

EL PROTOCOLO FACULTATIVO DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: ¿HACIA UNA APLICACIÓN MÁS EFECTIVA DE LOS DERECHOS SOCIALES?

Rainer GROTE

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La nueva dinámica en la protección de los derechos socioeconómicos a partir de la década de los noventa.* III. *Proceso de elaboración del Protocolo Facultativo.* IV. *¿Un nuevo equilibrio entre derechos civiles y políticos y derechos socioeconómicos?* V. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

Los derechos económicos, sociales y culturales han sido considerados durante largo tiempo como una categoría separada de los derechos humanos, con una protección jurídica inferior si se compara con la que se reconoce a los derechos civiles y políticos. Esta dicotomía percibida entre los derechos económicos y sociales y los derechos civiles y políticos encuentra su fundamento en la decisión de la comunidad internacional adoptada en el contexto de la Guerra Fría, de crear dos instrumentos principales para la protección internacional de los derechos humanos, estos es, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que, aunque algunas de sus disposiciones son muy similares (por ejemplo el artículo 1 es común en ambos tratados), presentan, sin embargo, una serie de diferencias importantes. Mientras que el artículo 2o. del PIDCP define la obligación principal de los Estados partes en términos sencillos como la obligación de “respetar y garantizar” los derechos reconocidos a todos los individuos bajo su jurisdicción, la disposición correspondiente del PIDESC se refiere de manera oblicua a la “realización progresiva” de los derechos garantizados por el Pacto, una realización que está además reconocida expresamente y sujeta a la disponibilidad de recursos (“hasta el máximo de los recursos de que dispon-

ga”). Esta distinción en la formulación de las disposiciones mencionadas ha dado crédito a la opinión de que las obligaciones impuestas en ambos Pactos no tienen el mismo carácter: de un lado tenemos obligaciones de resultado en el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del otro obligaciones simples de conducta en el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.¹ Estas distinciones entre los dos instrumentos no se limitan a la definición de las obligaciones materiales de los Estados partes, sino que se extienden a nivel procedimental. Mientras que el PIDCP crea el Comité de Derechos Humanos como cuerpo autónomo e independiente para supervisar la forma en que los Estados partes cumplen con sus obligaciones y le concede la competencia para examinar las comunicaciones tanto de los Estados partes como de particulares sobre presuntas violaciones al Pacto, los redactores del PIDESC decidieron no establecer un órgano independiente, y le asignaron al Consejo Económico y Social (ECOSOC), como órgano subsidiario de la Asamblea General, la responsabilidad de vigilar el cumplimiento del PIDESC, así como la competencia para recibir y examinar periódicamente el cumplimiento de los informes presentados por los Estados partes, sin ningún poder para recibir comunicaciones de Estados o individuos.

En todo caso, la resistencia de categorizar en plano de igualdad los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos ha sido aún más marcada en el ámbito regional europeo. Aunque los redactores del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 lo concibieron, de acuerdo a su Preámbulo, como un instrumento para dar efecto a través de la ejecución colectiva de los derechos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, no obstante se inclinaron por no incluir en el Convenio ninguno de los derechos económicos y sociales que figuran en la Declaración; sólo el derecho a la educación y el derecho a la propiedad se incorporaron con retraso en el Primer Protocolo. Por lo demás, la protección de los derechos sociales y económicos fue relegada a la Carta Social Europea que se aprobó en 1961. Las principales obligaciones en virtud de la Carta son aún más débiles que en el marco del PIDESC: las partes contratantes reconocen como “objetivo de su política”, establecer aquellas condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos y principios señalados en la Carta. Por otro lado, los Estados partes no están obligados a comprometerse en la realización de todos los derechos

¹ Sobre esta distinción, véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general núm. 3: La naturaleza de las obligaciones de los Estados, párr. 1, Doc. ONU. E/1991/23, anexo III.

enunciados en la Carta, aún cuando sí deben considerarse obligados al menos por cinco de los siete artículos de la Parte II de la Carta, conforme a su libre elección. Dichos derechos son: artículo 1o. (derecho al trabajo), artículo 5o. (derecho a la libertad sindical), artículo 6 o. (derecho de negociación colectiva), artículo 12 (derecho a la seguridad social), artículo 13 (derecho a la asistencia social y médica), artículo 16 (derecho de protección a la familia) y artículo 19 (derechos de los trabajadores migrantes).

Es importante destacar que en el periodo de la posguerra hubo una fuerte tendencia en el derecho constitucional de muchos países no comunistas, de mirar los derechos socioeconómicos con cautela y escepticismo, incluso siendo en algunos casos rechazados de inmediato. Esta actitud escéptica se puede apreciar en las Constituciones de los países de reciente independencia del subcontinente indio, cuyo enfoque de los derechos socioeconómicos, siguiendo el modelo irlandés,² incorpora la distinción entre los derechos fundamentales y los principios rectores de la política del Estado. Esta diferenciación se basa principalmente en la justiciabilidad: mientras que los derechos fundamentales son justiciables, los principios rectores no lo son, es decir, no gozan de exigibilidad por/ante un tribunal de justicia y por lo tanto, para su aplicación efectiva, dependen exclusivamente de las ramas del poder público, entiéndase Poder Legislativo y Poder Ejecutivo. Por otra parte y teniendo en cuenta que los derechos civiles y políticos fueron reconocidos fácilmente como derechos fundamentales, en tanto que los derechos económicos, sociales y culturales fueron clasificados principalmente como principios rectores de la política estatal, este hecho les niega en consecuencia su exigibilidad en los tribunales.³ La distinción establecida en la Constitución de la India llevó a la Corte Suprema de ese país, en una primera fase de su jurisprudencia, a reconocer expresamente la situación de inferioridad jurídica de los derechos socioeconómicos contemplados en la parte IV de la Constitución de la India al afirmar que los principios rectores de la política de Estado “se tienen que cumplir y ejecutar, como subsidiario al capítulo de los derechos fundamentales”.⁴

No obstante, durante las dos últimas décadas, la teoría y la práctica de los derechos socioeconómicos y la percepción de su relación con los dere-

² Véase artículos 40-44, 45 de la Constitución de la República de Irlanda de 1937.

³ Véase las partes III y IV de la Constitución de la India de 1950. Se ha dicho que los principios rectores de la política del Estado en la Constitución de la India contienen una mezcla de disposiciones que van desde lo revolucionario social hasta una visión clásica, socialista, hindú y gandhiana, tales como la prohibición de la masacre de vacas, véase Austen, G., *Working a Democratic Constitution – A History of the Indian Experience*, 1999, 8.

⁴ *State of Madras vs. Champakam Dorairajan*, All India Reporter 1951 Supreme Court 226.

chos civiles y políticos han cambiado considerablemente. Muchas de las nuevas Constituciones en América Latina, Asia, África y Europa del Este han incorporado una amplia gama de derechos económicos, sociales, culturales y ecológicos, y en algunos casos al menos los tribunales constitucionales de reciente creación en esos países han hecho un gran esfuerzo en dos vertientes: dar un contenido práctico a la validez de esos derechos y determinar su alcance con mayor precisión.

A nivel regional, el mayor énfasis en la protección de los derechos socioeconómicos ha conducido a la adopción de nuevos instrumentos de derechos humanos (como es el caso del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también conocido como “Protocolo de San Salvador”) o en el fortalecimiento de los ya existentes (como es el caso de la Carta Social Europea revisada en 1996). Este proceso también ha experimentado un cambio importante a nivel mundial, comenzando con la creación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el marco del Pacto en 1985 y que culminó con la adopción del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el 10 de diciembre 2008.⁵ De seguidas se analizarán detalladamente las fuerzas que han impulsado este proceso de cambio. Este proceso merece ser objeto de estudio, no sólo con respecto a los resultados que ha producido en términos de un mecanismo reforzado para la protección efectiva de los derechos socioeconómicos a nivel internacional, sino por cuanto permite también una fascinante visión de la compleja interacción existente entre el derecho internacional y el derecho constitucional nacional en el ámbito de los derechos humanos en la era de la globalización. Además, la adopción del nuevo protocolo plantea importantes desafíos con respecto a la metodología que se utilizará en el examen de los méritos de las “comunicaciones” y las implicaciones que ello tendrá para el desarrollo de las normas de derechos humanos en general.

II. LA NUEVA DINÁMICA EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIOECONÓMICOS A PARTIR DE LA DÉCADA DE LOS NOVENTA

La década de los noventa fue testigo de importantes novedades en el ámbito de una mayor protección jurídica de los derechos socioeconómicos. Un

⁵ Al 23 de octubre de 2010 el Protocolo había recibido 35 firmas y 3 ratificaciones (Ecuador, Mongolia y España). El Protocolo entrará en vigor tres meses después de haberse depositado el décimo instrumento de ratificación (artículo 18 del Protocolo).

primer paso trascendente en esta dirección se había dado con la creación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), por parte del Consejo Económico y Social, que se hizo cargo de la tarea de examinar los informes de los Estados partes en el PIDESC.⁶ En el Comité no sólo se han desarrollado nuevos procedimientos para la evaluación de los informes nacionales, sino que también se han empezado a emitir observaciones generales sobre la naturaleza y contenido de las disposiciones del Pacto, de modo que la práctica de supervisión en el marco del Pacto se ha puesto en línea con la de los otros órganos independientes regulados en tratados de derechos humanos, incluido el Comité de Derechos Humanos que supervisa la aplicación del PIDCP. En particular, el Comité no perdió tiempo en aclarar la naturaleza jurídica y el contenido de las obligaciones de los Estados partes en virtud del artículo 2o. del Pacto en su Observación general núm. 3. Reconociendo al mismo tiempo las limitaciones en la aplicación de los derechos socioeconómicos debido a los límites de los recursos disponibles, hizo hincapié en que el Pacto, aunque establece una “progresiva” y no “inmediata” realización de los derechos socioeconómicos, produjo, sin embargo, una serie de claros e identificable efectos jurídicos directos. Señaló que algunas disposiciones en el Pacto, incluidos los artículos 3o., 7o. (a) (i), 8o., 10 (3), 13 (2) (a), (3) y (4) y 15 (3), son susceptibles de aplicación inmediata por parte de los órganos judiciales y de otras instituciones.⁷ Además, el hecho de que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a diferencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no establezca la obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos consagrados, no exime no obstante a los Estados partes de cumplir las obligaciones contempladas en virtud del artículo 2o. del Pacto. A pesar de su flexibilidad, la obligación general de los Estados de hacer efectiva la protección “progresiva” de los derechos socioeconómicos protegidos impone a los Estados, a juicio del Comité, el deber de proceder lo más expedita y eficazmente posible hacia ese objetivo. Cualquier medida de carácter deliberadamente regresiva en este sentido estaría sujeta a las normas más estrictas de justificación, en función de la totalidad de los derechos pre-

⁶ A través de la Resolución del ECOSOC. Doc. 1985/17, de las Naciones Unidas. E/RES/1985/85 (1985).

⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general núm. 3: La naturaleza de las obligaciones de los Estados partes, párr. 5, Doc. ONU. E/1991/23, anexo III.

vistos en el Pacto y del contexto para el aprovechamiento pleno del máximo de los recursos disponibles.⁸

Por otra parte, el Comité introdujo el concepto de “obligación fundamental mínima”, entendida como el compromiso asumido por los Estados partes para asegurar la satisfacción de niveles esenciales mínimos de cada derecho contenido en el Pacto, de modo que un Estado en el que los individuos han sido privados de la alimentación básica, o de atención mínima de salud, o de los servicios de educación, estaría incurriendo a primera vista en una violación de sus obligaciones en virtud del Pacto.⁹

Por último, el Comité señaló que el disfrute de los derechos garantizados en el Pacto está sujeto a los principios generales de igualdad y no discriminación,¹⁰ una cuestión sobre la que se hace una detallada referencia a otra Observación general.¹¹

Del mismo modo, el Comité no sólo enfatiza lo concerniente a la naturaleza y alcance de las obligaciones de los Estados partes en virtud del Pacto, sino que la Observación general núm. 3 es notable también por la importancia que concede a la práctica nacional en relación con el desarrollo del sistema y exige a los Estados partes que le informen sobre las leyes nacionales que establecen algún derecho de acción en nombre de personas o grupos que consideren que sus derechos en virtud del Pacto han sido violados, y, específicamente, solicita información respecto al alcance de la incorporación de los derechos sociales y económicos al derecho nacional así como respecto a la medida en que son considerados justiciables por parte de los tribunales nacionales.¹² En relación a la solicitud de información específica sobre la práctica judicial nacional en lo que concierne a los derechos socioeconómicos, en particular con respecto a la controvertida cuestión de la justiciabilidad, el Comité preparó el camino para el perfeccionamiento futuro y el fortalecimiento

⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general núm. 3: La naturaleza de las obligaciones de los Estados partes, párr. 9, Doc. ONU. E/1991/23, anexo III.

⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general núm. 3: La naturaleza de las obligaciones de los Estados partes, párr. 10, Doc. ONU. E/1991/23, anexo III.

¹⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general núm. 3: La naturaleza de las obligaciones de los Estados partes, párr. 1, Doc. ONU. E/1991/23, anexo III.

¹¹ Observación General núm. 20: La no discriminación y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Naciones Unidas, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009.

¹² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general núm. 3: La naturaleza de las obligaciones de los Estados partes, párr. 6, Doc. ONU. E/1991/23, anexo III.

to del sistema internacional a la luz de las prácticas internas desarrolladas en los países más progresistas, un enfoque que más tarde pasó a desempeñar un papel central en la elaboración del Protocolo Facultativo del PIDESC.

Los esfuerzos del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a favor de establecer el alcance y contenido de las obligaciones de los Estados partes en virtud del Pacto coincidió con un renovado interés en la protección efectiva de los derechos socioeconómicos a nivel nacional. Numerosos países de América Latina, África, Asia y Europa del Este, que adoptaron nuevas Constituciones o que reformaron las Constituciones existentes después de la caída del comunismo y el fin de las dictaduras militares, incluyen catálogos más o menos completos de estos derechos en sus textos constitucionales, a menudo como modelo de las garantías contenidas en el Pacto.

En épocas anteriores la incorporación de tales derechos normalmente no significaba nada más que un gesto simbólico o una postura política e ideológica. Sin embargo, esta última ronda de reforma constitucional en muchos casos dio lugar a la creación de nuevos tribunales constitucionales con poderes de revisión amplia, especialmente en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales, y dispuestos a dar el reconocimiento y la aplicación práctica de los derechos socioeconómicos contenidos en la Constitución. Unos pocos ejemplos pueden servir para poner de relieve esta nueva tendencia en el juicio constitucional desde la década de los noventa. En Colombia, la Constitución de 1991 amplió el concepto tradicional de la estatalidad para ir más allá de los objetivos clásicos de la protección de personas y bienes e incluir las preocupaciones sociales más sentidas y la protección de los derechos fundamentales sociales, económicos y culturales. La naturaleza misma del Estado colombiano se transformó mediante la definición de su estructura como la de un Estado social de derecho en lugar de un mero Estado de derecho, como la Constitución anterior había conceptualizado. Al mismo tiempo, la Asamblea Constituyente dio a los tribunales ordinarios, mediante la creación de la acción de tutela, el poder necesario para proteger los derechos constitucionales, incluidos los derechos económicos y sociales en casos concretos, y creó la Corte Constitucional como cabeza de la jurisdicción constitucional, con facultad para revisar las decisiones de tutela emitidas por los tribunales ordinarios, incluidos el Tribunal Supremo y el Consejo de Estado. La Corte Constitucional colombiana ha utilizado estas facultades para fortalecer la protección de los derechos sociales amparados por la Constitución, lo que representa casi la mitad de las acciones de

tutela que le son presentadas.¹³ La Corte lo ha hecho poniendo el énfasis en el factor de conexidad existente entre ciertos derechos sociales con otros derechos fundamentales, de modo que en prolija jurisprudencia ha decidido que los derechos sociales o económicos pueden ser protegidos por medio de la acción de tutela cuando dicha protección es indispensable para preservar a su vez otro derecho fundamental que está directamente relacionado con ellos (por ejemplo, la protección del derecho a la salud es vista como un corolario necesario para proteger los derechos a la vida, la integridad y la dignidad).¹⁴ Sin embargo, la Corte se ha ido preparando para ir más allá de esta protección indirecta y reconocer que los derechos sociales, económicos y culturales pueden valerse por sí mismos porque son de carácter fundamental. Sobre esta base, la Corte ha encontrado una serie de características estructurales del sistema de salud colombiano incompatibles con el derecho a la salud y ha ordenado una serie de ajustes con el fin de ampliar la cobertura de la atención básica de salud y garantizar el acceso universal al sistema.¹⁵ También se ha reconocido como un derecho social de los niños el derecho a una nutrición adecuada y el derecho a la educación primaria como un derecho independiente.¹⁶ Por otra parte, la Corte Constitucional colombiana ha confirmado la existencia de un derecho a la subsistencia mínima (mínimo vital) que se deriva de los derechos constitucionales a la vida, salud, trabajo y seguridad social. El objeto principal de este derecho es conceder a los sujetos que viven en la pobreza absoluta el derecho a la asistencia especial de las autoridades públicas que les permitan satisfacer sus necesidades básicas y, por lo tanto, preservar su dignidad humana. Se pretende de esta manera beneficiar a los grupos más vulnerables y a las personas que viven en condiciones de discriminación y marginación en una sociedad históricamente asediada por la desigualdad y la injusticia.¹⁷

En algunos países, los derechos sociales y económicos que en el pasado habían permanecido latentes en las Constituciones han sido objeto de renovado control jurisdiccional y mayor atención en los últimos años. Este es el caso particular de la India. Como se ha mencionado en la introducción, los

¹³ Véase Cepeda Espinosa, M. J., “Constitutional Justice in Colombia”, en Grote, R. y Woischnik, J. (eds.), *Constitutional Courts in New Democracies*, Oxford University Press (próxima publicación).

¹⁴ Véase las siguientes sentencias: T-036/10, T-534 de 1992 y T-123 de 1999. Estas decisiones y las sentencias de otros casos por parte de la Corte Constitucional de Colombia citadas están disponibles en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria>.

¹⁵ Decisión T-760 de 2008.

¹⁶ Decisión SU-225 de 1998.

¹⁷ Decisiones T-426 de 1992 y T-606 de 1999.

principios rectores de la Constitución de la India en materia de derechos sociales y económicos habían recibido poca atención por parte de la Corte Suprema de la India en la primera fase de su jurisprudencia, al afirmar que los principios rectores de la política social se tienen que cumplir y ejecutar, como subsidiario al capítulo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución. Esta interpretación estrecha dio paso más tarde a un enfoque amplio y constructivo por parte de la Corte, apoyada en el reconocimiento de que lo que es fundamental en la gobernabilidad del país no puede ser menos significativo que lo que es fundamental en el interés de un individuo y que por lo tanto los derechos fundamentales y los principios rectores de la política del Estado son complementarios.¹⁸ La Corte Suprema de Justicia, que ya había comenzado a utilizar los principios rectores en la interpretación de la legislación de bienestar social,¹⁹ pasó a elevarlos expresamente a la categoría de derechos fundamentales inalienables.²⁰ Los últimos vestigios de una distinción categórica entre los dos conjuntos de garantías fueron desechados cuando la Corte Suprema de la India comenzó a interpretar varios de los derechos socioeconómicos previstos en los principios rectores en la parte III de la Constitución. La Corte lo hizo al interpretar el alcance del derecho a la vida establecido en el artículo 21 de la Constitución, el cual abarca el derecho a una vida digna.²¹ A partir de ahí fue sólo un pequeño paso para derivar del derecho a la vida otros derechos fundamentales, tales como el derecho a la alimentación, al vestido, a la vivienda, a la educación, a la libertad de expresión, desplazamiento e interrelación con otros seres humanos.²² En ese mismo sentido se incorporó al derecho a la vida y la libertad, el derecho a la educación gratuita y obligatoria hasta los 14 años²³ y la igualdad de remuneración por igualdad de trabajo que se deriva de la interpretación de los artículos 14 y 16 de la Constitución de la India.²⁴

La Corte Suprema de la India actualmente reconoce expresamente el derecho a la justicia social y económica como un derecho fundamental.²⁵

¹⁸ *Keshwanand Bharti vs. State of Kerala* (1973) 4 Supreme Court Cases 225 (879).

¹⁹ *Crown Aluminium Works vs. The Workmen*, All India Reporter 1958 Supreme Court 30; *Express Newspaper Ltd vs. Union of India*, All India Reporter 1958 Supreme Court 578.

²⁰ *Air India Statutory Corporation vs. United Labour Union*, All India Reporter 1997 Supreme Court 645.

²¹ *Olga Tellis vs. Bombay Municipal Corporation*, All India Reporter 1986 Supreme Court 180.

²² *Francis Coralie vs. Union Territory of Delhi*, AIR 1981 SC 746.

²³ *J.P. Unnikrishnan vs. State of AP*, All India Reporter 1993 Supreme Court 2178.

²⁴ *Randir Singh vs. Union of India*, All India Reporter 1978 Supreme Court.

²⁵ *Sodan Singh vs. NDMC* (1989) 4 Supreme Court Cases 155.

Sobre esta base ha comenzado a elaborar directrices sobre las políticas de bienestar social para el Ejecutivo, si en su opinión, las circunstancias así lo exigen.²⁶ Esto ha llevado a la Corte, entre otros, a ordenar con carácter prioritario ayuda alimentaria a grupos de la población con alto riesgo de morir de hambre y a exigir a los gobiernos estatales la ejecución de los programas de socorro alimentario del gobierno central y el desarrollo del plan de comidas de mediodía para la infancia y la totalidad de niños de las escuelas asistidas por el gobierno.²⁷

Tal vez la contribución más importante a la justificación de los derechos sociales fundamentales en la jurisdicción constitucional ha venido de la Corte Constitucional de Sudáfrica. El anhelo por la justicia social después de la larga era del *apartheid* fue una de las características que definen el proceso de decisiones constitucionales en el sur de África. La Declaración de Derechos en la Constitución de Sudáfrica de 1996 contiene una serie de derechos económicos y sociales, incluidos el derecho de acceso a una vivienda adecuada (artículo 26), el derecho de acceso a la atención sanitaria, alimentos, agua y seguridad social (artículo 27) y el derecho a la educación (artículo 29). En su decisión sobre la “certificación” de la nueva Constitución de la República de Sudáfrica, la Corte Constitucional se refiere a las objeciones sobre la supuesta falta de justiciabilidad de esos derechos y los problemas que podrían plantear a la separación de poderes. Si bien el Tribunal reconoció que la inclusión de estos derechos puede tener implicaciones presupuestarias, señaló que la observancia de los derechos civiles y políticos también tienen a menudo estas implicaciones, y que la tarea de juzgar a los derechos socioeconómicos no es tan diferente de la tarea comúnmente atribuida a los tribunales, de modo tal que resulte en una vulneración de la separación de los poderes. Asimismo, señaló la Corte que los derechos socioeconómicos son, al menos en cierta medida, justiciables, y como mínimo, pueden ser protegidos ante una violación.²⁸

Sin embargo, fue en una serie de casos relacionados con el alcance de las garantías constitucionales sobre los derechos socioeconómicos que la Corte Constitucional de Sudáfrica sentó las bases para una reevaluación de esos derechos con repercusiones que trascienden los límites nacionales. Esto no era aún evidente en la decisión *Soobramoney vs. Ministro de Salud (KwaZulu-Natal)*, convertido en el primer caso importante sobre los derechos sociales

²⁶ *PUCI vs. Union of India* (2001) 5 SCALE 303.

²⁷ *Ibidem*, 7 SCALE 484.

²⁸ Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly in re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996, Case CCT 23/96, 1996 (4) SA 744 (CC).

y económicos presentado ante la Corte Constitucional, referido a un hombre con insuficiencia renal crónica que urgía de un tratamiento de diálisis para prolongarle la vida, pretensión que fue desestimada por la Corte Constitucional. Dicha Corte sostuvo que en virtud de la amplia discrecionalidad concedida a las autoridades competentes del Estado para el establecimiento de prioridades presupuestarias, se justificaba la elaboración de directrices para determinar los pacientes que cumplen las condiciones para recibir el tratamiento y en ese sentido respaldó la decisión del hospital que había negado el tratamiento al señor Soobramoney, siempre y cuando ese tipo de decisiones se fundamenten en criterios de razonabilidad y de buena fe. Éste fue precisamente el caso del hospital, que en virtud de carecer de los medios suficientes para atender a todos los pacientes reservó el tratamiento de diálisis a aquellos que esperaban por un trasplante de riñón, un trasplante para el que no era elegible el señor Soobramoney por padecer del corazón y de otras enfermedades cerebro-vasculares.²⁹

Este enfoque cauteloso de la Corte en la interpretación y aplicación de los derechos socioeconómicos se modificó significativamente en la sentencia sobre el caso, *Gobierno de Sudáfrica vs. Grootboom*. En esta decisión, referida a la denuncia de un grupo de pisatarios ilegales en contra de su expulsión de un terreno privado que habían ocupado mientras esperaban la asignación de viviendas de bajo coste, la Corte Constitucional reiteró su decisión sobre la justiciabilidad de los derechos sociales adoptada en la sentencia de certificación y declaró que la única pregunta por responder es cómo estos derechos pueden hacerse valer en un caso determinado. Posteriormente pasó a examinar si el programa gubernamental de vivienda había cumplido las obligaciones impuestas al Estado en virtud del artículo 26 de la Constitución de Sudáfrica y llegó a la conclusión de que no lo hizo, ya que no se previó ninguna ayuda a aquellas personas que, al igual que los demandantes, se encontraban ante la desesperada necesidad de acceso a la vivienda. Para llegar a esta conclusión, la Corte aplicó el test de razonabilidad, sosteniendo que, para cumplir con este estándar, el programa de gobierno tiene que ser coherente, completo y capaz de facilitar la realización del derecho en cuestión. Además, debe ser equilibrado y lo suficientemente flexible para tener en cuenta las necesidades de corto, mediano y largo plazo. También, agregó la Corte, se deben distribuir adecuadamente las responsabilidades entre las diferentes esferas del Poder Público y asegurar la disponibilidad de los recursos financieros y humanos para la ejecución del

²⁹ *Thiagraj Soobramoney vs. Minister of Health (KwaZulu-Natal)*, Case CCT 32/97, 1998 (1) SA 765 (CC).

programa. Por último, advirtió la Corte, este programa debe ser implementado de manera razonable, tomando en consideración las necesidades de los grupos e individuos que requieren la ayuda inmediata. Conforme a la argumentación de la Corte, fue precisamente en esta fase donde el programa gubernamental de vivienda falló, ya que no abordó adecuadamente ni con prioridad la necesidad de mejorar de manera inmediata el problema habitacional de aquellas personas que viven en situación de crisis aguda.³⁰

Al introducir el test de razonabilidad como un medio para medir el cumplimiento del Estado con sus obligaciones, impuestas en virtud de la disposición constitucional sobre los estándares sociales y económicos, la Corte Constitucional de Sudáfrica decidió desplazar el enfoque del debate de la idea tradicional de la dicotomía del desarrollo social y los derechos políticos, a situaciones prácticas metodológicamente mucho más relevantes como lo sugiere la aplicación de los derechos económicos y sociales. En el caso *Ministerio de Salud vs. Treatment Action Campaign* se aplica el test de razonabilidad para evaluar la constitucionalidad de la decisión del gobierno de limitar la disponibilidad de los medicamentos antirretrovirales nevirapina, que previene la transmisión del VIH/SIDA de madre a hijo durante el parto. Dicho medicamento había sido puesto a disposición de diversas instituciones públicas de formación e investigación por un periodo de cinco años y sin cargo alguno por parte del fabricante, lo que impediría el uso de la droga a la inmensa mayoría de los nacimientos en todo el país. No sorprende que la Corte concluyera que al excluirse del acceso a la nevirapina a los más indigentes, así como por no haberse concebido un programa efectivo de lucha contra la transmisión del VIH/SIDA de madre a hijo, el gobierno había violado las obligaciones positivas resultantes del derecho de acceso a los servicios de salud garantizado en el artículo 27 de la Constitución.³¹

III. PROCESO DE ELABORACIÓN DEL PROTOCOLO FACULTATIVO

La experiencia adquirida a nivel nacional mediante la justiciabilidad de los derechos sociales y económicos ha sido crucial en el movimiento a favor de la elaboración de un Protocolo Facultativo al PIDESC que se aceleró durante las últimas décadas. Ya en 1992 el Comité de Derechos Sociales presentó una propuesta a la Comisión preparatoria de la Conferencia Mun-

³⁰ *Government of the Republic of South Africa and others vs. Irene Grootboom and others*, Case 11/00, 2001 (1) SA 46 (CC).

³¹ *Minister of Health and Others vs. Treatment Action Campaign and Others*, Case CCT 8/02, 2002 (10) BLCR 1033 (CC).

dial de Derechos Humanos de Viena, sugiriendo la introducción de un sistema para la evaluación de casos individuales como única esperanza real para que la comunidad internacional pudiera ser capaz de avanzar hacia el desarrollo de un importante cuerpo jurisprudencial en el ámbito de los derechos socioeconómicos.³² En los años siguientes, el Comité trabajó en un proyecto de Protocolo Facultativo que se presentó a la antigua Comisión de Derechos Humanos en 1997. El proyecto sugería la puesta en marcha de un mecanismo para la evaluación de comunicaciones individuales por parte del Comité en los casos en que presuntamente los Estados partes hayan violado sus obligaciones en virtud del Pacto.³³ Al momento de la propuesta, el proyecto recibió un número limitado de respuestas de los gobiernos a los que se presentó para hacer comentarios, las cuales en su mayoría fueron favorables a la idea de un Protocolo Facultativo con un mecanismo de quejas individuales. Entre los gobiernos que han adoptado una posición más cautelosa sobre la cuestión, la supuesta falta de justiciabilidad de los derechos socioeconómicos fue mencionada como una causa importante de preocupación.³⁴

La cuestión de la justiciabilidad volvería al debate cuando al final del proceso de consulta le correspondiera a la Comisión de Derechos Humanos en su séptimo periodo de sesiones en 2001 evaluar si debería crearse un Grupo de Trabajo de composición abierta sobre el Protocolo Facultativo. Los Estados que rechazaron la creación del Grupo de Trabajo argumentaron que la cuestión de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales está lejos de resolverse y que la viabilidad de un mecanismo de quejas individuales requiere mayor análisis y debate. No obstante, no pudieron impedir el nombramiento de un Experto Independiente que tenía el mandato de debatir la cuestión de un Protocolo Facultativo del PIDESC y debieron contentarse con retrasar el establecimiento de un grupo trabajo de composición abierta por un año más. En su quincuagésimo octavo periodo de sesiones, la Comisión aprovechó la oportunidad suscitada debido a la ausencia de los Estados Unidos, uno de los principales oponentes de un Proto-

³² Hacia un Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Doc. ONU. A/CONF.157/PC/62/Add.5 (1993).

³³ Proyecto de Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Nota del Secretario General, Doc. ONU. E/CN.4/1997/105 (1996).

³⁴ Este se aplicó particularmente a Alemania, que señaló que la frecuente falta de justiciabilidad de los derechos sociales y económicos amenazó con dejar sin efecto el procedimiento de denuncia, minando la credibilidad del procedimiento en su conjunto, véase el Proyecto de Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Informe del Secretario General, Doc. ONU. E/CN4/2000/49 (2000), 5.

colo Facultativo, para crear un grupo de trabajo que estudiara la posibilidad de desarrollar un Protocolo Facultativo para el PIDESC. La antigua Comisión de Derechos Humanos tomó la decisión y creó en 2003 un “Grupo de Trabajo Abierto sobre un Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.³⁵

Desde las primeras discusiones del Grupo de Trabajo hasta el final de las negociaciones sobre la redacción de las distintas disposiciones del Protocolo Facultativo, la cuestión de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales han ocupado un papel central en las deliberaciones del Grupo.³⁶ Aunque varias delegaciones opinaron que el carácter particular de los derechos económicos, sociales y culturales hacen que no sean aptos para su adjudicación y que por lo tanto un procedimiento de quejas individuales en virtud del PIDESC no sería apropiado, otras delegaciones señalaron a la jurisprudencia de los tribunales nacionales y regionales como prueba de que los derechos socioeconómicos ya han sido exitosamente declarados exigibles y que estos derechos podrían, también, estar sometidos a un procedimiento de quejas individuales en virtud del PIDESC.³⁷

No obstante, con la tercera sesión del Grupo de Trabajo en febrero de 2006, la dinámica del proceso de discusión cambió de manera determinante, debido al convencimiento de los grupos de América Latina, África y varios países europeos en el sentido de que se había alcanzado suficiente conocimiento crítico para la redacción del Protocolo Facultativo por parte del Grupo de Trabajo.³⁸ Durante su primer periodo de sesiones en junio de 2006, el recién creado Consejo de Derechos Humanos (sustitutivo de la Comisión) no sólo amplió el mandato del Grupo de Trabajo durante dos años,

³⁵ La Cuestión de la realización en todos los países de los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y Estudio de problemas especiales con que los países en desarrollo se enfrentan en sus esfuerzos para lograr estos derechos humanos, doc. E/CN.4/2002/200, 2002.

³⁶ Para un resumen detallado y un análisis de los debates del Grupo de Trabajo, véase C. de Albuquerque, “Chronicle of an Announced Birth: The Coming into Life of the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – The Missing Piece of the International Bill of Human Rights”, *32 Human Rights Quarterly*, 2010, 157-176.

³⁷ Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta encargado de examinar opciones para la elaboración de un Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su primer periodo de sesiones, UN Doc. E/CN.4/2004/44, 2004, 58-66.

³⁸ Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta para considerar opciones para la elaboración de un Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su tercer periodo de sesiones, doc. E/CN.4/2006/47, 2006, 16.

sino que también modificó su objeto, encargándole elaborar un Protocolo Facultativo del PIDESC.

El Presidente del Grupo de Trabajo presentó el primer proyecto de Protocolo opcional el 23 de abril de 2007. El proyecto incluía tanto disposiciones relativas a comunicaciones individuales como colectivas (estas últimas no acogidas posteriormente),³⁹ y en el artículo 8o., autoriza al Comité de Derechos Sociales para considerar los méritos de las comunicaciones mediante la evaluación de “la razonabilidad de las medidas adoptadas por el Estado parte, hasta el máximo de sus recursos disponibles, con miras a lograr progresivamente la plena realización de los derechos reconocidos en el Pacto a través de todos los medios apropiados”.⁴⁰ El texto propuesto en el artículo 8 (4)⁴¹ enfrentó las críticas de algunos Estados que abogaban por una redacción que hiciera mayor énfasis en el derecho de los Estados partes de decidir libremente sobre las políticas económicas y sociales que mejor se adapten a la realización progresiva de los derechos protegidos, habida cuenta de sus particulares condiciones económicas y fiscales. Se sugirió sustituir el término “razonable” por el concepto de “irrazonable” e incluir en el texto del artículo 8o. (4) una referencia expresa al “amplio margen de apreciación” de los Estados partes para determinar el uso óptimo de sus recursos.⁴²

Sin embargo, estas propuestas resultaron ser inaceptables para la mayoría del Grupo de Trabajo. La redacción del artículo 8o. (4) del Protocolo Facultativo que fue finalmente acordado se adoptó directamente de la decisión Grootboom del Tribunal Constitucional de Sudáfrica: “Al examinar las comunicaciones en virtud del presente Protocolo, el Comité tendrá en cuenta la razonabilidad de las medidas adoptadas por el Estado parte, de conformidad con la parte II del Pacto. De este modo, el Comité tomará en consideración que el Estado parte podrá adoptar una serie de medidas de política legítimas para la aplicación de los derechos enunciados en el Pacto”. El texto reconoce que el Comité de Derechos Sociales es competente para evaluar si las medidas razonables se han ejecutado y si contribuyen a la realización de los derechos garantizados por el Pacto o no lo hacen. Al llevar a

³⁹ Proyecto de Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, doc. A/HRC/6/WG.4/2 (2007), Anexo I, artículos 2o. y 3o.

⁴⁰ Proyecto de Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, doc. A/HRC/6/WG.4/2, 2007, Anexo I, artículo 8o. (4).

⁴¹ Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta para considerar opciones para la elaboración de un Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su cuarto periodo de sesiones, doc. A/HRC/6/8, 2007, 95.

⁴² Proyecto de Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, doc. A/HRC/6/WG.4/2, Anexo I, 2007, artículo 8o. (4).

cabo esta evaluación, el Comité no estará sujeto al reconocimiento o a la decisión política adoptada por un Estado parte, aunque debe tenerse en cuenta que los Estados podrían elegir, como de hecho sucede a menudo, la adopción de diferentes políticas legítimas para implementar los derechos contenidos en el Pacto.⁴³

El Grupo de Trabajo presentó el proyecto de Protocolo Facultativo en la Tercera Asamblea General del Comité, el cual lo aprobó por consenso el 18 de noviembre de 2008. Oportunamente, la Asamblea General de la ONU, justo en el sexagésimo aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y sin someterlo a votación en una sesión plenaria del 10 de diciembre de 2008, dio su aprobación al Protocolo. El 24 de septiembre de 2009 se abrió a la firma en la sede de la ONU en Nueva York.⁴⁴

IV. ¿UN NUEVO EQUILIBRIO ENTRE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS Y DERECHOS SOCIOECONÓMICOS?

El reciente Protocolo Facultativo seguramente dará un nuevo impulso al desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales una vez que entre en vigor. No obstante los beneficios esperados por el Protocolo, sólo se alcanzarán en su totalidad una vez que el Comité sea capaz de utilizar los mecanismos de denuncias individuales a fin de establecer un marco coherente para la interpretación y aplicación de los derechos que reconoce plenamente, en particular en cuanto a que los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y que por lo tanto requieren una metodología común para determinar su alcance y los límites de cada uno. Esta metodología debe basarse en el reconocimiento de que todos los derechos fundamentales, ya sean de carácter político o de carácter social, imponen tres obligaciones principales a los Estados partes: la obligación de respetar, la obligación de proteger y la obligación de cumplir.⁴⁵ Aunque el alcance de estos derechos puede variar de un derecho a otro, básicamente se aplican a todos los derechos humanos. Así, no hay derecho fundamental del que se pueda decir a priori que contiene sólo obligaciones negativas o que se limita a ciertos elementos de las obligaciones positivas que se pueden derivar de los derechos fundamentales.

⁴³ Albuquerque, *op. cit.*, nota 36, 175.

⁴⁴ Para obtener la lista actualizada de firmas y ratificaciones del Protocolo véase la base de datos de tratados de las Naciones Unidas en <http://treaties.un.org>.

⁴⁵ Nowak, M., *Introduction to the International Human Rights Regime*, 2003, pp. 49-51; Steiner, H. *et al.*, *Goodman, International Human Rights in Context*, 3a. ed., 2008, 187-189.

En realidad es un mito que los derechos económicos, sociales y culturales no imponen obligaciones negativas a los Estados partes o que, en la mayoría de los casos, la dimensión negativa de los derechos socioeconómicos sea en gran medida irrelevante. Esto es evidente en el caso de ciertos derechos que están garantizados en términos casi idénticos en ambos Pactos, como el derecho a fundar y afiliarse a sindicatos (artículo 22 del PIDCP, y artículo 8o. del PIDESC). La intervención del Estado en el libre ejercicio de estos derechos debe ajustarse siempre a las mismas normas, es decir, debe ser regulada por la ley y debe ser necesaria en una sociedad democrática para la consecución de los objetivos legítimos definidos por relevantes disposiciones del tratado. No obstante, este mismo principio tiene que aplicarse a otros derechos sociales, económicos y culturales que no tienen equivalencia directa en el Pacto, particularmente cuando el Estado interfiere activamente con el ejercicio de estos derechos de manera negativa, por ejemplo, al restringir el acceso a servicios básicos de salud (derecho a la salud), mediante la supresión de una garantía legal vigente de la educación primaria gratuita (derecho a la educación) o mediante la reducción de las prestaciones por desempleo o pensiones (derecho a la seguridad social). En todos estos casos, el Estado parte debe ser capaz de justificar su injerencia en lo que respecta a los requisitos de proporcionalidad aplicados comúnmente en los casos de restricción de los derechos fundamentales, es decir, al demostrar que la medida en cuestión responde a un propósito legítimo e importante, y no va más allá de lo estrictamente necesario para alcanzar el objetivo legítimo establecido. En este sentido, el hecho de que la medida tenga en sí misma importantes implicaciones presupuestarias no excluye su revisión por los tribunales ni tampoco implica automáticamente la modificación de las normas aplicables sobre su justificación.

Esta relevante dimensión “negativa” de los derechos sociales y económicos ha sido expresamente reconocida por la Corte Constitucional de Sudáfrica y por el Comité de Derechos Sociales. La Corte Constitucional de Sudáfrica ya se había pronunciado en su primera sentencia sobre la “certificación” de la Constitución que, como mínimo, los derechos económicos y sociales garantizados pueden ser “negativamente” protegidos ante una violación contraria a derecho.⁴⁶ El Comité de los DESC por otra parte señaló en su Observación general núm. 3 que “todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivas”, es decir, las medidas que deliberadamente reducen el nivel de ejercicio del derecho ya alcanzado deberán justificarse

⁴⁶ *Government of the Republic of South Africa and others vs. Irene Grootboom and others*, Case 11/00, 2001 (1) SA 46 (CC), párr. 78.

plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos disponibles.⁴⁷ Resulta difícil ver cómo se podría realizar el análisis necesario respecto a si la medida es “totalmente” justificada sin tener que recurrir al menos a los elementos básicos del análisis de proporcionalidad que comúnmente se aplica en los casos de presunta infracción de los derechos civiles y políticos.⁴⁸

Al igual que los derechos civiles y políticos, los derechos sociales, económicos y culturales imponen una serie de obligaciones positivas a los Estados partes, a saber, el deber de proteger y el deber de cumplir. El deber de proteger se refiere a la obligación de los Estados partes de proteger el derecho en cuestión contra la posible infracción por parte de particulares.⁴⁹ Es ampliamente admitido que el alcance de este derecho varía de acuerdo con el derecho de que se trate, y que es más intenso cuando se refiere al derecho a la vida, a la integridad física o a la prohibición de la tortura.⁵⁰ El deber de proteger normalmente deja un considerable margen de discrecionalidad a los Estados en la determinación de la mejor manera de salvaguardar el derecho en cuestión, por ejemplo si se va a utilizar sólo acciones en el marco del derecho privado, o si se va a recurrir a acciones penales, siempre que las medidas o mecanismos adoptados sean objetivamente capaces de proporcionar la protección requerida.⁵¹ Estos principios son también aplicables en el caso de los derechos económicos y sociales. En la medida en que se incrementa la prestación de los servicios de educación y salud por parte del sector privado y de organizaciones de salud, el deber de proteger toma la forma de obligación de regular adecuadamente la prestación de tales servicios por proveedores privados. Ello incluye la obligación de asegurarse de que ninguna persona quede excluida de estos servicios por motivos arbitrarios y que un servicio mínimo se pondrá a disposición de todas las personas y, en particular, de los más necesitados.

Por último, los derechos humanos imponen a los Estados partes la obligación de cumplir, es decir, el deber de proporcionar los recursos materiales que sean necesarios para el pleno disfrute de los derechos garantizados. A veces se argumenta que esta dimensión diferencia los derechos sociales y

⁴⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General núm. 3: La naturaleza de las obligaciones de los Estados partes, Párr. 9, Doc. ONU. E/1991/23, anexo III.

⁴⁸ Sobre el test de proporcionalidad, véase Nowak, *op. cit.*, nota 45, 2003, pp. 59-61.

⁴⁹ Steiner, H. *et al.*, *op. cit.*, nota 45, p. 188.

⁵⁰ Nowak, *op. cit.*, nota 45, p. 53.

⁵¹ *Idem.*

económicos de los derechos civiles y políticos en que estos últimos no requieren el suministro de recursos materiales por parte del Estado a fin de permitir su ejercicio por parte de los individuos. Sin embargo, en este sentido, como en lo que respecta a las otras dimensiones de protección de los derechos fundamentales mencionados anteriormente, la diferencia entre los derechos sociales y económicos, por una parte, y los derechos civiles y políticos por la otra, es de grado y no de principio. Hay una serie de derechos civiles y políticos que suponen una infraestructura compleja y financiada por el Estado para su goce efectivo. Por ejemplo, el derecho de acceso a los tribunales y a un juicio justo sería meramente teórico sin la existencia de un sistema judicial con jueces debidamente capacitados, bien remunerados, mantenidos y financiados por el Estado. Del mismo modo, los derechos democráticos de los ciudadanos no podrían ejercerse si el Estado no estuviera dispuesto a garantizar el buen desarrollo de las elecciones, la prestación de determinados servicios a los partidos políticos, la elección de candidatos idóneos para el funcionamiento de los colegios electorales y el seguimiento de las actividades de las comisiones electorales y los tribunales durante la campaña electoral.

Es sólo en relación con el deber de cumplir que el PIDESC establece normas específicas de los derechos socioeconómicos que difieren de los aplicables a los derechos civiles y políticos. En los primeros se realiza “progresivamente”, mientras que el Estado tiene el deber de proporcionar los medios necesarios para la aplicación efectiva del derecho a un juicio justo o el derecho a elecciones libres sin demora y en su totalidad. La Corte Constitucional de Sudáfrica ha interpretado que la referencia a la “realización progresiva” de los derechos económicos y sociales plasmada en la Constitución de Sudáfrica está claramente inspirada en el artículo 20. del PIDESC,⁵² en el sentido de que el gobierno, para adoptar las medidas necesarias para la aplicación de los derechos en cuestión, debe pasar el test de “razonabilidad”.

El test de razonabilidad se ha dividido a su vez en varios subtest, dos de los cuales conciernen al diseño adecuado de los programas —si es completo y coherente y si se tiene en cuenta las necesidades tanto a corto plazo como a medio y largo plazo—, mientras que el tercer test se refiere a la asignación adecuada de recursos y responsabilidades y el cuarto test se ocupa de su co-

⁵² Trilsch, M., “What’s the Use of Socio-Economic Rights in a Constitution? – Taking a Look at the South African Experience”, *42 Verfassung und Recht in Übersee*, 2009, pp. 552-556.

recta aplicación.⁵³ Dado que el artículo 8o. (4) adoptó deliberadamente en su lenguaje la decisión Grootboom de la Corte Constitucional de Sudáfrica (véase supra III), parece que cualquier análisis del concepto de racionalidad con arreglo al Protocolo Facultativo tiene que empezar por una consideración cuidadosa de la aplicación del concepto recibido por la jurisprudencia de la Corte sudafricana.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el test de razonabilidad es una herramienta muy flexible para la justiciabilidad de los DESC, que incluso, en mayor medida que el test de proporcionalidad, depende para su clarificación del marco normativo e institucional en el que se utiliza. En el caso de Sudáfrica, este contexto es aportado por la Constitución y los valores fundamentales de la dignidad humana, la buena gobernanza y la justicia social sobre los que se fundamenta.

En el caso del PIDESC, el contexto es diferente. El Pacto es un tratado internacional, no una Constitución nacional, y los valores en los que se basa son los enumerados en el Preámbulo del Pacto: la dignidad inherente a la persona humana, la libertad del temor y de la miseria, la justicia y la paz en el mundo. Sin embargo, aunque estos valores son muy similares a los que sustentan la Constitución de Sudáfrica,⁵⁴ el contexto institucional en el caso del Pacto difiere considerablemente. El Comité de Derechos Sociales es un órgano independiente con poderes limitados que no son en absoluto comparables con las facultades de revisión de gran alcance de la Corte Constitucional de Sudáfrica conforme a la Constitución de ese país.

Incluso después de la aprobación del Protocolo Facultativo, no puede razonablemente suponerse que los Estados partes querían ceder su facultad discrecional en el desarrollo de la salud, la educación y las políticas de bienestar consideradas para promover los mejores ideales de justicia social en favor del Comité en un grado que remotamente sea comparable a la medida de control otorgada a la Corte Constitucional sobre los poderes Legislativo y Ejecutivo del gobierno por la Constitución de Sudáfrica. Esto sugeriría un enfoque más cauteloso a la aplicación del test de razonabilidad por parte del Comité, que da especial atención a la advertencia en el artículo 8o. (4) de que habrá a menudo una serie de medidas políticas apropiadas para la realización de los derechos enunciados en el Pacto. Una forma de compensar este mayor grado de autocontrol podría ser un renovado énfasis en el análisis de las “obligaciones mínimas” mencionadas por el Comité en su Obser-

⁵³ *Government of the Republic of South Africa and others vs. Irene Grootboom and others*, Case 11/00, 2001 (1) SA 46 (CC), párrafos 40-44.

⁵⁴ Trilsch, *op. cit.*, nota 52, p. 566.

vacación general núm. 3 y que todavía podría ser utilizado como criterio para limitar el ejercicio de la discreción de los Estados partes en materia de política social.⁵⁵

V. CONCLUSIÓN

La adopción del Protocolo Facultativo del PIDESC da un empuje importante a los esfuerzos a lo largo de una década en el movimiento de los derechos humanos de las Naciones Unidas para restablecer el equilibrio entre los derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, para el éxito de estos esfuerzos resulta necesario continuar trabajando sobre la metodología adecuada para la interpretación y aplicación de los derechos socioeconómicos en el marco de la doctrina general de las normas de derechos humanos. Se requiere un esfuerzo cuya conclusión exitosa finalmente dará su pleno sentido a la idea de que todos los derechos humanos son universales, independientes e indivisibles. El Comité de Derechos Sociales y un número de tribunales constitucionales nacionales han hecho progresos sustanciales en las últimas dos décadas en el desarrollo de esa metodología. La génesis del Protocolo Facultativo del PIDESC, por lo tanto, proporciona un oportuno recordatorio de la relevancia que tiene la estrecha interacción entre el derecho nacional e internacional en la formación del Derecho de los derechos humanos del siglo XXI.*

⁵⁵ La Corte Constitucional de Sudáfrica deliberadamente se negó a aceptar el concepto de obligación mínima, a pesar de que había instado a hacerlo, tanto en el caso *Grootboom* como en el caso *Treatment Action Campaign*, véase Trilsch, *op. cit.*, nota 52, p. 568. Ello es más notable porque el artículo 39 de la Constitución de Sudáfrica obliga expresamente a los tribunales a considerar el derecho internacional cuando se interpreta la Carta de Derechos en la Constitución de Sudáfrica.

* Traducción del Dr. iur. Henry Jiménez Guanipa, LL. M. Heidelberg.