



**Consejo Económico
y Social**

Distr.
GENERAL

E/CN.4/2006/WG.23/2
21 de noviembre de 2005

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS

62º período de sesiones

Grupo de Trabajo de composición abierta establecido con
miras a estudiar las opciones relativas a la elaboración
de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de
Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Tercer período de sesiones

Ginebra, 6 a 17 de febrero de 2006

**ELEMENTOS PARA LA ELABORACIÓN DE UN PROTOCOLO
FACULTATIVO DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS
ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES**

**Documento analítico preparado por la Presidenta-Relatora,
Sra. Catarina de Albuquerque***

* Las notas de pie de página se distribuyen tal como han sido recibidas.

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN	1 - 2	3
I. PROCEDIMIENTO DE PRESENTACIÓN DE COMUNICACIONES	3 - 4	3
A. Introducción	3 - 26	3
B. Alcance de los derechos sujetos a un procedimiento de presentación de comunicaciones	5 - 6	4
C. Criterios de admisibilidad	7 - 9	6
D. Legitimación	10 - 11	8
E. Actuaciones sobre el fondo de un caso	12 - 13	10
F. Solución amistosa de las controversias	14 - 16	11
G. Medidas provisionales	17 - 18	12
H. Dictamen	19	13
I. Procedimientos de seguimiento	20 - 24	13
J. Reservas	25 - 26	14
II. PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN	27 - 30	15
III. PROCEDIMIENTOS ENTRE ESTADOS	31 - 34	16
IV. CUESTIONES INTERSECTORIALES	35 - 66	17
A. El protocolo facultativo y las decisiones nacionales sobre la asignación de recursos	35 - 43	17
B. Relación de un protocolo facultativo con los mecanismos existentes	44 - 47	23
C. Cooperación y asistencia internacionales	48 - 56	25
D. Costo de un protocolo facultativo	57 - 59	27
E. La posibilidad de no elaborar un protocolo facultativo	60	27
F. Análisis y evaluación de la repercusión que un protocolo facultativo tendría en el mejoramiento de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano nacional	61 - 66	28

INTRODUCCIÓN

1. El presente documento se ha preparado en respuesta al párrafo 109 del informe del Grupo de Trabajo de composición abierta encargado de estudiar las opciones para la elaboración de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre la labor realizada en su segundo período de sesiones (E/CN.4/2005/52), en el que las delegaciones me invitaron, como Presidenta-Relatora, a que preparase "un documento que incluyera elementos para la elaboración de un protocolo facultativo a fin de facilitar un debate más centrado durante el tercer período de sesiones del Grupo de Trabajo". En ese contexto, las delegaciones "pidieron que el documento presentara un análisis que no supusiera un juicio de valor de todas las diversas opciones para la elaboración del protocolo facultativo". El documento se ha organizado de manera que en él se tuvieran presentes cada uno de los 14 elementos. No obstante, el tope de 10.700 palabras que la Asamblea General impone para la extensión de un informe de esas características limita necesariamente la profundidad del análisis de cada uno de los elementos.

2. Durante el plazo que media entre períodos de sesiones, preparé un primer borrador del presente documento con miras a someterlo al análisis de los expertos antes de su presentación definitiva. Del 30 de septiembre al 2 de octubre de 2005 convoqué en Cascais (Portugal) una consulta con expertos en derechos humanos de las diferentes regiones del mundo para examinar el borrador. Los expertos convocados fueron: Philip Alston (Australia), Victor Dankwa (Ghana), Paula Escarameia (Portugal), Kamal Houssein (Bangladesh), Mónica Pinto (Argentina) y Martin Scheinin (Finlandia). Además, Colin Gonsalves (India) presentó por escrito sus observaciones sobre el borrador. Virgínia Brás Gomes, Giorgio Malinverni y Eibe Riedel, expertos del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también asistieron a la reunión o facilitaron sus observaciones por escrito. Les estoy vivamente agradecida por su valiosa ayuda. También quiero expresar mi gratitud por la asistencia profesional que recibí del personal de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH).

I. PROCEDIMIENTO DE PRESENTACIÓN DE COMUNICACIONES

A. Introducción

3. Un procedimiento de presentación de comunicaciones permite que las personas, y en ocasiones grupos de personas, puedan denunciar la supuesta violación por un Estado de una disposición de un tratado de derechos humanos para su examen cuasi judicial por un órgano encargado de vigilar la observancia de los derechos humanos. En el marco del sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas, cinco de los siete tratados fundamentales de derechos humanos cuentan con procedimientos de presentación de comunicaciones¹. En ese contexto,

¹ Communications procedures exist in relation to the following international human rights treaties: the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) through its Optional Protocol; the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (ICERD, art. 14), the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT, art. 22), the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) through its Optional Protocol, and the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and

todos los procedimientos de presentación de comunicaciones son facultativos, lo que significa que es necesario suscribir una declaración separada de aceptación de ese mecanismo tanto en los casos en que el procedimiento de presentación de comunicaciones se establece en el propio instrumento (como es el caso en la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial o la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes) o en un protocolo facultativo (es el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer). Así pues, la ratificación de un tratado no entraña que un Estado Parte esté vinculado por el procedimiento de presentación de comunicaciones que en él pueda establecerse.

4. El examen de una comunicación está dividido generalmente en las siguientes etapas: recepción de la comunicación, decisión sobre la admisibilidad, examen del fondo (también pueden examinarse simultáneamente la admisibilidad y el fondo), formulación de observaciones y seguimiento.

B. Alcance de los derechos sujetos a un procedimiento de presentación de comunicaciones

5. Hay cinco enfoques principales para determinar qué derechos contenidos en el Pacto estarían sujetos a un procedimiento de presentación de comunicaciones. Son los siguientes:

- a) **El enfoque exhaustivo**, que puede adoptar dos formas. En la primera se permite a un autor presentar una comunicación en la que alegue una violación de cualquiera de las disposiciones del Pacto. En la segunda se permite a un autor que presente una comunicación en la que alegue una violación de cualquiera de las disposiciones de la Parte III, contemplada conjuntamente con las Partes I y II. En todos los sistemas de presentación de comunicaciones existentes en el marco del sistema internacional se ha adoptado el enfoque exhaustivo.
- b) **El enfoque "a la carta"** permite a los Estados limitar la aplicación del procedimiento de presentación de comunicaciones a determinadas disposiciones del Pacto. La Carta Social Europea Revisada obliga a los Estados Partes a considerarse vinculados por al menos seis de los nueve artículos de la Parte II (los denominados derechos "fundamentales") así como otros artículos de la Parte II que pueden elegir siempre que en total no sean menos de 16 artículos². Cabe señalar que el enfoque "a la carta" se adopta en la Carta y no en su Protocolo Facultativo; en otras palabras, en la Carta, a diferencia de lo que sucede con el Pacto, se establece una jerarquía

Members of Their Families (CMW) (art. 76). At the regional level the African Charter on Human and Peoples' Rights, the American Convention on Human Rights, the European Convention on Human Rights and the European Social Charter all contain communications procedures.

² European Social Charter (revised), art. A, Part III.

interna entre los derechos sociales. Ese enfoque se conoce también como "elegir a la carta".

- c) **El enfoque de reserva** o "rechazar a la carta" permitiría a los Estados Partes excluir de la aplicación del procedimiento de presentación de comunicaciones una o varias disposiciones del Pacto. Mientras que el enfoque de "elegir a la carta" parte de la hipótesis de que el procedimiento debe aplicarse únicamente a un número limitado de disposiciones del Pacto, el enfoque de "reserva" parte de la base de que el procedimiento de presentación de comunicaciones se aplicaría en principio a la totalidad del tratado con algunas excepciones³.
- d) **El enfoque de plazos limitados** permite a los Estados Partes limitar la aplicación del procedimiento de presentación de comunicaciones a determinadas disposiciones del Pacto, al tiempo que los obliga a aumentar el número de disposiciones sujetas al procedimiento en unos plazos determinados con el objetivo de conseguir la cobertura total⁴.
- e) **El enfoque limitado** permite a un autor presentar comunicaciones únicamente en relación con algunas Partes o algunas disposiciones del Pacto. Por ejemplo, el procedimiento de presentación de comunicaciones podría aplicarse únicamente a las Partes II y III del Pacto o a disposiciones concretas de las Partes I, II o III. El Protocolo de San Salvador de la Convención Americana sobre Derechos Humanos permite la presentación de comunicaciones en relación con dos artículos del Protocolo⁵.

6. El Grupo de Trabajo tal vez desee analizar cuál sería el enfoque más adecuado en relación con un protocolo facultativo que adoptase la forma de un procedimiento de presentación de comunicaciones. Entre los aspectos que los participantes tal vez deseen examinar figuran:

³ An example of an "opt-out" clause can, for example, be found in CEDAW, art. 29(2), according to which a "State Party may at the time of signature or ratification of the ... Convention or accession thereto declare that it does not consider itself bound by" an obligation to refer, under certain circumstances, disputes between States parties, to the International Court of Justice.

⁴ For example in the case of the UN Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby-Traps and Other Devices as amended on 3 May 1996 (Protocol II to the 1980 Convention as amended on 3 May 1996) there is a provision (article 3 of the Technical Annex) stating that "[i]n the event that a High Contracting Party determines that it cannot immediately comply with" some specific provisions of the Protocol "it may declare at the time of its notification of consent to be bound by [the] Protocol, that it will ... defer compliance with [those provisions] for a period not to exceed 9 years from the entry into force of this Protocol".

⁵ See Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the area of Economic, Social and Cultural Rights, "Protocol of San Salvador", art. 19(6).

- a) Las consecuencias en cada enfoque de los principios de indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos;
- b) Las opiniones expresadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su proyecto de protocolo facultativo contenido en el documento E/CN.4/1997/105;
- c) Qué enfoque podría facilitar la rápida ratificación de un protocolo facultativo en forma de procedimiento de presentación de comunicaciones;
- d) Los posibles efectos de la exclusión de algunas disposiciones de la aplicación de un procedimiento de presentación de comunicaciones, en particular en relación con las comunicaciones relativas a más de una de las disposiciones del Pacto;
- e) La importancia relativa de que los Estados gocen de flexibilidad en la aplicación de un procedimiento de presentación de comunicaciones;
- f) Los efectos de los distintos enfoques en la afirmación de la justiciabilidad y la promoción de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano nacional;
- g) La posibilidad de que los objetivos que se persiguen con los procedimientos de "elegir a la carta" o "rechazar a la carta" pudieran conseguirse mediante la formulación de reservas al protocolo facultativo.

C. Criterios de admisibilidad

7. Todos los procedimientos de presentación de comunicaciones contienen un determinado número de criterios formales de admisibilidad que deben satisfacerse para que el órgano decisorio pueda recibir y examinar una comunicación. Entre esos criterios cabe citar:

- a) ***Ratione personae o legitimación.*** Ese criterio se analiza en la sección D.
- b) ***Ratione materiae.*** Ese criterio requiere que en la comunicación se alegue la violación de los derechos reconocidos en el Pacto o, en su caso, de una disposición que el Estado Parte haya reconocido como sujeta al procedimiento.
- c) ***Ratione loci.*** Ese criterio requiere que haya una conexión entre la supuesta víctima y el Estado Parte contra el que se presenta la comunicación.
- d) ***Ratione temporis.*** Ese criterio se ocupa de si un autor puede presentar comunicaciones relativas a presuntas violaciones cometidas con anterioridad a la entrada en vigor del procedimiento para el Estado Parte interesado. En muchos procedimientos no se aborda esa cuestión, aunque en el Protocolo Facultativo de la

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer se requiere claramente *ratione temporis*⁶.

- e) **Identificación de la víctima.** En la comunicación debe identificarse a la víctima o grupo de víctimas que aleguen haber sido perjudicadas.
- f) **Exclusión de las comunicaciones anónimas.** Las comunicaciones anónimas no son admisibles en los procedimientos para la presentación de comunicaciones actualmente vigentes. Cabe señalar que la inadmisibilidad de las comunicaciones anónimas no excluye la posibilidad de ocultar la identidad del autor al Estado Parte de que se trate, algo que normalmente sólo se hace con el consentimiento expreso del denunciante⁷.
- g) **Abuso del derecho a presentar una comunicación.** Mediante ese criterio se excluyen las comunicaciones que el órgano correspondiente determine son contrarias al objeto y al fin del instrumento de que se trate⁸.
- h) **No duplicación de los procedimientos.** Ese criterio tiene por objeto garantizar que un órgano internacional o regional no examine una comunicación si la misma cuestión está siendo examinada (procedimientos simultáneos) o ya ha sido examinada (procedimientos sucesivos) por otro procedimiento internacional. Los procedimientos actualmente en vigor o bien no contienen disposiciones a este respecto o consideran una comunicación inadmisibile cuando: i) la cuestión está siendo examinada en el marco de algún otro procedimiento internacional de investigación o arreglo⁹; ii) la misma cuestión ya ha sido examinada con arreglo a otro procedimiento internacional de investigación o arreglo¹⁰.
- i) **Agotamiento de los recursos internos.** Ese criterio requiere que el autor de una comunicación haya agotado todos los recursos de que disponga en su país antes de presentar una comunicación con arreglo al procedimiento internacional¹¹. Ese criterio está sujeto a una excepción cuando la tramitación de los recursos se prolongue injustificadamente o sea inútil¹². En el sistema interamericano se

⁶ See OP to CEDAW, art. 4(2)(e), which establishes that a communication will be inadmissible when “[t]he facts that are the subject of the communication occurred prior to the entry into force of the ... Protocol for the State Party concerned unless the facts continued after that date”.

⁷ See e.g. ICERD, art. 14(6)(a).

⁸ See OP to ICCPR, art. 3; CAT, art. 22(2); CMW, art. 77(2); and OP to CEDAW, art. 4(2)(b).

⁹ See OP to ICCPR, art. 5 (2)(a).

¹⁰ See CAT, art. 22(5); CMW, art. 77(3)(a); and, OP to CEDAW, art. 4(2)(a).

¹¹ See CERD, art. 14(7)(a); CAT, art. 22(5)(b); OP to ICCPR arts. 2 and 5(2)(b); CMW, art. 77(3)(b); and, OP to CEDAW, art. 4(1).

¹² See CERD, art. 14(7)(a); OP to CEDAW, art. 4(1).

establecen tres excepciones a esa regla, a saber: en los casos en que "a) en la legislación nacional del Estado de que se trate no se contemplen las debidas garantías procesales para la protección del derecho o derechos que supuestamente se hayan violado; b) la parte que alegue una violación de sus derechos haya visto negado su acceso a los recursos contemplados en la legislación nacional o se le haya impedido agotarlos; o c) se haya producido un retraso injustificado en la emisión de un fallo definitivo en relación con esos recursos"¹³.

- j) **Naturaleza escrita.** En todos los procedimientos para la presentación de comunicaciones se establece, bien sea en el propio instrumento o en el reglamento, que las comunicaciones habrán de presentarse por escrito.
- k) **Sustanciación.** En el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer se determina también la inadmisibilidad de una comunicación cuando "sea manifiestamente infundada o esté insuficientemente sustanciada"¹⁴.

8. En su segundo período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó la posibilidad de añadir un nuevo criterio de admisibilidad, a saber: el agotamiento de los recursos regionales (véase el documento E/CN.4/2005/52). El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar las ventajas derivadas de la inclusión de ese requisito adicional. Una cuestión que es necesario tener en cuenta a ese respecto es si el criterio de la "no duplicación de los procedimientos" no excluiría automáticamente, en la práctica, las comunicaciones que ya se hubieran presentado con arreglo a otro procedimiento. Otra cuestión que se debe tener presente es el hecho de que diferentes procedimientos regionales se aplican a tratados distintos y adoptan formas diversas: se plantea, por tanto, la cuestión de si sería difícil evaluar en qué medida se habrían agotado los recursos regionales. Otra cuestión que hay que abordar es si el requisito del agotamiento de los recursos regionales podría suponer una dilación del acceso a la justicia en el plano internacional. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar otras formas de velar por la participación de los mecanismos regionales en el marco de la presentación de comunicaciones al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

9. Es importante señalar que la selección de los criterios de admisibilidad determina la forma de aplicar el procedimiento de presentación de comunicaciones, evitando que se abuse de él y garantizando que el órgano de supervisión no se vea sobrecargado por un número excesivo de comunicaciones.

D. Legitimación

10. La legitimación en un procedimiento de presentación de comunicaciones determina quién puede presentar una comunicación. Si el autor una comunicación no está legitimado para presentarla con arreglo al instrumento, el Comité rechazará la comunicación por cuestiones de

¹³ See American Convention on Human Rights, art. 46(2).

¹⁴ See OP to CEDAW art. 4(2)(c).

forma, sin examinar el fondo. Los procedimientos de presentación de comunicaciones consideran legitimados para la presentación de comunicaciones a los siguientes autores:

- a) **Personas y grupos de personas.** En la mayoría de los procedimientos de presentación de comunicaciones existentes en el marco de las Naciones Unidas se legitima expresamente únicamente a las personas que aleguen ser víctimas, es decir, personas físicas. En la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer se permite la presentación de comunicaciones por grupos de personas, además de por particulares. El reglamento del Comité de Derechos Humanos permite la presentación de comunicaciones por grupos de personas en el marco del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- b) **Autores que actúan en nombre de personas o de grupos de personas.** En los procedimientos internacionales existentes de presentación de comunicaciones relacionadas con los derechos humanos se permite a las presuntas víctimas que designen un representante encargado de presentar una comunicación, por ejemplo, un asesor jurídico u otro agente que actúe en representación de la víctima. En el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer se requiere que el representante designado tenga el consentimiento de la persona o grupo de personas, a menos que el autor pueda justificar que actúa en su nombre aunque no cuente con tal consentimiento¹⁵. En el artículo 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se reconoce la legitimación de cualquier persona o grupo de personas o de cualquier entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos. A veces pueden aceptarse comunicaciones presentadas por familiares o personas cercanas a la presunta víctima, incluso sin la autorización expresa de ésta, en los casos en que "la persona en cuestión no esté en condiciones de presentar personalmente la comunicación"¹⁶.
- c) **Colectivos, organizaciones y grupos de intereses.** En los procedimientos de presentación de comunicaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), así como en el sistema europeo, se da legitimidad a organizaciones concretas, más que a personas o grupos de personas. Por ejemplo, en el Protocolo Adicional de la Carta Social Europea, únicamente se reconoce la legitimidad de determinados sindicatos, organizaciones de empleadores y organizaciones no gubernamentales, siempre que los objetivos consagrados en sus estatutos guarden relación con la promoción de los derechos a que se haga referencia en la comunicación¹⁷. Dada la específica naturaleza tripartita de la OIT, en sus procedimientos se da legitimidad a

¹⁵ Ibid., art. 2; Committee on the Elimination of Discrimination against Women, rules of procedure, rule 68(1) and (3).

¹⁶ See Human Rights Committee, rules of procedure, rule 96.

¹⁷ See the Additional Protocol, art. 1.

los Estados, los grupos de empleados y los grupos de empleadores, pero no a las personas a título individual o a los autores designados para actuar en nombre de éstas. En ninguno de los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas se prevé un procedimiento de presentación de comunicaciones colectivas.

11. La determinación de los autores que podrían estar legitimados para actuar en un procedimiento de presentación de comunicaciones en el marco del Pacto afectaría a la esencia misma del instrumento. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar las siguientes cuestiones en relación con la legitimación:

- a) La conveniencia de facultar a las personas para que presenten comunicaciones a título individual mediante el acceso directo al procedimiento de presentación de comunicaciones;
- b) Las ventajas relativas que tendría centrarse en las comunicaciones individuales (casos específicos) o en las comunicaciones colectivas (casos generalizados);
- c) El efecto que tendría permitir que se puedan presentar comunicaciones en representación de terceros, en particular los grupos de la sociedad civil, especialmente cuando las personas o grupos de personas afectadas no puedan, a causa de su pobreza, presentar las comunicaciones por sí mismas.

E. Actuaciones sobre el fondo de un caso

12. El órgano decisorio examina el fondo de un caso bien al mismo tiempo que examina su admisibilidad o bien con posterioridad, según el proceso que se expone a continuación:

- a) **Transmisión.** El órgano del tratado transmite la comunicación al Estado Parte y al Secretario General o solicita aclaraciones al autor¹⁸;
- b) **Respuesta del Estado Parte.** Se pide al Estado Parte que, normalmente en un plazo de seis meses¹⁹, presente explicaciones o declaraciones por escrito aclarando la cuestión y, en su caso, exponiendo las medidas correctivas que hubiere adoptado²⁰;
- c) **Transmisión a las partes.** En los respectivos reglamentos de los cinco órganos establecidos en virtud de tratados se establece que el órgano del tratado transmitirá la información proporcionada por las partes a las demás y dará a cada una de éstas la

¹⁸ See e.g. Committee against Torture, rules of procedure, rule 99(1) and Committee on the Elimination of Racial Discrimination, rules of procedure, rule 94(1).

¹⁹ The exception to the rule is the case of communications under ICERD where the State party has a three-month time limit to submit the responses. See ICERD, art. 14(6)(b); Committee on the Elimination of Racial Discrimination, rules of procedure, rule 94(2).

²⁰ See e.g. OP to ICCPR, art. 4(2); CAT, art. 22(3), CERD, art. 14(6)(b); CMW, art. 77(4); and OP to CEDAW, art. 6(2).

oportunidad de presentar sus observaciones sobre dicha información dentro de un plazo determinado²¹;

- d) **Examen del fondo.** El examen del fondo de una comunicación se realiza a la luz de toda la información facilitada por el Estado Parte y por el denunciante²². El examen de las comunicaciones se realiza en sesiones privadas²³.

13. Es importante señalar que en la mayoría de los procedimientos internacionales de presentación de comunicaciones en materia de derechos humanos se exige que el procedimiento se lleve a cabo sobre la base de información presentada por escrito. En los reglamentos del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y del Comité contra la Tortura se contempla la posibilidad de que los autores comparezcan personalmente, aunque eso no ha sucedido nunca. En los reglamentos de esos dos comités y en el del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer se contempla la posibilidad de que los comités obtengan, por conducto del Secretario General, información adicional de órganos u organismos especializados de las Naciones Unidas, siempre que se dé a las demás partes la oportunidad de formular observaciones sobre esa información²⁴.

F. Solución amistosa de las controversias

14. Un paso adicional en el examen del fondo es la solución amistosa de las controversias, que permite a las partes en una comunicación ponerse de acuerdo sobre una solución antes de que el órgano decisorio emita su dictamen. La solución amistosa de las controversias es un principio básico del derecho internacional y se ha incorporado en todos los demás mecanismos de derechos humanos por referencia y, en algunos casos, de forma expresa. El acuerdo que se alcance debe ser siempre compatible con el respeto de los derechos humanos. En el sistema interamericano, la Comisión, tras decidir que una comunicación es admisible, "se pondrá a disposición de las partes interesadas con miras a facilitar la solución de la cuestión sobre la base del respeto de los derechos humanos reconocidos en la Convención"²⁵. Existe una posibilidad similar en relación con la Convención Europea de Derechos Humanos²⁶. En el contexto

²¹ See, e.g. Human Rights Committee, rules of procedure, rule 99(2) and (3); Committee against Torture, rules of procedure, rule 111(2) and (3).

²² For example, OP to CEDAW, art. 7(1), states that the Committee should consider all information made available to it by or on behalf of individuals or groups of individuals or the State party.

²³ OP to CEDAW, art. 7(2); Committee on the Elimination of Racial Discrimination, rules of procedure, rule 88; OP to ICCPR, art. 5(3); CAT, art. 22(6); and CMW, art. 77(6).

²⁴ See e.g. Committee on the Elimination of Discrimination against Women, rules of procedure, rule 72(2).

²⁵ American Convention on Human Rights, art. 48(1)(f).

²⁶ European Convention on Human Rights, art. 28(b).

europeo se ha llegado a una solución amistosa oficial en aproximadamente el 12,5% de los casos declarados admisibles²⁷.

15. La posibilidad de llegar a una solución amistosa no es obligatoria y, si no fuera posible llegar a un acuerdo, el órgano decisorio continuará con el examen del fondo. En el sistema interamericano, por ejemplo, cuando no se llega a una solución amistosa, la Comisión está facultada para remitir el caso a la Corte o hacer públicos sus resultados o recomendaciones. La Comisión tiene también la discreción de excluir la posibilidad de llegar a una solución amistosa si la naturaleza del caso no se presta a ello o si el Estado no actúa de buena fe²⁸. De hecho, el éxito de un procedimiento de solución amistosa depende de que exista la posibilidad de recurrir al procedimiento contencioso si no se puede llegar a un arreglo amistoso.

16. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar las siguientes cuestiones en relación con el examen del fondo:

- a) La posibilidad de permitir expresamente al Comité examinar simultáneamente la admisibilidad y el fondo;
- b) La necesidad de incluir expresamente en el texto de un futuro protocolo facultativo la posibilidad del arreglo amistoso como medio para llegar a una solución satisfactoria para ambas partes, teniendo presente que es ya un principio general del derecho internacional y la conveniencia de que el futuro protocolo facultativo sea simple y conciso;
- c) La conveniencia de incluir salvaguardias en el procedimiento, como facultar al Comité para excluir en determinados casos la posibilidad de la solución amistosa.

G. Medidas provisionales

17. En situaciones urgentes, un órgano que haya recibido una comunicación en la que se denuncie una supuesta violación de los derechos humanos puede, antes de adoptar una decisión, pedir a un Estado Parte que adopte unas medidas provisionales determinadas para evitar un daño irreparable a la víctima de esa supuesta violación. Las medidas provisionales están concebidas para dar respuesta a situaciones excepcionales o casos en que peligre la vida. Por ejemplo, de los casos examinados por el Comité de Derechos Humanos, la gran mayoría de las veces que se ha recurrido a las medidas provisionales ha sido en casos relativos a la pena capital o casos de deportación en los que existiera el riesgo de violación de los artículos 6 ó 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Una vez que el Comité ha adoptado medidas provisionales, puede confirmarlas o revocarlas en su dictamen definitivo. Esa posibilidad está prevista en los respectivos reglamentos del Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Sin embargo, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra

²⁷ L. Pettiti, E. Decaux and P. Imbert, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Ed. Economica, 1995, p. 662.

²⁸ Regulations of the Inter-American Commission on Human Rights, regulation 45(7).

la mujer incluye expresamente una disposición sobre medidas provisionales según la cual el Comité podrá solicitar al Estado Parte que adopte "las medidas provisionales necesarias para evitar posibles daños irreparables²⁹" a la víctima o víctimas presuntas. El uso de las medidas provisionales en el sistema interamericano ha sido importante para proteger el derecho a la salud de las personas aquejadas por el VIH/SIDA que buscaban acceso a medicamentos esenciales³⁰.

18. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la conveniencia de incluir una referencia explícita a las medidas provisionales en un posible procedimiento de presentación de comunicaciones.

H. Dictamen

19. La siguiente etapa en el examen de una comunicación es la adopción por el órgano del tratado en cuestión de su decisión o dictamen sobre una comunicación. Los procedimientos existentes contienen una disposición en la que se recoge que el órgano del tratado remitirá su dictamen y sus recomendaciones al Estado Parte interesado y al denunciante³¹. Cuando se trata de una violación de los derechos humanos, el órgano del tratado solicita al Estado Parte que adopte las medidas adecuadas para poner remedio. Esas medidas pueden limitarse a la recomendación de que un Estado Parte proporcione un "remedio apropiado", o pueden ser más específicas, como una recomendación de que se revisen las políticas o se derogue una ley, el pago de una indemnización o la prevención de futuras violaciones.

I. Procedimientos de seguimiento

20. Todos los órganos creados en virtud de tratados han desarrollado la práctica de hacer un seguimiento de las decisiones adoptadas con respecto a una comunicación concreta. En los reglamentos del Comité para la Discriminación Racial y del Comité contra la Tortura se establece que se invitará al Estado Parte interesado a que informe al Comité de las medidas adoptadas en relación con el dictamen del Comité. En 1990, el Comité de Derechos Humanos estableció un procedimiento para supervisar el cumplimiento de sus dictámenes. En virtud de ese procedimiento, el Comité establece en sus decisiones un plazo para recibir información relativa a las medidas adoptadas por el Estado Parte en relación con el dictamen del Comité. El Comité también nombra un relator especial encargado de verificar las medidas adoptadas por el Estado Parte para dar efecto al dictamen del Comité.

²⁹ OP to CEDAW, art. 5(1).

³⁰ See e.g., *Jorge Odir Miranda Cortez y Otros* (El Salvador), Report No. 29/01 of 2000. The American Convention on Human Rights expressly stipulates that "[i]n cases of extreme gravity and urgency, and when necessary to avoid irreparable damage to persons, the Court shall adopt such provisional measures as it deems pertinent in matters it has under consideration. With respect to a case not yet submitted to the Court, it may act at the request of the Commission." See American Convention on Human Rights, art. 63(2).

³¹ OP to CEDAW, art. 7(3); OP to ICCPR, art. 5(4); CAT, art. 22(7); CERD, art. 14(7); and, CMW, art. 77(7).

21. En el caso del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en el reglamento del Comité se dispone que se nombrará un relator o se establecerá un grupo de trabajo para verificar las medidas conexas adoptadas por los Estados Partes³². El relator informará periódicamente al Comité sobre las actividades de seguimiento³³.

22. Los diversos sistemas de presentación de quejas y denuncias existentes en la OIT incluyen también mecanismos de seguimiento. Por ejemplo, el Comité de Libertad Sindical puede formular recomendaciones a los Estados miembros a raíz del examen de una denuncia. Posteriormente se pide a los gobiernos que informen sobre la aplicación de esas recomendaciones. En sus recomendaciones, el Comité puede proponer a los gobiernos interesados que se lleve a cabo una misión de "contacto directo" para abordar la cuestión directamente con funcionarios gubernamentales y representantes sociales a través de un proceso de diálogo. El Comité también puede recomendar al Consejo de Administración de la OIT que recomiende a los gobiernos interesados que soliciten asistencia técnica de la OIT para ayudarles a resolver el problema.

23. Esos procedimientos constituyen un incentivo para que los Estados adopten rápidamente medidas encaminadas a dar efecto a los dictámenes del Comité, un medio para que los Estados informen públicamente sobre esas medidas y una fuente de mejores prácticas para los Estados en relación con la aplicación de los dictámenes del Comité y, por tanto, son un elemento esencial para hacer que el sistema de presentación de comunicaciones sea eficaz.

24. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la conveniencia de incluir expresamente en un posible procedimiento de presentación de comunicaciones los correspondientes procedimientos de seguimiento y la naturaleza de esos procedimientos.

J. Reservas

25. Una reserva es una declaración unilateral de un Estado "con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado"³⁴. Generalmente, sólo se prohíben las reservas que son "incompatibles con el objeto y el propósito del tratado"³⁵. No obstante, en reconocimiento de que un protocolo facultativo es, de hecho, un instrumento opcional, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer contiene una disposición que prohíbe expresamente formular reservas³⁶.

³² Rule 73(4).

³³ Rule 73(6).

³⁴ Vienna Convention on the Law of Treaties, art. 2(1)(d).

³⁵ *Ibid.*, art. 19(c).

³⁶ OP to CEDAW, art. 17.

26. El Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta:
- a) El efecto que tendría permitir que se formularan reservas en un instrumento de carácter facultativo;
 - b) Las similitudes entre un proceso de presentación de comunicaciones en el que se permita formular reservas y un enfoque de "rechazo a la carta" (que se explica más arriba), y si la elección de uno podría excluir la utilización del otro;
 - c) La aplicabilidad de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

II. PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN

27. El procedimiento de investigación es un mecanismo a través del cual un órgano creado en virtud de un tratado puede tomar la iniciativa en caso de que reciba información fiable que, a su juicio, contenga indicaciones fundadas de que se están produciendo violaciones graves o sistemáticas de los derechos humanos en el territorio de un Estado Parte. Las diferencias fundamentales entre un procedimiento de investigación y un procedimiento de denuncia son: en primer lugar, que en un procedimiento de investigación no es necesario que el Comité reciba una denuncia oficial, puesto que depende de él la decisión de iniciar el procedimiento (que puede incluir una visita al Estado Parte, con su consentimiento); en segundo lugar, que el examen de una situación por un órgano creado en virtud de un tratado se permite únicamente en los casos en que haya indicios de violaciones graves o sistemáticas de los derechos establecidos en el tratado; y en tercer lugar, que no es necesario que haya una víctima.

28. En la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (art. 20) y en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (arts. 8 y 9) se han incluido procedimientos de investigación. Con arreglo a lo dispuesto en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 10), los Estados pueden "excluirse" del procedimiento de investigación en el momento de la firma, adhesión o ratificación. Según lo dispuesto en la Convención contra la Tortura u otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (art. 20), los Estados pueden formular una reserva en la que declaren que no reconocen la competencia del Comité para llevar a cabo procedimientos de investigación.

29. Las etapas principales de un proceso de investigación son las siguientes³⁷:

- a) **Recepción de información.** El órgano creado en virtud del tratado recibe información sobre violaciones graves o sistemáticas de los derechos humanos.
- b) **Examen inicial de la información.** El órgano determina la fiabilidad de la información. Puede también solicitar información complementaria.

³⁷ See e.g. *ibid.*, arts. 8 and 9 and Committee on the Elimination of Discrimination against Women, rules of procedure, rules 76-91.

- c) **Invitación al Estado Parte para que coopere.** Si el órgano del tratado determina que la información es fiable, cursa una invitación al Estado Parte para que coopere en el examen de la información, incluso mediante la presentación de información adicional.
- d) **Decisión de proceder.** El órgano examina la información presentada por el Estado Parte, así como cualquier otra información facilitada por organizaciones gubernamentales, el sistema de las Naciones Unidas, organizaciones no gubernamentales o particulares y designa a uno o más de sus miembros para que lleven a cabo la investigación. Si el órgano decide iniciar una investigación deberá solicitar la colaboración del Estado Parte en todas las etapas de ésta.
- e) **Visita al país.** Cuando esté justificado, el órgano del tratado podrá realizar una visita al territorio de que se trate. Durante las visitas, y con el consentimiento del Estado Parte, podrán celebrarse audiencias.
- f) **Transmisión de las conclusiones.** Una vez realizada la investigación, el órgano del tratado transmitirá sus conclusiones al Estado Parte.
- g) **Presentación de las observaciones del Estado Parte.** El Estado Parte deberá presentar sus observaciones en un plazo de seis meses desde que se le remitieran las conclusiones.
- h) **Seguimiento.** El órgano del tratado puede invitar al Estado Parte a que incluya en su informe periódico detalles de las medidas que haya podido adoptar en aplicación de las conclusiones remitidas. También puede invitar al Estado Parte a que le informe de las medidas que haya podido adoptar en aplicación de las conclusiones. El órgano incluirá un resumen del procedimiento en su informe anual.

30. El procedimiento de investigación tendrá carácter confidencial en todas sus etapas, y todas las sesiones del Comité que se dediquen a un procedimiento de investigación serán privadas. Los resultados de la investigación se harán públicos.

III. PROCEDIMIENTOS ENTRE ESTADOS

31. El procedimiento entre Estados permite a un Estado Parte en un tratado de derechos humanos presentar comunicaciones ante un órgano o mecanismo de supervisión del tratado en caso de una presunta violación de las disposiciones del tratado por otro Estado. En el 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 o Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares se han establecido procedimientos entre Estados; no obstante, al 5 de septiembre de 2005, esos procedimientos no se han utilizado nunca.

32. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial se establecen procedimientos para la resolución de diferendos entre Estados. Un Estado Parte que considere que otro Estado Parte no está dando efecto a las disposiciones del tratado puede señalar la cuestión a la atención del otro Estado Parte y del órgano creado en virtud del tratado, y este último ofrecerá sus buenos oficios a los Estados Partes interesados a fin de llegar a una solución amistosa del asunto, que deberá siempre ser compatible con el respeto de los derechos humanos. Cuando eso no sea posible, el órgano del tratado establecerá una Comisión Especial de Conciliación integrada por cinco miembros que habrán de contar con la aceptación de los Estados Partes interesados. En el caso de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, ese procedimiento se aplica normalmente a todas las Partes en la Convención, mientras que en el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se aplica únicamente a los Estados que han formulado una declaración en la que aceptan la competencia del Comité a ese respecto.

33. En el caso de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 21) y de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (art. 76) el Comité correspondiente puede examinar las quejas presentadas por un Estado Parte que considere que otro Estado Parte no está dando efecto a las disposiciones de la Convención. El procedimiento sólo se aplica a los Estados que han realizado una declaración en la que aceptan la competencia del Comité correspondiente a ese respecto.

34. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la medida en que un procedimiento entre Estados podría ser un medio para que el órgano del tratado ofreciese sus buenos oficios para buscar una solución amistosa entre Estados que hubiesen realizado la oportuna declaración de que aceptaban ese instrumento, en relación con las preocupaciones relativas a la cooperación y asistencia internacionales.

IV. CUESTIONES INTERSECTORIALES

A. El protocolo facultativo y las decisiones nacionales sobre la asignación de recursos

35. Una cuestión que el Grupo de Trabajo determinó que requería especial atención era la forma en que el funcionamiento de un protocolo facultativo podía afectar a la adopción de decisiones sobre la asignación de recursos a nivel nacional.

36. Es importante mencionar desde el principio que las comunicaciones relativas a supuestas violaciones del Pacto no tendrían necesariamente que afectar a las decisiones sobre la asignación de recursos adoptadas por las autoridades públicas. Entre esos casos pueden mencionarse: muchas, sino la mayoría, de las comunicaciones relativas a la discriminación; las comunicaciones en las que se solicitara que se dictara contra una autoridad una orden de desistimiento de adoptar medidas que pudieran violar un derecho (por ejemplo, en el caso de los desalojos forzosos y arbitrarios, las demoliciones de viviendas o medidas que obstruyan el acceso a medicamentos esenciales o a la enseñanza); las comunicaciones en las que se solicitara que se dictara una orden por la que se exigiera al Estado que promulgase legislación y adoptase

otras medidas de protección para evitar las violaciones del Pacto por parte de terceros; o las comunicaciones en las que se solicitara la aplicación de una política o la ejecución de un programa que ya existiera (en ese caso, aunque podría plantearse la cuestión de la asignación de recursos, la decisión de asignar esos recursos ya se habría adoptado en el momento en que el Gobierno decidió adoptar la política o aprobar el programa en cuestión).

37. No obstante, en las comunicaciones se podría pedir también al Comité que examinara la compatibilidad de determinadas decisiones de política de las autoridades públicas con las disposiciones del Pacto, en particular si una comunicación se refiriese al supuesto incumplimiento de la obligación de "adoptar medidas" establecida en el párrafo 1 del artículo 2. Surge la cuestión de si los órganos de los tratados se enfrentan a un nuevo reto a su papel en relación con los derechos económicos, sociales y culturales frente a otras esferas del derecho, incluidos los derechos civiles y políticos.

38. Para entender el papel de un órgano creado en virtud de un tratado en esas situaciones, un importante punto de partida es el examen del papel que debe desempeñar el poder judicial en la adopción de decisiones a nivel nacional. Constitucionalmente, el poder judicial tiene la función de mantener el equilibrio de poderes entre el ejecutivo, el Parlamento y los tribunales, lo que a veces requiere el examen judicial de las acciones y omisiones de las autoridades públicas³⁸. La judicatura adopta esas decisiones con arreglo a una doctrina jurídica y unos principios establecidos. En Sudáfrica, esas cuestiones se debatieron cuando se decidió incluir los derechos socioeconómicos en la Carta de Derechos. En ese caso, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la cuestión de la doctrina de la separación de poderes y admitió que, al pronunciarse sobre los derechos económicos, sociales y culturales, un tribunal podía dictar sentencias que tuviesen consecuencias presupuestarias. No obstante, en opinión del Tribunal, eso no era diferente en lo fundamental de lo que ya ocurría al dictar sentencias en relación con los derechos civiles y políticos. El Tribunal Constitucional declaró entonces que "un tribunal puede exigir la prestación de asistencia letrada, o la extensión de los beneficios del Estado a una categoría de personas que anteriormente no eran perceptoras de esos beneficios. En nuestra opinión, no puede decirse que al incluir los derechos socioeconómicos en la Carta de Derechos se imponga a los tribunales una tarea tan diferente de la que ordinariamente se les impone en virtud de una carta de derechos que resulte una contravención del principio de la separación de poderes"³⁹.

39. En el caso *Ministro de Salud y otros v. Treatment Action Campaign*, la Corte de Apelaciones de Sudáfrica se refirió directamente a esa cuestión de la separación de poderes entre el ejecutivo y el judicial. Tras examinar la práctica seguida en el Canadá, Alemania, la India, el Reino Unido y los Estados Unidos de América, la Corte estableció su propia posición señalando que: "esta Corte ha dejado claro en más de una ocasión que, aunque no hay líneas claras que separen entre sí las funciones del legislativo, el ejecutivo y los tribunales, hay ciertas cuestiones que quedan predominantemente dentro de la esfera de una u otra determinada rama del Gobierno y no de las demás. Todas las ramas del Gobierno deben mostrarse sensibles ante esa separación

³⁸ Ida Elisabeth Koch, "The Justiciability of Indivisible Rights", in *Nordic Journal of International Law*, 72:3-39, 2003, p. 29.

³⁹ *Ex Parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In re Certification of the Republic of South Africa*, 1996, 1996 (4) SA 744 (CC), 1996 (10) BCLR 1253 (CC), paras. 76-78.

y respetarla. Ello no significa, sin embargo, que los tribunales no puedan o deban dictar fallos que afecten a la política". La Corte señaló también que sería, por tanto, probable que una controversia relativa a los derechos socioeconómicos exigiera que el tribunal evaluase la política del Estado y se pronunciara acerca de su compatibilidad con la Constitución⁴⁰.

40. En ese contexto, resulta pertinente examinar la forma en que los tribunales nacionales han enfocado su función del examen judicial de la actuación de las autoridades públicas refiriéndose a ejemplos concretos. En los tres casos siguientes se muestra la forma en que los tribunales respetan el margen de discreción de las autoridades públicas a la hora de adoptar decisiones sobre la asignación de recursos.

- a) Caso N° 590/2004 del Tribunal Constitucional de Portugal (Tribunal Constitucional, Processo N° 944/03) relativo a la denuncia de que una decisión del Gobierno de suprimir unos tipos de interés reducidos para la adquisición o construcción de viviendas privadas para personas menores de 30 años infringía las garantías constitucionales de la promoción del bienestar y la calidad de vida, así como el derecho a la vivienda. El Tribunal concluyó que la existencia de esa política no era una exigencia de la Constitución y no era una medida indispensable para garantizar el acceso a la vivienda. El Tribunal determinó que "la Constitución requiere la existencia de una política de acceso a la vivienda que ha de traducirse en la adopción de medidas concretas, cuya elección es competencia exclusiva del legislador". Al adoptar esa decisión, el Tribunal reconocía que el Estado tal vez tuviese que establecer diferentes plazos, grados y modos de aplicar derechos concretos, teniendo presente la escasez de recursos y la obligación de dar efecto a todos los derechos económicos, sociales y culturales. En ese caso concreto, el Tribunal señaló que el Estado podía emplear medios alternativos para la realización de derecho a la vivienda, como la creación de asociaciones sin ánimo de lucro para construcción de viviendas, el aumento de las construcciones disponibles (que daría lugar a una reducción de los precios), o la creación de mecanismos para la promoción del ahorro público encaminado a la adquisición de una vivienda.
- b) El caso *Soobramoney v. Ministro de Salud*⁴¹ se refería a la denuncia presentada por un paciente que padecía una dolencia renal y necesitaba someterse periódicamente a diálisis, pero no podía recibirla porque la escasez de recursos impedía que todos los pacientes que necesitaban diálisis recibieran ese tratamiento. No obstante, las autoridades habían establecido un conjunto de directrices para determinar qué pacientes podían acceder al tratamiento. En ese contexto el Tribunal afirmó que "la administración provincial responsable de los servicios de atención de la salud en KwaZulu-Natal tiene que adoptar decisiones acerca del volumen de fondos que debe dedicarse a la atención de la salud y la forma de utilizar esos fondos. Ello entraña la adopción de decisiones difíciles a nivel político a la hora de fijar el presupuesto destinado a la salud y a nivel funcional al decidir cuáles son las prioridades que es necesario satisfacer. Cualquier tribunal se lo pensaría antes de interferir con

⁴⁰ South African Court of Appeal 2002 (5) SA 721, 2002 10 BCLR 1033.

⁴¹ Constitutional Court of South Africa, 1998 (1) SA 765 (CC), 1997 (12) BCLR 1696.

decisiones racionales tomadas de buena fe por los órganos políticos y las autoridades médicas a los que compete ocuparse de esas cuestiones".

- c) En el caso de *R. v. Autoridad de Salud de Cambridge*⁴², a la demandante se le denegó el tratamiento de trasplante de médula ósea para su enfermedad de leucemia mieloide aguda porque el Servicio Nacional de Salud no podía sufragarlo. El Tribunal, admitiendo el recurso de la Autoridad de Salud de Cambridge y apoyando el principio de que los recursos del Servicio Nacional de Salud eran limitados, concluyó que no estaba en condiciones de cuestionar la idoneidad de las difíciles y dolorosas decisiones que las autoridades sanitarias tenían que adoptar con el fin de utilizar un presupuesto limitado de la mejor manera posible para beneficiar al mayor número posible de pacientes.

41. Hay otros dos casos que ilustran la forma en que los juzgados y tribunales aplican normas objetivas como base para decidir acerca de la compatibilidad de las decisiones adoptadas por las autoridades públicas en materia de utilización de los recursos con los derechos económicos, sociales y culturales:

- a) El caso de *El Gobierno de Sudáfrica v. Grootboom*⁴³ ilustra cómo los tribunales adaptan conceptos jurídicos, como el ensayo de racionalidad, para evaluar si una política con consecuencias financieras es compatible con los derechos constitucionales. El caso se refería a la Sra. Grootboom y otras personas que vivían en condiciones de extrema pobreza en unos terrenos privados ocupados ilegalmente que se habían destinado para la construcción de viviendas de bajo coste. Los habitantes fueron desalojados forzosamente del terreno y se destruyeron sus casas. El Tribunal determinó que, aunque había una amplia legislación en materia de vivienda encaminada a la progresiva realización del derecho a la vivienda, en esa legislación no se tenía en cuenta a las personas en situación desesperada. El Tribunal aplicó el ensayo de racionalidad a la política de vivienda y concluyó que no lo satisfacía, puesto que no se dedicaba una parte razonable del presupuesto nacional para vivienda a socorrer a las personas en situación desesperada. El Tribunal ordenó a las autoridades implicadas que "elaborasen, financiasen, aplicasen y supervisasen medidas para socorrer a las personas en situación desesperada".
- b) El caso de *STTK ry y Tehy ry v. Finlandia*⁴⁴ muestra como un órgano de supervisión de un tratado basó una decisión en el uso de normas objetivas que había aplicado previamente en el procedimiento de presentación de informes. En ese caso, el Estado había venido concediendo, hasta 1998, una licencia adicional con goce de sueldo a los trabajadores del sector de la salud cuya actividad estaba relacionada con la radiación. El Estado derogó la norma por la que se concedía esa licencia adicional,

⁴² Court of Appeal of the United Kingdom, *Ex Parte B* [1995] Vol. 2 129.

⁴³ Constitutional Court of South Africa, 2000 ICHRL 72.

⁴⁴ European Committee of Social Rights, *STTK ry and Tehy ry against Finland*, complaint No. 10/2000, decision on the merits.

para lo que aportó pruebas de que no había motivos médicos o biológicos que sugiriesen que una licencia adicional ayudase a evitar los efectos nocivos de la radiación. El Comité hizo referencia a sus anteriores dictámenes emitidos en el marco del procedimiento de presentación de informes y señaló que siempre había considerado la exposición a esa radiación como un riesgo para la salud de los trabajadores. Aunque la eliminación de los riegos en el lugar de trabajo era el objetivo último, hasta que ese objetivo pudiera alcanzarse la reducción del horario laboral o la concesión de una licencia adicional seguía siendo esencial para la protección de los trabajadores. Así pues, en opinión del Comité, debía mantenerse el derecho de los trabajadores de ese sector a una licencia adicional con goce de sueldo o a la reducción del horario laboral, como se había venido haciendo hasta entonces.

42. También reviste interés hacer referencia a la práctica de los tribunales en relación con las denuncias relativas a los derechos civiles y políticos que entrañan consecuencias financieras. En ese contexto, resulta interesante examinar tres ejemplos de casos relacionados con retrasos injustificados de los procedimientos legales y las condiciones de detención.

- a) En *R. v. Askov*⁴⁵, se afirmaba que un retraso de hasta dos años entre la fecha de prisión preventiva y el juicio violaba el derecho de un acusado a ser juzgado en un plazo razonable que se garantizaba en la Carta de Derechos y Libertades del Canadá. Según el Tribunal Supremo, "el retraso de la justicia es una afrenta a la persona, a la comunidad y a la propia administración de justicia. En este caso, la falta de instalaciones no puede aceptarse como justificación del retraso". El Tribunal añadió que "esta conclusión no debe tomarse como una indicación de que se construya una costosa sala de vistas en un momento de moderación fiscal. Es, más bien, un reconocimiento de que la situación es inaceptable y no puede tolerarse por más tiempo. No hay duda de que puede encontrarse una solución imaginativa que resuelva el problema. Por ejemplo, puede habilitarse un espacio para la celebración de vistas en otros edificios oficiales cercanos. Tal vez pueda recurrirse como solución provisional a la instalación de estructuras portátiles similares a las que se emplean en el sistema escolar...". El Tribunal señaló que "la cuestión no es si los tribunales pueden adoptar decisiones que afecten a la política presupuestaria, sino en que medida es apropiado que lo hagan. Un remedio que suponga una injerencia de una magnitud tal que pueda modificar la naturaleza del sistema legislativo en cuestión sería claramente inapropiado"⁴⁶.

⁴⁵ Supreme Court of Canada, [1990] 2 S.C.R. 1199, 1990 CanLII 45 (S.C.C.).

⁴⁶ See *Schachter v Canada* [1992] 2 S.C.R. 679, 1992 CanLII 74 (S.C.C.). In this context see also *Tétraault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, where the Constitutional Court of Canada decided that persons over 65 should be able to receive benefits that had been explicitly restricted to persons under 65. "This is also a case in which the group to be added was much smaller than the group already benefited. Where the group to be added is smaller than the group originally benefited, this is an indication that the assumption that the legislature would have enacted the benefit in any case is a sound one. When the group to be added is much larger than the group originally benefited, this could indicate that the assumption is not safe. This is not because of the numbers *per se*. Rather, the numbers may indicate that for

- b) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha examinado varios casos relativos a supuestas violaciones del párrafo 1 del artículo 6 de la Convención para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en el que se reconoce que "todos tienen derecho a un juicio justo y público en un plazo razonable". El Tribunal ha distinguido entre acumulaciones temporales de trabajo y acumulaciones "consustanciales a la organización". En caso de una acumulación de trabajo de carácter endémico, está implícito en varias decisiones adoptadas por el Tribunal que el Estado tiene el deber de reorganizar estructuralmente la forma en que presta los servicios judiciales⁴⁷.
- c) El Comité de Derechos Humanos también ha examinado comunicaciones relacionadas con la asignación de recursos. Por ejemplo, en *Mukong v. Camerún*⁴⁸ el autor había estado detenido en una celda del Cuartel General de la Policía, donde se le había desnudado y se le había obligado a dormir en el suelo de cemento. También había estado detenido en el campamento Mbope, donde presuntamente no le había permitido ver a su abogado, a su mujer ni a sus amigos y había sido objeto de intimidaciones, palizas, tortura mental, exposición al calor y confinamiento en una celda durante 24 horas. El autor denunciaba la violación de su derecho a no ser sometido a tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes. El Gobierno arguyó que "la situación y el confort en las prisiones del país deben guardar relación con el estado de desarrollo económico y social"⁴⁹. El Comité de Derechos Humanos señaló que "algunas normas mínimas relativas a las condiciones de detención deben respetarse cualquiera que sea el nivel de desarrollo de un Estado Parte. Entre ellas figuran... una superficie de suelo y un volumen de aire mínimos para cada preso, unas instalaciones sanitarias adecuadas, ropas que no sean degradantes ni humillantes, una cama separada y una alimentación con un valor nutritivo suficiente para mantener la salud y la fortaleza. Cabe señalar que esos son requisitos mínimos que el Comité considera deben respetarse siempre, incluso si las consideraciones económicas o presupuestarias hacen difícil el cumplimiento de esas obligaciones"⁵⁰.

budgetary reasons, or simply because it constitutes a marked change in the thrust of the original program, it cannot be assumed that the legislature would have passed the benefit without the exclusion. In some contexts, the fact that the group to be added is much larger than the original group will not lead to these conclusions," quoted in *Schachter v. Canada*.

⁴⁷ See for example *Zimmermann and Steiner v. Switzerland*, application No. 8737/79, A66, 13 July 1983 and *Martins Moreira v. Portugal*, application No. 11371/85, A143, 26 October 1988.

⁴⁸ Communication No. 458/1991, decision adopted on 21 July 1994 (CCPR/C/51/D/458/1991).

⁴⁹ *Ibid.*, para. 6.2.

⁵⁰ *Ibid.*, para. 9.3.

43. El análisis anterior no tiene por objeto simplificar en exceso el a menudo difícil papel que desempeñan los jueces en el plano nacional o los órganos de los tratados de derechos humanos al determinar la compatibilidad de las decisiones gubernamentales con la legislación, las constituciones y los tratados de derechos humanos. El equilibrio entre el activismo judicial y la deferencia se alterarán a lo largo del tiempo y entre distintos países y pueden aparecer tensiones. La mayoría de los casos en el plano nacional y regional requieren que los tribunales y órganos cuasi judiciales investiguen las acciones u omisiones de un Estado y las declaren compatibles con la constitución o el tratado de que se trate. En algunos casos, puede ser apropiado que el tribunal o el órgano del tratado asesore a las autoridades públicas acerca de la dirección que deben tomar, por ejemplo, indicando el resultado concreto que se espera (sin establecer el método que debe utilizarse) o, en su caso, cuando sólo hay un medio posible para obtener el resultado deseado, describiendo la medida que debe adoptarse⁵¹. La cuestión que es más importante destacar es que el examen judicial o cuasi judicial los derechos económicos, sociales y culturales no suscite controversias jurídicas sustancialmente distintas de las que ya se han resuelto en otras esferas del derecho.

B. Relación de un protocolo facultativo con los mecanismos existentes

44. La naturaleza de los tratados internacionales de derechos humanos y el carácter indivisible e interdependiente de los derechos humanos dan como resultado que algunos derechos humanos concretos se protejan en el marco de varios tratados. De hecho, todos los tratados de derechos humanos incluyen, de alguna manera, el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales como lo hacen con los derechos civiles y políticos. Teniendo en cuenta que la mayoría de los tratados internacionales de derechos humanos contienen también procedimientos para la presentación de comunicaciones, ello indica de forma natural que ya hay procedimientos de presentación de comunicaciones a nivel nacional en los que se contemplan algunos aspectos de los derechos económicos, sociales y culturales. Los procedimientos de presentación de comunicaciones de la OIT y de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) también guardan relación con algunos derechos humanos, incluidos algunos derechos económicos, sociales y culturales.

45. En el centro de la cuestión está el hecho de que el sistema actual de protección de los derechos humanos ofrece solamente una protección fragmentaria en el plano internacional. Aunque algunas categorías de personas están ya protegidas en relación con determinados aspectos de algunos derechos económicos, sociales y culturales, hay todavía muchos aspectos de esos derechos que no están sujetos a un procedimiento cuasi judicial de presentación de comunicaciones individuales, entre los que pueden citarse:

- a) Casos de discriminación que no se contemplan en 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

⁵¹ See V. Abramovich, *Courses of Action in Economic, Social and Cultural Rights: Instruments and Allies*, in *SUR - International Journal on Human Rights*, Year 2, Number 2, pp. 189-223; and M. Pieterse, "Coming to Terms with Judicial Enforcement of Socio-Economic Rights", Part 3 (2004) 20 *South African Journal on Human Rights*, pp. 383-417.

migratorios y de sus familiares o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;

- b) Denuncias relativas a los derechos de los trabajadores a título individual (artículos 6 a 8 del Pacto); los procedimientos de la OIT sólo protegen los derechos humanos de los trabajadores a través de su representación por una asociación de empleados, una asociación de empleadores o un gobierno (se trata de un mecanismo de denuncia colectiva);
- c) Las denuncias relativas a otros derechos sustantivos consagrados en la Parte III del Pacto (arts. 9 a 15); aunque el derecho a la educación y los derechos culturales están sometidos al procedimiento de la UNESCO, se trata de un procedimiento que, expresamente, no es de carácter cuasi judicial, es confidencial y el órgano de supervisión está compuesto por delegados gubernamentales, no por expertos independientes;
- d) La supervisión de la obligación de "adoptar medidas" (consagrada en el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto).

46. En ese contexto, la adopción de un protocolo facultativo podría ser un medio para que las personas o grupos de personas puedan presentar comunicaciones en relación con algunos derechos humanos que actualmente no están sujetos a un sistema de examen cuasi judicial a nivel internacional. Actualmente, por ejemplo, no existe esa protección en el caso de: los desalojos forzados; las restricciones injustificadas o desproporcionadas del acceso a los medicamentos esenciales o a la atención de la salud; la denegación del derecho a la educación que supone la aplicación de unas tasas inasequibles para los alumnos de enseñanza primaria; la restricción arbitraria o injustificada de la elección de escuela por parte de los padres; la libertad de establecer instituciones de enseñanza; el hecho de no aplicar sistemas de distribución de alimentos que suponga padecer hambre de forma innecesaria; el no adoptar medidas para abordar el problema de la malnutrición o la carencia de vivienda; etc.

47. Subsiste, no obstante, la cuestión de si la adopción de un protocolo facultativo del Pacto conduciría a la duplicación. A ese respecto, hay algunas medidas de procedimiento que pueden ayudar a evitarla. En primer lugar, la duplicación puede evitarse a menudo mediante la cooperación entre los mecanismos existentes. Es importante señalar que ya existe un grupo de mixto expertos sobre la supervisión del derecho a la educación establecido conjuntamente por el Comité de Convenciones y Recomendaciones de la UNESCO y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que se reúne anualmente. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también se reúne una vez al año con miembros del Comité de Expertos en la Aplicación de Convenciones y Recomendaciones de la OIT. En segundo lugar, la inclusión en un protocolo facultativo de restricciones sobre la admisión simultánea de la misma comunicación en dos mecanismos internacionales diferentes también ofrece una garantía contra la duplicación. En tercer lugar, el ACNUDH recibe comunicaciones relacionadas con cualquier supuesta violación de los derechos humanos, lo que ofrece la posibilidad de disponer de un medio centralizado para conseguir que no haya duplicación y un mecanismo de coordinación entre los órganos de los tratados para velar por la coherencia en la interpretación de las disposiciones de los tratados.

C. Cooperación y asistencia internacionales

48. La cooperación internacional es un elemento central indiscutido en la aplicación del Pacto y, en general, en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales. En los resultados de diversas cumbres mundiales y declaraciones de la Asamblea General, como la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas, el Consenso de Monterrey y el documento de resultados de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, se ha reconocido la importancia de la cooperación internacional y se han determinado los medios para fortalecerla. Recientemente, la Asamblea General celebró el aumento de los recursos disponibles que se produciría como resultado del establecimiento por muchos países desarrollados de plazos para alcanzar el objetivo de destinar el 0,7% del producto nacional bruto a la asistencia oficial para el desarrollo a más tardar en 2015⁵².

49. No obstante, la consideración de la cooperación internacional en el marco de un posible protocolo facultativo del Pacto debe hacerse en el contexto de las disposiciones de éste. En varios artículos del Pacto aparecen referencias a la cooperación internacional. Es importante observar que en virtud de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 2, cada uno de los Estados Partes se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente la plena realización de las disposiciones del Pacto. También aparece la cooperación internacional en relación con el derecho a estar protegido contra el hambre (párrafo 2 del artículo 11) y los beneficios derivados de la cooperación internacional se reconocen en las esferas científica y cultural (párrafo 4 del artículo 15). Con el fin de aplicar las disposiciones sobre la cooperación internacional, en la Parte IV del Pacto se menciona una función del Consejo Económico y Social: señalar a la atención de otros órganos de las Naciones Unidas, sus órganos subsidiarios y los organismos especializados toda cuestión surgida de los informes presentados por los Estados Partes en virtud de lo dispuesto en el Pacto que pueda servir para que esas entidades se pronuncien sobre la conveniencia de las medidas internacionales que puedan contribuir a la aplicación del Pacto (art. 22).

50. En el artículo 23 del Pacto se exponen ejemplos de cooperación internacional, que incluye "procedimientos tales como la conclusión de convenciones, la aprobación de recomendaciones, la prestación de asistencia técnica y la celebración de reuniones regionales y técnicas, para efectuar consultas y realizar estudios, organizadas en cooperación con los gobiernos interesados". Cabe señalar que las referencias a la cooperación internacional que aparecen en el Pacto se aplican en general a todos los Estados Partes y no a ningún país en concreto. En su Observación general N° 2 (1990), sobre las medidas internacionales de asistencia técnica, el Comité identifica como órganos pertinentes para la prestación de asistencia técnica a la Comisión de Derechos Humanos, la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, otros órganos como el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y el Comité de Políticas de Desarrollo, organismos como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (FMI), y los demás organismos especializados, como la OIT, la Organización de las Naciones Unidas para la

⁵² Resolution 60/1 of 16 September 2005, para. 23 (d).

Agricultura y la Alimentación (FAO), la UNESCO y la Organización Mundial de la Salud (OMS).

51. En su Observación general N° 3 (1990), sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales examinó la cooperación internacional y señaló que la frase "hasta el máximo de los recursos de que disponga" (art. 2) se refería "tanto a los recursos existentes dentro de un Estado como a los que pone a su disposición la comunidad internacional mediante la cooperación y la asistencia internacionales" (párr. 13). A ese respecto, el Comité, en su Observación general N° 2 (1990) ha señalado la importancia de que los Estados Partes comuniquen al Comité las esferas en las que pueden tener necesidades concretas de cooperación y asistencia internacionales.

52. Uno de los desafíos a los que se enfrenta un protocolo facultativo en ese contexto es poner en práctica el procedimiento ya establecido en el marco del artículo 22 del Pacto. A pesar de haberse establecido en el Pacto, el Consejo Económico y Social raramente lo ha invocado. Una razón podría ser que las recomendaciones formuladas por el Comité con arreglo al procedimiento de presentación de informes periódicos son de un carácter tan general que no ha sido posible recomendar la adopción de medidas concretas encaminadas a conseguir la progresiva aplicación de disposiciones específicas del Pacto.

53. No obstante, algunos casos concretos e individualizados en el marco de un protocolo facultativo podrían ofrecer al Comité una oportunidad para recomendar la adopción de medidas tangibles de manera que el Consejo pudiera determinar las medidas internacionales necesarias para prestar asistencia a un Estado en concreto. Así pues, por ejemplo, el Comité podría encontrar una violación de una disposición del Pacto en relación con un Estado concreto, pero al mismo tiempo reconocer que ese Estado no puede, por sí mismo, poner remedio a esa violación. Sobre esa base, en consulta con los interesados directos, el Comité podría incluir en su dictamen sobre la comunicación y en su informe anual recomendaciones al Consejo con arreglo al artículo 22.

54. Para lograrlo, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la forma en que el contenido de un posible protocolo facultativo podría conferir al Comité la función específica de activar los procedimientos establecidos en los artículos 22 y 23 de una forma útil y eficaz. En el protocolo facultativo se podría, por ejemplo, pedir al Comité que, cuando conviniese, transmitiera los dictámenes adoptados en el marco del protocolo sobre peticiones "específicas" o "concretas" de cooperación y asistencia internacionales que el Comité presentase al Consejo para "contribuir a la aplicación efectiva y progresiva del... Pacto". A ese respecto, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar también la posibilidad de incluir modalidades para la organización de consultas con los órganos, programas y organismos especializados competentes de las Naciones Unidas, así como con los Estados Partes interesados, para la formulación de esos dictámenes.

55. En ese contexto, el Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta la experiencia del Comité de los Derechos del Niño. En virtud de lo dispuesto en el artículo 45 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Comité está facultado explícitamente para invitar a los organismos especializados, el UNICEF y demás órganos competentes a que estudien la posibilidad de proporcionar asesoramiento y presentar informes, y el Comité puede transmitir a esos órganos y organismos una solicitud de asesoramiento o asistencia técnica de un Estado Parte. El Comité también puede recomendar a la Asamblea General que pida al Secretario

General que encargue la realización de estudios. El Comité hace habitualmente uso de esas facultades, y se beneficia especialmente de su estrecha relación con el UNICEF y otros organismos especializados. Esa experiencia podría servir de orientación para el Grupo de Trabajo.

56. Un grupo de Estados ha sugerido la creación de un fondo fiduciario voluntario para financiar la puesta en práctica de los dictámenes emitidos por el Comité en el marco de un protocolo facultativo en los casos en que el Estado Parte no disponga de recursos suficientes para hacerlo. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar esa propuesta y decidir si supone una duplicación del procedimiento establecido en los artículos 22 y 23 del Pacto o lo complementa, y si podría utilizarse con ese fin alguno de los fondos voluntarios existentes.

D. Costo de un protocolo facultativo

57. De la información facilitada por el ACNUDH se desprende que, con toda probabilidad, un protocolo facultativo del Pacto requeriría los siguientes recursos:

- a) Durante los dos años siguientes a la entrada en vigor del protocolo facultativo, en los que serían pocas las comunicaciones recibidas y registradas para su examen en el marco del procedimiento: un puesto del cuadro orgánico de la categoría P-3/P-4 y un puesto a tiempo parcial del cuadro de servicios generales;
- b) Para los años posteriores, una vez que el procedimiento se haya asentado y el Comité tenga que examinar un gran número de comunicaciones: tres puestos del cuadro orgánico de categoría P-3/P-4 y un puesto a tiempo completo del cuadro de servicios generales.

58. A medida que crezca el número de denuncias tramitadas en el marco del nuevo protocolo facultativo será necesario disponer de los correspondientes servicios de conferencias, edición y traducción.

59. Un nuevo procedimiento de investigación en el marco de un protocolo facultativo del Pacto requeriría un puesto a tiempo completo del cuadro orgánico (de categoría P-3) para la secretaría del Comité, en el entendimiento de que de las misiones se ocuparían al menos dos funcionarios del cuadro orgánico y que la actual secretaría del Comité contribuiría a prestar servicios para la investigación.

E. La posibilidad de no elaborar un protocolo facultativo

60. La posibilidad de no elaborar un protocolo facultativo sugiere que la aplicación del Pacto continuaría de forma similar a la actual. El no elaborar un protocolo facultativo parecería indicar que:

- a) Es suficiente que la aplicación del Pacto se supervise mediante el examen de los informes de los Estados Partes cada siete u ocho años como promedio;
- b) A diferencia de los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales no son justiciables a nivel internacional y, por tanto, no resulta apropiado someterlos a ninguna forma de examen internacional;

- c) Los derechos económicos, sociales y culturales son, de hecho, diferentes y de distinta naturaleza de los derechos civiles y políticos;
- d) Aunque los derechos civiles y políticos se han enunciado de una forma explícita, los derechos económicos, sociales y culturales son de una naturaleza esencialmente vaga y no constituyen más que una aspiración;
- e) A diferencia de los derechos civiles y políticos, que no tienen consecuencias significativas en la esfera de los recursos, los derechos económicos, sociales y culturales son discrecionales y costosos;
- f) La interpretación de algunas disposiciones concretas del Pacto seguiría dependiendo del diálogo constructivo entre el Comité y los Estados Partes y el Comité no debería analizar las disposiciones refiriéndose a situaciones concretas e individualizadas;
- g) No hay suficiente justificación para ampliar los recursos humanos y financieros del ACNUDH para que pueda proporcionar apoyo de secretaría para la aplicación de un protocolo facultativo.

F. Análisis y evaluación de la repercusión que un protocolo facultativo tendría en el mejoramiento de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano nacional

61. Aunque no es posible evaluar el efecto que pudiera tener un protocolo facultativo antes de que éste entre en vigor, es posible, no obstante, evaluar las tendencias actuales en lo que se refiere a la observancia jurídica de los derechos humanos como medio para indicar el efecto que un protocolo facultativo podría tener en el plano nacional. Resultan de interés tres tendencias.

62. La primera tendencia es que crece a nivel nacional la aceptación de que es apropiado y eficaz considerar los derechos económicos, sociales y culturales en un contexto judicial.

Por ejemplo:

- a) En el caso *Ministro de Salud v. Treatment Action Campaign*⁵³, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica dictó varios autos para que se facilitase el acceso al nevirapine, un tratamiento del VIH utilizado para evitar la transmisión del virus de una madre a su hijo. Ello ha conducido a la institución de importantes programas para la prevención de la transmisión del VIH entre madres e hijos en Sudáfrica, uno de los lugares donde con mayor frecuencia se produce en todo el mundo, y se ha producido un importante nivel de observancia de ese auto, lo que ha resultado en la salvación de millares de vidas de niños⁵⁴.

⁵³ Constitutional Court of South Africa, Case CCT 9/02.

⁵⁴ G. Budlender, Advocate of the High Court of South Africa and member of the Cape Town Bar, interview of 25 July 2005.

- b) En el caso *People's Union for Civil Liberties (PUCL) v. Unión India y otros*⁵⁵, el Tribunal dictó un conjunto de autos provisionales como respuesta al desmantelamiento de los programas quinquenales de seguridad alimentaria y distribución de alimentos y la inadecuación de los programas de socorro en las zonas de la India afectadas por la sequía, que había provocado casos de muerte por hambre en algunos estados mientras que en otras partes del país había existencias de alimentos sin utilizar. Los autos provisionales condujeron a la introducción de programas de almuerzo en las escuelas; la distribución de cartillas a las personas que vivían por debajo del umbral de la pobreza que les permitían disponer de 35 kg de cereal al mes a precios subvencionados; una aplicación más eficaz del Programa Integrado para el Desarrollo del Niño mediante la supervisión judicial de la aplicación de ese programa; y la introducción de programas de trabajo por alimentos.
- c) En el caso *Marchisio José Bautista y Otros - AMPARO*⁵⁶, el juez de primera instancia ordenó a la municipalidad de Córdoba (Argentina) que adoptase todas las medidas necesarias en relación con el funcionamiento de una instalación de tratamiento de aguas residuales para reducir al mínimo el impacto ambiental. El juez ordenó también al Gobierno provincial que facilitase 200 litros diarios de agua potable segura hasta que pudieran realizarse las obras necesarias para garantizar el acceso pleno al servicio público de abastecimiento de agua de conformidad con un decreto gubernamental vigente. En aplicación de la orden, la municipalidad presentó un "plan integral de saneamiento" en el que se contemplaba la inversión de 1,75 millones de dólares de los EE.UU. para la rehabilitación de la infraestructura existente y de 6 millones de dólares para aumentar la capacidad de las instalaciones. En diciembre de 2004, el Gobierno provincial inició las obras tendientes a proporcionar agua potable segura a las comunidades afectadas. El litigio impulsó a la municipalidad a adoptar otras medidas (no explícitamente requeridas en el auto del juez), y ha decretado que el ejecutivo no autorizará ninguna nueva conexión a la red de saneamiento hasta que se haya aumentado la capacidad de la instalación de tratamiento de aguas residuales. Además, la municipalidad ha aprobado una ordenanza en virtud de la cual todos los ingresos procedentes de las tasas de saneamiento y depuración de aguas residuales (cerca de 10 millones de dólares) se destinarán exclusivamente al sistema de saneamiento⁵⁷.

63. La segunda tendencia indica que el funcionamiento de los sistemas regionales de presentación de comunicaciones ha sido un éxito en lo que se refiere a potenciar la atención que se presta a los derechos económicos, sociales y culturales en el plano nacional. Por ejemplo:

- a) La utilización de medidas provisionales por la Comisión Interamericana ha servido satisfactoriamente para ofrecer un auxilio inmediato a las personas cuyos derechos

⁵⁵ Supreme Court of India, Writ Petition [Civil] No. 196 of 2001.

⁵⁶ Expediente No. 500004/36.

⁵⁷ R. Picolotti, "The right to safe drinking water as a human right", *Housing and ESCR Rights Law Quarterly*, vol 2, No. 1, Centre on Housing Rights and Evictions.

están seriamente amenazados. En el caso *Jorge Odir Miranda Córtez y otros* (El Salvador)⁵⁸, la Comisión examinó una denuncia presentada por el autor y otras 26 personas que padecían VIH/SIDA en la que se afirmaba que el Estado incumplía sus obligaciones en relación con el derecho a la salud y otros derechos al no proporcionar el tratamiento de terapia triple. La Comisión recomendó como medida provisional la prestación por el Estado de la terapia triple, así como cualquier atención necesaria de carácter hospitalario, farmacéutico o nutricional. Como resultado, el Estado Parte autorizó el tratamiento mediante la terapia triple de las personas que padecían de VIH/SIDA en el país. Hay ejemplos similares de la utilización de medidas provisionales para proteger el derecho a la salud en relación con otros países latinoamericanos⁵⁹.

- b) En el caso *Comisión Internacional de Juristas v. Portugal*⁶⁰, el Comité Europeo de Derechos Sociales examinó una denuncia de que el Estado Parte no estaba haciendo cumplir la prohibición de que los niños menores de 15 años tuviesen acceso al empleo como se exigía en la Carta Social Europea. El Comité encontró que el Estado Parte estaba incumpliendo la Carta puesto que, aunque en la legislación se prohibía el trabajo infantil, no se vigilaba con la diligencia debida el cumplimiento de esa legislación. Posteriormente, el Estado Parte comunicó que, gracias a la introducción de mejoras en los métodos de la Inspección de Trabajo para vigilar el cumplimiento de la prohibición del trabajo infantil, las estadísticas sobre el trabajo infantil indicaban que éste había descendido en gran medida y su importancia era ya meramente marginal. Además, el Estado Parte había adoptado medidas legislativas en relación con el trabajo de los niños por cuenta propia y la realización de trabajos ligeros, trabajos peligrosos y trabajos nocturnos, y sobre la tipificación como delito del trabajo infantil. Por último, el Estado Parte había introducido cambios en la política tendientes a eliminar el trabajo infantil. El Consejo Europeo de Sindicatos corroboró las pruebas y conclusiones del Estado Parte⁶¹.

⁵⁸ Report No. 29/01 of 2000.

⁵⁹ See Cristián Courtis, D. Hauser and G. Rodríguez Huerta, *Protección Internacional de Derechos Humanos: Nuevos Desafíos*, Editorial Porrúa and Instituto Tecnológico Autónomo de México, Mexico, 2005, pp. 347, 364-366.

⁶⁰ Complaint No. 1/1998.

⁶¹ See Governmental Committee of the European Social Charter, 15th report (II), Strasbourg, 13 December 2001 (T-SG (2001) 21), paras. 36-42. See also information provided by the Government of Portugal - Inspection visits in enterprises were carried out in the regions and sectors where the problem of child labour was most acute. The number of unannounced inspection visits that specifically targeted at child labour increased considerably from 1997. Whereas the number of visits carried out in 1997 was 4,736 they amounted to 7,100 in 2001 and 11,043 in 2002. The number of cases of illegal child employment detected by the General Labour Inspection during this period constantly and considerably decreased. The number of children in illegal employment per 1000 visits carried out was 49.2 in 1999, 22.4

64. La tercera tendencia es que de los procedimientos existentes de presentación de comunicaciones se desprende que los procedimientos internacionales desempeñan una importante función catalítica a nivel nacional. La experiencia del Comité de Derechos Humanos indica que los dictámenes del Comité han supuesto un auxilio inmediato para las víctimas y han impulsado la promulgación de legislación para prohibir determinadas acciones o para mejorar las condiciones que condujeron a la presentación de la denuncia ante el Comité⁶². Por no dar más que un ejemplo, en el caso *Breadwinner* el Estado Parte había introducido enmiendas en la legislación en materia de seguridad social porque en ésta se discriminaba a las mujeres que no eran quienes aportaban los recursos económicos al hogar ni estaban permanentemente separadas de sus cónyuges en cuanto a su capacidad para recibir prestaciones de desempleo. Mediante las enmiendas introducidas se ponía remedio a la discriminación por motivos de sexo en relación con el derecho a la seguridad social y se garantizaba que tal discriminación no volvería a producirse⁶³. Los procedimientos de presentación de comunicaciones no sólo han servido para ofrecer auxilio a los autores en el caso de violaciones de los derechos humanos, sino que los dictámenes han servido también de orientación a los jueces nacionales a la hora de interpretar el alcance de los derechos.

65. A ese respecto, es importante señalar que, incluso en ausencia de un procedimiento cuasi judicial de presentación de comunicaciones, los tratados de derechos humanos y sus observaciones generales han tenido efectos en el plano nacional. Por ejemplo, de los

in 2000, 12.8 in 2001 and 3.8 in 2002. The number of children under the age of 16 illegally employed in enterprises visited decreased from 233 in 1999 to 42 in 2002.

⁶² For examples of some successful follow-up to the views of the Human Rights Committee, see e.g. *Bautista v. Colombia*, case No 563/1993 (payment of 36,935,300 pesos to the family of a victim who disappeared and then murdered as well as the adoption of legislation making genocide, torture and enforced disappearances criminal offences pursuant to a finding by the Committee of a violation of the Covenant); *Galazauskas v Lithuania*, case No. 836/1998 (release of the author of a complaint of unfair trial prior to completion of the sentence due to a finding by the Committee of an unfair trial and adoption of a law guaranteeing the right to review of a conviction and sentence by a higher tribunal); *Filipovich v. Lithuania*, case No. 875/1999 (release of the author prior to serving a heavy retroactive sentence on finding by Committee of an unfair trial due to unduly prolonged proceedings, as well as amendments to the Law on Compensation and introduction of effective domestic remedies in future cases of prolonged pre-trial investigations); *Muller and Engelhard v. Namibia*, case No. 919/2000 (removal of legislative discrimination in the assumption of a spouse's surname, publishing of Committee's views on a national website); *Jansen-Gielen v. The Netherlands*, case No. 846/1999 (payment of compensation as well as legal fees upon finding of inequality in judicial proceedings as well as adoption of legislation preventing future similar violations); *Ignatane v. Latvia*, Case No. 884/1999 (establishment of a working group at the Cabinet level on measures taken to give effect to the Committee's views that the State party arbitrarily denied a candidate eligibility on the basis of language, adoption of two legislative amendments to ensure compliance in the future).

⁶³ Human Rights Committee, communication No. 182/1984, *FH Zwaan-de Vries v. The Netherlands*, views adopted on 9 April 1987 (CCPR/C/29/D/182/1984).

antecedentes judiciales de la Argentina, Colombia, la India, Letonia y otros países se desprende que su interpretación de las constituciones nacionales se sitúa en el contexto de las obligaciones contraídas por el Estado en virtud del Pacto⁶⁴. En varios Estados, la ratificación del Pacto le otorga valor constitucional, lo que ha sido importante para promover la justiciabilidad de sus disposiciones. Incluso en los casos en que un determinado derecho establecido en el Pacto no se reconoce o incorpora en la constitución de un país, ese derecho puede ser justiciable a nivel nacional siempre que en la legislación nacional se mencione ese derecho específico. En algunos casos, los tribunales nacionales de Sudáfrica y la Argentina han hecho también referencia directa a las observaciones generales del Comité⁶⁵. Hay motivos para creer que un procedimiento de presentación de comunicaciones tendría un efecto multiplicador en la influencia del Pacto en el plano nacional, especialmente por el examen de los casos concretos presentados en las comunicaciones y la posibilidad que ello ofrece para arrojar luz sobre los derechos enunciados en el Pacto.

66. Es imposible ser exhaustivo al realizar un análisis de los posibles efectos de un protocolo facultativo o extraer conclusiones definitivas de ese análisis; las experiencias en distintos países y en distintos casos podrían muy bien ser diferentes, y mucho depende de que los Estados Partes estén dispuestos a respetar las decisiones adoptadas en el marco de un protocolo facultativo. No obstante, hay indicios que sugieren que un protocolo facultativo tendría un efecto positivo no sólo en lo que se refiere a abordar la situación objeto de una comunicación concreta, sino en la promoción de la idea de adoptar medidas más generales al tiempo que se consolida el entendimiento de los derechos económicos, sociales y culturales. La experiencia positiva del Comité de Derechos Humanos en relación con el protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sugiere que los mecanismos internacionales de derechos humanos pueden ser eficaces, y que esa experiencia podría repetirse o incluso mejorarse en el caso de un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, especialmente si se establece un procedimiento de seguimiento eficaz.

⁶⁴ See e.g. *Expediente No EXP-6985/0: María Delia Cerrudo y otras c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires; Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c. Ministerio de Salud y Acción Social; Case No.2000-03-0109 on Compliance of Item 1 of the Transitional Provision of the Law "On Social Insurance" with arts. 1 and 109 of the Satversme (Constitution); PUCL v Union of India and Others*, op cit. at note 55

⁶⁵ This was the case in *The Government of South Africa v Grootboom* (see para. 41 (a)) where the Court referred to general comment No. 3 on Status parties' obligations under the Covenant; in *Marchisio José Bautista y Otras - AMPARO* (see para. 62 (c)), the judge referred to general comment No. 15 on the right to water.