en que el Estado Parte no ha cumplido sus obligaciones dimanantes del Protocolo Facultativo y del Pacto".[54] En otro caso, el Comité de Derechos Humanos precisó el alcance jurídicamente vinculante de las medidas provisionales en los siguientes términos:

> al adherirse al Protocolo Facultativo, un Estado Parte en el Pacto reconoce la competencia del Comité de Derechos Humanos para recibir y considerar comunicaciones de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto (preámbulo y artículo 1). La adhesión del Estado lleva implícito el compromiso de cooperar de buena fe con el Comité para permitirle y propiciar el examen de esas comunicaciones y, después del examen, para que presente sus observaciones al Estado Parte interesado y al individuo (párrafos 1 y 4 del artículo 5). Es incompatible con estas obligaciones el que un Estado Parte adopte medidas que impidan o frustren la consideración y el examen de la comunicación en el Comité o la expresión de sus observaciones.[55]

Estas situaciones han llevado a que, en la redacción de nuevos instrumentos que establezcan procedimientos de comunicación, se incorporen las medidas provisionales en el texto del tratado. Ello permite reafirmar el carácter y la naturaleza jurídica de las medidas provisionales y despejar toda controversia respecto de su observancia. Así, cabe destacar que el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer,*[56] *el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*[57] y la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*[58] incorporan las medidas provisionales en su dispositivo convencional.

54 Decisión de 26 de julio de 1994, caso *Glen Ashby c. Trinidad y Tobago*, Comunicación N° 580/1994, en Documento de las Naciones Unidas *Suplemento N° 40 (A/49/40)*, Nueva York, 1994, párrafo 441.

55 Dictamen de 4 de noviembre de 1998, Comunicaciones Nos. 839, 840 y 841/1998, *Gilbert Samuth Kandu-Bo y otros c. Sierra Leone*.

56 Artículo 5.1.

57 Artículo 4.1.

58 Artículo 31.4 .

Siguiendo esta tendencia a aumentar el umbral de protección, el PF-PIDESC incorporó en su dispositivo las medidas provisionales. El texto del artículo 5 del PF-PIDESC se inspira en la redacción del artículo 5 del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. El dispositivo procesal de las medidas provisionales del PF-PIDESC considera los siguientes elementos:

- habilita al Comité a requerir al Estado medidas provisionales *después de haber recibido una comunicación* y *antes de emitir su dictamen sobre el fondo*. Fue descartada, así, la sugerencia, proveniente de la Coalición de ONG, de habilitar al Comité a requerir medidas cautelares aun antes de recibir una comunicación, a tenor de la experiencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos;
- la solicitud de medidas provisionales dirigida por el Comité al Estado parte requiere su *examen urgente;*[59]
- la solicitud de medidas cautelares procede cuando estas sean *necesarias en circunstancias excepcionales para evitar posibles daños irreparables a las víctimas de la violación denunciada.*

Aunque el resto del texto sigue casi literalmente lo dispuesto por los artículos 5.1 del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, 4.1 del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* y 31.4 de la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, aquí se ha agregado la expresión "*en circunstancias excepcionales*". El agregado, sin embargo, no parece haber variado mayormente el sentido de la disposición: el objeto de las medidas provisionales es el de evitar un daño irreparable. Puede entenderse que, dada la exigencia de agotar los recursos internos para que sea posible presentar una comunicación ante el Comité, los

59 Ver, en el mismo sentido, artículo 5.1 del ***Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer***, artículo 4.1 del ***Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*** y artículo 31.4 de la ***Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.***

casos en los que sea necesario requerir medidas provisionales para evitar un daño irreparable sean la excepción y no la regla, y tal vez ese sea el sentido de haber agregado la expresión "en circunstancias excepcionales". De todos modos, cabe señalar también que, sin que medie tal expresión en sus respectivos textos convencionales, la práctica de otros comités del Sistema Universal de Derechos Humanos –como el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura– en materia de medidas provisionales ha sido particularmente cauta: el requerimiento de medidas provisionales se ha limitado prácticamente a la suspensión de aplicación de la pena de muerte, y a la suspensión de deportaciones o extradiciones, en aquellos casos en los que dio por acreditado el temor fundado de que la presunta víctima fuera sometida a tortura en el país de destino. De manera que, de guiarse por la jurisprudencia de sus pares del Sistema Universal, es probable que el Comité DESC mantenga una cautela similar, con lo que el alcance del agregado de la fórmula "en circunstancias excepcionales" será poco significativo.

La redacción agrega, además –como lo hacen otros instrumentos relevantes–, que, en aquellos casos en los que se solicitan medidas provisionales durante la tramitación de una comunicación, la adopción de dichas medidas no implica juicio alguno sobre la admisibilidad o sobre el fondo de la comunicación.[60] Esto se debe, justamente, a la naturaleza cautelar de las medidas, que no sustituye el examen de fondo, y que, por ello, importa un estándar distinto, más estricto, para su procedencia.

Correspondencias y referencias

Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 5; *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad,* artículo 4; *Convención Internacional para la protección de todas las*

60 En el mismo sentido, artículo 5.2 del ***Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer***, artículo 4.2 del ***Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*** y artículo 31.4 de la ***Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas***.

personas contra las desapariciones forzadas, artículo 31.4; *Reglamento del Comité de Derechos Humanos*, artículo 86; *Reglamento del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*, artículo 94.3; *Reglamento del Comité contra la Tortura*, artículo 108.

7. Comentario del artículo 6, "Transmisión de la comunicación"

> **1. A menos que el Comité considere que una comunicación es inadmisible sin remisión al Estado Parte interesado, el Comité pondrá en conocimiento del Estado Parte, de forma confidencial, toda comunicación que reciba con arreglo al presente Protocolo.**
>
> **2. En un plazo de seis meses, el Estado Parte receptor presentará al Comité por escrito explicaciones o declaraciones en que se aclare la cuestión y se indiquen las medidas correctivas que haya adoptado el Estado Parte.**

El artículo 6 regula la transmisión de la comunicación. La cuestión no generó mayor controversia ni discusión durante las sesiones del Grupo de Trabajo. Sobre el punto, el PF-PIDESC sigue el modelo del artículo 6 del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, que ha optado por incluir estas reglas de trámite en el Protocolo, a diferencia del *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, que ha diferido la cuestión a las Reglas de Procedimiento del Comité.

En este caso, al igual que en el del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, después de efectuada la transmisión de la comunicación al Estado, el plazo fijado para la respuesta estatal es de seis meses. La única diferencia importante con el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* es

que este instrumento prevé, en la cláusula equivalente (artículo 6.1), la posibilidad de que la o las personas interesadas requieran que se reserve su identidad al Estado parte. Esa posibilidad ha sido eliminada en el PF-PIDESC. Aunque la cuestión se discutió en el seno del Grupo de Trabajo, a instancias de la Coalición de ONG, que recomendaba seguir el texto del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, muchos Estados alegaron que la reserva de la identidad de las personas interesadas dificultaría el trámite de la comunicación, porque haría difícil ofrecer una respuesta acerca de una situación de hecho determinada, si no puede identificarse concretamente a quien reclama ser víctima de una violación. Algunas consultas con la Unidad de Peticiones del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que lleva el trámite de otros mecanismos de comunicación fundados en tratados, llevaron a los Estados participantes del Grupo de Trabajo a concluir que el escaso uso de las disposiciones de reserva de identidad en el marco de los mecanismos de comunicación del Sistema Universal de Derechos Humanos justificaba su exclusión del PF-PIDESC.

Correspondencias y referencias

Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 6.

8. Comentario del artículo 7, "Solución amigable"

> **1. El Comité pondrá sus buenos oficios a disposición de las partes interesadas con miras a llegar a una solución amigable de la cuestión sobre la base del respeto de las obligaciones establecidas en el Pacto.**
>
> **2. Todo acuerdo sobre una solución amigable pondrá fin al examen de una comunicación en virtud del presente Protocolo.**

El artículo 7, que regula expresamente la figura de la solución amistosa o "amigable", es una innovación en materia de procedimientos de comunicaciones ante órganos de tratados del Sistema Universal.[61] Esta posibilidad está prevista, sin embargo, en los procedimientos de comunicación o petición de los Sistemas Interamericano y Europeo de Derechos Humanos,[62] y su inclusión resulta útil, ya que recoge una práctica importante de los mecanismos regionales. Correctamente empleado, el procedimiento de solución amistosa puede reducir el tiempo de litigio y establecer un canal de diálogo directo entre las víctimas y el Estado, a través del cual puede discutirse el remedio a ser adoptado.

El texto adoptado, sin embargo, establece que el acuerdo alcanzado "pondrá fin al examen de una comunicación". Esta solución no es la más adecuada, ya que lo que debería cerrar el procedimiento de comunicación no es el hecho de que el autor o los autores de la comunicación y el Estado hayan arribado a un acuerdo amistoso, sino el cumplimiento satisfactorio de dicho acuerdo. De lo contrario, el procedimiento de solución amistosa podría constituir una vía para que los Estados eviten que la comunicación sea considerada por el Comité, aunque no tengan mayor intención de cumplir el acuerdo.

En todo caso, y aunque la solución no sea ideal, cabe señalar que el incumplimiento de un acuerdo de solución amistosa podría dar lugar a una nueva comunicación, en la que se denuncie que debido a tal incumplimiento, persiste la violación del derecho denunciada en la comunicación original.[63] Ciertamente, sería más sencillo mantener abierto el trámite

61 Este procedimiento sólo está mencionado en relación con procedimientos de comunicación interestatales: *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, artículo 41.1 e); *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, artículo 21 párrafo 1 c), y *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, artículo 76 d).

62 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, artículos 48 y 49; *Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, artículo 23; *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, artículo 54; *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, artículos 38 y 39; *Reglamento de la Corte Europea de Derechos Humanos*, artículo 44.

63 Ver *mutatis mutandis*, Corte Europea de Derechos Humanos: sentencia de 4 de febrero de 2005, caso *Mamatkulov y Askarov v. Turquía*, párr. 128; sentencia de 17 de enero

de la comunicación original hasta que se verifique el cumplimiento del acuerdo amistoso, para evitar repetir inútilmente etapas procesales ya superadas. Sin embargo, dada la variedad de hipótesis posibles, cabe otorgar al Comité cierta flexibilidad para regular la cuestión en sus Reglas de Procedimiento, teniendo en cuenta el grado de avance de la tramitación de la comunicación al momento de lograrse el acuerdo amistoso posteriormente incumplido. Otra solución posible para evitar complicaciones derivadas del incumplimiento es que las partes incluyan en el propio acuerdo de solución amistosa una cláusula expresa que establezca que, en caso de incumplimiento del acuerdo, las partes pueden informar al Comité para que prosiga el examen de la comunicación.[64]

Correspondencias y referencias

Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 48 y 49; *Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, artículo 23; *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, artículo 54; *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, artículos 38 y 39; *Reglamento de la Corte Europea de Derechos Humanos*, artículo 44.

de 2006, caso *Aoulmi v. Francia,* párr. 111; y sentencia de 10 de agosto de 2006, caso *Olaechea Cahuas v. España*, párrs. 81 y 82. En estos casos, la Corte Europea de Derechos Humanos decidió que el incumplimiento de medidas cautelares por parte del Estado constituía una violación al derecho de la presunta víctima de presentar una petición ante la propia Corte, de acuerdo con el artículo 34 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. En sentido similar, el incumplimiento de un acuerdo de solución amistosa, además de afectar el derecho de presentar una comunicación, afecta el derecho a obtener reparación por la violación del derecho sustantivo presuntamente afectado, y mantiene la impunidad de la violación. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, aun cuando se haya aprobado un acuerdo de solución amistosa, la Comisión Americana mantiene la facultad de supervisar el cumplimiento del acuerdo. Ver, por ejemplo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Nº 21/07, Petición Nº 161-02, *Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, México, Solución Amistosa*, 9 de marzo de 2007, punto decisorio 2: (La Comisión decide) "continuar con el seguimiento y la supervisión de los puntos del acuerdo amistoso pendientes de cumplimiento y de cumplimiento sucesivo".

64 La práctica es frecuente en los acuerdos de solución amistosa del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Ver, por ejemplo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Nº 70/07, Petición 788-06, *Víctor Hugo Arce Chávez, Bolivia, Solución Amistosa*, 27 de julio de 2007, párr. 19, Cláusula Quinta del Acuerdo transaccional.

9. Comentario del artículo 8, "Examen de las comunicaciones"

> 1. El Comité examinará las comunicaciones que reciba en virtud del artículo 2 del presente Protocolo a la luz de toda la documentación que se haya puesto a su disposición, siempre que esa documentación sea transmitida a las partes interesadas.
> 2. El Comité examinará en sesiones privadas las comunicaciones que reciba en virtud del presente Protocolo.
> 3. Al examinar las comunicaciones recibidas en virtud del presente Protocolo, el Comité podrá 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, y cualesquiera observaciones y comentarios del Estado Parte interesado.
> 4. Al examinar las comunicaciones recibidas en virtud del presente Protocolo, el Comité considerará hasta qué punto son razonables las medidas adoptadas por el Estado Parte de conformidad con la parte II del Pacto. Al hacerlo, el Comité tendrá presente que el Estado Parte puede adoptar toda una serie de posibles medidas de política para la realización de los derechos enunciados en el Pacto.

El artículo 8 regula el trámite de examen de fondo de la comunicación por parte del Comité. Es conveniente, sin embargo, analizar separadamente los párrafos 1 y 2, que siguen de cerca el texto de otros instrumentos del Sistema Universal, y los párrafos 3 y 4, que presentan algunas novedades.

a) Párrafos 1 y 2

En relación con los párrafos 1 y 2, su modelo está inspirado de los párrafos 1 y 2 del artículo 7 del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. El párrafo 1 establece la obligación del Comité de considerar las comunicaciones "a la luz de toda la documentación que se haya puesto a su disposición, siempre que esa documentación sea transmitida a las partes interesadas".

Dos cuestiones generaron algún debate durante las sesiones del Grupo de Trabajo. La primera fue el cambio del término "información" –empleado por el párrafo 1 del artículo 7 del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* – por el término "documentación". Ello respondió a que algunos Estados participantes del Grupo de Trabajo vieron con preocupación la posibilidad de que el Comité pudiera tener en cuenta también información recibida de manera informal, o información publicada en medios masivos de comunicación. Por ello, sugirieron el uso del término "documentación", que –de acuerdo con su criterio– requiere que la información considerada por el Comité conste en documentos que, a la luz de la última parte del párrafo, deben ser transmitidos a las partes interesadas. Cabe señalar, de todos modos, que el término "documentación" no se limita a la documentación escrita, sino que puede incluir otros medios, como los soportes audiovisuales o electrónicos.

La segunda cuestión que suscitó alguna discusión en el seno del Grupo de Trabajo estuvo relacionada directamente con la propuesta de la Coalición de ONG, en el sentido de incluir expresamente la posibilidad de presentación de escritos en calidad de *amicus* al Comité.[65] Si bien

65 Como apuntaron los representantes de algunas delegaciones, el término *amicus curiae* sería incorrecto en el caso de procedimientos cuasi-jurisdiccionales, ya que el término latín *curia* significa "tribunal", y los comités no son tribunales. En todo caso, la función de un escrito en calidad de *amicus* ante un Comité sería similar a la de un *amicus curiae* ante un tribunal: la presentación por parte de terceros ajenos a las partes, que cuenten con una reconocida competencia sobre la cuestión debatida y que demuestren un interés en la resolución final del caso, de argumentos jurídicos de trascendencia para la decisión del asunto. Cabe recordar que la posibilidad de presentación de escritos en calidad de *amicus* es común en los sistemas regionales de derechos humanos, como el Sistema Europeo y el Sistema Interamericano. Ver, por ejemplo, Reglamento de la Corte Europea de Derechos Humanos, artículo 44; Reglamento de la Corte Interamericana

los Estados se mostraron renuentes a incorporar expresamente el término *amicus*, lo cierto es que la locución "toda la documentación que se haya puesto a su disposición" no limita la presentación de documentación a los autores de las comunicaciones y al Estado interesado, y abre efectivamente la posibilidad de presentaciones en calidad de *amicus* ante el Comité. Esta ha sido, de hecho, la tendencia ya establecida por otros comités del Sistema Universal de Derechos Humanos –como el Comité de Derechos Humanos–, aun sin mención expresa de esa posibilidad en los respectivos instrumentos que instituyen un sistema de comunicaciones.

El párrafo 2, que establece que la consideración de las comunicaciones por parte del Comité se hará en sesiones privadas, no planteó mayores discusiones, y sigue el texto del artículo 7.2 del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* y del artículo 5 del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* .

Correspondencias y referencias

Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 7; *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, artículo 5; *Reglamento de la Corte Europea de Derechos Humanos*, artículo 44; *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, artículo 62.3.

b) Párrafo 3

El párrafo 3 introduce una novedad con respecto a otros procedimientos de comunicaciones individuales del Sistema Universal de Derechos Humanos. Esta disposición ofrece una solución procesal a una inquietud de algunos Estados, relativa a la relación entre el procedimiento de

de Derechos Humanos, artículo 62.3. Aunque la posibilidad no figura expresamente en su Reglamento, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos también ha aceptado presentaciones en calidad de *amicus* en algunos casos. Aunque no es una práctica frecuente en el Sistema Universal, existen algunos precedentes en comunicaciones ante el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura.

comunicación instituido a través del PF-PIDESC y los procedimientos de comunicación o petición regionales.

Algunos Estados sugirieron la idea de incluir como requisito de admisibilidad –además del agotamiento de los recursos internos– el agotamiento de los recursos regionales. Esta sugerencia presentaba inconvenientes insalvables: postergar para la o las víctimas, de modo exagerado, el acceso a una decisión final en sede internacional, subordinar el valor de las decisiones de órganos regionales a una suerte de apelación ante el Comité, estableciendo así una jerarquía injustificable entre sistemas de protección de los derechos humanos, y generar serios problemas de desigualdad en aquellos casos en los que no existieran recursos regionales adecuados para el tratamiento de violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, o cuando los Estados concernidos no fueran parte de los procedimientos que los prevén.

La solución del PF-PIDESC consiste en permitir al Comité allegar la información relevante sobre la situación en cuestión, proveniente de otros órganos internacionales –como órganos, organismos especializados, fondos, programas y mecanismos de las Naciones Unidas, y otras organizaciones internacionales–, incluyendo expresamente a los órganos pertenecientes a los sistemas regionales de derechos humanos. La innovación debe ser bienvenida, porque, además de no alterar excesivamente el trámite de la comunicación, ofrece al Comité la posibilidad de tomar en consideración decisiones sobre la materia en cuestión ya adoptadas por los órganos regionales, ampliando de este modo su conocimiento acerca de los alcances de la cuestión en discusión.

c) Párrafo 4

Con todo, la innovación más importante que contiene el artículo 8 con respecto a otros procedimientos de comunicaciones es su párrafo 4. Ningún otro instrumento previo establecía el estándar de examen o criterio de juicio que debería adoptar el respectivo Comité al examinar las comunicaciones. La inclusión se debió a la insistencia de varios Estados, de acuerdo con los cuales era necesaria una disposición que estableciera con certeza el parámetro que utilizaría el Comité para examinar el cumplimiento por

parte de los Estados de las obligaciones consagradas por el PIDESC. En este sentido, se han incluido expresamente dos parámetros.

i) Carácter razonable de las medidas

El primero es el parámetro del carácter razonable de las medidas adoptadas por el Estado en aras del logro de la plena efectividad de los derechos reconocidos por el PIDESC. Al respecto pueden efectuarse varios señalamientos.

En primer término, cabe subrayar una cuestión de principio: los criterios de juicio a ser empleados por el Comité no pueden ser otros que los contenidos por el tratado sustantivo con respecto del cual el PF-PIDESC establece un procedimiento adicional de protección, es decir, el PIDESC. Sin embargo, y aunque no esté expresado exactamente en esos términos, el criterio del carácter razonable de las medidas adoptadas por el Estado puede considerarse implícito en el PIDESC. Por un lado, como principio general del derecho, que establece que las normas no pueden exigir del Estado lo irrazonable o lo imposible de cumplir. Por otro lado, la noción está emparentada directamente con la expresión "medios apropiados", empleada por el artículo 2.1 del PIDESC.[66] Además, la noción de carácter

66 Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha sostenido que "se debe dar a la frase 'por todos los medios apropiados' su significado pleno y natural. Si bien cada Estado Parte debe decidir por sí mismo qué medios son los más apropiados de acuerdo con las circunstancias y en relación con cada uno de los derechos contemplados, la 'propiedad' de los medios elegidos no siempre resultará evidente. Por consiguiente, conviene que los Estados Partes indiquen en sus informes no sólo las medidas que han adoptado sino también en qué se basan para considerar tales medidas como las más 'apropiadas' a la vista de las circunstancias. No obstante, corresponde al Comité determinar en definitiva si se han adoptado o no todas las medidas apropiadas" *(Observación General Nº 3, "La índole de las obligaciones de los Estados Partes"*, párr. 4). En el mismo sentido, ha dicho que "(s)i bien corresponde a cada Estado Parte decidir el método concreto para dar efectividad a los derechos del Pacto en la legislación nacional, los medios utilizados deben ser apropiados en el sentido de producir resultados coherentes con el pleno cumplimiento de las obligaciones por el Estado Parte. Los medios elegidos están sometidos también a consideración dentro del examen por el Comité del cumplimiento por el Estado Parte de las obligaciones que le impone el Pacto" (*Observación General Nº 9, "La aplicación interna del Pacto"*, párr. 5). Aunque ambas afirmaciones se referían originalmente al mecanismo de informes, no hay razón para

razonable tiene una estrecha relación con los parámetros sobre limitación de derechos establecidos por el artículo 4 del PIDESC.[67] De modo que el artículo 8.4 del PF-PIDESC no viene a agregar nada que no pudiera desprenderse ya del texto del PIDESC. En todo caso, y dado que el artículo 2.1 del PIDESC no tiene equivalente en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, la innovación podría ser considerada un resguardo –posiblemente redundante– para que los Estados no se vean enfrentados a demandas de cumplimiento imposible.

En segundo término, hay que señalar que el carácter razonable remite al análisis de los medios y fines que justifican la acción estatal, e implica considerar:

1. la legitimidad de los fines que justifican la acción estatal;
2. la existencia de otras obligaciones y principios relevantes que el Estado debió tomar en consideración; y
3. la adecuación de los medios elegidos en relación con los fines procurados, teniendo en cuenta los recursos y la información disponible.

La noción de carácter razonable no ha sido ajena al litigio en materia de derechos económicos, sociales y culturales en distintas jurisdicciones, tanto internas como internacionales, de modo que la jurisprudencia comparada puede ofrecer al Comité DESC pautas para su aplicación en casos concretos.[68] El propio Comité, en el marco de una Declaración relativa al

que el Comité no pueda efectuar la misma evaluación en el marco de una comunicación.

67 El artículo 4 del PIDESC prescribe que: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática". La limitación de los derechos "sólo en la medida compatible" con su naturaleza, y sometida únicamente a una justificación específica (el "exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática") también supone un juicio similar al que se realiza para determinar el carácter razonable de las medidas.

68 Ver Comisión Internacional de Juristas, *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights. Comparative Experiences of Justiciability*, Human Rights and Rule of Law Series Nº 2, International Commission of Jurists, Geneva, 2008.

alcance de la obligación de adoptar medidas "hasta el máximo de los recursos disponibles" en el contexto del PF-PIDESC, ha señalado algunos criterios que se deberían tener en cuenta al evaluar el carácter razonable y "adecuación" de las medidas adoptadas por el Estado:

a) si las medidas adoptadas fueron deliberadas, concretas y dirigidas hacia la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales;

b) si el Estado parte ejerció su discrecionalidad de manera no discriminatoria y no arbitraria;

c) si la decisión del Estado parte de destinar o no destinar sus recursos disponibles estuvo en conformidad con estándares del derecho internacional de los derechos humanos;

d) cuando existan varias opciones de política pública, si el Estado parte ha adoptado la opción menos restrictiva de los derechos consagrados por el Pacto;

e) el período de tiempo en el que las medidas fueron adoptadas;

f) si las medias adoptadas han tenido en cuenta la situación precaria de personas o grupos desaventajados y marginalizados, si no fueron discriminatorias, y si se dio prioridad a las situaciones graves o situaciones de riesgo.[69]

La declaración del Comité identifica, además, algunos criterios procesales, que también serán considerados por ese órgano al evaluar el carácter razonable de las medidas adoptadas por el Estado parte para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos consagrados por el Pacto. En este sentido, el Comité señala que "otorga gran importancia al carácter transparente y participativo de los procesos de toma de decisiones en el ámbito nacional".[70] Sin embargo, el parámetro del carácter razonable de las medidas, aunque sea aceptable, no es necesariamente aplicable a todos los casos que pueda tratar el Comité, y tampoco agota los criterios posibles que deben ser considerados en cada caso. Así, por ejemplo, el Comité DESC ya ha dicho que algunas acciones u omisiones del Estado pueden ser consideradas *prima facie* una violación de sus obligaciones que emanan del PIDESC.[71] En estas hipótesis, es evidente que el parámetro del carácter razonable de las medidas no es relevante, y que el Estado tiene la carga de justificar su acción u omisión. El texto del artículo 8.4 parece reflejar esta idea, cuando señala que el examen del carácter razonable de las medidas adoptadas por el Estado debe efectuarse "de conformidad con la parte II del Pacto". Cabe, además, señalar que más allá de los parámetros generales establecidos por la Parte II del Pacto, en algunos casos también puede ser relevante la Parte I.

Del mismo modo, también serán aplicables los criterios específicos establecidos en cada uno de los derechos consagrados por el PIDESC, a tenor de los derechos cuya violación se haya alegado concretamente. Por ejemplo, el artículo 13.2 a) del PIDESC establece que "(l)a enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente". El parámetro del carácter razonable debe referirse en este caso a las medidas adoptadas por el Estado para lograr este objetivo concreto, definido como prioritario por el PIDESC. No basta, entonces, que el Estado alegue que tomó "medidas razonables" para garantizar el derecho a la educación en general, sino que existe una exigencia específica que limita la discrecionalidad del Estado en la materia.

ii) Diversidad de las medidas que el Estado puede adoptar

En el mismo sentido hay que entender la segunda oración del párrafo 4, de acuerdo con la cual, el Comité debe tener presente "que el Estado Parte puede adoptar toda una serie de posibles medidas de política para la realización de los derechos enunciados en el Pacto". Este segundo pa-

69 Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Declaración: Una evaluación de la obligación de adoptar medidas "hasta el máximo de los recursos disponibles" bajo un Protocolo Facultativo del Pacto*, de 10 de mayo de 2007E/C.12/2007/1, de 21 de septiembre 2007, párr. 8.

70 Ibíd., párr. 11.

71 Así, por ejemplo, constituirían violaciones *prima facie* la adopción de medidas discriminatorias, la falta de adopción de medidas destinadas a realizar los derechos establecidos en el Pacto, el incumplimiento de niveles mínimos de obligaciones y la adopción de medidas deliberadamente regresivas. Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Nº 3, "La índole de las obligaciones de los Estados Partes"*, párrs. 3, 9 y 10. Ver también Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Declaración: Una evaluación de la obligación de adoptar medidas "hasta el máximo de los recursos disponibles" bajo un Protocolo Facultativo del Pacto*, párrs. 9 y 10.

rámetro alude a la *diversidad de medidas que el Estado puede adoptar para realizar los derechos consagrados por el PIDESC*, noción que no es novedosa, sino que está prevista en el propio Pacto. El Comité ya había aclarado en la Observación General Nº 3 que:

> el compromiso de "adoptar medidas... por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas" ni exige ni excluye que cualquier tipo específico de gobierno o de sistema económico pueda ser utilizado como vehículo para la adopción de las medidas de que se trata, con la única salvedad de que todos los derechos humanos se respeten en consecuencia. Así pues, en lo que respecta a sistemas políticos y económicos el Pacto es neutral y no cabe describir lealmente sus principios como basados exclusivamente en la necesidad o conveniencia de un sistema socialista o capitalista, o de una economía mixta, de planificación centralizada o basada en el *laissez-faire*, o en ningún otro tipo de planteamiento específico. A este respecto, el Comité reafirma que los derechos reconocidos en el Pacto pueden hacerse efectivos en el contexto de una amplia variedad de sistemas económicos y políticos, a condición únicamente de que la interdependencia e indivisibilidad de los dos conjuntos de derechos humanos, como se afirma entre otros lugares en el preámbulo del Pacto, se reconozcan y queden reflejados en el sistema de que se trata.[72]

El Comité reconoce allí, de manera bastante explícita, que las medidas que el Estado parte debe adoptar pueden revestir una gran variedad de contenidos y de orientaciones políticas, de tal modo que el PIDESC no prescribe un tipo particular, sino que acepta una gran diversidad de políticas sociales destinadas a dar plena efectividad a los derechos consagrados en el tratado.[73] En todo caso, la propia Observación General Nº 3 recuerda

72 ***Observación General Nº 3, "La índole de las obligaciones de los Estados Partes"*, párr. 8.**

73 **En su *Declaración: Una evaluación de la obligación de adoptar medidas "hasta el máximo de los recursos disponibles" bajo un Protocolo Facultativo del Pacto*, el Comité reitera esta idea, señalando que "tendrá en cuenta su propio papel como órgano internacional basado en un tratado y el papel del Estado en la formulación, adopción, financiamiento e implementación de leyes y políticas concernientes a los derechos económicos, sociales y culturales. A estos fines, y de acuerdo con la práctica de órganos judiciales y cuasi-judiciales basados en tratados de derechos humanos, el Comité respeta siempre el margen de apreciación de los Estados para dar los pasos y adoptar las medidas que mejor se ajusten a sus circunstancias específicas" (párr. 11).**

también que "en numerosos casos las medidas legislativas son muy deseables y en algunos pueden ser incluso indispensables",[74] y agrega, como ya hemos visto, que:

> [n]o obstante, [...] la adopción de medidas legislativas, como se prevé concretamente en el Pacto, no agota por sí misma las obligaciones de los Estados Partes. Al contrario, se debe dar a la frase "por todos los medios apropiados" su significado pleno y natural. Si bien cada Estado Parte debe decidir por sí mismo qué medios son los más apropiados de acuerdo con las circunstancias y en relación con cada uno de los derechos contemplados, la "propiedad" de los medios elegidos no siempre resultará evidente. Por consiguiente, conviene que los Estados Partes indiquen en sus informes no sólo las medidas que han adoptado sino también en qué se basan para considerar tales medidas como las más "apropiadas" a la vista de las circunstancias. No obstante, corresponde al Comité determinar en definitiva si se han adoptado o no todas las medidas apropiadas.[75]

Es decir, pese a que el Estado puede elegir diversas medidas para cumplir con las obligaciones establecidas por el PIDESC, no cualquier medida será apropiada o adecuada para lograr la plena efectividad de los derechos allí consagrados, y ello está sujeto al examen del Comité.

En resumen, el artículo 4 del PF-PIDESC no agrega nada que no estuviera ya contenido en el propio PIDESC: que si bien los Estados pueden adoptar distintas políticas, planes y normas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos consagrados en el Pacto, el carácter apropiado o adecuado de esas medidas puede ser evaluado por el Comité, de acuerdo con los criterios antes comentados.

Correspondencias y referencias

PIDESC, artículos 2.1 y 4; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones Generales Nº 3 y Nº 9 y *Declaración: Una evaluación de la obligación de adoptar medidas "hasta el máximo de los recursos disponibles" bajo un Protocolo Facultativo del Pacto.*

74 ***Observación General Nº 3, "La índole de las obligaciones de los Estados Partes"*, párr. 3.**

75 **Ibíd., párr. 4.**

10. Comentario del artículo 9, "Seguimiento de las observaciones del Comité"

> 1. **Tras examinar una comunicación, el Comité hará llegar a las partes interesadas su dictamen sobre la comunicación, junto con sus eventuales recomendaciones.**
> 2. **El Estado Parte dará la debida consideración al dictamen del Comité, así como a sus eventuales recomendaciones, y enviará al Comité, en un plazo de seis meses, una respuesta por escrito que incluya información sobre toda medida que se haya adoptado a la luz del dictamen y las recomendaciones del Comité.**
> 3. **El Comité podrá invitar al Estado Parte a presentar más información sobre cualesquiera medidas que el Estado Parte haya adoptado en respuesta a su dictamen o eventuales recomendaciones, incluso, si el Comité lo considera apropiado, en los informes que presente más adelante el Estado Parte de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto.**

El párrafo 1 contiene una cláusula de notificación de los dictámenes a las partes que es de rigor en todos los procedimientos de comunicaciones previstos en tratados del Sistema Universal.

Los párrafos 2 y 3 plantean la cuestión del seguimiento del cumplimiento de los dictámenes. El seguimiento por parte del órgano de control de un tratado del cumplimiento de los dictámenes por parte de los Estados concernidos ha sido tradicionalmente una cuestión de suma importancia para la efectividad de la protección internacional mediante el procedimiento de comunicaciones. A excepción del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, los tratados del Sistema Universal que establecen este procedimiento no prevén medidas de seguimiento del cumplimiento del dictamen.[76] No obstante, los reglamentos de los respectivos órganos de tratados contienen procedimientos para el seguimiento del cumplimiento de los dictámenes.[77] En el caso del Comité de Derechos Humanos, existe un Relator especial para el seguimiento del dictamen, quien informa periódicamente al Comité acerca de las actividades de seguimiento, y el Comité incluirá en su informe anual información sobre las actividades de seguimiento.[78] Desde hace algunos años, el Comité de Derechos Humanos ha empezado a incluir menciones al no cumplimiento de sus dictámenes en algunas conclusiones y recomendaciones a países, adoptadas en el marco de su mandato de control administrativo del Pacto. El *Reglamento del Comité contra la Tortura*, además de establecer un procedimiento similar, prevé la realización de "visitas que sean necesarias al Estado Parte interesado".[79]

Los párrafos 2 y 3 del artículo 9 del PF-PIDESC están inspirados en los párrafos 4 y 5 del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.* Aunque no plasme los desarrollos normativos del reglamento del Comité contra la Tortura, estas disposiciones del PF-PIDESC constituyen un avance importante. Nada impide al Comité DESC establecer en su Reglamento procedimientos de seguimiento similares a los del Comité contra la Tortura.

Correspondencias y referencias

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 16 y 17; *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la elimi-*

76 Ver el *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,* la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial,* la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes,* la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares,* la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* y el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.*

77 Ver, por ejemplo, el artículo 101 del *Reglamento del Comité de Derechos Humanos* y el artículo 114 del *Reglamento del Comité contra la Tortura*.

78 Artículo 101 del *Reglamento del Comité de Derechos Humanos.*

79 Párrafo 4 del artículo 114 del *Reglamento del Comité contra la Tortura.*

nación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 7; *Reglamento del Comité de Derechos Humanos*, artículo 101; *Reglamento del Comité contra la Tortura*, artículo 114.

11. Comentario del artículo 10, "Comunicaciones entre Estados"

1. 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 las comunicaciones en las que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple sus obligaciones dimanantes del Pacto. Las comunicaciones presentadas conforme a este artículo sólo se podrán recibir y examinar si las presenta un Estado Parte que haya hecho una declaración por la cual reconoce con respecto a sí mismo la competencia del Comité. El Comité no recibirá ninguna comunicación que se refiera a un Estado Parte que no haya hecho esa declaración. Las comunicaciones que se reciban conforme a este artículo quedarán sujetas al siguiente procedimiento:

   a) Si un Estado Parte en el presente Protocolo considera que otro Estado Parte no está cumpliendo sus obligaciones dimanantes del Pacto, podrá, mediante comunicación por escrito, señalar el asunto a la atención de ese Estado Parte. El Estado Parte podrá también informar al Comité del asunto. En un plazo de tres meses contado desde la recepción de la comunicación, el Estado receptor ofrecerá al Estado que haya enviado la comunicación una explicación u otra declaración por escrito en la que aclare el asunto y que, en la medida de lo posible y pertinente, haga referencia a los procedimientos y recursos internos hechos valer, pendientes o disponibles sobre la materia;

   b) Si el asunto no se resuelve a satisfacción de ambos Estados Partes interesados dentro de seis meses de recibida la comunicación inicial por el Estado receptor, cualquiera de ellos podrá remitir el asunto al Comité mediante notificación cursada al Comité y al otro Estado;

   c) El Comité examinará el asunto que se le haya remitido sólo después de haberse cerciorado de que se han hecho valer y se han agotado todos los recursos internos sobre la materia. No se aplicará esta norma cuando la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente;

   d) Con sujeción a lo dispuesto en el apartado c) del presente párrafo, el Comité pondrá sus buenos oficios a disposición de los Estados Partes interesados con miras a llegar a una solución amigable de la cuestión sobre la base del respeto de las obligaciones establecidas en el Pacto;

   e) El Comité celebrará sesiones privadas cuando examine las comunicaciones a que se refiere el presente artículo;

   f) En todo asunto que se le remita de conformidad con el apartado b) del presente párrafo, el Comité podrá pedir a los Estados Partes interesados que se mencionan en el apartado b) que faciliten cualquier otra información pertinente;

   g) Los Estados Partes interesados que se mencionan en el apartado b) del presente párrafo tendrán derecho a estar representados cuando el asunto sea examinado por el Comité y a hacer declaraciones oralmente o por escrito;

   h) El Comité, a la mayor brevedad posible a partir de la fecha de recepción de la notificación a que se refiere el apartado b) del presente párrafo, presentará un informe, como se indica a continuación:

      i) Si se llega al tipo de solución previsto en el apartado d) del presente párrafo, el Comité limitará su informe a una breve exposición de los hechos y de la solución a que se haya llegado;

      ii) Si no se llega al tipo de solución previsto en el apartado d), el Comité expondrá en su informe los hechos pertinentes

> al asunto entre los Estados Partes interesados. Se anexarán al informe las declaraciones por escrito y una relación de las declaraciones orales hechas por los Estados Partes interesados. El Comité podrá también transmitir únicamente a los Estados Partes interesados cualesquiera observaciones que considere pertinentes al asunto entre ambos.
>
> En todos los casos el informe se transmitirá a los Estados Partes interesados.
>
> 2. Los Estados Partes depositarán la declaración prevista en el párrafo 1 del presente artículo en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, quien remitirá copias de ella a los demás Estados Partes. La declaración podrá retirarse en cualquier momento mediante notificación al Secretario General. Dicho retiro se hará sin perjuicio del examen de asunto alguno que sea objeto de una comunicación ya transmitida en virtud del presente artículo; después de que el Secretario General haya recibido la notificación de retiro de la declaración, no se recibirán nuevas comunicaciones de ningún Estado Parte en virtud del presente artículo, a menos que el Estado Parte interesado haya hecho una nueva declaración.

El artículo 10 regula el procedimiento de comunicaciones interestatales. Cabe señalar que dicho procedimiento, previsto en algunos tratados sustantivos de derechos humanos,[80] ha sido escasamente utilizado. Algunos tratados o sus respectivos protocolos no establecen tal procedimiento.[81] Salvo algunas excepciones en el Sistema Europeo[82] y, más recientemente, en el Sistema Interamericano,[83] los Estados han sido renuentes a recurrir a este procedimiento de comunicaciones.

La regulación del trámite de la comunicación incluida en el artículo 10 del PF- PIDESC está inspirada en los artículos 41 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y 21 de la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, y no contiene mayores modificaciones con respecto a esas normas. Como ha sido señalado con certeza por el profesor Manfred Nowak, el procedimiento de comunicaciones interestatales previsto tanto en el Pacto como en la Convención releva más de la mediación y de los buenos oficios que de un dispositivo procesal contencioso.[84] El procedimiento previsto por ambos tratados se caracteriza por su dispositivo procesal alambicado y su confidencialidad. En este sentido, es de lamentar que el PF-PIDESC no hubiera retomado el modelo establecido por el artículo 33 de la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, que prevé un dispositivo sencillo y no confidencial que abre las puertas a un procedimiento verdaderamente contencioso.

De conformidad con el artículo 10 del PF-PIDESC, para poder accionar el procedimiento de comunicaciones interestatales, los Estados deben realizar una declaración expresa de aceptación de competencia del Comité: no basta con la sola ratificación del Protocolo Facultativo. Esta aceptación de competencia está sometida a una doble condición: tanto para presentar

80 *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, artículo 41; *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, artículo 21; *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, artículo 11; *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares,* artículo 76; *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas,* artículo 33; *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, artículo 45; *Convenio Europeo sobre Derechos Humanos*, artículo 33*; Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos*, artículo 47.

81 *La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* y su Protocolo Facultativo y la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* y su Protocolo Facultativo*. La Convención sobre los Derechos del Niño* no establece ningún procedimiento de comunicaciones, ni individual ni interestatal.

82 Ver, por ejemplo, las sentencias y decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos en los casos: *Dinamarca c. Turquía* (de 5 de abril de 2000); *Chipre c. Turquía* (de 10 de mayo 2001); e *Irlanda c. Reino Unido* (de 18 de enero de 1978).

83 Informe N° 11/07 (inadmisibilidad), Caso Interestatal 01/06 *Nicaragua c. Costa Rica*, de 8 de marzo de 2007.

84 Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary*, N.P. Engel Publisher, 2nd revised edition, Germany, 2005, pág. 759.

comunicaciones contra otro Estado como para ser objeto de comunicaciones interestatales al respecto.

A diferencia del procedimiento de comunicaciones individuales –que versa sobre toda violación de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el PIDESC–, el procedimiento interestatal se refiere al no cumplimiento por un Estado parte de "sus obligaciones dimanantes del Pacto". Este tratamiento diferencial del ámbito material del procedimiento se encuentra en los demás instrumentos que establecen tal sistema de comunicaciones interestatales: su fundamento radica en que los Estados no son los titulares de derechos humanos, de modo que tampoco pueden ser víctimas de su violación, aunque tengan un legítimo interés en que estos derechos sean protegidos y no conculcados. La fórmula empleada por el artículo 10 es ciertamente más amplia que la del artículo 2 del PF-PIDESC, y permitiría fundar comunicaciones en la violación de otras obligaciones establecidas en el PIDESC, sin que ellas constituyan necesariamente el correlato de los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en el Pacto. Ello podría incluir, por ejemplo, la denuncia de violaciones a obligaciones procesales establecidas en el PIDESC, como la obligación de presentar informes periódicos.

En cuanto al procedimiento, cabe señalar que también requiere la demostración por parte del Estado autor de la comunicación que ha agotado los recursos internos, salvo que estos se prolonguen injustificadamente. También se prevé en este caso la posibilidad de que el Comité ponga a disposición sus buenos oficios para lograr una solución amistosa. En contraste, y a diferencia de las comunicaciones presentadas por víctimas, aunque las sesiones del Comité también son privadas, en el caso de las comunicaciones interestatales se reconoce el derecho de los Estados intervinientes en el procedimiento a estar representados cuando el asunto sea examinado por el Comité y a hacer declaraciones orales o escritas.

Correspondencias y referencias

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 41; *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, artículo 21; *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, artículo 11; *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, artículo 76; *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, artículo 33; *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, artículo 45; *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, artículo 33; *Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos*, artículo 47.

Comentario del Protocolo Facultativo del PIDESC

12. Comentario del artículo 11, "Procedimiento de investigación"

1. Cualquier Estado Parte en el presente Protocolo podrá en cualquier momento declarar que reconoce la competencia del Comité prevista en este artículo.

2. Si el Comité recibe información fidedigna que da cuenta de violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto, el Comité invitará a ese Estado Parte a colaborar en el examen de la información y, a esos efectos, a presentar sus observaciones sobre dicha información.

3. Tomando en consideración las observaciones que haya presentado el Estado Parte interesado, así como toda otra información fidedigna que esté a disposición suya, el Comité podrá encargar a uno o más de sus miembros que realice una investigación y presente con carácter urgente un informe al Comité. Cuando se justifique y con el consentimiento del Estado Parte, la investigación podrá incluir una visita a su territorio.

4. La investigación será de carácter confidencial y se solicitará la colaboración del Estado Parte en todas las etapas del procedimiento.

5. Tras examinar las conclusiones de la investigación, el Comité las transmitirá al Estado Parte interesado junto con las observaciones y recomendaciones que estime oportunas.

6. En un plazo de seis meses después de recibir los resultados de la investigación y las observaciones y recomendaciones que le transmita el Comité, el Estado Parte interesado presentará sus propias observaciones al Comité.

7. Cuando hayan concluido las actuaciones relacionadas con una investigación hecha conforme al párrafo 2, el Comité podrá, tras celebrar consultas con el Estado Parte interesado, tomar la decisión de incluir un resumen de los resultados del procedimiento en su informe anual previsto en el artículo 15.

8. Todo Estado Parte que haya hecho una declaración con arreglo al párrafo 1 del presente artículo podrá retirar esa declaración en cualquier momento mediante notificación al Secretario General.

El artículo 11 regula el procedimiento de investigación. El procedimiento de investigación es de crucial importancia para permitir al Comité reaccionar frente a información que revele la existencia de violaciones graves o sistemáticas a los derechos consagrados en el PIDESC. Este procedimiento no constituye una innovación con respecto a lo establecido en otros tratados de derechos humanos[85] y su inclusión en el PF-PIDESC expresa la tendencia del Sistema Universal a ampliar el ámbito de protección internacional de los derechos consagrados en tratados.

La diferencia más importante radica en que mientras en los demás instrumentos existentes el procedimiento es automático –esto es, no requiere declaración expresa del Estado parte–,[86] el artículo 11.1 del PF-

85 Así, establecen procedimientos de investigación la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes,* artículo 20; el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer,* artículo 8, y el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad,* artículo 6. La *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* prevé también formas de actuación del respectivo Comité ante la recepción de información confiable sobre la existencia de violaciones graves a sus disposiciones: investigaciones *in situ* (artículo 32).

86 Por el contrario, algunos tratados requieren que, para no quedar sometido a este procedimiento de investigación, el Estado parte haga una declaración expresa en ese sentido: la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, artículo 28; el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, artículo 9; y el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, artículo 8.

PIDESC requiere una declaración expresa del Estado parte aceptando tal procedimiento. Esta regulación lamentablemente disminuye el umbral de protección de los derechos del PIDESC y, sin duda, debilitará el alcance del procedimiento de investigación. Más aún, el Estado que haya hecho la declaración de aceptar la competencia del Comité para realizar investigaciones está facultado a retirar esa declaración (artículo 11.8), de modo que la cláusula facilita la salida del procedimiento de aquellos Estados partes que la hayan aceptado mediante declaración expresa. La imposición de un requisito de declaración expresa para que un Estado quede sometido al procedimiento de investigación y la posibilidad de retirar tal declaración no se compadecen con el objeto y fin del PF-PIDESC, esto es establecer procedimientos de protección internacional.

El Proyecto de Protocolo originalmente presentado por la Relatora-Presidenta del Grupo de Trabajo se inclinaba por el sistema de competencia automática del Comité para realizar investigaciones. No obstante, en aras de lograr un texto de consenso, la negociación final condujo a la aceptación de esta solución inconveniente, como parte del compromiso de aceptación de un enfoque integral.

Fuera de esta importante diferencia, la regulación del procedimiento establecido por el PF-PIDESC se inspira en las respectivas cláusulas de los demás instrumentos que ya lo establecían. El lenguaje y las disposiciones del artículo 11 PF-PIDESC combinan las respectivas cláusulas de los artículos 20 de la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, 8 y 9 del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* y 6 y 7 del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.*

Como características más importantes del procedimiento de investigación se pueden destacar las siguientes:

a) Procedencia de la investigación

De manera equivalente a lo previsto en los demás instrumentos que establecen el procedimiento, el parámetro para que éste proceda es la recepción, por parte del Comité, de información fidedigna sobre violaciones graves o sistemáticas de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el PIDESC.

Esta fórmula generó dos discusiones en el Grupo de Trabajo. La primera, referida al carácter "fidedigno" de la información: algunos Estados sugirieron la necesidad de calificar esa información, estableciendo restricciones al tipo de información sobre cuya base el Comité puede iniciar el procedimiento. Ante la ausencia de consenso para efectuar tal modificación, el Grupo de Trabajo decidió mantener el lenguaje ya empleado en otros instrumentos. El texto se inspiró en el artículo 8 del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer,* que exige que la información fidedigna dé "cuenta de violaciones graves o sistemáticas".

En cuanto al alcance del término "información fidedigna", se ha precisado que:

> la fiabilidad de la información puede evaluarse a la luz de factores como: su especificidad; su coherencia interna y las similitudes entre la relaciones de los hechos por diferentes fuentes; la existencia de evidencia corroborativa; la credibilidad de la fuente en cuanto a su capacidad reconocida de indagar y presentar informes sobre los hechos; y, en el caso de fuentes relacionadas con los medios de información, la medida en que son independientes y no partidarios.[87]

La segunda discusión versó sobre la posibilidad de aplicar el parámetro de "violaciones graves o sistemáticas" a los derechos económicos, sociales y culturales. Algunos Estados sostuvieron que dada la supuesta "distinta naturaleza" de los derechos económicos, sociales y culturales, tal parámetro no les resulta claramente aplicable.

87 Ver Instituto Interamericano de Derechos Humanos, ***Convención CEDAW y Protocolo Facultativo. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer***, IIDH-UNIFEM, 2a. ed., San José, 2004, págs. 73-74.

Sin embargo, contra estas objeciones, se señaló correctamente que dos instrumentos que establecen una fórmula similar para la procedencia del procedimiento de investigación (el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* y el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*) ya resultan aplicables a los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en dichos instrumentos, por lo que sería contradictorio haber reconocido su aplicabilidad en esos casos y no respecto del PIDESC. Si el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer puede, por ejemplo, iniciar una investigación cuando reciba información fidedigna sobre violaciones graves y sistemáticas a los derechos a la salud o a la educación de la mujeres, resulta difícil sostener que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no podría hacer lo mismo en caso de violaciones graves y sistemáticas del derecho a la salud o a la educación en general, independientemente de la categoría de los sujetos cuyos derechos han sido vulnerados. En el mismo sentido, la *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*, que no establece distinciones entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, prevé para el inicio de una investigación una fórmula similar,[88] de modo que en el Sistema Africano de Derechos Humanos y desde 1981, fecha de la adopción de la Carta Africana, ya era concebible la aplicación del parámetro a los derechos económicos, sociales y culturales.

Desde el punto de vista conceptual, tampoco parecen justificadas las objeciones contra el uso de esa fórmula. Si se acepta la existencia de parámetros para evaluar la existencia de violaciones individuales a los derechos económicos, sociales y culturales, resulta extraño no admitir la posibilidad de evaluar la gravedad de esas violaciones. Existen criterios reconocidos para ello, como por ejemplo el grado de lesión del derecho protegido y el carácter masivo o sistemático de las violaciones.

88 El artículo 58.1 de la Carta Africana se refiere a la "existencia de una serie de violaciones graves o masivas de los derechos humanos y de los pueblos".

b) Procedimiento

El procedimiento de investigación es confidencial. Si el Comité considera dadas las condiciones para iniciar el procedimiento, pone a disposición del Estado la información y lo invita a presentar sus observaciones. A partir de estas observaciones y de otra información fidedigna obtenida, el Comité puede designar a uno o varios miembros para que lleven a cabo la investigación, solicitándose al Estado su colaboración. De ser necesario, el o los encargados de la investigación pueden realizar una visita *in loco*, siempre que el Estado lo consienta. Una vez examinadas por el pleno del Comité las conclusiones de la investigación y formuladas observaciones y recomendaciones, ellas son enviadas al Estado, que tiene un plazo de seis meses para comentarlas. El Comité, previa consulta con el Estado, puede decidir la publicación de un resumen de las conclusiones de la investigación en su informe anual.

Correspondencias y referencias

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, artículos 20 y 28; *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, artículos 8, 9 y 10; *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, artículos 6, 7 y 8; *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, artículo 32; *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*, artículo 58.

13. Comentario del artículo 12, "Seguimiento del procedimiento de investigación"

> **1. El Comité podrá invitar al Estado Parte interesado a que incluya en el informe que ha de presentar con arreglo a los artículos 16 y 17 del Pacto pormenores de las medidas que haya adoptado en respuesta a una investigación efectuada en virtud del artículo 11 del presente Protocolo.**

> **2. Transcurrido el período de seis meses indicado en el párrafo 6 del artículo 11, el Comité podrá, si es necesario, invitar al Estado Parte interesado a que le informe sobre las medidas que haya adoptado como resultado de la investigación.**

El artículo 12 regula el seguimiento de las recomendaciones formuladas dentro del procedimiento de investigación. El texto es similar al de los artículos 9 del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* y 8 del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. El Comité puede dar seguimiento a sus recomendaciones mediante dos mecanismos. Por un lado, puede solicitar al Estado parte que incluya en su posterior informe periódico la información detallada de las medidas adoptadas para cumplir con las recomendaciones (artículo 12.1). Por otro lado, dentro de un plazo de seis meses después de que el Estado ha sido notificado de los resultados de la investigación y las observaciones y recomendaciones del Comité, este último puede solicitar al Estado que le informe sobre las medidas tomadas a raíz de esa investigación (artículo 12.2).

Correspondencias y referencias

Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 9; *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, artículo 8.

14. Comentario del artículo 13, "Medidas de protección"

> **Cada Estado Parte adoptará todas las medidas necesarias para que las personas que se hallen bajo su jurisdicción no sean sometidas a ningún tipo de malos tratos o intimidación como consecuencia de cualquier comunicación con el Comité de conformidad con el presente Protocolo.**

El artículo 13 se refiere a la necesaria protección por parte del Estado de las personas que hagan uso de su derecho de presentar comunicaciones o que participen de otro modo en el procedimiento de comunicaciones. El artículo 13 crea una nueva obligación para los Estados partes en el PF-PIDESC: tomar todas las medidas necesarias para proteger a las personas autoras de comunicaciones ante el Comité. Esta disposición tiene entre otros fundamentos el principio de buena fe en materia de cumplimiento de disposiciones convencionales. Así se requiere del Estado no sólo evitar represalias por la presentación de comunicaciones, sino ofrecer protección activa a los interesados en caso de malos tratos o intimidación. En sentido inverso, el incumplimiento de estas obligaciones puede afectar severamente el ejercicio del derecho de presentar una comunicación, es decir, afecta el propio objeto y fin del PF-PIDESC.[89] Su inclusión se justifica tanto por su contenido protectorio como porque estas obligaciones del Estado ya estaban previstas en otros instrumentos normativos[90] y han sido reconocidas de manera genérica por la jurisprudencia de derechos humanos como un requisito imprescindible para la efectividad de todo procedimiento internacional de comunicación, petición o queja.

El texto del artículo 13 se inspira directamente en el artículo 11 del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Pueden destacarse tres aspectos importantes:

- el Estado está obligado a adoptar medidas positivas de protección, según sea adecuado, y no solo a abstenerse de ejercer presión;
- la fórmula utilizada, que habla de "malos tratos o intimidación", debe ser interpretada de manera amplia, incluyendo toda forma de ataque, interferencia indebida o presión contra la integridad física, moral o psicológica de quien participe en la comunicación, destinada a impedir su presentación o tramitación, dificultarla, provocar su desistimiento o imponer represalias por el empleo de este procedimiento internacional;[91]
- los sujetos que merecen protección no se limita a quienes presenten la comunicación, sino que abarca a toda persona sujeta a la jurisdicción del Estado parte que puede sufrir malos tratos o intimidación a raíz de la comunicación. Esto incluye, por ejemplo, a los familiares y allegados de los autores de comunicaciones, a otros miembros del grupo de presuntas víctimas, a quienes hayan participado en la elaboración de la comunicación, a quienes hayan enviado al Comité información suplementaria u opiniones expertas, entre otros.

89 En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que los ataques contra testigos o eventuales testigos "pueden afectar de una manera negativa y determinante el sistema de protección a los derechos humanos establecido por la Carta de la Organización de los Estados Americanos y por el Pacto de San José". Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos *Velázquez Rodríguez, Fairén Garbi y Solís Corrales, y Godínez Cruz*, resolución de 15 de enero de 1988 (medidas provisionales), considerando 2.

90 Ver, al respecto, el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales generalmente reconocidas*, aprobada por Resolución A/RES/53/144 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. El artículo 9.4 de la Declaración dispone que: "(...) toda persona tiene el derecho, individual o colectivamente, de conformidad con los instrumentos y procedimientos internacionales aplicables, a dirigirse sin trabas a los organismos internacionales que tengan competencia general o especial para recibir y examinar comunicaciones sobre cuestiones de derechos humanos y libertades fundamentales, y a comunicarse sin trabas con ellos".

91 Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha decretado medidas provisionales para la protección de testigos y otros participantes en un caso contencioso ante la propia Corte, cuando se registraron homicidios de testigos y "versiones o campañas inadmisibles que tienden a presentar como desleales a su país a los hondureños que han concurrido ante la Corte en los presentes casos, con lo que se les expone al odio o al desprecio públicos y hasta a la agresión física o moral". Además de la protección de la vida y la integridad física de las personas participantes en el proceso, la Corte requirió al Estado que "adopte medidas concretas destinadas a aclarar que la comparecencia individual ante la Comisión o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en las condiciones en que ello está autorizado por la Convención Americana y por las normas procesales de ambos órganos, constituye un derecho de toda persona, reconocido por Honduras como parte en la misma Convención". Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos *Velázquez Rodríguez, Fairén Garbi y Solís Corrales, y Godínez Cruz*, resolución de 19 de enero de 1988 (medidas provisionales), considerando 5 y puntos resolutivos 1 y 2.

Correspondencias y referencias

Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 11; *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales generalmente reconocidas,* artículo 9.4.

15. Comentario del artículo 14, "Asistencia y cooperación internacionales"

1. El Comité transmitirá, según estime conveniente y con el consentimiento del Estado Parte interesado, a los organismos especializados, fondos y programas de las Naciones Unidas y otros órganos competentes sus dictámenes o recomendaciones acerca de las comunicaciones e investigaciones en que se indique la necesidad de asesoramiento técnico o de asistencia, junto con las eventuales observaciones y sugerencias del Estado Parte sobre esos dictámenes o recomendaciones.

2. El Comité también podrá señalar a la atención de tales órganos, con el consentimiento del Estado Parte interesado, toda cuestión surgida de las comunicaciones examinadas en virtud del presente Protocolo que pueda ayudar a dichas entidades a pronunciarse, cada una dentro de su esfera de competencia, sobre la conveniencia de medidas internacionales que puedan ayudar a los Estados Partes a hacer valer de forma más efectiva los derechos reconocidos en el Pacto.

3. Se establecerá un fondo fiduciario con arreglo a los procedimientos de la Asamblea General en la materia, que será administrado conforme al Reglamento Financiero y Reglamentación Financiera Detallada de las Naciones Unidas, para prestar asistencia especializada y técnica a los Estados Partes, con el consentimiento de los Estados Partes interesados, con miras a promover el ejercicio de los derechos enunciados en el Pacto, contribuyendo así a la creación de la capacidad nacional en materia de derechos económicos, sociales y culturales en el contexto del presente Protocolo.

4. Las disposiciones del presente artículo se aplicarán sin perjuicio de la obligación de todo Estado Parte de cumplir las obligaciones que le impone el Pacto.

El artículo 14 ofrece una respuesta a la inquietud de algunos Estados africanos respecto de la necesidad de considerar especialmente las dimensiones de la asistencia y cooperación internacionales como medios de realización de los derechos económicos, sociales y culturales, particularmente para los países en desarrollo. Ciertamente, la referencia expresa a la asistencia y cooperación internacionales, insertas en la cláusula que establece las obligaciones generales del PIDESC (artículo 2.1) y en otras cláusulas específicas (artículos 11, 15, 22 y 23), constituye una diferencia entre el texto de este tratado y el de otros, como el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, que no contiene tales menciones. De modo que es aceptable que el texto del Protocolo refleje esa diferencia.

De hecho, la solución que ofrece el PF-PIDESC es coherente con la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al menos en dos aspectos. Por un lado, refleja la consideración de una distinción efectuada por el Comité en la Observación General Nº 12, entre "falta de voluntad" y "falta de capacidad" del Estado para realizar plenamente los derechos consagrados en el PIDESC.[92] Si la ausencia de desarrollo progresivo de los derechos consagrados en el PIDESC se debe a la falta de recursos, no puede hablarse propiamente de una violación atribuible al Estado. Sin embargo, de acuerdo con la doctrina del mismo Comité, los recursos disponibles del Estado incluyen los propios, y los obtenidos a través

92 Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Nº 12, "El derecho a una alimentación adecuada"*, 12 de mayo de 1999, párr. 17.

de la asistencia y cooperación internacional.[93] De modo que, en caso de alegar falta de recursos, el Estado tiene la carga de demostrar que acudió a la asistencia y cooperación internacional, y que aún así no pudo obtener los recursos necesarios.[94]

a) Transmisión a otros organismos y agencias internacionales

Consecuentemente con lo anterior, el párrafo 1 del artículo 13 permite al Comité, con el consentimiento del Estado concernido, llamar la atención de los organismos especializados, fondos y programas de las Naciones Unidas y a otros órganos competentes, respecto de medidas de asesoramiento técnico o de asistencia, u otras medidas internacionales referidas a los hallazgos, conclusiones y recomendaciones del Comité. Esta transmisión de información puede hacerse tanto en el marco de los procedimientos de comunicaciones como en los de investigación. Es útil recordar que muchos de los derechos incluidos en el PIDESC se relacionan también con el ámbito de competencia y de operación de distintos organismos especializados y programas del Sistema de las Naciones Unidas, como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización Mundial de la Salud (OMS),

93 Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Nº 3, "La índole de las obligaciones de los Estados"*, párr. 13.

94 En su *Observación General Nº 12, "El derecho a una alimentación adecuada"*, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales precisó que: "En el caso de que un Estado Parte aduzca que la limitación de sus recursos le impiden facilitar el acceso a la alimentación a aquellas personas que no son capaces de obtenerla por sí mismas, el Estado ha de demostrar que ha hecho todos los esfuerzos posibles por utilizar todos los recursos de que dispone con el fin de cumplir, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas. Esta obligación dimana del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto en el que se obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos de que disponga, tal como señaló anteriormente el Comité en el párrafo 10 de su Observación General Nº 3. *El Estado que aduzca que es incapaz de cumplir esta obligación por razones que están fuera de su control, tiene, por tanto, la obligación de probar que ello es cierto y que no ha logrado recabar apoyo internacional* para garantizar la disponibilidad y accesibilidad de los alimentos necesarios" (párr. 17, énfasis agregado). El argumento, aunque referido puntualmente al derecho a la alimentación, es aplicable a todos los derechos del PIDESC, toda vez que se funda en la interpretación de las obligaciones generales establecidas en el art. 2.1 del Pacto.

la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), UN-Hábitat, ONUSIDA o el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), de modo que su acción puede redundar en beneficio de la realización de aquellos derechos.

La transmisión de dictámenes o recomendaciones acerca de las comunicaciones e investigaciones del Comité puede ser relevante en aquellos casos o situaciones en los que se haga evidente que el Estado realizó esfuerzos para obtener recursos de la asistencia y cooperación internacional sin obtener resultados.

La solución propuesta ofrece un buen compromiso entre el derecho de las personas que padecen situaciones que aparecen *prima facie* como violaciones de derechos económicos, sociales y culturales de presentar una comunicación ante un órgano internacional para constatar la existencia de dicha violación, y la necesidad de alertar a la comunidad internacional en aquellos casos en los que el Estado vea limitada su capacidad de desarrollar progresivamente aquellos derechos por falta de recursos. El procedimiento de comunicaciones, así como el de investigación, se convierte entonces en un medio que habilita al Comité a cumplir con las disposiciones de los artículos 22 y 23 del PIDESC. El artículo propuesto recoge en parte el lenguaje del artículo 45 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*.

En sentido similar, el párrafo 2 permite al Comité, con el consentimiento del Estado concernido, poner en conocimiento de los mismos órganos las cuestiones que surjan de las comunicaciones consideradas, que tengan relación con sus respectivas esferas de competencia. Esta remisión puede permitirles enterarse o ampliar su conocimiento sobre situaciones que requieran formas de asistencia o cooperación internacionales, y que puedan redundar en la realización de los derechos económicos, sociales y culturales incluidos en el PIDESC.

En ambos casos, la vinculación del procedimiento de comunicación –en tanto procedimiento capaz de detectar obstáculos y dificultades para que un Estado haga plenamente efectivos los derechos del PIDESC– con el trabajo de organismos y programas técnicos que poseen un mandato

de asistencia, cooperación y promoción, permite articular la acción de los distintos órganos y organizaciones de las Naciones Unidas. Ello ofrece además una instancia concreta para asegurar la consistencia y mutuo reforzamiento de la acción de los diferentes actores del Sistema de las Naciones Unidas en la realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Tal preocupación ya aparecía reflejada en el artículo 38 de la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*.

Correspondencias y referencias

PIDESC, artículos 2.1, 11, 15, 22 y 23; *Convención sobre los Derechos del Niño*, artículo 45; *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, artículos 32 y 38.

b) Fondo fiduciario

El párrafo 3 dispone el establecimiento de un fondo fiduciario, respondiendo con ello a las inquietudes de algunos Estados africanos, que subrayaron la conveniencia de que el PF-PIDESC refleje la importancia de la asistencia y cooperación internacionales como medio para lograr la plena realización de los derechos consagrados en el PIDESC. El fondo fiduciario específico apunta a aquellos casos en los que, a raíz de procedimientos de comunicación o de investigación, surja la necesidad de prestar asistencia especializada y técnica a los Estados partes, para promover el ejercicio de los derechos enunciados en el PIDESC. Con ello se pretende contribuir a la creación de la capacidad nacional en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

Esta disposición del PF-PIDESC retoma la figura del fondo fiduciario establecido por el *Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* (artículo 26). El procedimiento para el establecimiento del fondo, de naturaleza voluntaria, y sus reglas de administración se remiten a la práctica y normas de las Naciones Unidas que rigen el funcionamiento de fondos similares.

La inclusión de una cláusula que hiciera mención a un fondo fiduciario generó controversia en las sesiones del Grupo de Trabajo. Algunos países desarrollados se opusieron al reclamo del grupo africano, argumentando el peligro de que tal fondo constituyera una suerte de premio para los Estados partes que han sido encontrados responsables de violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales en el marco de una comunicación ante el Comité. La definición del objeto del fondo también generó discusión. De acuerdo con algunas propuestas, el fondo debía destinarse a colaborar con la implementación de las recomendaciones hechas por el Comité, mientras que otros Estados propusieron que el fondo se empleara para la promoción del PF-PIDESC. Contra la propuesta de establecer un fondo también se dirigieron objeciones fundadas en la posible superposición con otros fondos existentes y en los costos de operación que generaría tal establecimiento.

En el transcurso de la discusión se hizo evidente que la relevancia práctica del fondo dependerá de los aportes voluntarios que reciba. Finalmente, se llegó a un compromiso que incluyó una definición amplia del objeto del fondo y el agregado del párrafo 4. Este párrafo señala que las disposiciones de los restantes tres párrafos del artículo no deben entenderse como dispensas para el cumplimiento de las obligaciones que el PIDESC impone a los Estados partes. 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 protegidos por el PIDESC.

Correspondencias y referencias

Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, artículo 26.

16. Comentario del artículo 15, "Informe anual"

El Comité incluirá en su informe anual un resumen de sus actividades relacionadas con el presente Protocolo.

Al igual que la mayoría de los demás instrumentos internacionales que establecen procedimientos de comunicaciones y/o de investigación, el Comité deberá dar cuenta de su actividad relativa al PF-PIDESC en su informe anual. Se trata de una salvaguarda de rigor para hacer transparente la actividad del Comité, que no plantea controversia alguna. La publicidad de las comunicaciones examinadas y de las investigaciones permite conocer el tenor de los casos y situaciones tratados y de su resultado. No obstante, cabe señalar que tratándose del procedimiento de investigación, el artículo 11.7 del PF-PIDESC da un margen de discrecionalidad al Comité para hacer público en su informe anual los resultados de este procedimiento.

Correspondencias y referencias

Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6; *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, artículo 12; *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, artículo 14; *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, artículo 24; *Protocolo facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, artículo 16.3; *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, artículo 36.

17. Comentario del artículo 16, "Divulgación e información"

Cada Estado Parte se compromete a dar a conocer y divulgar ampliamente el Pacto y el presente Protocolo, así como a facilitar el acceso a información sobre los dictámenes y recomendaciones del Comité, en particular respecto de las cuestiones que guarden relación con ese Estado Parte, y a hacerlo en formatos accesibles a las personas con discapacidades.

El artículo 16 establece para el Estado obligaciones de difusión e información sobre el PIDESC y el PF-PIDESC, y fundamentalmente sobre los dictámenes y recomendaciones del Comité. La cuestión no generó controversia alguna en el Grupo de Trabajo. Se trata de una salvaguarda importante para permitir una amplia difusión del PIDESC, así como de los procedimientos de protección instituidos por su Protocolo. Asimismo, está orientada a facilitar la fiscalización de las organizaciones de la sociedad civil sobre el cumplimiento por parte del Estado de esas recomendaciones. La redacción se inspira en el texto del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, que ya contenía dicha obligación en su artículo 13.

Se añade, además, la necesidad de divulgación de la información "en formatos accesibles", en línea con lo establecido por el artículo 17 del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*,[95] que sin embargo se refiere sólo a la divulgación en formatos accesibles del propio PF-PIDESC, y no hace mención a los dictámenes y recomendaciones del respectivo Comité. La innovación es adecuada y debe ser bienvenida.

95 Ver igualmente el artículo 49 de la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*.

Correspondencias y referencias

Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 13; *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, artículo 17; *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, artículo 49.

18. Comentario del artículo 17, "Firma, ratificación y adhesión"

1. **El presente Protocolo estará abierto a la firma de cualquier Estado que haya firmado el Pacto, lo haya ratificado o se haya adherido a él.**
2. **El presente Protocolo estará sujeto a ratificación por cualquier Estado que haya ratificado el Pacto o se haya adherido a él. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.**
3. **El presente Protocolo quedará abierto a la adhesión de cualquier Estado que haya ratificado el Pacto o se haya adherido a él.**
4. **La adhesión se hará efectiva mediante el depósito del instrumento correspondiente en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.**

Se trata de una disposición clásica que generalmente contiene todo Protocolo a un tratado. Así, la ratificación o adhesión al PF-PIDESC requieren que el Estado en cuestión sea parte del PIDESC. Los mecanismos de ratificación o adhesión siguen la forma canónica en la materia: el depósito del instrumento ante el Secretario General de las Naciones Unidas. El párrafo 2 debe leerse con los artículos 18 a 21 del PF-PIDESC, toda vez que estos regulan las funciones del Secretario General de las Naciones Unidas como depositario del PF-PIDESC. Cabe señalar que en materia de las funciones del depositario de un tratado, las disposiciones del PF-PIDESC deben ser interpretadas y complementadas con las disposiciones pertinentes de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*.[96]

Correspondencias y referencias

Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 8; *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, artículos 17 y 18; *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, artículos 25 y 26; *Protocolo facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, artículo 27; *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, artículo 15; *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, artículo 86; *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, artículos 9, 10 y 11; *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, artículo 38; *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, artículos 76 a 80.

19. Comentario del artículo 18, "Entrada en vigor"

1. **El presente Protocolo entrará en vigor tres meses después de la fecha en que haya sido depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el décimo instrumento de ratificación o de adhesión.**
2. **Para cada Estado que ratifique el presente Protocolo o se adhiera a él después del depósito del décimo instrumento de ratificación o adhesión, el Protocolo entrará en vigor tres meses después de la fecha en que tal Estado haya depositado su propio instrumento de ratificación o de adhesión.**

96 **Artículos 76 a 80 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.***

Como el artículo anterior, se trata de una disposición clásica de los tratados. Su objeto radica en fijar claramente el momento a partir del cual el Estado queda jurídicamente vinculado por el tratado que ha ratificado o al cual ha hecho adhesión. Durante sus sesiones, el Grupo de Trabajo discutió acerca del número de ratificaciones o adhesiones necesarias para la entrada en vigencia del PF-PIDESC, ya que no existe una regla uniforme entre otros instrumentos similares. El único criterio que emerge de la práctica de las Naciones Unidas es que, tratándose de tratados que establecen un órgano de expertos, el número de ratificaciones debe ser al menos igual que el número de expertos que componen el órgano del tratado. No obstante, este criterio no era de aplicación para el PF-PIDESC, toda vez que el Comité de DESC ya estaba establecido antes de la negociación de este instrumento. La propuesta de diez ratificaciones o adhesiones no generó controversia y fue aceptada sin mayor debate.

El PF-PIDESC entrará en vigor a los tres meses del depósito del décimo instrumento de ratificación o de adhesión ante el Secretario General de las Naciones Unidas. Para los nuevos Estados partes la entrada en vigor se hará efectiva a los tres meses de producido el depósito del respectivo instrumento de ratificación o adhesión.

Correspondencias y referencias

Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9; *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, artículo 19; *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, artículo 27; *Protocolo facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, artículo 28; *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, artículo 87; *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, artículo 16; *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, artículo 13; *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, artículo 39.

20. Comentario del artículo 19, "Enmiendas"

> **1. Todo Estado Parte podrá proponer enmiendas al presente Protocolo y presentarlas al Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará a los Estados Partes las enmiendas propuestas y les pedirá que notifiquen si desean que se convoque una reunión de los Estados Partes para examinar las propuestas y tomar una decisión al respecto. Si en un plazo de cuatro meses a partir de la fecha de esta comunicación, un tercio al menos de los Estados Partes se declara en favor de tal reunión, el Secretario General la convocará bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Toda enmienda aprobada por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes presentes y votantes en la reunión será sometida por el Secretario General a la aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y posteriormente a la aceptación de todos los Estados Partes.**
>
> **2. Toda enmienda que haya sido aprobada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor el trigésimo día después de que el número de instrumentos de aceptación depositados equivalga a los dos tercios del número de Estados Partes en la fecha de aprobación de la enmienda. A continuación, la enmienda entrará en vigor para cualquier Estado Parte el trigésimo día siguiente al depósito de su propio instrumento de aceptación. Las enmiendas sólo serán vinculantes para los Estados Partes que las hayan aceptado.**

Se trata de disposiciones clásicas del derecho público internacional, que generalmente se encuentran en la mayoría de los tratados de derechos humanos. El artículo 19 refleja lo previsto por la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*.[97] En el pasado, por vía de este tipo de

97 **Artículos 39, 40 y 41 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*.**

disposiciones se introdujeron enmiendas a la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*[98] y a la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes,*[99] en particular con miras a asegurar que la financiación de los respectivos comités estuviera a cargo del presupuesto ordinario de las Naciones Unidas. Igualmente, la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* fue objeto de enmienda.[100] Mediante el procedimiento de enmiendas, el número de expertos del Comité de los Derechos del Niño pasó de 10 a 18.[101] Así, aunque se trate de procesos dilatados en el tiempo, las enmiendas permiten incorporar modificaciones procesales para reforzar la capacidad financiera y operativa de los órganos de tratados.

Correspondencias y referencias

Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 11; *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, artículo 22; *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, artículo 29; *Protocolo facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, artículo 34; *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, artículo 90; *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer,* artículo 18; *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, artículo 15; *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, artículo 44; *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,* artículos 30, 40 y 41.

98 En 1992, el artículo 8 de la Convención fue enmendado, aun cuando la enmienda aún no ha entrado en vigor.

99 En 1992, los artículos 17 (7) y 18 (5) de la Convención fueron enmendados, aun cuando las enmiendas aún no han entrado en vigor.

100 En 1995, el párrafo 1° del artículo 20 de la Convención fue enmendado, aun cuando la enmienda aún no ha entrado en vigor.

101 En 1995, el artículo 43 (2) de la *Convención sobre los Derechos del Niño* fue enmendado y en 2002 la enmienda entró en vigor.

21. Comentario del artículo 20, "Denuncia"

> **1. Todo Estado Parte podrá denunciar el presente Protocolo en cualquier momento mediante notificación por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto seis meses después de la fecha en que el Secretario General reciba la notificación.**
>
> **2. La denuncia se hará sin perjuicio de que se sigan aplicando las disposiciones del presente Protocolo a cualquier comunicación presentada en virtud de los artículos 2 y 10 o de que continúe cualquier procedimiento iniciado en virtud del artículo 11 antes de la fecha efectiva de la denuncia.**

Se trata de disposiciones clásicas de tratados de derechos humanos. Valga la pena anotar que este tipo de situaciones se han presentado en el ámbito del Sistema Universal. En efecto, Jamaica denunció el *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* el 23 de octubre de 1997. La denuncia entró en efecto a partir del 23 de enero de 1998. Las comunicaciones presentadas antes de que entrara en efecto la denuncia fueron examinadas por el Comité de Derechos Humanos. Hasta el año 2004, el Comité adoptó dictámenes relativos a comunicaciones presentadas antes del 23 de enero de 1998.[102] Finalmente, no sobra recordar que, de acuerdo con la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, la "denuncia de un tratado [...] no menoscabarán en nada el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que

102 Ver, por ejemplo, Dictamen de 16 de marzo de 2004, caso *Dennis Lobban c. Jamaica*, Comunicación N° 797/1998.

esté sometido en virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado".[103]

Correspondencias y referencias

Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 12; *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, artículo 21; *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, artículo 31; *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, artículo 89; *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, artículo 19; *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, artículo 16; *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, artículo 43.

22. Comentario del artículo 21, "Notificación del Secretario General"

> **El Secretario General de las Naciones Unidas notificará a todos los Estados mencionados en el párrafo 1 del artículo 26 del Pacto los siguientes detalles:**
>
> **a) Las firmas, ratificaciones y adhesiones relativas al presente Protocolo;**
>
> **b) La fecha de entrada en vigor del presente Protocolo y cualquier enmienda introducida en virtud del artículo 19;**
>
> **c) Toda denuncia recibida en virtud del artículo 20.**

Esta clásica cláusula de derecho público internacional hace explícita algunas de las funciones propias del depositario del instrumento internacional, previstas en el artículo 77 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. Las fórmulas de redacción pueden variar de un instrumento a otro. El PF-PIDESC sigue la técnica de redacción del artículo 20 del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Cabe señalar que la obligación de notificación a cargo del Secretario General de las Naciones Unidas está referida a todos los Estados mencionados en el párrafo 1° del artículo 26 del PIDESC, esto es: a "todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas o miembros de algún organismo especializado, así como de todo Estado Parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y de cualquier otro Estado invitado por la Asamblea General de las Naciones Unidas a ser parte en el presente Pacto".

Correspondencias y referencias

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 26.1; *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, artículo 13; *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, artículo 24; *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, artículo 32; *Protocolo facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, artículo 28; *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, artículo 20; *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, artículo 40; *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, artículo 77.

23. Comentario del artículo 22, "Idiomas oficiales"

> **1. El presente Protocolo, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en los archivos de las Naciones Unidas.**

103 Artículo 43 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*.

2. El Secretario General de las Naciones Unidas enviará copias certificadas del presente Protocolo a todos los Estados a que se refiere el artículo 26 del Pacto.

Se trata también de una disposición clásica que contienen todos los tratados de derechos humanos del Sistema Universal. Bajo esta disposición, la versión en cada uno de los idiomas referidos en el párrafo 1° es considerada auténtica y su texto hace fe. No obstante, tratándose de instrumentos internacionales auténticos en varios idiomas, pueden surgir dificultades interpretativas de determinadas cláusulas. Si bien el artículo 21 no aporta solución alguna, estas situaciones deben resolverse a la luz de dos estándares. En primer lugar, las pautas interpretativas sentadas por la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,*[104] y en particular su artículo 33 (4) que prescribe que en última instancia –esto es cuando se han agotado las demás técnicas interpretativas– se "adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado". El segundo estándar, o más precisamente fuente interpretativa, lo constituye los "*travaux préparatoires*" del tratado en cuestión. En el caso del PF-PIDESC, éstos están plasmados en los informes del *Grupo de Trabajo de composición abierta sobre un protocolo facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.*[105]

Correspondencias y referencias

Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14; *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, artículo 25; *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, artículo 33; *Protocolo facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, artículo 37; *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, artículo 93; *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, artículo 21; *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, artículo 18; *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, artículo 45; *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, artículos 31, 32 y 33.

104 **Ver artículos 31, 32 y 33.**

105 **Ver documentos de las Naciones Unidas: E/CN.4/2004/44, E/CN.4/2005/52, E/CN.4/2006/47, A/HRC/6/WG.4/2, A/HRC/8/WG.4/2, A/HRC/8/WG.4/3 y A/HRC/6/8.**

Comentario del Protocolo Facultativo del PIDESC

El 10 de diciembre de 2008, día en que se conmemoraron 60 años de la *Declaración Universal de Derechos Humanos,* la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, saldando así una deuda pendiente por más de 40 años: la inexistencia de procedimientos efectivos de protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. El Protocolo Facultativo, al establecer procedimientos efectivos de protección internacional contribuirá a la vigencia efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales. Comprender las disposiciones del Protocolo Facultativo, su naturaleza y alcance jurídico y procesal es de vital importancia. Animados por este propósito, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y la Comisión Internacional de Juristas publican este *Comentario del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.*