

**UNA PERSPECTIVA DE DERECHOS SOCIALES EN LA LABOR
DE LAS DEFENSORÍAS DEL PUEBLO: UNA APUESTA POR LA
PROGRESIVIDAD**

***A SOCIAL RIGHTS PERSPECTIVE IN THE WORK OF THE
OMBUDSMAN'S OFFICES: A COMMITMENT TO
PROGRESSIVENESS***

ANA ABA CATOIRA

*Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidade da Coruña*

Artículo recibido el 31 de octubre de 2019
Artículo aceptado el 12 de noviembre de 2019

RESUMEN

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha consolidado la garantía de los derechos sociales, económicos y culturales, cuya realización progresiva es asumida como obligación por los Estados Partes. El incumplimiento reiterado de dicho compromiso pone de manifiesto la falta de voluntad pública, y también privada, por satisfacer derechos básicos y esenciales vinculados a la vida digna. Los documentos de las organizaciones internacionales y las resoluciones dictadas en su interpretación ofrecen todos los elementos y apoyos para lograr la efectividad de estos derechos a través de políticas públicas articuladas sobre el principio de no regresividad. En este orden de cosas, las Defensorías del Pueblo como autoridad de persuasión deben incluir en sus argumentaciones una perspectiva internacional de derechos humanos, poniendo énfasis en el desconocimiento de estos parámetros por las instituciones nacionales y reforzando su autoridad en el Derecho Convencional.

PALABRAS CLAVE: Derechos sociales, económicos y culturales, Defensorías del Pueblo, Derecho Internacional de Derechos Humanos, Pacto Internacional de

ABSTRACT

International Human Rights Law has consolidated the guarantee of social, economic and cultural rights, whose progressive realization is assumed as an obligation by the States Parties. The repeated breach of this commitment highlights the lack of public, and also private, will to satisfy basic and essential rights linked to decent living. The documents of the international organizations and the resolutions dictated in their interpretation offer all the elements and support to achieve the effectiveness of these rights through public policies articulated on the principle of non-regressivity. In this order of things, the Ombudsmen as persuasion authority must include in their arguments an international human rights perspective, emphasizing the ignorance of these parameters by national institutions and reinforcing their authority in Conventional Law.

KEY WORDS: Social, economic and cultural rights, Ombudsmen, International Human Rights Law, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Economic and Social Committee, General remarks.

SUMARIO

Introducción.

1. Las Defensorías del Pueblo como garantes de la esencialidad de los Derechos Fundamentales Sociales en el Estado de Derecho.

2. La recepción del Derecho Internacional de Derechos Humanos por las Defensorías: su traslado a los operadores jurídicos nacionales y el seguimiento de su implementación.

2.1º. El valor jurídico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

2.2º. Sobre la evaluación del cumplimiento de las obligaciones internacionales: el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC).

3. Integración de la perspectiva internacional de Derechos Humanos en los Informes Defensoriales: La “no regresividad” una asignatura pendiente.

Conclusión.

Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

La falta de efectividad de los derechos sociales es una cruda realidad que se constata cuando se analiza el estado actual en que se encuentran estos derechos tan esenciales para garantizar la vida digna de las personas (Escobar Roca, 2014; Ruipérez Alamillo, 2017). La mayoría de los textos constitucionales configuran los derechos sociales como mandatos de optimización con distinto grado de cumplimiento y con serias dificultades para ser aplicados directamente (Alexy, 2007:20; Escobar Roca, 2018:38 y ss).

En nuestra Constitución, podemos distinguir tres categorías de derechos sociales dependiendo del nivel de protección que se les otorga en el texto constitucional. Un grupo reducido goza de un nivel adecuado de protección como derechos sociales fundamentales: el derecho a la educación y el derecho de huelga y de sindicación; otro grupo, con un nivel más bajo, está conformado por derechos fundamentales no integrados en la sección más reforzada del Capítulo II del Título I, esto son, el derecho y deber de trabajar, el derecho a la negociación colectiva y el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo. En tercer lugar, se establecen principios rectores o programáticos que informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (art. 53.2º C.E). Estos principios referidos al mantenimiento de un régimen público de seguridad social, el derecho a la protección de la salud o el derecho a una vivienda digna, tienen una protección que se reduce a mínimos, pues quedan a expensas de la buena voluntad política del momento y del destino de recursos económicos dispuesto a tal efecto, ya que sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria conforme a sus leyes de desarrollo.

Es una cuestión harto sabida (entre todos, Escobar Roca, 2011; 2012; 2018 y Fernández Rodríguez, 2013:1004 y ss) que “los derechos sociales son los que más sufren en tiempos de crisis” cuando la dignidad como base y fundamento de los derechos de las personas no está suficientemente protegida (Declaración de Filadelfia, OIT, 1944). En este sentido, el Defensor del Pueblo, en su Informe anual de 2017¹, incluye un completo análisis de las consecuencias de la crisis económica en la aplicación de los derechos sociales, poniéndose énfasis en el hecho de que es, precisamente, en los momentos difíciles cuando la institución debe asumir su protagonismo institucional. Por ello, dicho documento incide sobre la necesidad de revisar las políticas públicas sociales (renta, necesidades básicas, pensiones de jubilación, dependencia, parados de larga duración, familias con desempleados, índices de pobreza o la situación de la juventud); además de denunciar las brechas que provocan las profundas desigualdades sociales y económicas. Asimismo, en dicho Informe, realiza un análisis de las políticas públicas prestacionales aprobadas durante la crisis económica y un seguimiento de la evolución del gasto social.

¹https://www.defensordelpueblo.es/wpcontent/uploads/2018/03/Informe_anual_2017_vol.I.2_Crisis_economica.pdf

De los datos oficiales se desprende “la renuencia de los poderes, legislativo, ejecutivo y, en algunas ocasiones, instancias superiores del judicial, a las violaciones de derechos sociales, que forman parte de los derechos humanos y la inexcusable y urgente necesidad de ocuparse de ellos como evidencia del interés de todas las instituciones que conforman el Estado en el respeto de los derechos humanos y, por derivación, de su implicación directa y prioritariamente en la recuperación de la democracia social que repercutirá positivamente en el funcionamiento y progreso del país con valores de libertad, igualdad y fraternidad” (Beltrán Salcedo, 2019: 501).

Esta situación deficitaria en la realización de los derechos económicos, sociales y culturales proyecta la imagen de un Estado Social y Democrático de Derecho que se va diluyendo progresivamente a causa de la desatención y abandono que sufren estos derechos esenciales y básicos para la vida de las personas por parte de las administraciones públicas que deben asumir su realización “progresiva” y “nunca regresiva” estableciendo los medios necesarios a tal efecto (Escobar Roca, 2018:186). Pues, como bien señala Porrás Nadales (2006), al Estado social le corresponde una administración finalista o instrumental, en la cual, dado el carácter predominante de los derechos sociales, prevalece su carácter de instrumento al servicio del cumplimiento de los objetivos y fines que aquellos derechos de contenido social o económico implican.

Así las cosas, en aras de revertir la situación descrita, entendemos que, desde un compromiso institucional por la realización de los derechos sociales en cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado español, las Defensorías del Pueblo resultan esenciales para garantizar la protección de estos derechos. Esta institución defensora de los derechos se presenta como un instrumento adecuado para promover este cumplimiento por parte del Estado, recordando en sus informes y demás documentos el contenido de los compromisos jurídicos asumidos, y reiteradamente incumplidos (García Álvarez y García López, 2006:401; Aba Catoira, 2013:791). Por lo que, además, adquiere una especial dimensión de cohesión social (García Manrique, 2011:315)².

En este orden de cosas, las resoluciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, del Comité Europeo de Derechos Sociales y de otros organismos, que ofrecen estándares adecuados de protección de estos derechos, se ofrecen como instrumentos jurídicos a los que se debe recurrir por el Defensor del Pueblo para apoyar y fundamentar sus denuncias de incumplimientos, así como las

² La cohesión social entendida como proceso que permite ir mejorando las situaciones de desigualdad en la sociedad y sus fracturas socioeconómicas, se convierte de este modo en una exigencia irrenunciable para alcanzar las condiciones sociales que permitan la garantía efectiva de los derechos reconocidos a la ciudadanía, CHAMIZO DE LA RUBIA, J. (2013:349).

recomendaciones que formule a las instituciones para avanzar en la reparación de las vulneraciones y en la satisfacción efectiva de estos derechos.

De este modo, resulta posible integrar una perspectiva de derechos humanos en los análisis que, a través de sus Informes, hace de las políticas públicas implementadas, denunciando los incumplimientos de los derechos garantizados en la Constitución y en el Derecho Convencional, e indicando el camino a seguir en salvaguarda de los derechos sociales. Una perspectiva de derechos humanos a todas luces imprescindible, dado que el progreso en derechos humanos se ha ralentizado o bloqueado, tal como se puede comprobar a partir de las numerosas condenas por violación de las normas internacionales de derechos humanos denunciadas tanto por la ONU como por el Consejo de Europa, vía Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales vía Comité Europeo de Derechos Sociales siendo reiteradas las exigencias de cumplimiento del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y de la Carta Social Europea de 1961, así como de sus Protocolos.

1. LAS DEFENSORÍAS DEL PUEBLO COMO GARANTES DE LA ESENCIALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES EN EL ESTADO DE DERECHO.

Nadie discute la relación esencial entre el Estado Social y Democrático de Derecho y los derechos fundamentales y viceversa, de modo que los derechos resultan esenciales para mantener la legitimidad del poder convirtiéndose el Estado en garante y proveedor de éstos (Aba Catoira, 1999).

Esta doble naturaleza de los derechos, subjetiva en cuanto que derechos exigibles frente al poder y objetiva en cuanto elemento del sistema político-jurídico, nos permite afirmar que la función del Estado Constitucional como garante de los derechos lleva al constituyente a establecer en el texto constitucional un conjunto de garantías (de diversa naturaleza) para que esta función esencial sea efectiva³.

³ STC 24/1981, de 14 julio, FJ 5º: “[...] Ello resulta lógicamente del doble carácter que tienen los derechos fundamentales. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en el sentido estricto sino en cuanto garantizan un "status" jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (artículo 1.º1).

Esta doble naturaleza de los derechos fundamentales, desarrollada por la doctrina, se recoge en el artículo 10.1º de la Constitución, a tenor del cual "la dignidad de la persona, los derechos inviolables que les son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social". Se encuentran afirmaciones parecidas en el derecho comparado y, en el plano internacional, la misma idea se expresa en la Declaración universal de los

Los derechos fundamentales gozan de un sistema de protección amplio y eficaz en cuanto elementos esenciales del ordenamiento del Estado Social y Democrático, integrado por garantías normativas, jurisdiccionales y extrajudiciales. El art. 53 C.E establece las diferentes garantías normativas y jurisdiccionales, de naturaleza ordinaria y constitucional, al que se suma el art. 54 que instituye la garantía orgánica del Defensor del Pueblo. A mayores, la Constitución establece un sistema de protección para situaciones de anormalidad, a través de un régimen de suspensión de los derechos⁴.

En el ámbito internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos establece la protección de los derechos convencionales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una vez agotadas las vías de protección a nivel nacional. Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, asumidos los derechos del Convenio Europeo, además de otros derechos y principios derivados de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia y de otros organismos internacionales⁵.

La consagración constitucional de los derechos sociales como derechos constitucionales no fundamentales por su ubicación en el capítulo III del Título I de la Constitución, les ha privado de una protección efectiva, limitados a lo prescrito en el art. 53.3º que reza del siguiente tenor: “serán exigibles ante los órganos jurisdiccionales en los términos establecidos por el legislador”. Esta insuficiencia constitucional deber ser solucionada, para que estos derechos disfruten de un adecuado nivel de garantía y de efectividad, un nivel insuficiente de protección que ya denunciaba el profesor Rubio Llorente (Voto Particular STC 26/1987) cuando denunciaba “la restringida concepción de los derechos fundamentales”; “que reduce el conjunto de tales derechos al de aquellos que están protegidos por el recurso de amparo”, ya que esta concepción “obligaría a negar la

derechos humanos (preámbulo, párrafo 1.º) y en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales del Consejo de Europa (preámbulo, párrafo 4.º).

En el segundo aspecto, en cuanto elemento fundamental de un ordenamiento objetivo, los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento, en nuestro caso al del Estado social y democrático de Derecho, y atañen al conjunto estatal. En esta función, los derechos fundamentales no están afectados por la estructura federal, regional o autonómica del Estado. Puede decirse que los derechos fundamentales, por cuanto fundan un "status" jurídico-constitucional unitario para todos los españoles y son decisivos en igual medida para la configuración del orden democrático en el Estado central y en las Comunidades Autónomas, son elemento unificador, tanto más cuando el cometido de asegurar esta unificación, según el artículo 155 de la Constitución, compete al Estado. Los derechos fundamentales son así un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente, constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia a todos atañe por igual. Establecen por así decirlo una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna”.

⁴ Resulta sumamente sugerente el trabajo del profesor ESCOBAR ROCA (2018) en el que desarrolla propuestas de reforma constitucional a partir de la necesidad de resolver problemas estructurales que provocan que no haya violaciones masivas de derechos, “pero sí algunas vulneraciones persistentes y preocupantes que tienen un cierto carácter estructural, esto es, no se trata de casos aislados sino reiterados y frecuentes: nuevamente una cuestión de grados” (152).

⁵ Ver JIMENA QUESADA, L. (2014:173-197). La exposición

existencia de derechos fundamentales en todos aquellos sistemas jurídico-constitucionales en lo que no existe esta vía procedimental”. Sin embargo, “[...] los derechos sociales (y su marco fundamental, el Estado Social) no sólo no contradicen, sino que complementan y refuerzan los demás elementos centrales de nuestra estructura constitucional, sobre todo como ya apuntábamos, los principios de dignidad, libertad, pero también el Estado de derecho, la democracia y por qué no, decirlo, la economía de mercado, rectamente entendida en su contexto.”

En lo que se refiere a las Defensorías del Pueblo como garantes de los derechos señalar que la aprobación de los *Principios de París* trae causa de la intención de consolidar estas instituciones para la promoción y garantía de los derechos humanos, tanto de ámbito nacional, autonómico, iberoamericano y de la Unión Europea⁶. En esta orientación, la Observación General núm. 10 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre “La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales” declara que estas instituciones funcionan autónomamente si bien deben integrarse en los sistemas internacionales y regionales en régimen de cooperación para avanzar juntas en promoción y defensa de los derechos humanos⁷.

⁶ No existe equiparación entre INDH y Ombudsman, las instituciones nacionales se agrupan en dos grandes categorías: en unos países se califican como Comisiones o Institutos de Derechos Humanos y en otros son los Defensores del Pueblo u Ombudsman. El Defensor del Pueblo español ha sido reconocido por Naciones Unidas como Institución Nacional de Derechos Humanos, con cumplimiento pleno de los Principios de París; SÁNCHEZ SAUDINÓS, J. M. (2013:968).

⁷ 1. En virtud del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, cada Estado Parte se compromete “a adoptar medidas [...] para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados [...] la plena efectividad de los derechos [...] reconocidos [en el Pacto]”. El Comité observa que uno de esos medios, que permite adoptar disposiciones importantes, es la labor de las instituciones nacionales para la promoción y protección de los derechos humanos. En los últimos años han proliferado tales instituciones, y tanto la Asamblea General como la Comisión de Derechos Humanos han impulsado firmemente esa tendencia. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha establecido un importante programa encaminado a ayudar y alentar a los Estados en relación con las instituciones nacionales. 2. Estas instituciones abarcan desde las comisiones nacionales de derechos humanos, pasando por las oficinas de los ombudsmen y por los “defensores” del interés público y de otros derechos humanos, hasta los defensores del pueblo. En muchos casos, la institución ha sido establecida por el gobierno, goza de un alto grado de autonomía con respecto al ejecutivo y al legislativo, tiene plenamente en cuenta las normas internacionales de derechos humanos aplicables al país interesado y está encargada de realizar diversas actividades para promover y proteger los derechos humanos. Tales instituciones se han establecido en Estados con tradiciones jurídicas muy diferentes y de muy distinta situación económica. 3. El Comité señala que las instituciones nacionales desempeñan un papel que puede ser decisivo en la promoción y la garantía de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos. Desgraciadamente, con demasiada frecuencia no se ha reconocido a la institución esa función, o ésta ha sido descuidada o considerada de baja prioridad por la institución. Es indispensable, pues, que se preste plena atención a los derechos económicos, sociales y culturales en todas las actividades pertinentes de esas instituciones nacionales. La lista que sigue da una idea de los tipos de actividades que las instituciones nacionales pueden emprender (y en algunos casos ya han emprendido) en relación con estos derechos: a) El fomento de programas de educación e información destinados a mejorar el conocimiento y la comprensión de los derechos económicos, sociales y culturales, tanto entre la población en general como en determinados grupos, por ejemplo en la administración pública, el poder judicial, el sector privado y el movimiento laboral; b) El minucioso examen de las leyes y las disposiciones administrativas vigentes, así como de los

Así lo anterior, esta institución de defensa de los derechos humanos se ha expandido a nivel supranacional e internacional con un elevado número de organizaciones que han incrementado y mejorado su régimen de cooperación (International Ombudsman Institute-IOI, European Ombudsman Institute (EOI), Federación Iberoamericana de Ombudsman-FIO, Asociación Asiática, Asociación de Ombudsman y Mediadores de África, Asociación de Ombudsman y Mediadores de la Francofonía, Asociación de Ombudsman (británicos e italianos) o la Red Europea de Ombudsman-UE)⁸.

Estas instituciones realizan funciones de control de la actividad de los poderes públicos que puedan incidir negativamente en los derechos humanos, siendo característico de su labor la supervisión de la actividad de la Administración. Estas funciones podemos resumirlas del siguiente modo:

- Seguimiento de las actuaciones administrativas en casos concretos
- Recomendaciones de acometer reformas normativas o de políticas públicas
- Remisión de quejas a las instancias concernidas para que procedan a solucionar las situaciones denunciadas.
- Presentación de recursos jurídicos (inconstitucionalidad y amparo).
- Asesoramiento y cooperación público-privada en materia de derechos fundamentales.

De las investigaciones que lleva a cabo pueden derivarse determinadas medidas que se concretan en sus resoluciones donde expresa su parecer sobre el caso que ha supervisado a partir de la queja o por su propia iniciativa, no podemos olvidar que esta institución carece de cualquier jurisdicción y de facultades de anular o modificar los actos de las administraciones, pues su naturaleza es de magistratura de opinión o

proyectos de ley y otras propuestas, para cerciorarse de que son compatibles con los requisitos estipulados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; c) La prestación de asesoramiento técnico o la realización de estudios en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, inclusive a petición de las autoridades públicas o de otras instancias apropiadas; d) La determinación de criterios nacionales de referencia que permitan medir el grado de cumplimiento de las obligaciones que impone el Pacto; e) La realización de investigaciones y estudios con vistas a determinar la medida en que se llevan a la práctica determinados derechos económicos, sociales y culturales, bien sea dentro del Estado en general, 67 ii. observaciones generales adoptadas por el comité de derechos económicos, sociales y culturales o en determinadas esferas o en relación con determinadas comunidades particularmente vulnerables; f) La vigilancia de la observancia de derechos específicos que se reconocen en el Pacto y la preparación de informes al respecto dirigidos a las autoridades públicas y a la sociedad civil; y g) El examen de las reclamaciones en que se aleguen violaciones de las normas aplicables en materia de derechos económicos, sociales y culturales dentro del Estado. 4. El Comité encarece a los Estados Partes que velen por que en los mandatos asignados a todas las instituciones nacionales de derechos humanos se preste una atención apropiada a los derechos económicos, sociales y culturales, y pide a los Estados Partes que en los informes que presenten al Comité incluyan detalles tanto sobre los mandatos como sobre las principales actividades de esas instituciones”.

⁸ Sobre un recorrido histórico del Ombudsman, origen y evolución, ver ROWAT (1968); LEGRAND, A. (1970).

persuasión y nunca de jurisdicción. La regulación española le faculta para sugerir cambios en los criterios utilizados, pudiendo, incluso, sugerir al poder legislativo o a la administración la modificación de la norma aplicada. Asimismo, si no se responde adecuadamente a la actuación defensorial podrá poner dicha situación en conocimiento de Ministerio correspondiente hasta, en última instancia, publicar en su Informe los nombres de aquellas autoridades o funcionariado que hubiesen mantenido esta actuación de no colaboración.

El esquema del Informe de 2018 es el siguiente en el apartado de las Resoluciones formuladas por el Defensor del Pueblo⁹:

1. Recomendaciones
2. Sugerencias
3. Recordatorios de deberes legales
4. Advertencias
5. Solicitudes de recursos ante el Tribunal Constitucional

La Ley Orgánica del Defensor del Pueblo las regula del siguiente modo:

Art. 28.1º: El Defensor del Pueblo, aun no siendo competente para modificar o anular los actos y resoluciones de la Administración Pública, podrá, sin embargo, sugerir la modificación de los criterios utilizados para la producción de aquéllos.

2º. Si como consecuencia de sus investigaciones llegase al convencimiento de que el cumplimiento riguroso de la norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados, podrá sugerir al órgano legislativo competente o a la Administración la modificación de la misma.

3º. Si las actuaciones se hubiesen realizado con ocasión de servicios prestados por particulares en virtud de acto administrativo habilitante, el Defensor del Pueblo podrá instar de las autoridades administrativas competentes el ejercicio de sus potestades de inspección y sanción.

De hecho, los Informes anuales o los monográficos incluyen siempre recomendaciones de cambios normativos incluso legislativos siendo numerosos los casos en que los órganos legislativos acogen dicha recomendación de modificación del ordenamiento jurídico para favorecer los derechos.

Art. 29: El Defensor del Pueblo está legitimado para interponer los recursos de inconstitucionalidad y de amparo, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

⁹ Ver ESCOBAR ROCA, G. (2008:183-184).

Art. 30.1º: El Defensor del Pueblo, con ocasión de sus investigaciones, podrá formular a las autoridades y funcionarios de las Administraciones Públicas advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y sugerencias para la adopción de nuevas medidas. En todos los casos, las autoridades y los funcionarios vendrán obligados a responder por escrito en término no superior al de un mes.

2º. Si formuladas sus recomendaciones dentro de un plazo razonable no se produce una medida adecuada en tal sentido por la autoridad administrativa afectada o éste no informa al Defensor del Pueblo de las razones que estime para no adoptarlas, el Defensor del Pueblo podrá poner en conocimiento del Ministro del Departamento afectado, o sobre la máxima autoridad de la Administración afectada, los antecedentes del asunto y las recomendaciones presentadas. Si tampoco obtuviera una justificación adecuada, incluirá tal asunto en su informe anual o especial con mención de los nombres de las autoridades o funcionarios que hayan adoptado tal actitud entre los casos en que considerando el Defensor del Pueblo que era posible una solución positiva, ésta no se ha conseguido.

La Ley no diferencia entre ellas, por lo que, como acertadamente señala Escobar Roca (2010), “se hace preciso acudir a los informes anuales para comprender cómo los términos legales son entendidos en la práctica”. En este sentido, a través de las recomendaciones, las resoluciones más numerosas, propone a la administración que cambie los criterios de interpretación normativa, que modifique o incluso que cree una norma. En cuanto a las sugerencias se trata de propuestas concretas relativas a un acto administrativo o a una actuación material que afecta a un particular y, el tercer tipo, recordatorios de deberes legales presentan un alcance general similar a las recomendaciones, no referidos a un caso particular o concreto

En su labor institucional de promoción y defensa de los derechos sociales puede resultar de enorme trascendencia su papel de motor de creación y desarrollo de estos derechos que están siempre en proceso de construcción. En este proceso se necesita influir a los operadores jurídicos con capacidad de elaboración para que incorporen la necesaria perspectiva de derechos humanos, para invertir la dinámica de recortar derechos sobre todo económicos y sociales generando mayor desigualdad y brecha social ahondando en la pérdida de calidad democrática y por derivación de legitimidad social, además de que consideramos que puede realizar labores de modificación del ordenamiento jurídico, de innovación normativa, por las vías que se analizarán, siendo recomendable una potenciación de las mismas.

Este papel de autoridad con influencia en los operadores jurídicos con el fin de mejorar la efectividad de los derechos sociales se fundamenta en la naturaleza y función que le atribuye la Constitución y las normas internacionales. En este sentido, si la Defensoría

del Pueblo es una institución creada en la Constitución para velar, promover y proteger los derechos del Título I debe actuar como agente creador de contenidos sociales, económicos y culturales, desde su posición de autoridad reconocida por los poderes del Estado, con un conocimiento de primera mano de la realidad de los derechos, por su contacto directo con la realidad de la sociedad y con las mismas instituciones, que le reporta una visión holística por su conocimiento de los derechos humanos y el funcionamiento de los servicios públicos. Una labor de orientación que debe dirigirse principalmente a las administraciones públicas dada la función constitucional de la institución como supervisor de las actuaciones administrativas para la protección de los derechos¹⁰.

Es en este punto donde consideramos que reside el principal reto para las instituciones de defensa de los derechos sociales, erigiéndose como impulsora del cambio de tendencia en materia de protección de derechos revirtiendo las políticas de desigualdad, para lo que se necesita una inmersión en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su implementación a nivel interno.

Esta deficiencia es particularmente grave en el caso español, pues el Derecho Internacional sigue encontrando graves reticencias para su aplicación convirtiéndose en demasiadas ocasiones en letra muerta (Jimena Quesada, 2018). En este sentido, Escobar Roca (2018:84) llama la atención sobre el hecho de que “en teoría, cualquier juez podría dejar de aplicar una ley que considerara contraria a un tratado internacional en vigor, pero en la práctica casi nunca lo hacen. Cuando algunos tribunales inferiores lo han intentado, han sido desdichos por los superiores”.

2. RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS POR LAS DEFENSORÍAS: SU TRASLADO A LOS OPERADORES JURÍDICOS NACIONALES Y EL SEGUIMIENTO DE SU IMPLEMENTACIÓN.

Los informes defensoriales son instrumentos básicos sobre los que la institución construye su prestigio. Estos documentos son bien valorados por la sociedad, aunque pocos conocidos, y también son bien recibidos por el mundo jurídico (legislativo, ejecutivo y judicial) que tiene en ellos una fuente de autoridad y conocimiento del Derecho aplicable y de los cambios que se deben de implementar para mejorar la efectividad de los derechos, tanto en el ámbito nacional, regional como internacional. En el caso español, el Defensor del Pueblo rinde cuentas con periodicidad anual ante las Cortes Generales de la gestión realizada, presentando un informe cuando se encuentren

¹⁰ Sobre la institución del Defensor del Pueblo: ESCOBAR ROCA, G. (2009;2018); FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.J. (2009); PÉREZ-UGENA, M. (2009); PORRAS, A. (2009) y PÉREZ LUÑO, A. E. (2010).

reunidas en período ordinario de sesiones. Este informe anual debe ser publicado, se presenta por escrito y se expone oralmente ante el Pleno de ambas Cámaras. La presentación de informes extraordinarios, informes especiales con carácter monográfico, ponen de manifiesto la relevancia que, para la institución, revisten determinados temas de derechos fundamentales¹¹.

En esta línea, ya la Resolución 48/134, de 20 de diciembre de 1913, Principios de París, establece que las instituciones nacionales deben contribuir a la preparación de los informes de los Estados partes sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales, lo que no se solapa con los Informes que debe presentar la institución, en el caso de España, antes las Cortes Generales con carácter anual. Informes de seguimiento de la efectividad de los derechos en el ámbito nacional, sirviéndose de los instrumentos internacionales como son las recomendaciones formuladas tras el análisis de los informes periódicos que presentan los Estados en cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

Ahora bien, se echa en falta que los Informes contengan un epígrafe donde se integre una Memoria de las Asambleas Nacionales de Derechos Humanos celebradas en ese año, así como sus resoluciones, recomendaciones, propuestas y conclusiones en relación con estudios, informes y relatorías. Pues, sería aquí, donde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos asumiría el protagonismo como instrumento de fomento y garantía de los derechos.

2.1º. El valor jurídico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos:

Si, tal como se viene reiterando, el Derecho Internacional de Derechos Humanos muestra el camino a seguir en materia de derechos económicos y sociales, será en esta fuente donde deben encontrar sus referencias los operadores jurídicos en la búsqueda de los máximos estándares de protección.

La proclamación de que todos los derechos humanos son indivisibles, interdependientes y están relacionados entre sí, constituye el pilar del Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconocidos como universales. Así, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las cartas regionales, con la ingente labor interpretativa de los órganos jurisdiccionales y los diferentes Comités, órganos cuasi jurisdiccionales, se han convertido en una fuente de protección de nuestros derechos en tanto en cuanto

¹¹ “La atención específica al daño cerebral adquirido infantil” (19-09-2019), <https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/la-atencion-especifica-al-dano-cerebraladquirido-infantil/>;

“Los niños y los adolescentes en el informe anual del Defensor del Pueblo 2018” (28-06-2019), <https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/los-ninos-los-adolescentes-informe-anual-del-defensor-del-pueblo-2018/>; son sólo dos ejemplos.

establecen adecuados estándares de protección. Por tanto, este orden normativo, tanto en el ámbito de Naciones Unidas como en el de los sistemas regionales, juega un papel fundamental para expandir los derechos más allá de los contornos nacionales. Además, supone para los Estados “una colaboración social de cada Estado, no sólo en la observancia de los derechos humanos sino también en la reelaboración de sus textos legales, y hasta -si era el caso- de la propia Constitución, para que reflejase la lógica interna de aquellas, a la vez que indirectamente inducía la institucionalización de la democracia, porque el Estado nacional, lejos de jugar un papel meramente subsidiario, ha de ser colaborador principal en la aplicación y vigilancia de los derechos humanos positivados” (Rubio Carracedo, 2000:163-164; Moure Pino, 2013:679).

En este orden de cosas, hay que tener presente que el paradigma de los derechos fundamentales en el sistema internacional exige a los gobiernos nacionales mucho más para alcanzar la efectividad en materia de derechos sociales, siendo el principio rector la “progresividad”. Es, en este punto, donde las instituciones nacionales de defensa de los derechos se presentan como idóneas para hacer un seguimiento y exigir rendición de cuentas a las distintas instituciones del Estado, lo que harán, en ejercicio de su tarea de tutela de los derechos y supervisión de la actividad administrativa, poniendo de manifiesto en sus informes si el Estado cumple o no con sus obligaciones internacionales.

Sin embargo, la potencialidad de este Derecho que vincula y obliga a los Estados Partes, queda muy debilitada cuando se pone en tela de juicio su valor vinculante, así como el de las recomendaciones de los Comités que lo interpretan con carácter cuasi jurisdiccional. Así sucede en la práctica, pues este argumento es utilizado por los operadores jurídicos nacionales para excusar su incumplimiento, ya sea vía reforma legislativa, a través de la implementación de políticas públicas o con la satisfacción del derecho de reparación de las víctimas.

No obstante, esta justificación no se sostiene, desde el momento en que todo el marco jurídico internacional forma parte del ordenamiento español, como así se determina en la configuración del sistema de fuentes y expresamente se referencia en el art. 10.2º de la Constitución (“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”)¹² y en el art. 96 (“Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas

¹² Sobre la cláusula de apertura del art. 10.2º C.E., SÁIZ ARNÁIZ, A. (1999); PISARELLO (2009:105 y ss); GORDILLO PÉREZ, L.I. (2012).

generales del Derecho internacional”), previsiones constitucionales que han sido desarrolladas por la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

Dicho lo anterior, los operadores jurídicos han de estar a las obligaciones derivadas del Derecho Internacional vía tratado en cuanto acuerdo entre Estados o vía acuerdo entre una organización internacional como Naciones Unidas y un Estado con un objetivo específico, llámense convención, convenio, protocolo o pacto. Una vez un Tratado entra en vigor y es obligatorio para los Estados Partes, las obligaciones deben ejecutarse en cumplimiento del principio *pacta sunt servanda*. Por tanto, los Estados no pueden justificar sus incumplimientos de obligaciones internacionales alegando disposiciones de su derecho interno, pues, además, asumen estrictas responsabilidades en tanto en cuanto responden de las violaciones de sus obligaciones convencionales.

Por tanto, parece evidente que existe suficiente fundamentación jurídica para materializar la efectividad de los derechos y las garantías internacionales respecto de los casos concretos que se pueden plantear en cualquier instancia estatal, incluida la sede judicial a pesar de que su naturaleza jurídica de derechos no fundamentales se ha convertido en el argumento utilizado para justificar su escasa efectividad quedando su grado de realización en manos de las entidades administrativas. Es clara desde hace tiempo la jurisprudencia que ha señalado que “(...) frente a la antigua doctrina dominante entre los internacionalistas clásicos, que sostenían el criterio de que los Tratados y Convenios Internacionales no eran en sí mismo fuente creadora de nuestro Derecho interno, sino una regla vinculante entre los Estados signatarios, que para dotarla de fuerza de obligar respecto de sus ciudadanos necesitaba un acto jurídico interno adecuado, la práctica, en función de las relaciones internacionales y la consagración plena de las organizaciones supranacionales, ha llevado al reconocimiento de los Tratados y su aplicación entre los Estados signatarios como Derecho interno, cumplidas las formalidades previstas para formar parte de nuestro Derecho jurídico interno, sin necesidad de que se produzca ninguna otra disposición confirmadora de lo que ya pasó a ser Derecho interno” (STS, Contencioso-administrativo, de 7 de octubre de 1997, Rec. 818/1993).

Como recuerda Adnane Rkioka (2015:465) el Tribunal Constitucional ha admitido Tratados no específicos de Derechos Humanos cuando algunas de sus disposiciones permiten interpretar los derechos fundamentales recogidos en la Constitución española y, además, ha utilizado la jurisprudencia emanada del Comité Europeo de Derechos Humanos, lo que permite considerar la jurisprudencia del Comité de Derechos Sociales como parámetro de interpretación. Más aún, el Tribunal Constitucional se ha abierto al Derecho Internacional dando consideración de criterio interpretativo indirecto a ciertas

Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo o las denominadas “reglas mínimas” de la Organización de Naciones Unidas.

Por tanto, cuando los Estados suscriben el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, asumen obligaciones respecto al cumplimiento efectivo de cada uno de estos derechos, interpretados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que aprueban recomendaciones y observaciones dirigidas a los Estados partes¹³. Así se establece en el Pacto cuando declara que cada Estado Parte al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (art. 2). El Pacto “provee la realización progresiva y reconoce las restricciones debido a los límites de recursos disponibles”, el Comité, en su Observación General N° 3 ha remarcado que “también impone varias obligaciones de efectos inmediato”.

Así lo anterior, está fuera de cualquier discusión que el Defensor del Pueblo, en su labor de promoción y defensa de los derechos sociales, económicos y culturales, cuando pone de manifiesto los incumplimientos desde las instituciones, debe acoger las disposiciones internacionales sobre derechos humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Carta Social Europea, amén de otros tratados y textos internacionales que tendrían entrada por vía interpretativa del art. 10.2°. Los Informes de la Defensoría deben apoyarse en estos recursos internacionales que le ofrecen suficientes argumentos para fundamentar sus recomendaciones y propuestas de cambio normativo o de políticas públicas, así lo anterior, la utilidad que las recomendaciones de los organismos internacionales sobre derechos humanos tienen para las Defensorías del Pueblo “como una manera más de avanzar en la lucha (que debe

¹³ En este sentido, recordemos como el Pacto Internacional establece en su art. 2 que los Estados deben adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, la plena efectividad de los DESC. No obstante, de acuerdo con la Observación General No 3 del CDESC, son dos las obligaciones que resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas consiste en que los Estados se “comprometen a garantizar” que los derechos pertinentes se ejercerán sin discriminación de ninguna índole. La segunda consiste en el compromiso de adoptar medidas. Así, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve, tras la entrada en vigor del PIDESC para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el PIDESC.

ser una lucha coordinada) por la eficacia progresiva de los derechos humanos” (Escobar Roca, 2008:17) es indudable.

2.2º. Sobre la evaluación del cumplimiento de las obligaciones internacionales: el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC).

Siguiendo la clasificación utilizada por el Profesor Escobar cabe diferenciar entre el sistema universal convencional, el sistema universal no convencional y el sistema interamericano. El primero de ellos reviste gran interés para este trabajo, pues, en el sistema universal convencional se integran las Observaciones Finales, las Observaciones Generales y los Dictámenes, todos ellos documentos con un gran potencial para las Defensorías del Pueblo en su labor de promoción y defensa de los derechos humanos sociales.

El primer tipo de documentos contiene las recomendaciones que los Comités dirigen a los Estados tras evaluar los informes presentados con el objetivo de progresar en la efectividad de los derechos reconocidos en el sistema convencional. El segundo tipo de Observaciones constituyen criterios interpretativos a los que han de vincularse los Estados en materia de derechos humanos. Por lo que se refiere a los dictámenes estamos ante las resoluciones de los Comités sobre el fondo de los asuntos que les son remitidos a través de las quejas individuales, de modo que, si el Comité dictamina que el Estado ha vulnerado un derecho convencional, nace la obligación estatal de reparar dicho daño siguiendo las recomendaciones que al respecto se le formulen.

Pues bien, a partir de las conclusiones ofrecidas a través de estos instrumentos internacionales, se comprueba la falta de aplicabilidad de estos derechos profundamente debilitados tras sufrir un profundo impacto con la crisis económica y financiera global, tal como ha declarado el Comité DESC en su Informe de 2018. Unos efectos duraderos en el tiempo mantenidos por las medidas de austeridad que siguen afectando directamente a los colectivos más desfavorecidos, tal como se desprende de los resultados ofrecidos por la evaluación del Comité de Naciones Unidas del pasado marzo de 2018, que pone de manifiesto el escaso grado de cumplimiento por parte de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁴.

¹⁴ Así, reclama el fin de las medidas de austeridad que impactan sobre los grupos y personas en exclusión social, generando más desigualdad y riesgo de pobreza. En sus Observaciones Finales, revisión del Informe presentado por España, el Comité denuncia que el Estado “no haya realizado una evaluación exhaustiva y con consulta a los afectados sobre los impactos de esas medidas, su proporcionalidad y temporalidad”. En su Recomendaciones insta al Estado a reconocer a los derechos sociales, económicos y culturales (DESC) el mismo estatus jurídico que tienen los derechos civiles y políticos, implementando un adecuado régimen de protección que garantice su aplicabilidad y justiciabilidad. Se incide en las medidas que recortaron el derecho a la salud de los inmigrantes irregulares, las diferencias existentes en las prestaciones entre Comunidades Autónomas existiendo Sentencias del Tribunal Constitucional que declararon inconstitucionales normas autonómicas de ampliación de la cobertura sanitaria a determinados

El control del cumplimiento del Pacto Internacional (PIDESC), esencial para garantizar la justiciabilidad de estos derechos, lo efectúa este Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a través de dos vías, una general aplicable a cualquier Estado que suscriba el Tratado, el procedimiento de informes, y, otra específica que sólo se puede ejecutar respecto a los que han suscrito el protocolo específico que la regula, el Protocolo Facultativo al PIDESC que le atribuye la competencia para conocer denuncias individuales y quejas interestatales.

El art. 16 del PIDESC establece que “los Estados Partes (...) se comprometen a presentar informes sobre las medidas que hayan adoptado, y los progresos realizados, con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos en el mismo”, inicialmente cada dos años, con posterioridad cada cinco. Así pues, la función del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) consiste en examinar los informes presentados, a efectos de constatar si han avanzado o no en protección de los derechos convencionales, identificando las causas de las violaciones y los obstáculos existentes que impiden el avance progresivo dentro de los estados. Las observaciones y las recomendaciones siempre se formularán en función de los resultados de este examen y su seguimiento y evaluación.

Por tanto, las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales pretenden ayudar a los Estados a aplicar el Pacto Internacional y a cumplir sus obligaciones en materia de presentación de informes, a partir de la experiencia adquirida a través del examen de los informes que presentan los Estados y que son la base de las Observaciones Generales. En este sentido, lo que realmente nos interesa es como el Comité, si bien reconoce el principio de aplicación progresiva de los derechos sociales y la existencia de los obstáculos que encuentran los Estados (límites materiales de recursos para la implementación de los derechos), afirma que los Estados tienen obligaciones inmediatas respecto a los mismos en lo que se refiere a su plena realización. Por tanto, a sensu contrario, las medidas regresivas no están permitidas correspondiéndole al Estado demostrar la necesidad de su aplicación. Asimismo, conviene recordar como el Comité incide en las obligaciones de los Estados de adoptar medidas individuales y también otras medidas en régimen de cooperación internacional en aras de la efectividad de estos derechos (Observación General nº 3).

colectivos excluidos. Se analiza el impacto negativo de los recortes en el acceso de las mujeres migrantes a la información y a los servicios de salud sexual y reproductiva. Asimismo, el Comité aprecia desigualdades injustificadas entre Comunidades Autónomas en lo relativa al disfrute de estos derechos e incide en la necesidad de evaluar la política de empleo para abordar las causas de las profundas brechas existentes. No se olvida el Comité de evaluar la política fiscal sobre todo el alto nivel de fraude fiscal cometido por las empresas y las grandes fortunas que impide la redistribución de la riqueza y la justicia social.

Pues bien, en las Observaciones finales del Sexto informe periódico de España (E/C.12/ESP/6), de 29 de marzo de 2018, se pone de manifiesto el persistente incumplimiento por parte del Estado español de sus obligaciones internacionales que no ha mejorado los resultados de informes anteriores respecto al nivel de aplicabilidad de los derechos sociales, económicos y culturales, reiterando en todos sus contenidos su anterior recomendación E/C.12/ESP/CO/5. Ante los reiterados y continuados incumplimientos el Comité incide sobre la necesidad de invocar el Pacto Internacional ante los órganos judiciales mediante un “mecanismo nacional eficaz para la aplicación y seguimiento de las recomendaciones y dictámenes del Comité”¹⁵.

Por lo que respecta a las comunicaciones individuales (Comunicaciones núm. 2/2014 y 5/2015) estamos ante un instrumento para alcanzar los objetivos del Pacto Internacional (España firmó en 2009 el Protocolo Facultativo del PIDESC)¹⁶ que faculta al Comité para conocer de las comunicaciones “(...) presentadas por personas o grupos de personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado de cualquiera de los derechos económicos sociales y culturales enunciados en el Pacto” (art. 2). Resulta interesante la potestad de este Comité de solicitar medidas cautelares una vez recibida la comunicación individual, pues permite evaluar el nivel de las respuestas dadas por los órganos nacionales ante estas solicitudes. Como resalta Benito Sánchez (2019:586) no suelen hacerse llegar al Estado sino al órgano judicial por los abogados y, además, no suelen obtener una respuesta positiva bajo el pretexto de que carecen de efectos vinculantes siendo meros criterios interpretativos, de nuevo, a vueltas con la falta de vinculación de los operadores jurídicos a los compromisos internacionales.

3. INTEGRACION DE LA PERSPECTIVA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS EN LOS INFORMES: LA “NO REGRESIVIDAD” UNA ASIGNATURA PENDIENTE.

¹⁵ Con base a los criterios de su anterior recomendación (E/C.12/ESP/CO/5, párr. 6), el Comité recomienda al Estado parte que: a) Tome las medidas legislativas pertinentes para garantizar que los derechos económicos, sociales y culturales cuenten con un nivel de protección análogo al que se brinda a los derechos civiles y políticos y para promover la aplicabilidad de todos los derechos consagrados en el Pacto en todos los niveles del sistema judicial, inclusive mediante el recurso de Amparo; b) Realice capacitaciones, especialmente entre jueces, abogados, agentes del orden, miembros del Congreso de los Diputados y otros actores encargados de la aplicación del Pacto, sobre el contenido de los derechos del Pacto, incluidas las observaciones generales del Comité, y sobre la posibilidad de invocarlos ante los tribunales; c) Lleve a cabo campañas de sensibilización entre los titulares de los derechos sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales; d) Establezca un mecanismo nacional eficaz para la aplicación y el seguimiento de las recomendaciones y los dictámenes del Comité. 7. El Comité señala a la atención del Estado parte su Observación general núm. 9 (1998) relativa a la aplicación interna del Pacto.

¹⁶ RIQUELME R. (2013).

La función de los informes de las Defensorías del Pueblo puede revestir gran importancia habida cuenta que no tienen atribuidas funciones jurídicas de naturaleza creadora. Es posible mejorar la aplicación de las recomendaciones internacionales a través de la labor que realiza el Defensor, pues, por la vía de la recomendación y persuasión puede poner de manifiesto la situación deficitaria de los derechos sociales en el Estado Social y Democrático de Derecho ante la desatención continuada por parte de las instituciones. En su función fiscalizadora hará públicos los motivos que impiden la plena efectividad de estos derechos y la mayor o menor voluntad pública por revertir esta situación, por lo que en sus informes puede incluir un epígrafe dedicado al grado de cumplimiento de las recomendaciones internacionales como parte de su función de supervisión y vigilancia. Lo que, sin duda, requiere un completo conocimiento de las observaciones y recomendaciones del Comité y una buena comunicación institucional.

Detengámonos un momento en los Informes anuales, a través de los cuales rinde cuentas de su labor ante el Parlamento, del que es órgano auxiliar, a modo de instrumento de control de ejercicio del poder de carácter horizontal. Los informes del Defensor del Pueblo se revelan como un diagnóstico de un problema de derechos humanos que nos documenta todo el recorrido sufrido por el derecho presuntamente vulnerado por la actuación o pasividad de la institución u organismo público. En el informe se califica la situación denunciada y se ofrecen soluciones a los problemas sin posibilidad de sancionar el incumplimiento ni de obligar a dar adecuada respuesta a la recomendación o sugerencia de la Defensoría (Courtis, 2015:373).

El fenómeno de la internacionalización de los derechos obliga a las Defensorías a adecuarse a esta realidad incontestable. Por tanto, en la elaboración de sus informes el Defensor del Pueblo no estará solo a lo dispuesto en las normas de derecho interno sino también a los estándares internacionales que debe de integrar para fomentar la protección de los derechos por parte de los distintos organismos nacionales, revisando el grado de cumplimiento de las múltiples obligaciones internacionales asumidas vías pactos y convenciones, declaraciones o principios. De hecho, para que el derecho sea garantizado no basta con su reconocimiento, sino que han de implementarse los mecanismos necesarios que permitan reivindicar su cumplimiento siendo uno de ellos la institución del Defensor del Pueblo. Como señala Fernández Rodríguez (2013:1012) no sólo han de adecuarse a los textos normativos sino también han de seguir la labor de los mecanismos que actúan en ese ámbito, tanto jurisdiccional como de tipo administrativo-consultivo.

Ahora bien, por la vía de la recomendación o sugerencia se puede promover el cambio normativo orientado a la realización de los derechos sociales. Por tanto, la participación de las Defensorías puede resultar crucial, pues, tal como recogen los Principios de París

entre sus atribuciones está la promoción y aseguramiento de que la legislación, reglamentos y prácticas nacionales se armonizan con los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que el Estado sea parte; alentar la ratificación de estos instrumentos y asegurar su aplicación; contribuir a la elaboración de los informes que los estados deban presentar a los órganos y comités de las Naciones Unidas; así como a las instituciones regionales y, en su caso, emitir un dictamen a ese respecto; y cooperar con las Naciones Unidas y los demás organismos del sistema de las Naciones Unidas y las instituciones regionales en las esferas de la promoción y protección de los derechos humanos. La claridad de estos cuatro cometidos es, como se ve, meridiana demostrando la importancia del rol que le corresponde al *ombudsman* en este sentido” (Fernández Rodríguez, 2013:1013).

Ahora bien, el éxito de sus funciones, dependerá en buena medida, como a nadie se le oculta, de la receptividad de los destinatarios de las recomendaciones normativas de innovación o modificación en función del resultado de las investigaciones llevadas a cabo. Los cambios en el ordenamiento administrativo redundaran en beneficio de la ciudadanía destinataria de estas normas en su condición de administrados, normas estatales, autonómicas o locales dependiendo del ámbito sobre el que se ejercite la competencia.

Así, Castellá (2013:3) declara que “El Defensor del Pueblo actúa como puente entre la ciudadanía y las instituciones, pues recibe sus quejas, las estudia y si lo cree oportuno sugiere a las instituciones parlamentarias o gubernamentales, la reforma de la normativa concernida. Al hacerlo, contribuye a una política favorable a los derechos fundamentales. De ahí su relación con la garantía institucional de los derechos fundamentales”.

No obstante, lo anterior, no cabe olvidar que la institución, al menos en lo que se refiere al Defensor del Pueblo español, tiene atribuida en la Constitución y en su Ley de desarrollo, la facultad para interponer el recurso de inconstitucionalidad (arts. 162.1º a) C.E.; 32.1º b) L.O.T.C y 29 de la Ley del Defensor del Pueblo), de modo que cabe su intervención activa en el ordenamiento jurídico, ya no por vía de sugerencia o recomendación normativa sino promoviendo la depuración del ordenamiento.

Y existe una tercera vía de intervención en el ámbito normativo en la tramitación de anteproyectos de ley o proyectos de decretos y órdenes cuando realizan alegaciones en la fase de información pública, obviamente, las administraciones les remiten aquellos textos normativos versados sobre materias sociales de especial preocupación para las Defensorías o sobre aquellos otros sobre los que ya hayan actuado previamente (García Álvarez y García López, 2010:341).

Por lo anterior, se sostiene que para su labor efectiva las Defensorías del Pueblo deben acudir al Derecho Internacional de los Derechos Humanos con altos niveles de protección de los derechos sociales (importantes avances del DIHDH) incluyendo las recomendaciones y observaciones de los organismos internacionales que realizan un control sobre la efectividad de los derechos sociales garantizados en estos textos. La aplicación efectiva de los textos internacionales debe ser una prioridad para las Defensorías del Pueblo, que deben incluir referencias continuas a los mismos en sus textos de trabajo como llamadas de atención a las distintas instituciones estatales y privadas en materia de protección de derechos. Parece evidente, pues, que una cultura de derechos humanos parte de la implementación de los estándares internacionales de protección, como instrumento fundamental la incorporación de los derechos en la argumentación de las instituciones nacionales en su labor de promoción y defensa. Y, muy especialmente, en materia de políticas sociales íntimamente ligadas a la dignidad siendo una obligación prioritaria de los Estados ante la necesidad de cambiar el rumbo u orientación de las decisiones de los operadores jurídicos¹⁷.

Así, por ejemplo, en su Informe de 2018 el Defensor del Pueblo hace las siguientes recomendaciones a raíz de la queja número 17012557, tramitada contra la Consejería de Fomento y Medio ambiente de la Junta de Castilla y León: en este caso, se atiende una queja generada por los problemas de acceso a la vivienda, en el caso concreto por el desalojo de una vivienda unifamiliar en la que viven menores sin que se adopten medidas para provisión de una alternativa habitacional. Se recuerda a la administración que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, consideró en su Dictamen de 20 de junio de 2017, que “el desalojo de los ciudadanos, sin que exista una confirmación de la disponibilidad de vivienda alternativa, constituye una violación del derecho de los mismos a una vivienda adecuada salvo que la administración demuestre convincentemente que a pesar de que tomó todas las medidas razonables hasta el máximo de sus recursos disponibles, y consideró las particulares circunstancias de los autores, no le fue posible satisfacer su derecho a la vivienda. El Comité consideró que, en ausencia de argumentos razonables, constituye una violación del derecho a la vivienda adecuada que tienen los ciudadanos.

La doctrina internacional sobre derechos humanos debe ser acogida por las Defensorías del Pueblo y desde sus Informes reivindicar su aplicación y cumplimiento a través de su función de recomendación y persuasión. Ahora bien, somos conscientes de la ingente labor que queda por hacer, cuando se constata, como con enorme acierto denuncia Escobar Roca (2018:186) que la incorporación de los derechos sociales al catálogo de los derechos fundamentales resultaría ineficaz si no se acompañara de dos complementos como son el principio de no regresividad y la garantía de la financiación.

¹⁷ ESCOBAR ROCA, G. (2012:54) escribe que “existe, sin duda, una relación entre la desatención política y jurídica y desatención dogmática hacia uno de los componentes del pacto constituyente”.

CONCLUSIÓN

Como venimos exponiendo, la necesidad democrática de garantizar los derechos sociales, económicos y culturales requiere su reconocimiento como derechos fundamentales que dé respuesta a una voluntad sólida y firme de procurar su realización efectiva. Así, a la espera de que en algún momento se aborde la reforma constitucional pertinente, el Defensor del Pueblo debería incorporar el principio de no regresividad en sus Informes, recordando a las instituciones que esta obligación de progresividad de los derechos sociales se contiene en el art. 2.1º del Pacto Internacional que ha sido desarrollado en la Observación General 3 del Comité, tal como se ha indicado en páginas precedentes, cuando establece que “todas las medidas de carácter deliberadamente regresivo requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse 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 de que se disponga”¹⁸.

Hasta la fecha, la impronta de los textos internacionales en la labor de nuestros operadores jurídicos ha sido escasa a pesar de que ofrecen buenos argumentos para promocionar efectivamente los derechos, a lo que no contribuye la falta de exigibilidad del cumplimiento. Como señala Escobar Roca (2018:88) “persiste entre nosotros un cierto déficit internacionalista de la Constitución y alguna hipocresía: tratados que se ratifican pero que no se cumplen o que se cumplen a medias” y aquí, debe intervenir la Defensoría del Pueblo, recomendando el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas y promoviendo los cambios normativos necesarios para internacionalizar nuestro sistema jurídico.

Por lo que se refiere a la Defensoría del Pueblo hemos de señalar que su argumentación resulta deficitaria desde un punto de vista del Derecho Internacional de Derechos Humanos. A la falta de argumentación se refirió Escobar Roca (2010:256), si bien nosotros precisamos la falta de perspectiva internacional, quien afirma la trascendencia de mejorar la eficacia de su labor de persuasión con una mejor precisión de las normas aplicables, explicitando sus opciones interpretativas y argumentando “más y mejor” a partir de los derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

ABA CATOIRA, A. (1999): *La limitación de los Derechos Fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia.

¹⁸ Sobre el modelo de control de las regresiones normativas establecido por Naciones Unidas, ESCOBAR ROCA (2018:187).

ABA CATOIRA, A. (2013): “Promoción de derechos y políticas de las Defensorías: La defensa de los derechos desde el contacto con la sociedad civil” en ESCOBAR ROCA, G. (ed.): *La protección de los Derechos Humanos por las Defensorías del Pueblo*, Dykinson, Madrid, pp. 787-798.

BELTRÁN SALCEDO (2019): *Lex Social*, vol. 9, núm. 1.

ESCOBAR ROCA, G. (2008): *Defensorías del Pueblo en Iberoamérica*, Thomson Aranzadi, Madrid.

ESCOBAR ROCA, G. (2009): “La protección de los derechos sociales por las Defensorías del Pueblo” en *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, PUCP, Lima.

ESCOBAR ROCA, G. (2010): “Interpretación y garantía de los derechos fundamentales por el Defensor del Pueblo (Análisis empírico, reconstrucción dogmática y propuesta de futuro) en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 26, 2010, pp. 229-257.

ESCOBAR ROCA, G. (2011): *Teoría y Derecho*, Revista de Derecho Político, Número monográfico, nº 9.

ESCOBAR ROCA, G. (2012): “Defensor del Pueblo y derechos sociales en tiempos de crisis” en *Crisis económica y atención a las personas y grupos vulnerables*”, PROCURA, nº 2.

ESCOBAR ROCA, G. (2012): *Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria*, Thomson Aranzadi, Madrid.

ESCOBAR ROCA, G. (2018) *Nuevos derechos y garantías de los derechos*, Debates Constitucionales, Marcial Pons.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J. (2009): “Los nuevos retos de las Defensorías del Pueblo: bases para una reflexión” en *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, PUCP, Lima.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J. (2013): “Nuevos ámbitos de decisión material (o la permanente necesidad de actualización por parte de las defensorías)” en *La protección de los derechos humanos por las Defensorías del Pueblo*, Dykinson, Madrid.

GORDILLO PÉREZ, L.I. (2012): *Constitución y ordenamientos supranacionales. Las constituciones de entonces ya no son las mismas*, CEPC, Madrid.

CHAMIZO DE LA RUBIA, J. (2013): “Los derechos sociales: las Defensorías del Pueblo como instrumentos de cohesión social” en ESCOBAR ROCA, G.: (ed.): *La protección de los derechos humanos por las defensorías del pueblo*, Dykinson, Madrid.

JIMENA QUESADA, L. (2014): “La consagración de los derechos fundamentales: de principios generales a texto fundacional de la Unión Europea”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, 50/2014, Bilbao, págs. 173-197.

LEGRAND, A. (1970): “L’Ombudsman Scandinave”, *Études Comparées sur le contrôle de l’Administration*, París.

PÉREZ LUÑO, A. E. (2010): “Las funciones del Defensor del Pueblo en el Estado constitucional”, en *Nuevos retos del Estado constitucional: valores, derechos y garantías*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares.

PISARELLO, G. (2009): “Los enemigos de los derechos sociales” en *Cuadernos electrónicos de Derechos Humanos y Democracia*, nº 5.

RIQUELME, R. (2013): “Entrada en vigor, general y para España, del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos”, Universidad de Deusto, Núm. 11/2013, Bilbao, pp. 75-107.

ROWAT (1968): *The Ombudsman: Citizen’s Defender*, London.

RUIPÉREZ ALAMILLO, J. (2017): *La necesidad de constitucionalizar como fundamentales algunos derechos atinentes a la dignidad de las personas*, Andavira, Santiago de Compostela.

SÁIZ ARNÁIZ, A. (1999): *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*, CGPJ, Madrid, 1999.

El Ararteko: un Ombudsman para el siglo XXI, Ararteko, Vitoria, 2009.