

LA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

- Problemas y perspectivas -



Asociación Pro Derechos Humanos

LA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

Problemas y perspectivas

Reflexiones del III Congreso Peruano de Derechos Humanos
Lima, 2014.

Coordinador: Walter Fernando Vargas Díaz

© Asociación Pro Derechos Humanos
Jr. Pachacútec 980, Jesús María, Lima.
Telf: 424-7057 / 431-0482 / 431-4837 / Fax: 431-0477
www.aprodeh.org.pe
postmaster@aprodeh.org.pe

Diseño e impresión:
Sonimágenes del Perú S.C.R.L
Av. 6 de Agosto 968, Jesús María, LIMA 11 – PERÚ
Teléfonos: 652 3444 / 332 3964

Corrección de estilo: Julio Cesar Valdivieso Alvarado

Tiraje: 1,000 ejemplares.

Descargue libremente esta publicación en: www.aprodeh.org.pe

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2015-18825

Protección universal de los DESC y perspectivas de un tratado sobre derechos humanos y empresas

Marco Antonio Huaco Palomino¹

1. Protección universal de los DESC

1.1. El PIDESC y la indivisibilidad de los derechos humanos

En el año 1966, entró en vigor el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), con características especiales que lo diferencian del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). El PIDCP, de ese mismo año, creó un comité especial para supervisar el cumplimiento de dicho tratado, el Comité de Derechos Humanos –a diferencia del PIDESC que confía la supervisión del cumplimiento de las obligaciones de dicho tratado al Consejo Económico y Social de Naciones Unidas–, un órgano que pertenece a la Asamblea General.

En el contexto ideológico y político en el que se adoptan los dos pactos, esta separación se enmarca en una época de la doctrina en la que los derechos civiles y políticos se consideran de carácter exigible de manera inmediata, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales son entendidos como aspiraciones programáticas de realización paulatina y gradual, condicionada a la voluntad política y presupuesto de los Estados. Sin embargo, con la Decla-

1 Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), Magíster en Ciencias Sociales de la Religión por la Facultad de Ciencias Sociales de dicha Universidad, Master en Protección Internacional de los Derechos Humanos por el Institut des Hautes Études Européennes de la Universidad de Estrasburgo (Francia), Diplomado en Derechos Económicos, Sociales y Culturales por la Universidad de Verano de Derechos Humanos del Collège Universitaire Henry Dunant (Ginebra). Es docente de derechos humanos en la UNMSM, ha sido asesor legal de diversas organizaciones y comunidades indígenas en Perú, asesor parlamentario en temas indígenas en el Congreso de la República peruano y actualmente cursa el Doctorado en la Universidad de París (Pantheón Sorbonne) y la Universidad de Sevilla.

ración de Viena de 1993 se reafirma con vigor la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos. Además, se va dejando atrás la pretensión de trazar de manera rígida una división entre ambas generaciones o tipos de derechos, de manera que el PIDESC se adopta con algunos artículos que mencionan la necesidad de progresar paulatinamente su realización, pero esto no quiere decir que no sean inmediatamente exigibles. Es así que, para poder concretizar esta idea, se redacta un Protocolo Facultativo, en el año 2008, plasmando su dimensión contenciosa en el marco del cumplimiento de la obligación de proteger los derechos humanos del PIDESC.

En el año 2013, se da un acontecimiento histórico, fundamental en el desarrollo y evolución de los derechos humanos a nivel mundial: la entrada en vigor del Protocolo Facultativo del PIDESC², lo que significa, en buena cuenta, tener un organismo internacional para ventilar comunicaciones, mecanismos contenciosos de reclamo y exigibilidad de estos derechos. La doctrina y la teoría que dividían la vigencia de los derechos humanos quedan definitivamente convertidas en piezas de museo. Se adopta el Protocolo Facultativo del PIDESC a fin de que todos aquellos que se han suscrito o se han adherido al Pacto puedan contar también con la posibilidad de suscribir el protocolo y someterse a la competencia contenciosa del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), no solamente con la finalidad que los Estados emitan informes anuales o hagan informes de seguimiento o visitas a países, o se realicen asesorías técnicas a los Estados, sino también para que este Comité pueda conocer de comunicaciones, es decir 'denuncias' planteadas por ciudadanos de los Estados parte del Pacto que se sienten vulnerados en sus derechos económicos, sociales y culturales, para poder emplazar a los Estados ante esta instancia universal y supranacional. Es un mecanismo complementario para poder vigilar el cumplimiento del PIDESC en directa aplicación del Protocolo Facultativo.

2 A la fecha, el Protocolo Facultativo cuenta con veintiuna ratificaciones estatales, que incluyen a países de Sudamérica como Argentina, Bolivia, Ecuador, Uruguay.

1.2. Procedimientos especiales del Alto Comisionado

Si bien el PIDESC es una de las piedras angulares del reconocimiento de los DESC, no quiere decir que estos se restrinjan solamente a esta fuente normativa. Diversos convenios de derechos humanos van a reconocer una variedad de DESC, sea por convenios relativos a la discriminación o sea también por convenios de tipo categorial sobre derechos de las personas con discapacidad, derechos de los pueblos indígenas, derechos de los niños y adolescentes, etc. Estos convenios en sus artículos incluyen el reconocimiento de DESC a favor de categorías de población especialmente vulnerable, que es protegida por estos tratados categoriales. Asimismo, los convenios relativos de lucha contra la discriminación, por ejemplo, la Convención para la eliminación de toda forma de discriminación racial, también va a incluir cláusulas prohibiendo la discriminación en el goce de los DESC. Entonces, si bien es cierto el PIDESC ocupa un lugar central, no quiere decir que sea la única fuente normativa de carácter vinculante para poder proteger los derechos sociales, económicos y culturales a nivel universal³.

Aquí, queremos aludir a la distinción entre *hard law* y *soft law*, distinción que no es tan nítida ni neta en todos los casos, pero es suficientemente clara como para distinguir que, al hablar de *hard law*, nos referirnos a los tratados, convenciones, protocolos y pactos que establecen obligaciones vinculantes para los Estados, mientras que el *soft law* se expresa en resoluciones de la Asamblea General de la ONU, principios rectores, declaraciones de organismos internacionales, etc. Al lado de los mecanismos convencionales, obligatorios y vinculantes, tenemos mecanismos extraconvencionales de protección y promoción de los Derechos Humanos a nivel universal. Se trata de procedimientos especiales del Alto Comisionado de Derechos Humanos. Por ejemplo, al respecto, podemos referirnos concretamente a la labor de los relatores especiales, los representantes del secretario general o los expertos independientes, los cuales son procedimientos especiales, en los cuales se emiten pronunciamientos importantes sobre los DESC. Si bien es cierto estos pronunciamientos tiene carácter de *soft law* o derecho dúctil, no quiere decir que no sean relevantes, pues,

3 No está de más precisar que cuando hablamos de Sistema Universal de Derechos Humanos, nos estamos refiriendo al Sistema de Naciones Unidas, distinto a los subsistemas regionales de derechos humanos como es el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Sistema Europeo de Derechos Humanos o el Sistema Africano de Derechos Humanos.

en virtud de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los Estados tienen el deber de cumplir sus obligaciones internacionales con buena fe, es decir, sin buscar meros pretextos para sustraerse de sus obligaciones, invocando realidades u omisiones de su propio derecho interno. En virtud de este principio, los Estados están en la obligación de aplicar e interpretar de buena fe los tratados a los que se sujetan. Cuando los tratados también establecen mecanismos convencionales o cuando el sistema de Naciones Unidas establece organismos que no son propiamente convencionales sino procedimientos especiales, los Estados han de considerar necesariamente la fuerza interpretativa de estos estándares de *soft law*. Los Estados tienen la obligación de cumplir de buena fe sus obligaciones internacionales y eso puede incluir la aplicación de estos estándares de *soft law*, que también están expresados en la obra de los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos.

Entonces, tenemos una serie de procedimientos especiales de Naciones Unidas que se han pronunciado de manera especializada, bastante técnica y profunda, sobre el contenido mínimo de los derechos económicos, sociales y culturales, sus posibles límites, la forma en que han de ser implementados a través de medidas legislativas, políticas públicas o medidas administrativas por parte de los Estados. Estos procedimientos especiales emiten informes temáticos, informes de investigaciones sobre situaciones de países y recomendaciones generales, de este modo, lo que hacen es interpretar los tratados de carácter vinculante y establecer estándares interpretativos de esos tratados, que han de ser seguidos por los Estados, en aplicación de su deber de cumplir los tratados, de acuerdo al principio de buena fe plasmado en la Convención de Viena.

Algunos de los procedimientos especiales del Alto Comisionado para los Derechos Humanos relacionados a los DESC son:

- Relatora especial sobre una **vivienda adecuada** como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado.
- Relatora Especial en la esfera de los **derechos culturales**.
- Relator especial sobre el derecho a la **educación**.
- Relator especial sobre la **extrema pobreza y los derechos humanos**.
- Relatora especial sobre el derecho a la **alimentación**.

- Relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de **salud** física y mental.
- Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente **sin riesgos, limpio, saludable y sostenible**.
- Relatora especial sobre el derecho humano al **agua** potable y el saneamiento.
- Experta independiente sobre los **derechos humanos y la solidaridad internacional**.
- Experto independiente sobre **las consecuencias de la deuda externa y de las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales**.
- Relator especial sobre las implicaciones de la **gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos**.
- Grupo de trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las **empresas transnacionales y otras empresas**.

Entonces, el PIDESC está acompañado por una gama de procedimientos especiales que, de manera especializada, abordan aspectos concretos de estos derechos, por lo que es sumamente importante estudiar las recomendaciones generales que elaboran estos procedimientos así como los informes del país para una correcta interpretación de los convenios internacionales.

1.3. Observaciones generales del Comité DESC

El Comité DESC, al que no debemos confundir con el Consejo Económico y Social (ECOSOC), tiene la función de supervisar el cumplimiento del PIDESC y ha emitido diecinueve observaciones generales que están directamente relacionadas con la aplicación y la interpretación del PIDESC, que ningún Estado debe soslayar al momento de cumplir sus obligaciones internacionales:

- Observación N° 1: Presentación de informes por los Estados Partes.

- Observación N° 2: Medidas internacionales de asistencia técnica (artículo 22 del Pacto).
- Observación N° 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto).
- Observación N° 4: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto).
- Observación N° 5: Las personas con discapacidad.
- Observación N° 6: Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores.
- Observación N° 7: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos.
- Observación N° 8: Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales.
- Observación N° 9: La aplicación interna del Pacto (artículo 9 del Pacto).
- Observación N° 10: La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales.
- Observación N° 11: Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14 del Pacto).
- Observación N° 12: El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11 del Pacto).
- Observación N° 13: El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto).
- Observación N° 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto).
- Observación N° 15: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto).
- Observación N° 16: La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto).
- Observación N° 17: El derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón

de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a) (apartado c del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto).

- Observación N° 18: El derecho al trabajo (artículo 6 del Pacto).
- Observación N° 19: El derecho a la seguridad social (artículo 9 del Pacto).

Son observaciones generales sumamente importantes que los Estados han de considerar necesariamente por una u otra razón: aun cuando un Estado considere que no son vinculantes, su estrategia de litigio no puede dejar de reconocer en la práctica que, en el momento en que se presenta para defenderse en un proceso contencioso ante el Comité DESC, este definitivamente va a decidir en función de la interpretación ya expresada en sus observaciones generales. Por tanto, los Estados deben considerar necesariamente estos estándares.

2. Creación de estándares internacionales vinculantes sobre Empresas y Derechos Humanos

A nivel global, como producto de la globalización económica, los derechos humanos no solo son afectados por actores estatales o autores paraestatales sino, además, por entidades privadas de carácter internacional, vale decir, empresas corporativas transnacionales. A fin de enfrentar los desafíos que genera la violación de derechos humanos por dichos actores privados, tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales, últimamente se ha venido considerando la creación de un Tratado, que sirva como fuente convencional obligatoria y vinculante para los Estados en dicha materia.

2.1. Los Principios Ruggie

En primer lugar, los estándares que actualmente hay que considerar son estos estándares vinculantes, mencionados anteriormente, pero también existen estándares no vinculantes, relativos a empresas y derechos humanos de carácter específico que la otrora Comisión de Derechos Humanos aprobara en el año 2005, a través de su Resolución 2005/69 sobre la responsabilidad de las empresas, en la que se solicitó la designación de un Representante especial del Secretario General de Naciones Unidas para la elaboración de estándares

voluntarios dirigidos a las empresas, a fin de que estas se comporten con *due diligence* –debida diligencia– a la hora de realizar sus operaciones comerciales y productivas en respeto a los derechos humanos y a los Estados en su obligación de proteger, remediar y promover.

La Comisión de Derechos Humanos, luego reemplazada por el Consejo de Derechos Humanos, emite nuevas resoluciones en las que se renueva el mandato del representante, se acoge su informe y crea, mediante Resolución 17/4 de 6 de julio de 2011, el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos. En este ámbito, a nivel internacional, se presenta una problemática multifacética de vulneración de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales: derecho a la vida, derecho a la integridad, derecho a la libertad, derecho al ambiente sano, derecho de acceso a recursos efectivos, derecho a reparaciones, derechos de defensores de derechos humanos, derechos de minorías nacionales y pueblos indígenas, derechos de niños y adolescentes (explotación), derechos de trabajadores, derechos de mujeres (discriminación), entre otros, solo por poner algunos ejemplos.

Estos estándares del Consejo de Derechos Humanos luego se plasman en la Resolución 21/5, del 27 de septiembre de 2012, en la que se dispone la creación de una mesa redonda para crear un agenda de Naciones Unidas sobre este tema, pues ya, en el año 2011, se había aprobado la adopción de los *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”* (A/HRC/17/31), también conocidos como *Principios Ruggie* por el nombre del Relator del Representante Especial del Secretario General que elaboró estos informes, luego de un proceso intenso de consultas a Estados, organizaciones de la sociedad civil, trabajadores y empresas.

Se trata de un tripe pilar internacional de carácter voluntario para controlar la labor de las empresas transnacionales y otras empresas en relación a los derechos humanos. Son principios voluntarios que en cierta forma han marcado un hito en el desarrollo de los estándares internacionales del respeto a los derechos humanos por parte de las empresas.

En el siguiente cuadro⁴, podemos apreciar los tres actores que contemplan los Principios Ruggie: los Estados, las empresas y las víctimas; a través del triple pilar: proteger, respetar y remediar.



A los Estados le corresponde el ‘deber de proteger’ frente a violaciones de derechos humanos cometidas por terceros, incluidas las empresas, a través de políticas públicas, legislación y mediación. A las empresas les corresponde el ‘deber de respetar’ los derechos humanos a lo largo de su cadena de valor. Notemos la diferencia puesto que al Estado le corresponde proteger mediante mecanismos contenciosos, leyes y políticas, mientras que a las empresas les corresponde respetar los derechos humanos, de lo que se deriva la regla de *due diligence*. Es decir, las empresas tienen que actuar con la debida diligencia, lo cual implica que las empresas han de actuar con la suficiente competencia, co-

4 Gráfico extraído de “Empresas y derechos humanos. Perspectiva de Oxfam sobre los principios rectores de la ONU”, junio de 2013.

nocimiento y experiencia, a fin de que, en el desarrollo de sus operaciones, no violen por acción u omisión los derechos humanos. Asimismo, deben controlar o mitigar impactos negativos de sus operaciones frente a los derechos de las poblaciones y comunidades. El tercer pilar consiste en ‘remediar’ a las víctimas, es decir, mejorar el acceso a vías de reparación efectiva en casos de violaciones de derechos humanos, sean reparaciones judiciales o extrajudiciales. Precisamente, este es el punto más débil, en este aspecto, de los principios rectores en la práctica.

2.2. Hacia un estándar vinculante sobre empresas y derechos humanos

Los Principios Rectores están siendo discutidos y, en cierta manera, puestos en cuestión, a través de la Resolución del Consejo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014 (A/HRC/26/L.22/Rev.1), bajo una propuesta realizada por los Estados de Ecuador y Sudáfrica, apoyada por Bolivia, Venezuela, Rusia, África y Asia en la que se aprueba ir más allá de los Principios Ruggie⁵, en la idea de que estos principios voluntarios han tenido una aplicación precaria y han carecido de eficacia real para defender los derechos de las personas y comunidades. Por eso, promueve la creación de un grupo de trabajo intergubernamental a fin de redactar un proyecto de tratado vinculante sobre derechos humanos, en relación a violaciones cometidas por empresas transnacionales, incluyendo las vulneraciones a los derechos económicos, sociales y culturales.

Anteriormente, el 23 de junio, el Consejo de Derechos Humanos aprobaba una resolución (A/HRC/26/L.1) propuesta por Noruega, apoyada por Argentina, Estados Unidos, Unión Europea, Japón, entre otros, en la que se plantea que los Principios Ruggie no sean superados sino profundizados, teniendo como principal responsable al Estado, al centrarse en un enfoque preventivo de violaciones de derechos humanos cometidos por empresas. Le otorga un papel fundamental al desarrollo de la legislación de los Estados nacionales para poder implementar los Principios Rectores. Propone que estos creen y aprueben planes nacionales para implementar estos principios voluntarios, y así generar una creación de directrices a nivel nacional. Se fortalece el Foro Anual de Em-

5 El Estado de Perú, integrante del Consejo de Derechos Humanos, se abstuvo en la votación relacionada a esta propuesta de crear un tratado vinculante sobre las empresas y los derechos humanos.

presas y Derechos Humanos. Finalmente, dispone la realización de intercambio intergubernamental sobre un tratado vinculante, aunque solo de carácter evaluativo. Es importante anotar que esta resolución no niega la posibilidad de establecer un tratado, un instrumento vinculante, sino que le asigna al grupo de trabajo existente, sobre empresas transnacionales y derechos humanos, la obligación de hacer un informe en el que se evalúen los pro y los contra de crear un nuevo instrumento vinculante.

La segunda resolución presentada por Ecuador y Sudáfrica también aprueba la creación de un nuevo grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta para la elaboración de un instrumento jurídico vinculante sobre derechos humanos y empresas, haciendo referencia, no solo a los Principios Ruggie, sino también al derecho al desarrollo.

Se establece que este tratado ha de regular las operaciones solo de las empresas transnacionales. Este extremo es restrictivo, en relación a los Principios Ruggie, pues no se aplicaría a empresas locales, lo cual contradice un aspecto fundamental: que las obligaciones son competencia y deber de toda empresa, sin importar su tamaño o localización. Es un retroceso significativo. Sin embargo, es una resolución que avanza en plantear un instrumento jurídico vinculante, que significaría un salto cualitativo a nivel internacional. Plantea fechas y plazos más precisos, a fin de cumplir con el proceso de elaboración del futuro tratado. Por ejemplo, en enero de 2016 se debería presentar un informe con los resultados de los trabajos encargados.

3. Posible derrotero (Conclusiones)

Hay argumentos a favor y en contra de la propuesta de elaboración de un tratado vinculante.

Los principales argumentos a favor son:

- Actualmente, las víctimas continúan sin acceso a la justicia y sin obtener reparaciones. Los Principios Ruggie han tenido poco impacto al respecto.
- Un tratado vinculante no socava los Principios Ruggie, al contrario, los complementa.

- Las empresas transnacionales operan en un vacío jurídico y es necesaria una regulación mediante un tratado.
- Las relaciones entre las empresas transnacionales y los Estados del Sur y del Norte son de poder asimétrico, lo cual contribuye a que los litigios sean desventajosos de acuerdo a la jurisdicción.

Entre las críticas negativas se dice lo siguiente:

- Los Principios Ruggie son relativamente nuevos (2011), por lo que aprobar un Tratado resultaría prematuro.
- Un Tratado no sería ratificado universalmente. Incluso, a veces, se pone como ejemplo los estándares del Convenio 169 de la OIT, que fueron ratificados básicamente por Estados latinoamericanos y no por toda la comunidad internacional.
- Se truncaría el proceso paulatino de consolidación del *soft law*.
- Las empresas no son partes obligadas en los Tratados. El énfasis legislativo debe ser nacional.
- Sería un Tratado muy complejo pues relaciona el derecho privado y público internacional, en sus diferentes ramas.
- Interactuaría con Tratados de variada índole (TLC, acuerdos multilaterales, etc.).
- No podría supervisarse a las miles de empresas transnacionales.
- Los bloques geopolíticos juegan en contra.

Por supuesto, resulta interesante la cuarta objeción, pues las empresas no pueden ser partes obligadas de un tratado celebrado solo entre Estados que establece obligaciones entre ellos. Sin embargo, dicho obstáculo se podría superar intentando una solución intermedia. Este tratado, efectivamente, no va a poder establecer regulaciones directamente aplicables a las empresas, pero puede contener obligaciones para que los Estados establezcan ciertos estándares vinculantes para las empresas en su legislación interna. Es decir, obligar a las empresas a cumplir estándares universales derivados de una obligación aceptada por los Estados para que legislen al respecto. Esto podría transformar el actual Grupo de Trabajo sobre las empresas y los derechos humanos en un Comité

con funciones de promoción, no de protección, pero con la posibilidad abierta a un futuro protocolo sobre competencia contenciosa.

Asimismo, es una necesidad política que Ecuador desarrolle acciones diplomáticas efectivas para lograr un consenso con el bloque que respaldó la otra resolución, propuesta por Noruega, para acercar posiciones, de manera que este futuro tratado pueda contar con el más amplio respaldo posible.

En conclusión, la idea sería que los Principios Ruggie sean materializados en este futuro tratado vinculante como obligaciones para los Estados, a fin de hacerlos cumplir mediante políticas y legislación interna. En la medida que este tratado sea realmente universal, vamos a poder hablar de un efectivo cierre de la brecha de estas lagunas jurídicas, que permiten que las empresas transnacionales sean uno de los actores lesivos de derechos humanos a nivel internacional, en especial contra los derechos económicos, sociales y culturales.