

DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS:

Reflexiones desde América Latina



IIDH

Instituto Interamericano
de Derechos Humanos

DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS: REFLEXIONES DESDE AMÉRICA LATINA

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

© 2017, Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Reservados todos los derechos.

323.7

I59d

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina / Instituto Interamericano de derechos humanos. --

San José, C.R. : IIDH, 2017

452 p. : 28 x 22 cm.

ISBN 978-9930-514-12-2

1. Derechos Humanos. 2. Comercio internacional. 3. Globalización. 4. Responsabilidad social de las empresas. 5. Derecho internacional de los derechos humanos. 6. América Latina.

Las ideas expuestas en este libro son de exclusiva responsabilidad de las personas autoras y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Se permite la reproducción total o parcial de los materiales aquí publicados, siempre y cuando no sean alterados, se asignen los créditos correspondientes y se haga llegar una copia de la publicación o reproducción al editor.

Equipo productor de la publicación:

José Thompson J.

Director Ejecutivo del IIDH

Humberto Cantú Rivera

Coordinador y editor de la obra

Lucrecia Molina Theissen

Corrección de estilo

Marialyna Villafranca

Diagramación y Artes finales

Amanda Cortés Arrieta

Portada

Humberto Cantú Rivera

Fotografía de portada

Editorial A&R Impresos Aguilar

Impresión

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica
Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955
e-mail: s.especiales2@iidh.ed.cr
www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación	9
Agradecimientos	13
Prefacio	17
<i>Paulo Vannuchi (Comisión Interamericana de Derechos Humanos)</i>	
Prólogo: Empresas y derechos humanos:	
Algunas reflexiones sobre el camino a seguir	27
<i>Surya Deva (Grupo de Trabajo de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos)</i>	
Introducción	
1. Los desafíos de la globalización: reflexiones sobre la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos.....	37
<i>Humberto Cantú Rivera (Universidad de Monterrey, México)</i>	
Panorama internacional	
2. La promoción y el desarrollo de la protección de los derechos humanos frente a abusos empresariales en el sistema interamericano	87
<i>Nicolás Carrillo Santarelli (Universidad de La Sabana, Colombia)</i>	
3. El camino hacia un instrumento jurídicamente vinculante en el área de empresas y derechos humanos: ¿de la responsabilidad social de la empresa a la responsabilidad legal de la empresa por vulneraciones a los derechos humanos?.....	119
<i>Carlos López (Comisión Internacional de Juristas)</i>	
4. Desarrollos internacionales recientes en el ámbito de los derechos humanos y las empresas	137
<i>Jernej Letnar Černič (Facultad de Estudios Gubernamentales y Europeos, Eslovenia)</i>	
5. La evolución de los sujetos de obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos: del Estado al sector privado	157
<i>José Thompson J. (Instituto Interamericano de Derechos Humanos)</i>	

Estudios de país

6. Sentencias relevantes de derechos humanos y empresas en México177
Jorge Toledo Sauri (Universidad Marista de Mérida, México)

7. Hacer negocios en un país en conflicto armado: Análisis de la relación reciente entre empresas y derechos humanos en Colombia193
Mauricio Lazala y Amanda Romero (Business & Human Rights Resource Centre)

8. Derechos humanos y empresas en Brasil: ¿Avance por medio de la tragedia?...213
Ana Cláudia Ruy Cardia (Pontificia Universidade Catolica de Sao Paulo, Brasil)

9. Tratados de libre comercio y protección de derechos humanos: los casos de la explotación minera en El Salvador y Costa Rica.....231
Stéphanie Gervais (Carleton University, Canadá)

10. El derecho a la identidad cultural de las nacionalidades indígenas y el paradigma del desarrollo modernizador de la política económica. Análisis de casos del Ecuador.....249
Rodrigo Varela (Defensoría del Pueblo, Ecuador)

11. ¿Los Principios Rectores salvarán al Perú? La debida diligencia en las actividades extractivas de hidrocarburos en la Amazonía peruana271
Gustavo Zambrano (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú)

12. La complicidad corporativa en las violaciones de derechos humanos: ¿una innovación en la justicia transicional de Argentina?293
Gabriel Pereira (ANDHES, Argentina) y Leigh Payne (Universidad de Oxford)

Estudios temáticos

13. Buscando la reconciliación: Planes de Acción para lograr la transición313
Paloma Muñoz Quick (Instituto Danés de Derechos Humanos, Dinamarca)

14. La experiencia y retos para las instituciones nacionales de derechos humanos latinoamericanas en torno a la protección de los derechos humanos frente a actividades empresariales.....339
Ramiro Rivadeneira Silva (Defensor del Pueblo, Ecuador)

15. El caso Chevron-Texaco y el aporte de los proyectos de convención sobre crímenes ecológicos y ecocidio a la responsabilidad penal de las empresas transnacionales.....	355
<i>Kathia Martin-Chenut (CNRS, Francia) y Camila Perruso (Universidad de Sao Paulo, Brasil/Université Paris Descartes, Francia)</i>	
16. Industrias extractivas y pueblos indígenas: ¿sacrificando los derechos humanos en el altar del desarrollo?	371
<i>Nick Middeldorp (Instituto Interamericano de Derechos Humanos)</i>	
17. Las personas defensoras de derechos humanos en el contexto del Plan Nacional de Acción Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos en México	391
<i>Fernanda Hopenhaym e Ivette González (PODER)</i>	
18. Los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos y la práctica legal en el arbitraje de inversión respecto del derecho internacional de los derechos humanos	405
<i>Enrique Prieto Ríos (Universidad del Rosario, Colombia) y Álvaro Amaya (Pontificia Universidad Javeriana, Colombia)</i>	
19. Debida diligencia en derechos humanos: Breves reflexiones	423
<i>Humberto Cantú Rivera (Universidad de Monterrey, México)</i>	
20. La protección de los derechos humanos por medio de los mecanismos del derecho internacional privado	441
<i>Santiago Ramírez Reyes (Université Paris I Panthéon-Sorbonne, Francia)</i>	

Presentación

La investigación y promoción de los derechos humanos son esenciales en la trayectoria del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) y desde sus orígenes se ha priorizado la divulgación de información y conocimientos especializados con la edición y distribución de libros, revistas y materiales didácticos impresos, audiovisuales y digitales en los temas que se posicionan en la agenda y contexto regionales. De allí que, tanto para el IIDH como en lo personal, es altamente satisfactorio haber acogido y producido el libro “Los derechos humanos y las empresas: reflexiones desde América Latina”, en el que se aborda el papel de las empresas respecto de los derechos humanos, una temática que plantea urgentes e importantes desafíos y que no podía quedar fuera del acervo institucional.

En esta relación –donde convergen situaciones lamentables de explotación laboral, afectaciones medio ambientales e invasiones a propiedades indígenas, con experiencias positivas de responsabilidad social empresarial y desarrollo- cada vez más y con mayor fuerza desde la sociedad civil y la academia se proponen, demandan y buscan soluciones como parte de los esfuerzos por lograr la plena vigencia de los derechos humanos.

En consecuencia, la propuesta de Humberto Cantú Rivera, quien dirigió, coordinó y editó la presente obra, ha sido una valiosa oportunidad para explorar las experiencias latinoamericanas en la materia, así como de repasar las interrogantes presentes en un debate cuyo eje principal es la búsqueda de vías que conduzcan a una mejor y más garantista protección de la dignidad de la persona humana y el respeto a sus derechos.

Esperamos que esta obra sea de interés y utilidad para las personas y entidades interesadas en esta problemática. Con ella se busca dotarles de conocimientos y aproximaciones que ojalá se constituyan en herramientas para continuar explorando rutas y mecanismos que posibiliten una justicia accesible, eficaz y reparadora para quienes están siendo afectados por esta problemática, especialmente en los casos en los que la responsabilidad internacional recae en actores no tradicionales.

*José Thompson J.
Director Ejecutivo*

AGRADECIMIENTOS

Este libro, concebido en Ginebra en noviembre de 2015 durante el Cuarto Foro de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos, es el resultado de un año de arduo trabajo de colaboradores de diferentes países del continente americano, así como de colegas de otras latitudes. A los 28 autores que participan en los distintos capítulos, así como en el prefacio y prólogo, les extiendo mi más profundo reconocimiento y gratitud por su excelente trabajo y por la rapidez para producir el material que aquí se presenta.

En particular, agradezco a Surya Deva, del Grupo de Trabajo de la ONU sobre empresas y derechos humanos y a Paulo Vannuchi, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por su inmenso apoyo a este proyecto y por su voluntad de contribuir algunas breves reflexiones sobre la trascendencia de esta temática para el continente americano.

Otros colegas de diferentes países que también participaron en distintas etapas de este proceso merecen un profundo reconocimiento: Benjamin Cokelet, Javier Tous, Carolina Olarte, Juan Pablo Bohoslavsky, Dante Pesce, Katya Salazar, Caio Borges y Elizabeth Salmón Garate, a quienes agradezco por su apoyo y colaboración.

Desde luego, esta misión no habría sido posible sin la generosa colaboración del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, que acogió este proyecto desde el inicio y que, gracias al esfuerzo y dedicación de su equipo editorial, permitió concluir esta obra en menos de un año. En particular, agradezco a José Thompson J., director ejecutivo del IIDH, por dar luz verde a este proyecto, y a Natalia Arce Camiade, por su amabilidad y apoyo, y por lidiar con todos los aspectos que requiere una obra de esta longitud.

Finalmente, agradezco al Profesor Emmanuel Decaux de la Universidad Panthéon-Assas Paris II, quien a lo largo de estos años me ha apoyado en un número importante de proyectos, y a quien dedico este libro en honor a su retiro de una brillante carrera académica y profesional en la educación, promoción y defensa de los derechos humanos, incluyendo en relación a la responsabilidad de las empresas en este ámbito.

Humberto Cantú Rivera
París, a 31 de octubre de 2016

PREFACIO

Prefacio

*Paulo Vannuchi**

Para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos llega en un momento muy oportuno este libro coordinado por Humberto Cantú Rivera. El vasto panel reunido, conformado por verdaderos especialistas respecto al debate más reciente sobre el tema abre nuevos caminos e inspira los próximos pasos a ser dados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

En la amplia gama de temas contemplados en el caleidoscopio de los derechos humanos, no hay otro cuyo debate haya crecido tan nítidamente como este, sobre la compleja relación entre empresas y Estados respecto a la protección y promoción. ¿Las empresas violan los derechos humanos y deben ser sancionadas por eso? O ¿sería más prudente y riguroso seguir trillando el clásico enfoque de que las violaciones se caracterizan por la participación de los agentes del Estado, ya sea por acción o por omisión? ¿Hacia dónde se dirigen las controversias sobre las nuevas *responsabilidades* u *obligaciones* de las empresas con respecto a los derechos humanos?

Una duda muy legítima, que no se disipará fácilmente, es si este creciente interés refleja el sincero avance de un impulso civilizador o si esconde estrategias de *marketing* empresarial y disputas geopolíticas entre naciones. Los estudiosos y activistas dotados de un espíritu crítico más agudo han mantenido presente esta controversia. A pesar de que los capítulos de este libro no tienen la intención de agotar asuntos de esas dimensiones, su lectura permitirá con toda certeza llegar a conclusiones más consistentes sin importar el grado de polarización entre los distintos puntos de vista.

Existe una obvia asimetría en el campo teórico-conceptual. Las definiciones, más recientes, sobre qué es una empresa se encuentran muy lejos del desarrollo alcanzado a lo largo de los siglos sobre qué es el Estado. En cuanto al primero de esos conceptos, desde Platón y Aristóteles hasta los principales filósofos políticos de la modernidad, ha existido una exuberante línea de acumulaciones y giros que están de cierto modo presentes en cualquier planteamiento al respecto. De la realización concreta de lo absoluto en Hegel, al comité ejecutivo de la clase dominante en Marx, del escenario de disputa y la construcción de la hegemonía en Gramsci, al pretendido “casi nada” de Hayek, sin ignorar los legados fundacionales de Maquiavelo y Hobbes en lo concerniente a la primacía del realismo político, el Estado es un concepto rico en fundamentaciones pluralistas.

* Responsable de la Unidad Temática DESC de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Periodista, politólogo y consultor sindical desde hace 30 años, fue Ministro de Derechos Humanos del Brasil entre 2006 y 2010.

Por otro lado, ¿cómo se define, a final de cuentas, una empresa? No hay casi ninguna elaboración conceptual de la ciencia política sobre lo que ésta es, con excepción de las formulaciones apologéticas de Schumpeter en las que celebra el proceso de destrucción creativa como el hecho más esencial del capitalismo y de su dinamismo emprendedor. Desde el momento en que el concepto de empresa pasó a ser utilizado de modo ordinario, sus agentes priorizaron el *hacer* –lucro, proyectos innovadores, amplia reproducción del capital, expansión nacional y mundial, fusiones y adquisiciones– por encima del *pensar* y teorizar y sus posibles finalidades teleológicas o, incluso, su ontología.

Fausto y Mefistófeles siempre aparecen asociados al espíritu animal emprendedor que mueve montañas, transforma desiertos en vergeles y promueve el drenaje de pantanos para construir fantásticos polos mundiales de entretenimiento y captación de dólares del turismo, generando empleos y utilidades. Además, no puede haber espacio en este contexto para cualquier visión prejuiciosa y negativa –de izquierda por así decir– de quien se apega a fórmulas dogmáticas del pasado e ignora las “*duras réplicas de la historia*”, que Norberto Bobbio no se cansó de invocar en la arena del debate italiano entre liberalismo y socialismo.

La verdad es que también en las experiencias socialistas del siglo XX, las grandes empresas estatales tuvieron un papel estratégico, para bien o para mal. En la América Latina reciente, donde se multiplicaron por la vía democrática gobiernos comprometidos con las demandas sociales y populares, se observó como regla general la creación y fortalecimiento de empresas públicas o mixtas que fueron concebidas o imaginadas como verdaderas agencias nacionales de desarrollo, una suerte de enclaves para reafirmar la soberanía nacional.

Otra cuestión es si esas empresas contribuirán a impulsar ciclos nacionales de crecimiento económico capaces de inducir a la garantía de nuevos derechos –educación, salud, habitación, salario digno, alimentación adecuada– o si dejarán rastros condenables de violencia laboral, tragedias ambientales y agresiones a los diferentes segmentos poblacionales, y en qué dosis.

No puede pretenderse, por otro lado, que la vida empresarial esté desprovista de fundamentación teórica, en la medida en que el liberalismo económico –desde los tiempos de sabios como David Ricardo y Adam Smith, pasando por los ciclos keynesianos vividos por la humanidad– siempre supo pensar y articular adecuadamente las ideas de producción y circulación, dejando en un segundo plano la preocupación normativa en cuanto a la distribución, en el sentido estricto de repartición de riqueza entre las clases o segmentos sociales.

Sin embargo, al superar tres o cuatro décadas de dificultades y bloqueos las Naciones Unidas lograron un nuevo avance para los derechos humanos con las formulaciones desarrolladas –gradualmente y con maestría– en los Principios Rectores de John Ruggie. Así, se volvió inevitable invadir esas lagunas teóricas y prácticas respecto de la vida empresarial, sus diligencias y procesos, en pleno siglo XXI, cuando son muchos los ambientes corporativos donde los propietarios y directores ejecutivos profieren

discursos, incluso en eventos internacionales, que se asientan en las antiguas ideas de filantropía o, cuando mucho, en promesas de responsabilidad social que parecen presentar como prueba de su generosidad frente a los pobres del país y del planeta.

Los autores reunidos en este libro, sin consensuar entre sí respecto a los últimos pasos y las perspectivas inmediatas, buscan resumir las controversias presentes en las Naciones Unidas y, en especial, en el Consejo de Derechos Humanos acerca de si tendría más efectividad la diseminación global de los Principios Rectores de John Ruggie, centrados en la idea de la responsabilidad empresarial, o si es preferible avanzar en la construcción de un tratado vinculante basado en principios de obligación. Sin tomar partido en esa disyuntiva y reconociendo, como sostienen algunos académicos, que es posible e incluso deseable que se busque algún esfuerzo de complementariedad y sinergia entre ambas posibilidades, me corresponde hablar de los impactos de este proceso en los 35 países que integran la Organización de Estados Americanos y nuestro sistema regional de protección.

Como se sabe, la trayectoria histórica del Sistema Interamericano de Derechos Humanos ostenta importantes hazañas, como el enfrentamiento a los regímenes dictatoriales que implantaron el “terror de Estado”, especialmente en las décadas de 1970 y 1980. Fue relativamente pionero, por otro lado, en la consolidación del mecanismo de casos y peticiones individuales previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, cuando la Comisión Interamericana ya tenía diez años de existencia. Sobre este particular, puede decirse que la región estaba a la vanguardia en comparación con el propio Sistema Universal o con la posterior evolución observada durante la construcción de la Unión Europea.

No obstante, el Sistema Interamericano nunca dejó de exhibir el mismo desequilibrio que marcó permanentemente la trayectoria de los instrumentos de las Naciones Unidas en lo que concierne a la preferencia por los derechos civiles y políticos *vis-à-vis* los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). La Guerra Fría creó un ambiente de disenso en donde el necesario Pacto de los Derechos Humanos, proyectado para dar fuerza vinculante a las formulaciones casi poéticas de la Declaración Universal de 1948, terminó dividiéndose en los dos textos aprobados por la Asamblea General en 1966, con fuertes desigualdades entre el número de países que se adhirieron al pacto de los derechos de libertad y los que lo hicieron al de los derechos de igualdad, para citar la terminología de Bobbio.

En el sistema de la ONU todavía se utiliza, con irresponsable ligereza, un lenguaje que denomina oficialmente como Comité de Derechos Humanos al órgano de tratado que se concentra exclusivamente en las garantías civiles y políticas, dejando al Comité DESC en una condición de hermano desvalido y secundario. A final de cuentas, si uno de los Comités cuida de los derechos humanos, como expresa su denominación formal, ¿de cuáles otros asuntos se encarga su gemelo? ¿Acaso la educación, la salud, la habitación, el trabajo, el salario, el medio ambiente, la alimentación o la seguridad social son derechos humanos de un nivel jerárquico y de una dignidad inferiores?

En el sistema regional interamericano, esa asimetría se ve representada en la existencia, desde hace casi dos décadas, de una Relatoría Especial sobre la Libertad de Expresión que siempre contó con recursos suficientes para desempeñar una labor seria, consistente y regular. No fue sino hasta 2012 que la CIDH decidió crear su sencilla Unidad sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, atendiendo a las solicitudes presentadas durante el llamado “proceso de fortalecimiento del sistema”, tanto por los Estados que se manifestaron más interesados en las condiciones sociales de sus poblaciones, como por las organizaciones de la sociedad civil.

Otra evidencia del histórico desequilibrio conceptual puede encontrarse en el hecho de que la propia Convención Americana de Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, apenas dedica uno de sus 82 artículos –el 26– para hacer referencia, en breves líneas, al gigantesco abanico de los derechos económicos, sociales y culturales, tan importantes para los seres humanos como lo son el derecho al voto, al debido proceso, a la libertad de pensamiento, de creencia religiosa o cualquier otro de los anhelos de libertad. Tan evidente es el desequilibrio presente en la Convención Americana, que fue necesario dedicar años a la preparación y aprobación en 1988 de un instrumento complementario que garantizara un más respetable análisis y procesamiento de los DESC, que vería la luz como el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también conocido como Protocolo de San Salvador.

No es sino en los últimos años que los líderes políticos de la OEA decidieron crear un grupo de trabajo responsable de examinar los informes periódicos previstos en ese Protocolo, respecto al desarrollo progresivo impulsado por cada Estado en el trabajo, los derechos sindicales, la seguridad social, la salud, el medio ambiente, la alimentación, la educación, los beneficios culturales y la protección de las personas de la tercera edad, entre otros derechos. Pero opera con una restricción presupuestal tan dramática, que ni siquiera cuenta con los recursos para garantizar el transporte aéreo para las sesiones semestrales del reducido equipo de especialistas designados por las instancias superiores de la OEA, que trabajan sin remuneración alguna.

Hasta hoy, entre los miles de casos procesados por el Sistema Interamericano, no fue posible encontrar un solo informe de fondo de la CIDH o una sentencia de la Corte basada centralmente en una violación al artículo 26 de la Convención Americana, aunque los DESC son tratados lateralmente en importantes decisiones y actividades promocionales de los dos órganos principales del Sistema.

En 2014, buscando superar ese desequilibrio, la CIDH decidió crear una Relatoría Especial DESC para igualar en su estructura interna la atención debida a cada una de las ramas en que se estructuran los derechos humanos, a los que desde la Conferencia de Viena de 1993 se les ha reconocido su indivisibilidad, interdependencia e integralidad y como poseedores de un idéntico grado de dignidad.

Ahora bien, si el reconocimiento textual de esa equivalencia en dignidad entre ambos segmentos fuera una realidad factual, el proceso de creación de la Relatoría Especial DESC no estaría tan

obstaculizado por la insensibilidad de los Estados respecto a su financiamiento. Al anunciar su creación, la CIDH dio a conocer la apertura de un fondo especial para recibir donaciones voluntarias de los Estados, cuyo monto, a dos años de insistentes llamados, prácticamente no ha pasado de cero. Los Estados que durante el referido proceso de fortalecimiento criticaron al Sistema por ignorar los avances de sus países en los aspectos de distribución del ingreso, que insisten en el fortalecimiento de las actividades de promoción y en los llamados al avance progresivo de los DESC (términos utilizados por el Protocolo de San Salvador), en realidad continúan negando los recursos necesarios para la creación de la nueva Relatoría Especial, que a final de cuentas no requiere de un presupuesto fabuloso. Una vez más, la retórica argumentativa se ha revelado como un mero *bluff* diplomático o como una repetición de tácticas dilatorias que muchos Estados adoptan en una tentativa por aparentar un nivel de compromiso con los derechos humanos que nunca se confirma mediante acciones concretas.

Sin embargo, es prometedor el hecho de que la CIDH enfatice cada vez más su preocupación sobre los DESC y, ya sea en los debates de preparación para la creación de la Relatoría Especial en esa área, o en la selección de las audiencias públicas realizadas dos veces por año en Washington (donde más de 150 son propuestas, aunque lamentablemente nuestra capacidad técnica no puede pasar de la realización de 50 o 55), la sensibilidad al respecto se encuentra en franca evolución.

Por otra parte, entre los múltiples tópicos relacionados con los DESC, se van introduciendo aspectos innovadores, como el debate sobre la responsabilidad extraterritorial de los Estados por violaciones graves de derechos humanos, las reflexiones sobre el impacto de los sistemas tributarios en la generación o extinción de recursos presupuestales para garantizar los DESC o las prescripciones macroeconómicas para los ajustes neoliberales que aumentan el desempleo, reducen la masa salarial y la recaudación fiscal y, además, anulan las conquistas laborales y de seguridad social.

La relación entre empresas y derechos humanos es, entre todas, la problemática con un ritmo de crecimiento más visible, ya sea por la influencia de las entidades empresariales e institutos que se dedican a esta cuestión, o por las organizaciones de la sociedad civil preocupadas por las graves violaciones ocurridas en el contexto de los megaproyectos de producción energética, mineros, de lujosos enclaves de turismo o de *agribusiness* depredador.

Desde 2013, la CIDH ha promovido, con el valioso aporte de las organizaciones de la sociedad civil, seis consultas regionales respecto a lo que debe ser la futura Relatoría Especial DESC (en Buenos Aires, Bogotá, Ciudad de México, Brasilia, San José y Washington), pero únicamente en Brasil el Estado contribuyó y acudió al evento. Las ricas sugerencias y propuestas presentadas para el plan estratégico de la futura Relatoría Especial dejan claros dos aspectos importantes: 1) las siglas DESC deben ser complementadas con una A al final, para incluir expresamente la cuestión ambiental; y, 2) la relación entre empresas y derechos humanos debe constituir un aspecto sustantivo, permanente e innovador en la conducción de sus actividades, informes, visitas, seminarios, audiencias y formulaciones.

En este momento, en términos del compromiso de garantizar el funcionamiento regular de la nueva Relatoría Especial hasta el final de 2017 –para cuyo cumplimiento la disponibilidad de recursos financieros es un verdadero nudo gordiano–, varios capítulos del presente libro contienen un verdadero guión de prioridades. Entre ellas, cae como lluvia bienhechora la sugerencia presentada en uno de ellos, de que se prepare un primer informe sobre empresas y derechos humanos, como paso siguiente a la elaboración (ahora en fase de conclusión) del Informe sobre la Pobreza, organizado por la Comisión gracias a un proyecto financiado por la Unión Europea. Será el primer documento oficial sobre pobreza producido por la institución a lo largo de sus casi 60 años de existencia.

Los informes temáticos producidos regularmente por la CIDH desde hace varias décadas son un importante medio de promoción de los derechos humanos en los Estados. Generalmente se describe el problema, se hace un diagnóstico preliminar de sus causas y, muy importante, se formulan recomendaciones claras para prevenir, reparar y garantizar la no repetición de violaciones. En la página de internet de la CIDH se encuentra un acervo conformado por dichos informes; hasta el momento, se ha abordado la situación de los grupos en condiciones vulnerables (indígenas, niños, afrodescendientes, mujeres, personas LGBTI, etc.), o aspectos centrales de los derechos civiles y políticos, como la libertad de expresión, el debido proceso, las fuerzas policíacas, o los derechos a la memoria y a la verdad.

El informe sobre pobreza y derechos humanos de 2016 será el primero de una serie centrada en temáticas DESC que nunca han sido diagnosticadas en la CIDH como temas en sí: educación, trabajo, alimentación, vivienda, producción y disfrute cultural, seguridad social, derechos ambientales y muchos otros.

La propuesta de elaborar en 2017 un primer informe temático sobre empresas y derechos humanos puede ser el siguiente paso a dar por el pleno de la CIDH, en caso de que tengan éxito las difíciles gestiones en curso para instalar la Relatoría Especial DESC que, según se previó, ya debería estar en pleno funcionamiento. De confirmarse esa posibilidad, un nuevo equipo permanente de trabajo se encargará de garantizar que los debates y avances logrados en el ámbito del Consejo de Derechos Humanos de la ONU pasen a tener una correspondencia total en el territorio de las Américas y del Caribe.

De la lectura de algunos capítulos de este libro concluyo que uno de los primeros compromisos concretos de la nueva relatoría debe ser el fortalecimiento y la calificación del ciclo actual de elaboración de planes de acción nacional sobre derechos humanos y empresas, que Colombia y Chile lideran en el continente, siguiendo los pasos de naciones europeas como Dinamarca, Finlandia, Holanda, Lituania, Noruega, Reino Unido, Suecia, España o Italia. En dichos planes nacionales, dignos de apoyo por representar un paso adelante para la diseminación y puesta en marcha de los Principios Rectores de la ONU propuestos por John Ruggie, se acumula un abanico de observaciones críticas, provenientes tanto de las más consolidadas organizaciones de la sociedad civil que actúan junto a los sistemas de derechos

humanos de la ONU y de la OEA, como de núcleos universitarios de investigación¹ y entidades del movimiento sindical de diferentes países.

Entre las críticas, debe prestarse atención a la afirmación de que el “pragmatismo basado en principios” adoptado por John Ruggie en su hábil esfuerzo, resultaría en formulaciones que se adaptan mucho más a la sintaxis de los grupos empresariales, probablemente en un intento por evitar que se retirasen de la mesa de discusión, como venía ocurriendo desde la década de 1970 en los esfuerzos previos de caminar hacia la misma dirección. En ese particular, llama la atención que en su formulación, ocurrida tan próxima al momento en que se divulgaron los diez puntos estratégicos del Pacto Mundial, los Principios Rectores no mantengan el énfasis en el compromiso empresarial de respetar la libertad sindical, a la vez que se atenúan las referencias al medio ambiente y prácticamente se suprimen las recomendaciones sobre el combate a la corrupción. Si se tomó una decisión deliberada de evitar los asuntos polémicos en la relación capital-trabajo durante el proceso que culminó con su aprobación, todo el esfuerzo actual padece desde su inicio de una gran debilidad.

Las empresas no conseguirán avanzar con sinceridad y legitimidad en sus compromisos en derechos humanos si no reconocen que el primero de ellos está en el tipo de vínculo establecido con sus propios trabajadores. Me refiero a la dignidad salarial, a los cuidados de seguridad e higiene en el trabajo, a los derechos de la mujer y de maternidad, a las guarderías para sus hijos, a la igualdad racial, al respeto a la diversidad sexual y muchos otros.

Cabe preguntar en este momento si un primer mal resultado de esa dudosa decisión es, como se critica actualmente, que las víctimas de violaciones a sus derechos y los sindicatos no han sido llamados para participar, con voz y voto, en los diálogos y seminarios que se desarrollan para la aprobación de los planes nacionales. Por ello, concluimos con una alerta y con una recomendación en el sentido de que las empresas se sientan retadas a abandonar de forma definitiva todos los recelos de sentarse a la mesa con quien piensa diferente, con quien critica y exige más, con quien sea un vector de intereses distintos, incluso opuestos. La vida democrática exige ese tipo de convivencia pluralista. Ese ejercicio directo y frontal de contradicción es más lento y laborioso. Sin embargo, cuando no existe un diálogo transparente entre las partes, lo que se estaría buscando construir serían avances en los derechos humanos sin la participación democrática de todos los actores involucrados. Ello es, evidentemente, un imposible filosófico.

¹ Consúltese, entre otras, la página www.homacdhe.com

PRÓLOGO

Empresas y derechos humanos: algunas reflexiones sobre el camino a seguir

Surya Deva*

Es un gran placer para mí escribir el prólogo de este libro titulado *Los derechos humanos y las empresas: reflexiones desde América Latina*, tal vez el primer libro en español que ofrece una mirada panorámica sobre esta temática. El editor de este volumen, Humberto Cantú Rivera, debe ser felicitado por concebir este proyecto y por el duro trabajo realizado para reunir en este esfuerzo a un grupo impresionante de académicos y profesionales expertos.

En esta breve contribución, deseo esbozar algunas cuestiones generales que deberían guiar el futuro discurso en este campo, con el fin de colocar a los derechos humanos en el nivel que merecen, incluso en una economía de libre mercado. Las ideas postuladas aquí desde luego se refieren a lo que *debería* pasar, no a lo que *es* políticamente viable en la actualidad. Espero que este libro recoja algunas de estas cuestiones y desarrolle el debate de manera que contribuya a la realización de ‘todos los derechos humanos para todos’.

Mantener los derechos humanos en primer plano

Al relacionar a las empresas con los derechos humanos se trata, en su esencia, de sujetar a poderosos actores privados al derecho de los derechos humanos, que históricamente se ha enfocado en la regulación de actores que ejercen un poder público. El proyecto de imponer obligaciones de derechos humanos a las empresas –directa o indirectamente– se enfrenta a diversos desafíos. Para empezar, y a diferencia de los Estados, las empresas se guían por la lógica de maximización de utilidades y operan en el nivel transnacional con una compleja red de subsidiarias y proveedores. Estas diferencias suscitan inmediatamente preguntas no solo sobre la naturaleza y alcance de las obligaciones de derechos humanos para las empresas, sino también sobre la eficacia de sus mecanismos tradicionales de aplicación territorial. Aún más, el poder y espacio de los Estados para regular la actividad empresarial ha sido condicionado por la privatización de servicios públicos, aparejada con la dependencia del desarrollo a las empresas en una economía globalizada.

* Profesor Asociado, Escuela de Derecho, City University of Hong Kong; Miembro, Grupo de Trabajo de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos; Editor en jefe, *Business and Human Rights Journal*. Las opiniones expresadas en este texto reflejan la opinión personal del autor. Texto traducido por Humberto Cantú Rivera.

Es vital reafirmar la importancia de los derechos humanos y su primacía normativa sobre otras ramas del derecho, a fin de superar los retos inherentes que presenta esta intersección. No debería permitirse que estos pierdan su carácter ‘triumfal’ al ser aplicados al sector privado. Las empresas deben respetar las normas de derechos humanos como una precondition imperativa para hacer negocios, en vez de emplearlos cómo un elemento del discurso del ‘interés empresarial’ en ellos.¹ De manera similar, al entrar en conflicto las normas de derechos humanos y las de comercio o inversión a nivel nacional, regional o internacional, las primeras deberían prevalecer.

Los derechos humanos son vistos frecuentemente por los Estados como herramientas que pueden ser invocadas, moldeadas, aplicadas selectivamente o incluso olvidadas a conveniencia ante las prioridades nacionales en un momento determinado. El choque percibido entre las políticas de desarrollo económico y las de derechos humanos es un ejemplo. Los Estados deben darse cuenta de que el desarrollo que ignora los derechos humanos no podrá ser sostenible ni equitativo, y podría conducir a fricciones. Por ello, los Estados deben mantenerlos en un primer plano. Hacerlo requeriría tomarlos en cuenta seriamente tanto como a sus titulares, cuyos intereses, necesidades y deseos deben estar en el centro de la agenda de desarrollo perseguida por las empresas y facilitada por los Estados.

De generalidad a especificidad

El respaldo unánime del Consejo de Derechos Humanos en junio de 2011 a los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos² (PREDH) abrió un nuevo capítulo en este campo. En un corto lapso, los PREDH (y especialmente el concepto de debida diligencia en derechos humanos) se han convertido en la *lingua franca* en este ámbito. A pesar de que los PREDH no crean nuevas normas, sí proveen un marco coherente para que los Estados y las empresas jueguen su rol en términos de garantizar tanto que los derechos humanos no sean ignorados como que las víctimas de abusos tengan la posibilidad de acceder a mecanismos de reparación efectivos.

Tomando en consideración que los PREDH son aplicables a todo tipo de empresas y que comprenden todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente, sólo se podían establecer principios generales de orientación. Su implementación efectiva requeriría de una mayor elaboración y concretización de los principios estipulados en los distintos contextos. Este proceso, de pasar de aspectos generales a elementos específicos, debería tener lugar tanto en los niveles estatal y empresarial. Entre

1 El discurso del interés empresarial también ha llevado a la evolución de una industria dedicada para guiar a las empresas a través de los procesos de evaluación de impacto en derechos humanos. Cuando los derechos humanos se convierten en herramientas para ganar dinero, esto conlleva otros peligros. Véase Deva, Surya, ‘Business and Human Rights, or the Business of Human Rights: Critical Reflections on Emerging Themes’ in Andreassen, Bård A. y Vinh, Võ Khánh (eds.), *Duties Across Borders: Advancing Human Rights in Transnational Business*, Amberes, Intersentia, 2016, p. 23.

2 Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *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 (21 de marzo de 2011).

otros actores, el Grupo de Trabajo de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos (GT-ONU) tiene que desempeñar un papel preponderante para liderar este proceso.³

En lo que corresponde a los Estados, los Planes de Acción Nacional (PAN) deberían ser utilizados para responder a las condiciones políticas, jurídicas, sociales, económicas y culturales propias del contexto local.⁴ La lógica de que ‘una talla no le queda a todos’ también es aplicable a las operaciones empresariales. El tamaño, sector y contexto operativo de una empresa tendrá un impacto importante en la manera en que pueda satisfacer su responsabilidad de respetar los derechos humanos conforme a los PREDH. Por tanto, sería necesario desarrollar estándares suplementarios concretos para los diferentes sectores⁵ y para empresas de diferentes tamaños y tipos.⁶ Además, sería útil desarrollar estándares adicionales de derechos humanos para los diferentes sectores de la sociedad con necesidades particulares en la materia. La formulación de los Principios sobre los Derechos de los Niños y las Empresas es un ejemplo de ello.⁷ Sería deseable contar con estándares similares sobre, por ejemplo, los derechos humanos de las mujeres, los pueblos indígenas o los trabajadores migrantes.

Reducir la brecha

A pesar de la impresionante recepción de los PREDH por diferentes actores, existe una creciente insatisfacción con el *status quo* relativo a la dificultad que enfrentan las víctimas para exigir la rendición de cuentas empresarial por violaciones de derechos humanos. Una de las razones *percibidas* de esta situación es la falta de un instrumento internacional vinculante en la materia. El intento más reciente en la ONU para llenar este vacío normativo comenzó en junio de 2014, cuando el Consejo de Derechos Humanos adoptó la Resolución 26/9 para establecer un Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta (GTICA) con el mandato de ‘elaborar un instrumento internacional jurídicamente

3 OACNUDH, *Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, disponible en <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/WGHRandtransnationalcorporationsandotherbusiness.aspx> (visitado el 31 de agosto de 2016).

4 Al 31 de agosto de 2016, diez Estados han adoptado un PAN para implementar los PREDH; en varios otros Estados, tal proceso se encuentra en distintos niveles de progreso. OACNUDH, *State National Action Plans*, disponible en <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx> (visitado el 31 de agosto de 2016).

5 La guía de la Comisión Europea para tres sectores (empleo y agencias de reclutamiento, empresas de tecnología de información, y de petróleo y gas) es un buen ejemplo. Comisión Europea, *European Commission Sector Guides on Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, https://ec.europa.eu/anti-trafficking/publications/european-commission-sector-guides-implementing-un-guiding-principles-business-and-hum-0_en. Véase también la guía sectorial que está desarrollando el gobierno holandés: <http://www.shiftproject.org/resources/collaborations/sector-wide-risks-negotiated-covenants-netherlands/> (visitados el 31 de agosto de 2016).

6 Véase por ejemplo el informe del Grupo de Trabajo sobre empresas propiedad del Estado: Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/32/45 (4 de mayo de 2016). En junio de 2017, el Grupo de Trabajo presentará un informe sobre las responsabilidades de derechos humanos de pequeñas y medianas empresas (PYMES).

7 UNICEF, *Introduction to the Principles*, www.unicef.org/csr/12.htm.

vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos'.⁸

Sin embargo, muchos Estados (especialmente los países desarrollados, donde históricamente se han constituido la mayoría de las empresas multinacionales) no reconocen esta urgente necesidad a pesar de su apoyo total a la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos conforme a los PREDH.⁹ La mayoría de dichos países no participaron en la primera sesión del GTICA, o la boicotearon tras el primer día.¹⁰ La oposición al proceso del tratado en curso se basa en diversos motivos: que el 'pie de página' de la Resolución 26/9 excluye arbitrariamente a las empresas locales o nacionales de su alcance; que la discusión sobre el tratado romperá el consenso alcanzado con la adopción de los PREDH; y que distraerá la atención sobre la implementación de los PREDH a través de los PAN.

Por otra parte, los Estados que apoyan la iniciativa del tratado no han dado señales de tomar en serio los PREDH. Esta situación ha creado una profunda brecha entre ambas iniciativas, a pesar de la 'retórica de complementariedad' existente. Esta división entre los países desarrollados y aquellos en vías de desarrollo en torno al enfoque de regulación apropiado evoca recuerdos sobre lo que llevó al deceso¹¹ del Código de Conducta de la ONU sobre Empresas Transnacionales¹² en 1990. En los años siguientes, será de fundamental importancia reducir dicha brecha, que ha sido marcada, entre otros factores, por una mentalidad de elegir entre una u otra alternativa. La regulación efectiva de las empresas requiere el uso *integrado* de herramientas voluntarias y obligatorias, no solo de una de ellas a la vez.¹³ Todos los Estados deberían, por tanto, implementar de forma genuina los PREDH, y a la vez participar de buena fe en las negociaciones para un instrumento vinculante sobre empresas y derechos humanos.

Ser sensible a los sectores en condiciones de vulnerabilidad

Algunos sectores de la sociedad (por ejemplo los niños, las mujeres, los migrantes, las personas con discapacidad y los pueblos indígenas) son más vulnerables debido a las normas políticas, sociales,

8 Consejo de Derechos Humanos, *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*, A/HRC/RES/26/9 (26 de junio de 2014), §1.

9 Esta posición es compartida por algunos académicos y por casi todas las asociaciones empresariales.

10 López, Carlos y Shea, Ben, 'Negotiating a Treaty on Business and Human Rights. A Review of the First Intergovernmental Session', *Business and Human Rights Journal*, Vol. 1(1), 2015, p. 111. Para un recuento en español, véase también Cantú Rivera, Humberto, '¿Hacia un tratado internacional sobre la responsabilidad de las empresas en el ámbito de derechos humanos? Reflexiones sobre la primera sesión del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta', *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XVI, 2016, pp. 449-452.

11 Muchlinski, Peter, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford, Blackwell Publishing, 1999, pp. 593-597.

12 'Draft Code on Transnational Corporations' in UNCTC, *TRANSNATIONAL CORPORATIONS, SERVICES AND THE URUGUAY ROUND*, 1990, ANNEX IV, p. 231.

13 Deva, Surya, *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business*, Londres, Routledge, 2012. Véase también Bilchitz, David, 'The Necessity for a Business and Human Rights Treaty', *Business and Human Rights Journal*, Vol. 1(2), 2016, p. 203.

económicas y culturales existentes, o pueden ser más vulnerables como resultado de las operaciones empresariales. Por ello, tanto los potenciales transgresores de sus derechos humanos como los regímenes regulatorios en el campo de las empresas y los derechos humanos deben ser sensibles a los significativos retos a los que dichos grupos se enfrentan. Ilustremos esta situación: solo las mujeres experimentarán discriminación basada en el embarazo, mientras que los niños o trabajadores migrantes son susceptibles de abusos de derechos humanos de otro tipo. De forma similar, para algunas comunidades indígenas, la idea de vender su territorio para implantar proyectos de desarrollo –independientemente del precio ofrecido– podría no ser una opción viable. En dichas situaciones, la idea de un ‘consentimiento’ previo, libre e informado, en vez de una simple ‘consulta’, adquiere mayor relevancia.

Demostrar sensibilidad requeriría adoptar un ‘enfoque específico’ que asuma tanto los sufrimientos particulares como las necesidades de reparación de cada sector vulnerable de la sociedad. Las consultas horizontales con dichos grupos podrían constituir una plataforma para desarrollar normas complementarias de derechos humanos específicas para sus experiencias y necesidades. Estas deberían a su vez informar la conducta tanto de las agencias estatales como de las empresas, ya que la simple adhesión a normas y estándares generales de derechos humanos no protegerá adecuadamente los intereses de los sectores vulnerables de la sociedad.

Defender a los defensores de derechos humanos

Los Estados son generalmente inconsistentes, poco confiables o impredecibles cuando se trata de cumplir con su función como guardianes de los derechos humanos. A pesar de que se debe hacer todo lo posible para asegurar que los Estados no abduquen a su deber de respetarlos, protegerlos y garantizarlos, el papel de las organizaciones de la sociedad civil (OSC) y de los defensores de derechos humanos (DDH) en la protección de los derechos frente a transgresiones de las empresas también debería institucionalizarse. Asimismo, tanto las colaboraciones a nivel vertical (entre agencias estatales y OSC o DDH) como horizontal (entre OSC y DDH que operan de forma transfronteriza) deben ser alentadas. De igual importancia será defender a los DDH, que son perseguidos con mayor frecuencia e incluso asesinados por señalar preocupaciones en materia de derechos humanos.¹⁴

A pesar de que los Estados tienen la obligación primaria de defender a los DDH, las empresas no deberían cerrar los ojos –ni beneficiarse– ante la persecución de DDH y OSC por las agencias del Estado o por sus socios comerciales.¹⁵ Además de evitar tomar acciones que podrían limitar o perjudicar el

14 Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos*, A/HRC/31/55 (1 de febrero de 2016), §§26-28. El informe presenta la idea de fomentar una cultura de ‘seguridad holística’ para DDH. *Ibid.*, §§44-48.

15 El Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos nota en su informe que “las agresiones y amenazas son cometidas no solo por los Estados, sino también por agentes no estatales”. Asamblea General, *Situación de los defensores de los derechos humanos*, A/70/217 (30 de julio de 2015), §38.

trabajo de estos actores,¹⁶ las empresas deberían usar proactivamente su influencia sobre las agencias estatales y sobre sus socios comerciales –algo con lo que cuentan y que frecuentemente utilizan para proteger sus intereses económicos– para asegurar que el espacio para el activismo de la sociedad civil no se reduzca indebidamente.¹⁷

Predicar con el ejemplo en torno al acceso a mecanismos de reparación

El reconocimiento de los derechos humanos (o incluso de obligaciones) es solo el primer paso para su realización –aunque sin duda uno muy importante. A menos que los titulares de derechos tengan acceso efectivo a mecanismos de reparación contra transgresores de derechos humanos, los derechos no son más que una promesa vacía. Esto es también cierto en el campo de las empresas y los derechos humanos, donde tanto estas como los Estados continúan mostrando una débil voluntad política para abordar los impactos negativos en los derechos humanos.

A pesar de que el acceso a mecanismos efectivos de reparación es un componente importante de los PREDH, ha recibido menor atención tanto de Estados como de empresas. Por ejemplo, a pesar de que las barreras a las que se enfrentan las comunidades afectadas cuando buscan obtener reparación de las empresas han sido bien documentadas, ninguno de los diez PAN existentes presenta medidas significativas concretas que los Estados proponen tomar para superarlas. De manera similar, las empresas –aunque con algunas excepciones– parecen ser reticentes a reconocer que sus responsabilidades corresponden a derechos humanos jurídicamente aplicables cuyos titulares son personas, y que deben *hacerse responsables* por sus errores en los casos correspondientes.¹⁸

‘Predicar con el ejemplo’ tiene un significado particularmente especial en el contexto de superar las barreras que impiden a las víctimas de abusos empresariales de derechos humanos acceder a los mecanismos de reparación. Por ejemplo, los Estados deberían cambiar las normas jurídicas que les permiten a las empresas obtener ganancias a través de entidades separadas –como subsidiarias o proveedores–, y a la vez evadir su propia responsabilidad por el comportamiento ilícito de estas. También deberían crear las estructuras apropiadas –a nivel nacional, regional e internacional– para garantizar que las comunidades afectadas adversamente no solo estén conscientes de sus derechos,

16 *Ibid.*, §98; Pilar 2 de los PREDH.

17 El Grupo Adidas, por ejemplo, adoptó una política específica sobre esta cuestión. La política indica: “También solicitaremos a los gobiernos, de forma independiente o en conjunto con otros actores, cuando sintamos que los derechos y libertades de los defensores de derechos humanos con quienes trabajemos han sido lesionados por las actividades del Estado, o de sus agentes. ... También tomaremos acciones directas cuando haya evidencia clara de que un socio comercial ha incumplido con los derechos de los DDH.” Adidas Group, *The Adidas Group and Human Rights Defenders*, http://www.adidas-group.com/media/filer_public/f0/c5/f0c582a9-506d-4b12-85cf-bd4584f68574/adidas_group_and_human_rights_defenders_2016.pdf (visitado el 31 de agosto de 2016).

18 Por ejemplo, aún en los casos en que las empresas han estado de acuerdo en indemnizar a las comunidades afectadas, no ha existido una admisión de faltas o de responsabilidad jurídica. Deva, Surya, ‘Bhopal: The Saga Continues 31 Years On’ in Baumann-Pauly, Dorothee y Nolan, Justine (eds.), *Business and Human Rights: From Principles to Practice*, Londres, Routledge, 2016, p. 22.

sino que también puedan optar por medidas cautelares o indemnizaciones adecuadas de una manera rápida y sin costos significativos. Por otra parte, las empresas deberían crear mecanismos de queja a nivel operativo, de conformidad con el Principio 31 de los PREDH, y dejar de explotar las lagunas existentes en leyes y gobernanza para negar o refutar su responsabilidad por violaciones auténticas de derechos humanos. Aún más, la falta de mecanismos judiciales adecuados no debería ser utilizada como un instrumento para forzar acuerdos extrajudiciales en casos legítimos, de manera secreta o injusta.



INTRODUCCIÓN

Los desafíos de la globalización: reflexiones sobre la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos

Humberto Cantú Rivera*

SUMARIO: I. Introducción. II. ¿De estándares voluntarios a normas imperativas? Sobre la evolución y el status quo de la cuestión de la responsabilidad empresarial bajo el derecho internacional de los derechos humanos. III. El impacto de los Principios Rectores en el sistema universal de protección de los derechos humanos. IV. La implementación de la responsabilidad empresarial de respetar: breves comentarios sobre su medición y divulgación. V. ¿Un papel para el derecho internacional? Sobre el carácter y los efectos jurídicos de los Principios Rectores. VI. Los retos para América Latina. A. Las industrias extractivas. B. Las cadenas de suministro. C. La privatización de los servicios públicos. VII. Los desafíos para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. VIII. El final del comienzo: presentación de la obra colectiva.

I. Introducción

La comunidad internacional actual, en la segunda década del siglo XXI, se encuentra inmersa en una globalización¹ en donde la interdependencia² de los distintos países del mundo, así como de los diferentes actores no estatales que intervienen en él, es una realidad inescapable. Esa interdependencia ha generado flujos de capital, mano de obra y conocimiento técnico especializado entre los diferentes países, facilitando la inversión extranjera y el acceso a bienes, servicios y materias a los diferentes

* Profesor titular en el Departamento de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Monterrey. Miembro del Centro de Investigación sobre Derechos Humanos y Derecho Humanitario (CRDH) de la Universidad Panthéon-Assas Paris II. Asesor Experto de la Delegación de México ante el Grupo de Trabajo intergubernamental para la elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, y miembro del Grupo de Trabajo nacional para la elaboración de un Plan de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos en México. Miembro del Grupo de Estudio sobre empresas y derechos humanos de la *International Law Association*.

1 Bhagwati define a la globalización económica como la integración de las economías nacionales en la economía internacional, a través del comercio, la inversión extranjera directa, flujos de capital a corto plazo, flujos internacionales de trabajadores y de tecnología. Véase Bhagwati, Jagdish, *In Defense of Globalization*, Nueva York, Oxford University Press, 2004, p. 3.

2 *Ibid.*, p. 227: “It is useful to remember that interdependence is a normatively attractive, soothing word, but when nations are unequal, it also leads to dependence and hence to possibilities of perverse policy interventions and aggressively imposed coordination of policies with outcomes that harm the social good and the welfare of the dependent nations while advancing the interests of the powerful nations.”

países del mundo, y a los actores en ellos presentes. De cierta forma, la globalización ha permitido un acercamiento entre civilizaciones y sociedades, en un intercambio internacional que trasciende las fronteras nacionales o incluso regionales, y que ha fomentado una integración hacia un modelo de libre mercado a gran escala, con distintas consecuencias sociales, económicas y éticas.³ Desde luego, como siempre se ha reconocido, esto ha permitido la creación de trabajos y la mejora en las condiciones de vida en los países en vías de desarrollo, facilitando (en principio) el progreso socioeconómico como resultado de la inversión.

Sin embargo, esa interacción global a nivel económico no se ha visto acompañada de una integración holística (en particular con los componentes jurídicos necesarios), que permita “domar” los aspectos negativos ocasionados por este fenómeno.⁴ En el ámbito jurídico, la interacción de diversos regímenes del derecho internacional ha permitido que las empresas se consoliden como sujetos con importantes derechos y prerrogativas, pero sin obligaciones mínimas de respeto a los derechos humanos o al medio ambiente de las comunidades y sitios donde operan. La diferencia entre los estándares regulatorios en sus países de origen y en los países donde invierten, la falta de verdaderos estándares globales aplicables a las empresas, y en muchas ocasiones el conflicto entre la necesidad de atraer inversión extranjera y las posibles limitaciones de los gobiernos para asegurar que dicha inversión sea responsable en términos sociales, ambientales y de derechos humanos, han generado un importante desfase que ha repercutido de forma significativa en la protección y respeto de los derechos individuales y colectivos. Ante dicha realidad, y en aras de lograr un verdadero desarrollo sostenible, es necesario que las empresas (independientemente del carácter local, nacional o transnacional de sus operaciones) y sus actividades sean reguladas o administradas desde una perspectiva que ponga al ser humano y sus derechos como el objetivo central.⁵

La comunidad internacional, representada equitativamente a nivel geográfico en el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, dio un primer paso en esa dirección en el 2011, al adoptar los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos,⁶ convirtiéndolos en la primera plataforma global sobre la responsabilidad empresarial en el ámbito de los derechos humanos. Este esfuerzo fue un importante paso al frente en esta cuestión –debatida desde la década de 1970 en la arena internacional–, que ha permitido avanzar hacia la construcción de un régimen global de responsabilidad empresarial. El impacto de esta iniciativa es innegable, permitiendo a esta temática

3 *Ibid.*, pp. 51-134.

4 El término utilizado en inglés es *governance gap*, o “laguna de gobernanza”. Sobre esta cuestión, véase Ruggie, John G., *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, Nueva York, W.W. Norton, 2013, pp. xxiii-xxiv; Simons, Penelope y Macklin, Audrey, *The Governance Gap: Extractive industries, human rights, and the home state advantage*, Londres, Routledge, 2014, pp. 9-16; Bhagwati, Jagdish, *op. cit.*, pp. 221-262.

5 Sobre esta cuestión, véase igualmente: Asamblea General, *La globalización y sus consecuencias para el pleno disfrute de todos los derechos humanos: Informe del Secretario General*, A/71/271 (2 de agosto de 2016), §§42-47.

6 Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *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 (21 de marzo de 2011).

convertirse en un punto de discusión común en la sociedad internacional. Su rol y los efectos que han generado comienzan a ser medidos a cinco años de distancia, y se puede apreciar que el tramo que se ha avanzado es considerable: desde iniciativas regionales y nacionales, hasta esfuerzos estatales y empresariales para establecer mecanismos (voluntarios aún en su mayoría) de regulación y control de las actividades de las empresas.

Este capítulo introductorio pretende hacer un análisis de los avances y retos que existen en esta temática, revisando los pros y los contras de una iniciativa global que tanto análisis y discusión ha generado (particularmente en lengua inglesa). La segunda sección de este capítulo revisa el camino recorrido por esta iniciativa de regulación de las empresas transnacionales, que ha pasado por la Comisión sobre las empresas transnacionales, la Subcomisión para la promoción y protección de los derechos humanos, y el Consejo de Derechos Humanos de la ONU (tanto a través de los Principios Rectores y el Grupo de Trabajo encargado de su implementación, como de la iniciativa para desarrollar un instrumento internacional vinculante en la materia). La tercera sección, por su parte, revisa la influencia que este instrumento internacional no vinculante ha tenido en el sistema universal de protección de los derechos humanos, antes de hacer un estudio breve en la cuarta sección sobre los retos en la implementación de la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos, particularmente en torno a su medición y divulgación. Tras analizar la manera en que esta temática se ha exteriorizado del dominio diplomático y jurídico, para entrar en otros ámbitos de la actividad humana para permitir su medición, la sexta sección se cuestiona si el rol del derecho internacional continúa siendo relevante. La respuesta es afirmativa, aunque se concentra –por razones de espacio, particularmente– en el rol que esta rama jurídica puede jugar en determinar la calificación del instrumento como una norma de derecho internacional general.

Las dos últimas secciones se concentran en los retos: por una parte, se estudian algunos desafíos para América Latina en la cuestión de las empresas y los derechos humanos, enfatizando tres sectores principales que son de marcada importancia, visto el contexto regional: las industrias extractivas, las cadenas de suministro, y la privatización de los servicios públicos. A dicho análisis, en donde se remarca la necesidad de la presencia activa del Estado para cumplir su rol de garante de los derechos humanos, se añade una aproximación –breve, en vista de otras contribuciones a esta obra colectiva– sobre las áreas de oportunidad para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y en particular para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que puede continuar su tendencia innovadora a través de un empuje a los Principios Rectores por la vía jurisprudencial.

El contexto latinoamericano actual es propicio para hacer un análisis a profundidad de los retos y perspectivas que sus integrantes tienen para “domar” los efectos negativos de la globalización neoliberal. Este capítulo, el primero de veinte, busca introducir al lector a las tensiones que esta temática genera, y que se ven replicadas en distintos ámbitos y entre diferentes actores.

II. ¿De estándares voluntarios a normas imperativas? Sobre la evolución y el status quo de la cuestión de la responsabilidad empresarial bajo el derecho internacional de los derechos humanos

La cuestión de la responsabilidad empresarial en el ámbito del derecho internacional no es una cuestión que haya aparecido recientemente en el escenario global; por el contrario, es un tema que durante cuarenta años se ha desarrollado en múltiples frentes y con distintos propósitos, desde el establecimiento de un nuevo orden económico internacional hasta la consagración de estándares laborales y de responsabilidad social empresarial. Algunos esfuerzos han tenido una perspectiva sectorial, enfocándose por ejemplo en las prácticas comerciales restrictivas,⁷ en la transferencia de tecnología⁸ o en otros aspectos concretos. Sin embargo, la doctrina a nivel mundial se ha concentrado particularmente en el análisis de las iniciativas a mayor escala. Este no es el espacio apropiado para entrar en detalles específicos sobre el desarrollo de esta temática: bastará, pues, mencionar que desde 1977 se buscó desarrollar un código de conducta para las empresas transnacionales⁹ que regulara los diferentes aspectos y efectos de su actividad, dentro de cuyos estándares se encontraba una referencia sobre la obligación de las empresas transnacionales de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales de los países en que operen.¹⁰ Como el registro de las sesiones del grupo de trabajo a cargo de esa tarea lo demuestran, la inclusión de dicha cláusula en el proyecto de código de conducta no generó controversia alguna: se reconocía, pues, el derecho de las poblaciones de los lugares donde tuvieran actividades las empresas de estar libres de toda violación a sus derechos humanos que resultare de la actividad empresarial. Sin embargo, la polarización ideológica dificultó la adopción de dicho proyecto de código de conducta durante los años ochenta, y el firme establecimiento del neoliberalismo económico y de la globalización (con la respectiva competencia por atraer inversión extranjera directa, particularmente entre los países en vías de desarrollo) a finales de los años ochenta y principios de los noventa llevó al abandono de tal iniciativa.¹¹

Una segunda iniciativa, ahora focalizada al ámbito de los derechos humanos, apareció en el seno de la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1998, con el firme objetivo de desarrollar estándares normativos sobre las actividades de

7 Asamblea General, *Prácticas comerciales restrictivas*, A/RES/35/63 (5 de diciembre de 1980).

8 Asamblea General, *Código internacional de conducta para la transferencia de tecnología*, A/RES/40/184 (17 de diciembre de 1985); Asamblea General, *Código internacional de conducta para la transferencia de tecnología*, A/RES/45/204 (21 de diciembre de 1990).

9 Comisión de Empresas Transnacionales, *Informe del Grupo de Trabajo intergubernamental sobre un Código de Conducta*, E/C.10/31 (4 de mayo de 1977).

10 *Ibid.*, §16.III.A.4.

11 A pesar de los esfuerzos de algunas delegaciones por resolver los puntos de tensión en el proyecto de Código de Conducta, la posición respecto a la globalización y al neoliberalismo en que la gran mayoría de los países se apoyaba llevó a que el Secretario General determinara prudente abandonar tal iniciativa. Asamblea General, *Nota del Secretario General*, A/47/446 (15 de septiembre de 1992), Anexo.

las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en el ámbito de los derechos humanos.¹² El proyecto de la Subcomisión arrojó, tras cinco años de consultas y discusiones sobre el tema, las *Normas sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*,¹³ que fueron adoptadas por la Subcomisión en 2003. Las Normas se caracterizaban por diferentes aspectos, de suma relevancia e innovación en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos: para empezar, establecían un listado de los principales derechos que las empresas podían afectar a través de sus actividades, y señalaban la conducta que las empresas deberían observar en relación a esos derechos. Estaban fundamentadas en (aproximadamente) cincuenta y seis instrumentos internacionales diferentes, entre los cuales se incluían tratados y convenciones internacionales en materia de derechos humanos, instrumentos de *soft law*, instrumentos referentes a derechos laborales, medio ambiente, lucha contra la corrupción y protección para el consumidor, entre otros. Identificaban una necesidad para las víctimas de obtener (y una obligación para las empresas de garantizar) la reparación del daño cuando sus derechos resultaran lesionados como resultado de las actividades empresariales, así como distintos procedimientos que las empresas debían adoptar para identificar y prevenir posibles impactos en los derechos humanos.¹⁴ Finalmente, siendo uno de sus elementos más controversiales (y posiblemente el más polémico), las Normas establecían que las empresas transnacionales tendrían las obligaciones de proteger, respetar y garantizar los derechos humanos, de forma similar a las obligaciones de los Estados.¹⁵

Como se puede observar, se pasó de un consenso sobre una responsabilidad mínima (de respetar los derechos humanos), a una potencial maximización de las responsabilidades correspondientes a las empresas, lo cual sin duda conllevaba un riesgo implícito de rechazo ante la realidad del desarrollo del derecho internacional, donde la lenta construcción y consolidación de estándares previo a su aceptación como normas es la regla general. Desde luego, numerosos Estados y casi la totalidad del sector empresarial internacional se opusieron a dicho proyecto. Tras la adopción de las Normas, la (entonces) Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas solicitó a la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en 2004 la elaboración de un informe sobre las distintas iniciativas existentes a nivel internacional en la materia,¹⁶ y decretó que las Normas no tenían ningún valor jurídico, y que la Subcomisión no debería ejercer ninguna función de monitoreo o supervisión en torno a ellas.¹⁷ Tras

12 Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *Relación entre el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales y el derecho al desarrollo, y los métodos de trabajo y las actividades de las empresas transnacionales*, E/CN.4/Sub.2/Res/1998/8 (20 de agosto de 1998), §4.

13 Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, *Normas sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (26 de agosto de 2003).

14 *Ibid.*, §§15-16.

15 *Ibid.*, §1.

16 Comisión de Derechos Humanos, *Responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*, E/CN.4/Dec/2004/116 (20 de abril de 2004), §(b).

17 *Ibid.*, §(c).

la presentación del informe¹⁸ de la Alta Comisionada en el 2005, donde se identificaba la inexistencia de un consenso a nivel internacional sobre la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos, así como un sinnúmero de dudas respecto al alcance de las responsabilidades de las empresas y la manera de desarrollarlas en la práctica, la Comisión de Derechos Humanos solicitó al Secretario General el nombramiento de un Representante Especial para dilucidar la confusión existente.¹⁹ Como es sabido, dicho mandato recayó en John Ruggie, Profesor de la Universidad de Harvard, quien también fue un elemento clave en la construcción del Pacto Mundial y en el desarrollo de los Objetivos de Desarrollo del Milenio.

Su mandato, ampliamente documentado, fue dedicado a la identificación y delimitación de estándares aceptables de acción que recayeran en los principales sujetos participantes en esta cuestión: por un lado, subrayó la responsabilidad jurídica (o el deber) de los Estados de proteger los derechos humanos; por otra parte, concluyó que en las empresas recae en todo momento una responsabilidad de respetar los derechos humanos, proveniente de las expectativas sociales respecto a su actividad, que se desdobra a través de la adopción de acciones positivas que incluyen el establecimiento de medidas de debida diligencia, de evaluación de impacto, y de mecanismos de reclamación; finalmente, reconoció que las víctimas de impactos a los derechos humanos como resultado de la actividad empresarial deben tener acceso a mecanismos de reclamación y reparación, tanto de naturaleza estatal como no estatal, y que los Estados y las empresas deben tomar medidas adecuadas para proveer dichos mecanismos de forma accesible y eficaz.²⁰

Su propuesta de reducir el alcance de la responsabilidad de las empresas a un ámbito comúnmente aceptado, como es el enfoque en el respeto de los derechos humanos, fue sin duda un artifice para lograr la amplia aceptación que recibieron tanto su marco conceptual para proteger, respetar y remediar,²¹ como sus Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos.²² A pesar de que tal vez no haya sido un objetivo, el énfasis en partir de un mínimo común denominador para luego desarrollar progresivamente una plataforma de amplio alcance, debe ser señalado como un mérito que permitió a

18 Comisión de Derechos Humanos, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*, E/CN.4/2005/91 (15 de febrero de 2005).

19 Comisión de Derechos Humanos, *Derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas comerciales*, E/CN.4/Res/2005/69 (20 de abril de 2005).

20 Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *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 (21 de marzo de 2011).

21 Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*, A/HRC/8/5 (7 de abril de 2008).

22 Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *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 (21 de marzo de 2011).

las partes involucradas avanzar en esta agenda. En efecto, la acogida y respaldo²³ por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU de los Principios Rectores en 2011, así como el establecimiento de un mandato para dar seguimiento y difusión a la implementación de dichos postulados —a través de un Grupo de Trabajo—, es una señal casi unánime sobre la convergencia de las opiniones de los Estados en torno a la necesidad de construir progresivamente una responsabilidad empresarial bajo el derecho internacional de los derechos humanos.

El Grupo de Trabajo sobre los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, a cinco años de su establecimiento, ha logrado incluir en su agenda para la promoción y difusión de los Principios Rectores diversos elementos de naturaleza particularmente práctica o funcional, sin hacer de forma específica análisis sustantivos sobre la temática de su mandato.²⁴ Sus distintos informes se han concentrado, por ejemplo, en analizar los elementos que deben contener los Planes de Acción Nacional para la implementación de los Principios Rectores,²⁵ en el rol específico de las empresas públicas,²⁶ en la necesidad y forma de medir su implementación por las empresas,²⁷ en las empresas que trabajan en el sector agroindustrial y los aspectos relevantes para mejorar la supervisión en las cadenas de suministro respecto a sus impactos en los derechos humanos,²⁸ y en forma generalizada en identificar los obstáculos y problemáticas para la implementación de los principios.²⁹ A pesar de que ha cumplido cabalmente con su mandato, algunas cuestiones sustantivas o adjetivas relevantes en esta temática, como la jerarquía de los derechos humanos en el orden jurídico internacional o la cuestión de la extraterritorialidad, han sido hasta la fecha de escritura de este capítulo excluidos de su análisis. Otros aspectos importantes, como el acceso a mecanismos de reclamación y reparación de naturaleza tanto judicial como no judicial, han sido (o están siendo) explorados tanto por el Grupo de Trabajo como

23 Consejo de Derechos Humanos, *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/RES/17/4 (16 de junio de 2011), §1.

24 Igualmente, el Grupo de trabajo decidió incluir como eje transversal la cuestión de los pueblos indígenas, a quienes ha identificado como un grupo en especial situación de vulnerabilidad frente a la actividad empresarial. Debido a lo anterior, su segundo informe a la Asamblea General fue dedicado precisamente a dicho grupo vulnerable.

25 Asamblea General, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/69/263 (5 de agosto de 2014).

26 Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/32/45 (4 de mayo de 2016).

27 Asamblea General, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/70/216 (30 de julio de 2015).

28 Asamblea General, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/71/291 (4 de agosto de 2016).

29 Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/23/32 (14 de marzo de 2013); Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/29/28 (28 de abril de 2015); Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/26/25 (5 de mayo de 2014).

por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos,³⁰ con el objetivo de identificar retos comunes y buenas prácticas que permitan un mejor entendimiento de las necesidades en esta área. En forma general, a pesar de la rotación al interior del propio Grupo de trabajo,³¹ es posible considerar que sus informes, actividades y métodos de trabajo han logrado una aceptable promoción y difusión de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos.

A pesar de estos desarrollos y de la consolidación internacional alrededor de los Principios Rectores –como se analizará en la siguiente sección–, existe aún una importante suspicacia de una gran cantidad de Estados, en particular de aquellos en vías de desarrollo.³² Esta sospecha está fundada no sólo en el dilema que representa la disyuntiva entre atraer inversión extranjera directa (necesaria para la economía y el desarrollo y progreso social y tecnológico de un país) y establecer estándares vinculantes de respeto a los derechos humanos y el medio ambiente a nivel doméstico (y las posibles consecuencias jurídicas y económicas como resultado de los tratados bilaterales para la protección de las inversiones), sino también en el enfoque participativo y de cooperación que subyace al discurso de los Principios Rectores y que se contrapone en cierta medida a la lógica de la soberanía del Estado. A final de cuentas, ¿por qué habría un Estado de buscar formar alianzas con las empresas y de establecer ámbitos de cooperación con entes que política y jurídicamente no son sus pares,³³ si en su territorio es aquel quien tiene la potestad y capacidad de regular el comportamiento de las personas en su jurisdicción, ya sean naturales o morales?

Esta disyuntiva está incluso presente en la idea de los Planes Nacionales de Acción sobre empresas y derechos humanos, que se han presentado como *la* herramienta clave a desarrollar para que los Estados implementen los Principios Rectores y detecten lagunas en su ámbito legislativo, regulatorio o de políticas públicas y puedan actuar en consecuencia. Sin embargo, a pesar del llamado a la acción, los diez países que los han desarrollado a la fecha de escritura de este capítulo no han hecho propuestas concretas de modificaciones legislativas o reglamentarias que refuercen las lagunas o áreas de oportunidad encontradas. Podría ser que ello se deba al enfoque particularmente centrado en políticas públicas –que incluso, aparentemente tiene connotaciones distintas no sólo en razón del idioma, sino también de las diferencias entre los distintos sistemas político-jurídicos–, en donde se

30 Consejo de Derechos Humanos, *Mejorar la rendición de cuentas y el acceso a las reparaciones para las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales: Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, A/HRC/32/19 (10 de mayo de 2016); Consejo de Derechos Humanos, *Mejorar la rendición de cuentas y el acceso a las reparaciones para las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales: notas explicativas sobre las orientaciones*, A/HRC/32/19/Add.1 (12 de mayo de 2016).

31 Debe señalarse que tres de los cinco miembros originales renunciaron al cargo durante el primer y segundo término del mandato, con dos de ellos señalando ineficacias en el enfoque de trabajo adoptado por el Grupo.

32 Lo anterior se confirma por el pequeño número de países que se encuentran trabajando en la elaboración de un Plan de Acción Nacional, que según informa el Grupo de Trabajo sobre las empresas y los derechos humanos, es de 37 en total, lo que representa menos de una quinta parte de los Estados del mundo.

33 Cf. Arato, Julian, ‘Corporations as Lawmakers’, *Harvard International Law Journal*, Vol. 56(2), 2015, pp. 229-295, quien señala que las empresas han adquirido el poder de formular sus propios derechos internacionales, en común acuerdo con los Estados, además de los derechos sustantivos y procesales de los que ya gozan.

ha dado prioridad a ese planteamiento sin enfatizar la necesaria complementariedad que representa la modificación del andamiaje jurídico. En ese sentido, si bien las reformas legislativas o reglamentarias no resuelven los problemas existentes –ya que su implementación en la práctica también dependen de las políticas públicas para su ejecución–, a nuestro juicio la clave de la *acción* en los planes nacionales yace justamente en la adaptación de leyes y reglamentos a nivel interno.³⁴

Volviendo a la cuestión de la disyuntiva de los países en vías de desarrollo, el carácter “suave” de los Principios Rectores³⁵ y lo que algunos autores llaman su insuficiencia en “casos duros”,³⁶ han llevado a que se plantee la necesidad de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante en la materia. Para tal efecto, se constituyó un Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta cuya misión es justamente la elaboración de un tratado o convención internacional sobre la responsabilidad de las empresas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y cuyas primeras dos sesiones se dedicaron al análisis del contenido, alcance, naturaleza y forma.³⁷ Será hasta la tercera sesión en 2017 que se empiece verdaderamente a analizar y discutir el proyecto de tratado como tal por las delegaciones gubernamentales, lo cual sin duda tendrá un enfoque particularmente distinto a los Principios Rectores, al no involucrar directamente a quienes serían los sujetos obligados por este proyecto: las empresas.

Aunque no ahondaremos en esta temática en atención al excelente análisis realizado en otra parte en esta obra, hay dos aspectos de suma importancia que deben tomarse en consideración, en particular al acercarnos al comienzo de la discusión del tratado: el primero de ellos tiene que ver con la definición del sujeto a regular, mientras que el segundo se orienta hacia el objeto de regulación. En relación a la definición del sujeto a regular, la primera sesión del Grupo de Trabajo intergubernamental se vio

34 Lo mismo ha sido reconocido tanto por Órganos de Tratado como por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos; en particular en el primero de los casos, algunos Comités han subrayado la necesidad de establecer el marco jurídico y reglamentario apropiado para que el Estado cumpla con su deber de protección de los derechos humanos. Esta cuestión se aborda en la próxima sección. Para un análisis sobre esta temática, véase Cantú Rivera, Humberto, ‘Planes de acción nacional sobre empresas y derechos humanos: sobre la instrumentalización del derecho internacional en el ámbito interno’, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XVII, 2017.

35 A pesar de que el Grupo de Trabajo los considera como estándares “no voluntarios”, en particular para las empresas, en realidad sólo constituyen una serie de recomendaciones de política pública emitidas a título individual bajo el derecho internacional.

36 Deva, Surya, ‘The Human Rights Obligations of Business: Reimagining the Treaty Business’, p. 3, disponible en https://business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/reimagine_int_law_for_bhr.pdf (visitado el 1 de septiembre de 2016).

37 La primera de ellas se llevó a cabo del 6 al 10 de julio de 2015, y la segunda del 24 al 28 de octubre de 2016. Consejo de Derechos Humanos, *Informe del primer período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, con el mandato de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante*, A/HRC/31/50 (5 de febrero de 2016). Para un análisis de la primera sesión, véase Cantú Rivera, Humberto, ‘¿Hacia un tratado internacional sobre la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos? Reflexiones sobre la primera sesión del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta’, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XVI, 2016; López, Carlos y Shea, Ben, ‘Negotiating a Treaty on Business and Human Rights: A Review of the First Intergovernmental Session’, *Business and Human Rights Journal*, Vol. 1(1), 2016, pp. 111-116; así como el capítulo de Carlos López en esta obra.

inmersa en una controversia debido a un polémico pie de página que se incluyó en la resolución que creó el mandato,³⁸ en donde se señala que:

El término “otras empresas” se refiere a todas las empresas cuyas actividades operacionales tienen carácter transnacional y no se aplica a las empresas locales registradas con arreglo a la legislación nacional pertinente.

La controversia se debió a la propuesta de la Unión Europea de modificar el programa de trabajo de la primera sesión para que se hiciera referencia a “todas las otras empresas” además de las transnacionales, a lo que varias delegaciones respondieron con una negativa rotunda, mientras que otras –en particular algunas de América Latina, como México– sostuvieron que no sería inapropiado considerar en el espectro amplio del proyecto a todas las empresas. En realidad, el hecho de limitar el alcance del proyecto sólo a aquellas consideradas como “transnacionales” partiría, en un primer plano, de una base discriminatoria, además de errónea, puesto que el término de empresa “transnacional” es un concepto económico que no se adapta fácilmente al ámbito jurídico. Afirmamos esto debido a que toda empresa tiene una nacionalidad y un lugar donde se encuentra constituida conforme a las leyes nacionales pertinentes, independientemente de la manera o espacio en que desarrolle sus operaciones. Así, una empresa “transnacional” consta en realidad de numerosas entidades jurídicamente independientes una de la otra, que trabajan sin embargo hacia un objetivo o fin común, a través de complejas relaciones contractuales o de propiedad, y en donde una de esas unidades (la empresa matriz) usualmente incide en las decisiones de las otras. Por lo tanto, el empezar un proyecto de tratado buscando regular a un sujeto que jurídicamente no existe llevaría a discusiones terminológicas e ideológicas que no abonan a la debida y adecuada protección de los derechos humanos.

Esta situación nos acerca al segundo punto, en relación al objeto de regulación, y nos lleva a interrogarnos sobre lo que sería más adecuado para lograr tal protección. ¿No sería más prudente orientar la actividad y objetivo del Grupo de Trabajo intergubernamental a la regulación de los actos que pueden generar impactos negativos sobre los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales, independientemente del carácter nacional o transnacional de las operaciones? Es nuestra opinión, justamente, que un enfoque centrado en la regulación de las *actividades* (transnacionales o locales) de una empresa sería más apropiado, en virtud de no estar creando nuevos derechos a través del proyecto de tratado, sino de buscar colmar lagunas existentes para la protección de las víctimas reales o potenciales con base en otros tratados internacionales de derechos humanos. En ese sentido, a pesar

³⁸ Consejo de Derechos Humanos, *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*, A/HRC/RES/26/9 (26 de junio de 2014).

de que la complejidad de las empresas con operaciones transnacionales y sus cadenas de suministro llama a un renovado enfoque en torno a la necesidad de responsabilizar su actividad, el objetivo de este proyecto debe centrarse en los hechos que causan un abuso en las prerrogativas de todas las personas y grupos.³⁹

Antes de terminar esta sección, cabe recordar cómo a lo largo de cuarenta años y a pesar de los distintos intentos que se han hecho para responsabilizar a las empresas con operaciones transnacionales, no se ha logrado concretar un proyecto de regulación internacional en el ámbito de los derechos humanos. Ello no significa, sin embargo, que no han existido importantes avances, partiendo de la identificación de los abusos a derechos humanos como resultado de la actividad de las empresas en la década de los setenta y ochenta, hasta llegar a la identificación de metodologías que pueden ser usadas tanto por los Estados como por las empresas para asegurar el respeto de los derechos humanos en los procesos y operaciones de estas últimas. En ese sentido, el *status quo* ha evolucionado, para llegar a un punto en el que, de haber más práctica estatal que confirme la opinión jurídica de los Estados y otros actores, permitirá al nuevo intento de codificación internacional avanzar hacia buen puerto. Una parte importante de este significativo avance se debe, justamente, a los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, cuyo impacto pasamos a analizar a continuación.

III.El impacto de los Principios Rectores en el sistema universal de protección de los derechos humanos

El consenso sobre el respaldo unánime de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos en el Consejo de Derechos Humanos en 2011, así como la renovación del mandato del Grupo de Trabajo en 2014 son una muestra de la trascendencia e importancia que este tema tiene en el escenario internacional, y del reconocimiento de la necesidad de que cada uno de los actores involucrados cumplan con sus respectivas responsabilidades. Como ya mencionamos brevemente, los Principios Rectores por sí solos no son más que un informe de un experto independiente, como lo son muchos otros que se producen cada año y que se presentan cada sesión del Consejo de Derechos Humanos. Pero si por algo se ha distinguido este informe es por el seguimiento que ha habido en torno a su implementación, no sólo por los Estados miembros de las Naciones Unidas, sino también por múltiples otros actores, incluyendo

³⁹ Es justamente en ese sentido que se han establecido diversos tratados internacionales de derechos humanos, como es el caso de la tortura o la desaparición forzada: al ser instrumentos que buscan regular cierto tipo de conductas, se enfocan en lo que los Estados deben hacer para prevenir tales conductas, como responsables primarios bajo el derecho internacional.

organizaciones internacionales⁴⁰ y regionales,⁴¹ empresas de todo tipo,⁴² tamaño y nacionalidad, y de organizaciones no gubernamentales⁴³ –que a pesar de las críticas en torno a la insuficiencia de este instrumento como tal para regular y generar cambios reales en el comportamiento de las empresas y en la regulación estatal, lo han tomado como punto de partida. Desde luego, una parte importante de esa actividad se debe, precisamente, al respaldo que dieron los Estados desde el informe de 2008, y posteriormente al de 2011, para su implementación. Se distingue por ello el trabajo de John Ruggie como Representante Especial del Secretario General: sus informes supieron capturar la esencia del debate internacional en el tema, generando un movimiento prácticamente inigualable en torno a un documento que no fue negociado por los Estados.⁴⁴ Ese movimiento ha llevado al desarrollo de un *ecosistema* internacional sobre responsabilidad empresarial que gira, en gran medida, sobre la conducta responsable de las empresas en el ámbito de los derechos humanos, y que se ha logrado infiltrar en otros proyectos tanto en la Organización de las Naciones Unidas como fuera de ella. Por lo pronto, esta sección se enfocará al análisis del impacto de los Principios Rectores en ciertas agendas de las Naciones Unidas, por una parte, y en el efecto que han generado en el sistema universal de protección de los derechos humanos, particularmente en los Procedimientos Especiales y mecanismos convencionales

El impacto de los Principios Rectores en otras agendas internacionales se gestionó desde el Consejo de Derechos Humanos, que al adoptarlos solicitó al Secretario General preparar un informe sobre la manera en que el sistema de las Naciones Unidas podía contribuir a su promoción, divulgación y

40 Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/20/29 (10 de abril de 2012), §§24-28. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, la Organización Internacional del Trabajo, la Organización Internacional para la Normalización y otras organizaciones han adaptado el contenido de los Principios Rectores en varias de sus políticas, siendo el más conocido el caso de las Directrices para Empresas Multinacionales de la OCDE. Para un análisis sobre ese tema, véase Cantú Rivera, Humberto, ‘La OCDE y los derechos humanos: el caso de las Directrices para Empresas Multinacionales y los Puntos de Contacto Nacional’, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XV, 2015; Ruggie, John G. y Nelson, Tamaryn, ‘Human Rights and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Normative Innovations and Implementation Challenges’, *Corporate Social Responsibility Initiative Working Paper No. 66*, John F. Kennedy School of Government, Harvard University.

41 Por ejemplo, la Unión Europea ha liderado en la implementación, a través del diseño de guías sectoriales, de la elaboración de informes sobre retos, de la inclusión de la temática en sus políticas regionales de derechos humanos, o en el llamado a la implementación de Planes de Acción Nacional. En el continente americano, la Organización de Estados Americanos ha tenido un par de reuniones al respecto (en enero y julio de 2015), además de varias audiencias temáticas en el marco de la labor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y un llamado igualmente a la implementación de Planes de Acción Nacional en la región. La Comisión Económica para América Latina (CEPAL) sostuvo en marzo de 2016 una consulta regional sobre las políticas públicas para la implementación de los Principios Rectores, mientras que en agosto de 2016 la Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos celebró un seminario respecto a las empresas públicas y los derechos humanos. Para un análisis sobre los desarrollos regionales en esos contextos (hasta 2014), véase Cantú Rivera, Humberto, ‘Regional Approaches in the Business & Human Rights Field’, *L’Observateur des Nations Unies*, Vol. 35, 2013.

42 Lo anterior puede constatarse en la plataforma sobre acción empresarial del Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos, disponible en <https://business-humanrights.org/en/company-action-platform> (visitada el 1 de agosto de 2016).

43 Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/20/29 (10 de abril de 2012), §39.

44 La cuestión del carácter jurídico internacional de los Principios Rectores se abordará brevemente en la próxima sección.

aplicación.⁴⁵ En su informe, el Secretario General reconoció que los Principios Rectores pueden ser utilizados tanto interna como externamente por las Naciones Unidas, sus agencias y sus mandatos. Sin embargo, reconoció que la temática de las empresas y los derechos humanos aún no formaba parte de las operaciones generales de la ONU, y tampoco del sistema de derechos humanos en sí, por lo que resultaba necesario abordar tal cuestión para evitar incoherencias y fragmentación en los esfuerzos, y para potencializar el impacto a gran escala que dichos principios deben tener a través de las acciones de la organización, incluyendo en la agenda post-2015.⁴⁶

En cuanto a su implementación por las agencias y mandatos de la organización, identificó el papel que pueden desempeñar tanto los expertos de los Procedimientos Especiales como los Órganos de Tratado en la divulgación de los Principios Rectores y en su utilización como instrumento de interpretación,⁴⁷ al igual que el trabajo que pueden hacer las diferentes agencias dedicadas a las cuestiones de desarrollo, inversión y comercio, consolidación de la paz y la seguridad, acción humanitaria, empleo y otras áreas relevantes par las actividades de las Naciones Unidas.⁴⁸ Hacia fuera, el Secretario General recalcó la importancia de que se integren los Principios Rectores a las cuestiones de gestión de la inversión que realizan las Naciones Unidas, así como en materia de adquisiciones y asociaciones con el sector privado.⁴⁹ El Consejo de Derechos Humanos, acogiendo satisfactoriamente el informe del Secretario General, reafirmó en una resolución de su vigésimo primera sesión la trascendencia de utilizar e implementar los Principios Rectores a lo largo de las distintas actividades desarrolladas por la ONU,⁵⁰ y llamó a los diferentes actores, internacionales y nacionales, públicos y privados, a trabajar en favor de la aplicación efectiva de dicho instrumento en el marco de sus distintas actividades.

Dichas gestiones tuvieron impactos directos en dos de los principales proyectos a gran escala de las Naciones Unidas: en la agenda post-2015, por una parte, y en la agenda de la lucha contra el cambio climático, por la otra. En relación a la primera, el texto final de la resolución por la que se adoptaron los Objetivos de Desarrollo Sostenible hace referencia directa a los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, llamando a las empresas a aprovechar su creatividad e innovación para resolver

45 Consejo de Derechos Humanos, *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/RES/17/4 (16 de junio de 2011), §11.

46 Secretario General, *Contribución del sistema de las Naciones Unidas en conjunto a la promoción del programa relativo a las empresas y los derechos humanos y a la divulgación y aplicación de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos*, A/HRC/21/21 (2 de julio de 2012), §§28-29.

47 *Ibid.*, §§35-36.

48 *Ibid.*, §§46-59.

49 *Ibid.*, §§80-91.

50 Consejo de Derechos Humanos, *Contribución del sistema de las Naciones Unidas en conjunto a la promoción de la agenda de las empresas y los derechos humanos y a la divulgación y aplicación de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos*, A/HRC/RES/21/5 (27 de septiembre de 2012), §§2, 7-8.

los dilemas relacionados con el desarrollo sostenible, con pleno respeto a los derechos laborales y a los estándares de seguridad e higiene,⁵¹ en un intento por fraguar una alianza global que involucre tanto a los Estados como al sector privado.⁵² En torno a la segunda iniciativa, el preámbulo del Acuerdo de París señala claramente la importancia de que tanto los Estados como otros actores utilicen los recursos y mecanismos disponibles (incluyendo los jurídicos, tecnológicos y económicos) para hacer frente a los desafíos que implica el cambio climático,⁵³ mientras que en las fracciones cuatro y ocho de su artículo sexto se identifica un rol específico para el sector privado que las partes deben incentivar, en cuanto a la mitigación de gases de efecto invernadero y a la implementación de las contribuciones nacionales, en concordancia con el desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza.⁵⁴

Si bien existe una diferencia notable entre estos dos instrumentos –uno siendo un compromiso político cuya implementación depende enteramente de la voluntad y posibilidad de los Estados, sin crear obligaciones jurídicas, y el otro siendo un instrumento internacional jurídicamente vinculante cuya obligatoriedad depende de la ratificación de los Estados–, es sin duda trascendental que ambos prevean no sólo objetivos comunes, como el desarrollo o la protección y garantía de los derechos humanos, sino que hagan un llamado a la participación directa del sector privado para la consecución de sus diferentes objetivos. A final de cuentas, el combate al cambio climático y la lucha por el desarrollo sostenible necesariamente pasan por la actividad de las empresas, quienes con sus recursos económicos y tecnológicos facilitan que los Estados consigan los objetivos internacionales a los que se comprometen jurídica o políticamente. En ese sentido, en particular en el caso de la segunda agenda, destaca la identidad existente en el enfoque adoptado por el Relator Especial sobre los derechos humanos y el medio ambiente en torno al reconocimiento del rol y la responsabilidad que tiene el sector privado en la lucha contra el cambio climático.⁵⁵

Es justamente en el ámbito del Sistema Universal de Derechos Humanos donde ha sido notorio el seguimiento y utilización de los Principios Rectores por otros órganos y mandatos. Tanto el Grupo de

51 Asamblea General, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, A/RES/70/1 (25 de septiembre de 2015), §67.

52 Para una crítica sobre el proceso de desarrollo de la Agenda 2030 y la necesidad de incluir los Principios Rectores como punto de referencia en la agenda de desarrollo sostenible, véase Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/29/28 (28 de abril de 2015), §§51-68.

53 Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, *Acuerdo de París* (12 de diciembre de 2015), Preámbulo.

54 *Ibid.*, Art. 6.4.b) y 6.8.b).

55 Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*, A/HRC/31/52 (1 de febrero de 2016), §§65-66.

Trabajo sobre los derechos humanos y las empresas⁵⁶ como el Consejo de Derechos Humanos⁵⁷ y el Secretario General⁵⁸ de las Naciones Unidas han señalado en repetidas ocasiones la trascendencia de que los otros Procedimientos Especiales del Consejo y los Órganos de Tratado llamen a los Estados y a las empresas a cumplir con los estándares establecidos en los Principios Rectores. Destacan algunos ejemplos, como el de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, quien en 2015 hizo un análisis de las cadenas globales de suministro como fuentes de posible esclavitud contemporánea;⁵⁹ el del Relator Especial sobre la libertad de expresión, quien en repetidas ocasiones ha llamado a que los Estados regulen de forma efectiva a las empresas, y a estas a respetar los derechos humanos en el marco de sus operaciones, incluyendo en lo que respecta al monitoreo estatal de las comunicaciones privadas,⁶⁰ al encriptado y el anonimato,⁶¹ y al papel que desempeña el sector privado en la era digital;⁶² el del Relator Especial sobre libertad de asociación y reunión, quien al analizar ese derecho en el contexto de proyectos extractivos, señala la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, incluyendo los de la protesta pacífica y de la consulta previa, libre e informada,⁶³ siendo el primero de ellos retomado igualmente por el Relator Especial sobre desechos tóxicos en su informe sobre industrias extractivas,⁶⁴ por una parte, y enfocándose al derecho a la

-
- 56 Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/20/29 (10 de abril de 2012), §73; Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/23/32 (14 de marzo de 2013), §7; Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/26/25 (5 de mayo de 2014), §86; Asamblea General, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/67/285 (10 de agosto de 2012), §§19-20.
- 57 Consejo de Derechos Humanos, *Contribución del sistema de las Naciones Unidas en conjunto a la promoción de la agenda de las empresas y los derechos humanos y a la divulgación y aplicación de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos*, A/HRC/RES/21/5 (16 de octubre de 2012), §§4-5.
- 58 Secretario General, *Contribución del sistema de las Naciones Unidas en conjunto a la promoción del programa relativo a las empresas y los derechos humanos y a la divulgación y aplicación de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos*, A/HRC/21/21 (2 de julio de 2012), §§35-36; Secretario General, *Informe del Secretario General sobre los problemas, las estrategias y la evolución de la situación con respecto a la aplicación de la resolución 21/5 por el sistema de las Naciones Unidas, incluidos los programas, fondos y organismos*, A/HRC/26/20 (1 de abril de 2014), §§29-30.
- 59 Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias*, A/HRC/30/35 (8 de julio de 2015), §§29-32.
- 60 Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión*, A/HRC/23/40 (17 de abril de 2013), §§72-77.
- 61 Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*, A/HRC/29/32 (22 de mayo de 2015), §§27-28.
- 62 Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*, A/HRC/32/38 (11 de mayo de 2016), §§9-14.
- 63 Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación*, A/HRC/29/25 (28 de abril de 2015), §§23, 24.(b), 49-50, 72.(a), 73.(c).
- 64 Relator Especial sobre las obligaciones de derechos humanos relacionadas con la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos, *Informe del Relator Especial sobre las obligaciones de derechos*

información,⁶⁵ por la otra. El Relator Especial sobre defensores de derechos humanos también ha llamado a la implementación de los Principios Rectores en proyectos de desarrollo a gran escala,⁶⁶ y a consultar y permitir la participación de los defensores en la elaboración de Planes de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos.⁶⁷

Como se puede observar, las referencias cruzadas de los distintos mandatos sobre los Principios Rectores han generado una alerta importante entre los expertos respecto al posible impacto del sector privado en la protección y respeto de los derechos humanos. A través de los distintos llamados, se constatan igualmente los matices que los Principios Rectores adquieren al situarse en el contexto de la violación de algún derecho determinado, lo cual permite que se conviertan en un estándar complementario de protección al que los expertos independientes pueden hacer referencia.⁶⁸

En cuanto a los Órganos de Tratado, su referencia a la temática de las empresas y los derechos humanos en ocasiones se ha hecho sin aludir expresamente a los Principios Rectores, aunque subrayando varios de los aspectos y elementos que este instrumento contiene. Tres comités han liderado en el llamado a proteger los derechos humanos frente a la actividad empresarial, particularmente a través de la emisión de observaciones generales sobre aspectos específicos de los tratados cuya implementación monitorean, y de observaciones finales en relación a los informes periódicos presentados por los Estados: el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Comité sobre los Derechos del Niño. El último de ellos fue el primer órgano de tratado en emitir una observación general sobre el impacto de las empresas en la protección de los derechos humanos de los niños y niñas, al adoptar en 2013 su Observación General N° 16, en la que llaman a los Estados a la implementación de marcos legislativos y regulatorios que rijan la actividad de las empresas y que provean recursos jurídicos en caso de violación de los derechos en el contexto de actividades empresariales, independientemente de que su enfoque sea de lucro o no.⁶⁹ En la actualidad, el Comité de

humanos relacionadas con la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos, A/HRC/21/48 (2 de julio de 2012), §50.

65 Relator Especial sobre las implicaciones para los derechos humanos de la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos, *Informe del Relator Especial sobre las implicaciones para los derechos humanos de la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos*, A/HRC/30/40 (8 de julio de 2015), §§78-95.

66 Asamblea General, *Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos*, A/68/262 (5 de agosto de 2013), §§32, 44, 63-66, 72-74.

67 Asamblea General, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos*, A/70/217 (30 de julio de 2015), §§93.(1), 98.

68 Un ejemplo claro de lo anterior puede constatarse en la resolución adoptada por el Consejo en el marco de su 31ª sesión sobre la protección de los defensores de derechos humanos, en donde llama a las empresas a cumplir su responsabilidad de respetar los derechos humanos y a tomar medidas preventivas y correctivas de conformidad con los Principios Rectores. Consejo de Derechos Humanos, *Protección de los defensores de los derechos humanos, ya sean personas, grupos o instituciones, que trabajan en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales*, A/HRC/RES/31/32 (20 de abril de 2016), §§16-19.

69 Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 16 sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño*, CRC/C/GC/16 (17 de abril de 2013).

Derechos Económicos, Sociales y Culturales se encuentra igualmente inmerso en la elaboración de una Observación General sobre la actividad empresarial y los derechos económicos, sociales y culturales.⁷⁰

En lo que respecta a las observaciones finales, los tres Comités han hecho referencia a los impactos de las empresas en los derechos humanos, y al deber de protección efectiva que corresponde al Estado. Por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a pesar de celebrar la adopción del Reino Unido de un Plan de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos, recientemente lo urgió a adoptar medidas legislativas y reglamentarias para regular la actividad de las empresas, tanto de aquellas que laboran en su territorio como de las que, estando registradas en su jurisdicción, tienen operaciones en el extranjero (a través de subsidiarias o filiales), y de determinar la responsabilidad jurídica por los abusos ocurridos en el extranjero como resultado de las actividades de subsidiarias de empresas británicas.⁷¹ El Comité se expresó en el mismo sentido respecto del cuarto informe periódico de Francia, en donde instó al Estado a adoptar el proyecto de ley sobre el deber de vigilancia de las empresas matrices y las empresas que subcontratan para prevenir impactos a los derechos humanos en el extranjero.⁷² En ese sentido, podemos observar la lenta configuración de una noción de responsabilidad extraterritorial de protección de derechos humanos por parte de los Estados en relación a las actividades de las empresas domiciliadas en su territorio que tienen operaciones en el extranjero.

El Comité de Derechos Humanos ha igualmente llamado a una regulación efectiva de la actividad de las empresas en sus observaciones finales sobre Canadá y Alemania, así como al establecimiento de recursos jurídicos efectivos para las víctimas de abusos de derechos humanos como resultado de la actividad empresarial. En el primer caso, instó al Estado canadiense a establecer un marco jurídico adecuado para regular la actividad de las empresas mineras en el extranjero, y a asegurar que su marco jurídico ofrezca recursos legales a las víctimas.⁷³ En el caso de Alemania, el Comité se pronunció a favor de que el Estado establezca claramente la expectativa de que todas las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción respetarán los derechos humanos, y de que se adopten las medidas necesarias para reforzar los recursos jurídicos disponibles para las víctimas de actividades empresariales en el extranjero.⁷⁴

70 En efecto, el primer borrador de su observación general sobre las obligaciones de los Estados bajo el PIDESC en el contexto de las actividades empresariales fue divulgado el 17 de octubre de 2016 para comentarios, mismo que será discutido en febrero de 2017 durante una jornada de discusión general. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general sobre las obligaciones de los Estados bajo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales*, E/C.12/60/R.1 (17 de octubre de 2016).

71 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, E/C.12/GBR/CO/6 (24 de junio de 2016), §§11-13.

72 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Francia*, E/C.12/FRA/CO/4 (24 de junio de 2016), §§12-13.

73 Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico del Canadá*, CCPR/C/CAN/CO/6 (20 de julio de 2015), §6.

74 Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Alemania*, CCPR/C/DEU/CO/6 (31 de octubre de 2012), §16.

El Comité de los Derechos del Niño, por su parte, ha sido especialmente activo en promover la utilización de los Principios Rectores y del Marco para proteger, respetar y remediar, pues desde 2009 ha promovido que los Estados adapten su marco jurídico interno para establecer la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos, en particular los derechos de los niños y niñas. Además, el hecho de haber adoptado la Observación General N° 16 le ha permitido contar con otra base interpretativa sobre la manera en que los Principios Rectores se aplican en el ámbito de competencia del Comité. Por ejemplo, al analizar el informe periódico combinado de Suiza en 2015, el Comité señaló su preocupación por el enfoque de autorregulación adoptado por el Estado en cuanto a las operaciones en el extranjero de empresas suizas, y llamó a una regulación extraterritorial de sus operaciones.⁷⁵ En la evaluación de los informes cuarto y quinto combinados de Colombia, el Comité subrayó su preocupación por los impactos de los sectores de la minería y el turismo en los derechos de los niños, y llamó no sólo a la adaptación de su marco jurídico para asegurar la responsabilidad legal de las empresas y sus filiales, sino también al desarrollo de evaluaciones y consultas y a la divulgación de la información de interés público sobre los impactos de las actividades empresariales en el medio ambiente, la salud y los derechos humanos.⁷⁶ En el caso de Rusia, el órgano llamó al Estado a establecer un marco jurídico claro que regule las actividades de los sectores de petróleo, gas y de extracción de carbón, a fin de prevenir afectaciones a las formas tradicionales de vida de los pueblos indígenas.⁷⁷ Más recientemente, el Comité manifestó también su preocupación por que el proyecto de Plan de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos de Irlanda no contempla medidas o compromisos firmes con respecto a los derechos del niño, instándolo a reforzar su marco regulatorio en materia de responsabilidad empresarial y a establecer mecanismos de verificación sobre impactos empresariales en el medio ambiente y en la salud.⁷⁸

Como se puede observar, los comités convencionales también han incluido en sus actividades los enfoques desarrollados a través de los Principios Rectores, mismos que son matizados para encajar en el ámbito de competencia de cada uno de los órganos. A través de estas constantes referencias, los órganos convencionales contribuyen a reafirmar el impacto que dicho instrumento ha tenido en el sistema universal de los derechos humanos, a pesar de su carácter formalmente inferior al de los instrumentos que guían su actividad. De la misma manera, la interpretación de las obligaciones convencionales de los Estados a la luz de los Principios Rectores les han permitido avanzar en la configuración de nuevas nociones o tendencias jurídicas, como la ya descrita obligación extraterritorial de protección frente a los impactos en el extranjero de las empresas registradas en el territorio o jurisdicción de un país, o

75 Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo a cuarto combinados de Suiza*, CRC/C/CHE/CO/2-4 (30 de enero de 2015), § §22-23.

76 Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Colombia*, CRC/C/COL/CO/4-5 (30 de enero de 2015), §§17-18.

77 Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de la Federación de Rusia*, CRC/C/RUS/CO/4-5 (31 de enero de 2014), §§20-21.

78 Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de Irlanda*, CRC/C/IRL/CO/3-4 (29 de enero de 2016), §§23-24.

bien en la relevancia de acompañar las políticas públicas en la materia de un marco jurídico apropiado y robusto que permita determinar la responsabilidad jurídica de las empresas por sus impactos en los derechos humanos.

IV. La implementación de la responsabilidad empresarial de respetar: breves comentarios sobre su medición y divulgación

Otro espacio en donde se puede notar la influencia que han tenido los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos es en el ámbito no gubernamental, en donde la propia inercia social y comercial ha llevado a que se desarrollen instrumentos de medición y divulgación de los impactos empresariales en materia de derechos humanos. Estos instrumentos, ajenos de manera general a la injerencia de los gobiernos, se caracterizan por facilitar un ejercicio que permite la interacción con terceros interesados, quienes acompañan los procesos a través de críticas constructivas y participación en las evaluaciones y mediciones que se realizan. El enfoque, centrado particularmente en la medición, divulgación y transparencia, busca generar una inercia corporativa para mejorar el desempeño de las empresas en la implementación de los Principios Rectores (conocido en inglés como *race to the top*), que se traduzca desde luego en beneficios en el respeto a los derechos humanos.

Uno de los ámbitos en que se ha desarrollado este aspecto de la temática de los derechos humanos y la actividad empresarial es en relación a la medición a través del uso de indicadores, que buscan generar información sobre el progreso empresarial en la implementación de políticas y mecanismos de respeto a los derechos humanos en sus actividades.⁷⁹ A pesar de la novedad de dicho enfoque en este ámbito, el uso de indicadores en relación a la actividad estatal en la protección, respeto y promoción de los derechos humanos es una práctica común que incluso ha sido apoyada por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos,⁸⁰ cuyo beneficio principal reside en el potencial de estandarización, acopio y comparación de información sobre derechos humanos.⁸¹ Desde luego, su

79 Stanbrook, Isabella, 'Why is measurement an important theme for business and human rights in 2016?', *Measuring Business & Human Rights*, 12 de febrero de 2016, disponible en <http://blogs.lse.ac.uk/businesshumanrights/2016/02/12/isabella-sanbrook-why-measurement-is-an-important-theme-for-business-and-human-rights/#more-749> (visitado el 1 de agosto de 2016). Véase igualmente Pitts, Chip, 'The United Nations 'Protect, Respect, Remedy' Framework and Guiding Principles' in Baumann-Pauly, Dorothee y Nolan, Justine (eds.), *Business and Human Rights: From Principles to Practice*, Londres, Routledge, 2015, pp. 55-57, donde hace breve referencia a la implementación empresarial de los Principios Rectores y sus retos; véase igualmente Shamir, Ronen y Weiss, Dana, 'Semiotics of Indicators: The Case of Corporate Human Rights Responsibility' in Davis, Kevin et al. (eds.), *Governance by Indicators: Global Power through Quantification and Rankings*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 110-131, para un análisis sobre la medición y el uso de indicadores basado en los modelos del Pacto Mundial y de la *Global Reporting Initiative*.

80 Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Indicadores de Derechos Humanos: Guía para la medición y la aplicación*, Nueva York/Ginebra, ONU, 2012. Incluso, el Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos ha identificado algunas de las metodologías y herramientas utilizadas para medir la implementación de los Principios Rectores por los Estados: Asamblea General, *Informe del Grupo de Trabajo sobre los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/70/216 (30 de julio de 2015), §§18-25.

81 De Felice, Damiano, 'Business and Human Rights Indicators to Measure the Corporate Responsibility to Respect: Challenges and Opportunities', *Human Rights Quarterly*, Vol. 37(2), 2015, p. 514. Este estudio constituye por el momento el único análisis académico sobre el tema en existencia.

utilización en el ámbito empresarial permite tener un conocimiento relativamente preciso respecto a las políticas, procesos e impacto⁸² de sus actividades en los derechos humanos, así como identificar áreas de oportunidad que faciliten la toma de decisiones para que las empresas conozcan hacia dónde dirigir sus esfuerzos.⁸³

Un indicador sobre empresas y derechos humanos puede definirse, según de Felice, como una colección de información ordenada por rango que busca representar el desempeño pasado o futuro de una empresa en el ámbito de los derechos humanos, cuyos resultados son comunicados a través de una expresión verbal o numérica auto-contenida, como un número, un porcentaje, un verbo o a través de otras formas.⁸⁴ Potencialmente, al convertir en una representación numérica el comportamiento de un ente –en este caso, de una empresa– en materia de derechos humanos, se facilita la medición del desempeño que se logra a través del tiempo, lo que da lugar igualmente a posibles comparaciones con otros sujetos similares o con otras regiones geográficas.⁸⁵ Sin embargo, la utilización de este tipo de instrumentos conlleva distintos riesgos, como la deshumanización del sufrimiento humano –y de la responsabilidad del perpetrador de una violación de derechos humanos– al convertirlo en una estadística y descartar el enfoque narrativo de la violación, la posibilidad de ofrecer una imagen distorsionada al contar solamente con información parcial, y a ignorar posibles abusos que no pueden identificarse sencillamente a través de este tipo de ejercicios.⁸⁶ Algunos analistas incluso consideran que para muchas empresas es prematuro medir su desempeño, si apenas están adentrándose en la integración de estándares de derechos humanos a sus operaciones.⁸⁷

El Grupo de Trabajo de la ONU sobre empresas y derechos humanos ha señalado el tema de la medición como uno de los aspectos que necesitan un mayor análisis y desarrollo a nivel internacional, así como una prioridad en su agenda.⁸⁸ En ese sentido, ha identificado por ejemplo que las empresas

82 De Felice precisamente señala que existen tres tipos de indicadores sobre comportamiento empresarial en materia de derechos humanos: de política, de proceso, y de impacto, que permiten medir los distintos grados de compromiso empresarial y de integración de derechos humanos en su estructura y procedimientos. Los indicadores de política identifican el grado de compromiso de la empresa con el respeto a los derechos humanos; los de proceso incluyen indicadores sobre debida diligencia y reparación; y finalmente, los de impacto identifican los efectos adversos en los derechos humanos que resultan de la actividad de la empresa. *Ibid.*, pp. 533-535. El Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos coincide en esa clasificación: Asamblea General, *Informe del Grupo de Trabajo sobre los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/70/216 (30 de julio de 2015), §§60-63.

83 Asamblea General, *Informe del Grupo de Trabajo sobre los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/70/216 (30 de julio de 2015), §7.

84 De Felice, Damiano, *op. cit.*, p. 518.

85 *Ibid.*

86 *Ibid.*, pp. 540-545. Una opinión similar puede encontrarse en Vargas, Claret, ‘Measuring What Matters: A Key Challenge in Human Rights and Business’, *Measuring Business & Human Rights*, 21 de junio de 2016, disponible en <http://blogs.lse.ac.uk/businesshumanrights/2016/06/21/claret-vargas-measuring-what-matters/#more-767> (visitado el 1 de agosto de 2016).

87 Derain, Agathe, ‘Human rights and business: Could performance measurement be premature?’, *Measuring Business & Human Rights*, 1 de febrero de 2016, disponible en <http://blogs.lse.ac.uk/businesshumanrights/2016/02/01/agathe-derain-human-rights-business-performance-measurement/#more-739> (visitado el 1 de agosto de 2016).

88 Asamblea General, *Informe del Grupo de Trabajo sobre los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/70/216 (30 de julio de 2015), §§3-6.

utilizan encuestas, herramientas de gestión, mecanismos de presentación de informes e iniciativas de inversionistas para medir sus impactos, analizarlos y determinar la mejor manera de atender las lagunas detectadas.⁸⁹ De la misma forma, existen iniciativas externas a las empresas que tienen el mismo objetivo, y que buscan calificar a las empresas con base en su actuación, o presentar información sobre los impactos sufridos por individuos y comunidades afectadas, a fin de que dichos riesgos para los derechos humanos se visualicen.⁹⁰

Sin embargo, a pesar de las distintas iniciativas actualmente en vigor, el Grupo de Trabajo reconoce que medir lo verdaderamente importante no es sencillo, y que al desarrollar indicadores necesariamente se hacen juicios de valor y se toman decisiones que pueden opacar algunos aspectos del respeto a los derechos humanos.⁹¹ Aún así, dicho tipo de iniciativas tiene mérito, particularmente si las metodologías y herramientas de medición se desarrollan con base en los principios internacionales de derechos humanos. El hecho de involucrar a otras partes interesadas, de medir los impactos reales o potenciales en vez de sólo los compromisos, y de dar seguimiento a las quejas por violaciones a los derechos humanos, permitirá a las empresas y a los organismos encargados de realizar las mediciones de contribuir eficazmente a su respeto.

Otros tipos de iniciativas que se ha desarrollado en el escenario internacional son en relación a la calificación de las empresas por su desempeño en materia de derechos humanos, por una parte, y al desarrollo de metodologías para la presentación de informes, que permitan la divulgación del desempeño y la participación activa de otros actores interesados.

En cuanto a la primera de ellas, partiendo de la naturaleza competitiva de las empresas y de su interés por mejorar su posición en el mercado,⁹² un grupo de inversionistas y de organizaciones no gubernamentales desarrolló recientemente un Índice Corporativo de Derechos Humanos (*Corporate Human Rights Benchmark*⁹³ en inglés), en relación a las actividades de las 500 empresas más grandes que cotizan en bolsa de las industrias de productos agrícolas, de ropa y del sector extractivo. El objetivo principal de esta medición es incentivar a las empresas a divulgar información sobre la manera en que implementan los derechos humanos en sus operaciones y estructuras, y sobre cómo reaccionan ante los impactos negativos que generan. En su medición piloto, lanzada precisamente en 2016, se utilizan distintos rubros con base en los cuales se mide el desempeño de las 100 empresas más grandes de

89 *Ibid.*, §§26-38.

90 *Ibid.*, §§39-41.

91 *Ibid.*, §§54-55.

92 Mehra, Amol y Blackwell, Sara, 'The rise of non-financial disclosure: reporting on respect for human rights' in Baumann-Pauly, Dorothee y Nolan, Justine (eds.), *Business and Human Rights: From Principles to Practice*, Londres, Routledge, 2015, p. 280, quienes señalan la importancia de la divulgación de información a través de la presentación de informes para generar ese espíritu competitivo.

93 Para mayor información, incluyendo la información presentada por las empresas en el marco del parámetro, véase *Corporate Human Rights Benchmark*, disponible en <https://business-humanrights.org/en/corporate-human-rights-benchmark> (visitado el 1 de agosto de 2016).

dichas industrias, a través de indicadores sobre políticas y gobernanza; inclusión del respeto y de la debida diligencia en derechos humanos; mecanismos de queja y reparación; desempeño, en cuanto a prácticas empresariales de derechos humanos y sobre respuestas a alegaciones graves; y transparencia.

Cabe destacar que de las 100 empresas incluidas en la medición piloto, nueve son de América Latina⁹⁴ y dieciocho más son de algunas economías consideradas como en desarrollo,⁹⁵ lo cual demuestra la relevancia de que no sólo las empresas de países desarrollados implementen dichos procedimientos y políticas en sus actividades y estructuras, sino también las de mercados emergentes. En una primera fase de expansión, se tiene contemplado incluir a las empresas de los sectores de tecnologías de la información y electrónicos, manufactura pesada e ingeniería, y manufactura ligera, mientras que una segunda fase incluiría a las industrias farmacéutica, financiera y de servicios.⁹⁶ De resultar exitoso, este mecanismo puede lograr importantes transformaciones en la forma en que las empresas trabajan para la implementación de estándares internos de derechos humanos, en virtud de los potenciales riesgos financieros y de reputación que puedan resultar de una calificación baja en el índice.

Una segunda iniciativa que deriva del sector no gubernamental y que tiene por objetivo permitir la presentación de informes empresariales en relación a la implementación de la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos es el Marco de Información sobre los Principios Rectores de la ONU (*UNGP Reporting Framework*⁹⁷ en inglés). Este marco, que señala diversos principios empresariales que son necesarios para su utilización,⁹⁸ se divide en tres secciones principales: gobernanza del respeto a los derechos humanos; la definición del enfoque de la información; y la gestión de las problemáticas más importantes de derechos humanos.⁹⁹

Cada una de las secciones cuenta con distintos rubros e indicadores (preguntas principales y de apoyo, según la terminología utilizada por el marco), mediante los cuales se pretenden establecer los parámetros de lo que las empresas deben informar en relación a un período determinado. Así, por ejemplo, la sección sobre la gobernanza del respeto a los derechos humanos contiene rubros relativos a la existencia de un compromiso o política empresarial, y sobre la incorporación del respeto a los derechos humanos en las prácticas y estructuras de la empresa. La sección sobre la definición del enfoque

94 De esas nueve, cuatro son de Brasil (Vale, Petrobras, Ambev y BRF), tres de México (Grupo México, Coca-Cola Femsa y Wal-Mart de México), una de Colombia (Ecopetrol) y una de Chile (Falabella). Desde luego, todas esas empresas son originarias de las economías más fuertes del subcontinente. Sin embargo, a la fecha de escritura de este capítulo, se encontró que sólo las empresas Petrobras, Vale y Ecopetrol presentaron información al índice.

95 Principalmente de China, Rusia, Sudáfrica, India y Tailandia.

96 Corporate Human Rights Benchmark, *Pilot Methodology*, 2016, p. 35.

97 Shift/Mazars, *UN Guiding Principles Reporting Framework*, 2015. Para mayor información, véase la página web del Marco de Información: <http://www.ungpreporting.org> (visitada el 1 de agosto de 2016).

98 *Ibid.*, pp. 7-8. Dentro de ellos se encuentran: la presentación de información sobre derechos humanos en el ámbito empresarial; la presentación de un mínimo de información; la demostración de mejora continua; el enfoque en el respeto por los derechos humanos; el tratamiento de los impactos más severos; la presentación de ejemplos balanceados de geografías relevantes; y la explicación de cualquier omisión de información importante.

99 *Ibid.*, pp. 9-10.

de la información, por su parte, se concentra en la identificación y determinación de problemáticas importantes, en la selección de puntos geográficos focales, y en otros impactos severos. Finalmente, la última sección sobre la gestión de los riesgos se concentra en la existencia de políticas específicas, la participación de partes interesadas en relación a los riesgos importantes, la evaluación de impactos, la integración de los resultados y las acciones consecuentes, el seguimiento a su desempeño, y los mecanismos para garantizar la reparación del daño. Como se puede observar, esta herramienta está enfocada en uno de los pasos metodológicos establecidos por la propia responsabilidad empresarial de respetar derechos humanos, según su definición y alcances establecidos en los Principios Rectores. Así, al comunicar efectivamente la manera en que la empresa aborda los distintos aspectos de sus operaciones y sus impactos en los derechos humanos, en teoría permite a una amplia gama de partes externas conocer su desempeño, lo cual podría redundar en beneficios para la misma frente a inversionistas, reguladores e incluso ante la sociedad civil, así como fomentar la rendición de cuentas a través de la transparencia y mejorar los resultados empresariales en la materia.¹⁰⁰

Se puede advertir que la temática, al ser transversal e involucrar a actores que usualmente no han formado parte de la discusión formal en materia de derechos humanos, ha generado una amplia participación de otros sectores del conocimiento (incluyendo a administradores de empresas, inversionistas, analistas financieros, personal de recursos humanos, equipos de estadística, entre otros), lo cual diversifica ampliamente el alcance del enfoque usualmente centrado en derecho, ciencia política o relaciones internacionales con que se ha ligado la protección de las personas y grupos. Esta situación sin duda permite que las preocupaciones y problemáticas que se discuten en este ámbito lleguen a un sector más amplio de la sociedad, a aquel que trabaja en y con el sector empresarial en el desarrollo de sus múltiples funciones, aunque por lo mismo sufren el riesgo de ser diluidos al entrar a otros campos que no necesariamente están habituados a trabajar con las dimensiones de los impactos negativos en los derechos humanos. Ante tal situación, vale la pena cuestionarse cuál es el rol que desempeña (o debe desempeñar) el derecho internacional en esta temática, tomando en consideración sus importantes limitaciones y la necesidad de que las decisiones e instrumentos adoptados en el ámbito de la política y del derecho internacional sean complementados a través de su implementación a nivel nacional y local. A esa cuestión nos referiremos en la siguiente sección.

V. ¿Un papel para el derecho internacional? Sobre el carácter y los efectos jurídicos de los Principios Rectores

Como hemos señalado hace apenas algunos párrafos, el amplísimo grado de actividad que está ocurriendo en este tema escapa al ámbito jurídico y político, para insertarse en una arena

¹⁰⁰ Baumann-Pauly, Dorothee y Nolan, Justine, 'Introduction to Sections 6.5-6.6: Reporting' in Baumann-Pauly, Dorothee y Nolan, Justine (eds.), *Business and Human Rights: From Principles to Practice*, Londres, Routledge, 2015, p. 275; Mehra, Amol y Blackwell, Sara, *op. cit.*, p. 282.

pluridisciplinaria que lleva a la diversificación del enfoque sobre la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos. Ante ello, vale la pena cuestionarse el rol o la función que el derecho internacional puede desempeñar para, por lo menos, generar certeza jurídica entre los principales actores que son afectados por esta temática: víctimas, empresas y Estados. En ese tenor se inscribe precisamente el papel que, a nuestro juicio, puede jugar esta rama jurídica: en definir los alcances de los distintos instrumentos existentes o en proceso de creación, y su lugar en el espectro jurídico internacional. Abordaremos brevemente en esta sección dos aspectos principales: primeramente, el carácter jurídico que tienen (o no) los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, y en particular la responsabilidad empresarial; y en segundo término y de manera breve, los efectos jurídicos que generan (o podrían generar).

En primer lugar, uno de los aspectos cuyo análisis ha surgido con cierta frecuencia desde la adopción de los Principios Rectores es en relación a su carácter jurídico internacional. ¿Son una regla consuetudinaria emergente? ¿Son simplemente un instrumento no vinculante, un conjunto de recomendaciones de un experto independiente sin efectos jurídicos? O bien, ¿crean obligaciones jurídicas en virtud de su respaldo unánime por los Estados miembros del Consejo de Derechos Humanos?¹⁰¹ En distintas ocasiones, diversos académicos se han pronunciado sobre el tema, considerando que el repetido uso de normas o estándares internacionales no vinculantes tiene el potencial de conducir a la cristalización de una norma emergente de derecho internacional consuetudinario.¹⁰² Sin embargo, es pertinente analizar a conciencia la concurrencia de los distintos elementos necesarios para su configuración como uno u otro tipo de norma jurídica, que según algunos autores opera de manera diferente en las distintas ramas del derecho internacional público.¹⁰³

101 De importante valor para esta cuestión es un comentario del Juez James Crawford, quien señala lo siguiente: “Yet the processes by which norms and the values they reflect are accepted and institutionalized at the international level are often far from clear, and this had led to uncertainty and to false or untenable claims to the normativity of just about any proposition.” Véase Crawford, James, *Chance, Order, Change: The Course of International Law*, Leiden, Brill, 2014, p. 54.

102 Knox, John H., ‘The Ruggie Rules: Applying Human Rights Law to Corporations’ in Mares, Radu (ed.), *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012, pp. 67-69; Deva, Surya, ‘Multinationals, Human Rights and International Law: Time to Move beyond the “State-Centric” Conception’ in Letnar Čerňič, Jernej y Van Ho, Tara (eds.), *Human Rights and Business: Direct Corporate Accountability for Human Rights*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2015, p. 46; Letnar Čerňič, Jernej, ‘An Elephant in a Room of Porcelain: Establishing Corporate Responsibility for Human Rights’ in Letnar Čerňič, Jernej y Van Ho, Tara (eds.), *Human Rights and Business: Direct Corporate Accountability for Human Rights*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2015, p. 149; incluso en alguna ocasión he señalado que en efecto, los Principios Rectores pueden convertirse en una norma consuetudinaria: Cantú Rivera, Humberto Fernando, ‘Business & Human Rights: From Responsibility to Legal Obligations and Enforcement’ in Letnar Čerňič, Jernej y Van Ho, Tara (eds.), *Human Rights and Business: Direct Corporate Accountability for Human Rights*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2015, pp. 310-312, 316-317. Aunque no se refiere específicamente a los Principios Rectores, Chemillier-Gendreau llega a la conclusión de la existencia de una norma consuetudinaria respecto a la responsabilidad de las empresas bajo el derecho internacional; véase Chemillier-Gendreau, Monique, ‘L’entreprise est-elle soumise aux règles du droit international’ in Supiot, Alain (dir.), *L’entreprise dans un monde sans frontières: Perspectives économiques et juridiques*, París, Dalloz, 2015, pp. 100-101

103 Charlesworth, Hilary, ‘Law-making and sources’ in Crawford, James y Koskeniemi, Martti (eds.), *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 189: “The formal nature of article 38(1) obscures the fact that international law is generated by a multi-layered process of interactions, instruments, pressures and principles. Specialised fields of international law, such as trade law, human rights law, the law of armed conflict or environmental law, also differ in the priority that they accord to different sources and the approaches they take to them.” Véase también Thirlway, Hugh, *The Sources of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 179: “One possible line of argument is that in the field of human rights, custom is created by a process different

Para empezar, un problema importante es que los Principios Rectores no son un elemento sencillo cuyo análisis pueda arrojar su caracterización como una norma consuetudinaria o como un principio general de derecho internacional. Al estar constituidos por treinta y un principios agrupados en tres pilares, que designan aspectos para hacer operativa la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos, la obligación estatal de protección y para sugerir mecanismos que las víctimas puedan utilizar para intentar obtener una reparación, es necesario partir hacia los principios subyacentes al instrumento para poder realizar una abstracción de los elementos que pudieran ser considerados como normas jurídicas internacionales, independientemente de su calificación en el sentido propuesto por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Así, básicamente se estaría lidiando con tres elementos principales, que se ven reflejados en los principios fundacionales del instrumento: en primer lugar, el deber del Estado de proteger los derechos humanos en su territorio o jurisdicción, deber que se ha solidificado a nivel convencional, y que por lo tanto no necesitaría un análisis particularmente riguroso.¹⁰⁴ Un segundo elemento sería el derecho de las víctimas a contar con un mecanismo efectivo que permita la reparación de violaciones de derechos humanos, independientemente de la fuente de donde estas provengan; al existir diversos mecanismos regionales y universales de derechos humanos que subsidiariamente otorgan protección y reparación a las víctimas –además de los mecanismos judiciales a nivel interno, independientemente de su grado de efectividad–, se podría considerar que esta cuestión se encuentra también relativamente satisfecha. En ese sentido, se podría argumentar que por lo menos en lo que corresponde al funcionamiento del Estado, tanto en materia de protección como en cuanto a la reparación de los daños, estaría ya desarrollado por vía convencional, y en todo caso existe suficiente práctica y creencia sobre la existencia de una obligación como para afirmar la existencia de reglas consuetudinarias de derecho internacional.

La cuestión se torna más compleja, sin embargo, al abordar el tercer elemento esencial de los Principios Rectores: la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Dicha complejidad deriva de que la determinación del carácter jurídico (o no) de dicho elemento depende de si la cuestión se interpreta desde la perspectiva del reconocimiento o práctica de los Estados de atribuir responsabilidad a las empresas por su participación o comisión de abusos de derechos humanos, o bien, si esta se entiende (exclusivamente) en el sentido de una práctica empresarial que es considerada por dichos actores como una obligación.¹⁰⁵ Si bien los Principios Rectores señalan claramente que la

from that generally applicable... In order to show that international human rights law rests on a customary foundation, it appears to be necessary to renounce the requirement of practice in the form of State-to-State contact, involving the resolution of a clash of contentions, and be contented with, on the one hand, announcements on the international stage, and on the other such internal elements as domestic legislation and court decisions.”

104 Y sin embargo, la delegación del Reino Unido declaró en el debate previo a la adopción de los Principios Rectores que no reconocía la existencia de un deber general de protección de derechos humanos a cargo del Estado, ni de su requerimiento como norma consuetudinaria de derecho internacional. Las declaraciones de Noruega, Reino Unido y Ecuador pueden encontrarse en el siguiente vínculo: <https://business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/ruggie/statements-norway-uk-business-human-rights-16-jun-2011.pdf> (visitado el 1 de agosto de 2016).

105 En cuyo caso, posiblemente se estaría en presencia de una norma de *lex mercatoria*, es decir, de una práctica que sin embargo no puede entenderse en el sentido de una norma consuetudinaria de derecho internacional como tal. Véase

responsabilidad empresarial a que hacen alusión no se refiere a una obligación jurídica internacional, sino a ‘expectativas sociales’ que pueden eventualmente replicarse en normas jurídicas de derecho interno, la determinación de este principio como una norma consuetudinaria o como un principio jurídico internacional depende directamente de la apreciación y práctica de los Estados al respecto. En ese sentido, vale la pena recordar lo que ya se mencionó con antelación: que los Estados han reconocido desde la década de los setenta la existencia de una responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos y libertades fundamentales, misma que ha sido refrendada en distintas ocasiones por distintos instrumentos e iniciativas internacionales. ¿Equivale esto, entonces, a la existencia de alguna norma internacional de carácter general al respecto?

La pregunta no tiene una respuesta sencilla. Valoremos, en un primer tiempo, la posibilidad de que la responsabilidad empresarial pudiera ser una regla consuetudinaria de derecho internacional. Ello implicaría la necesaria concurrencia de los elementos de práctica estatal y de aceptación de dicha práctica como una norma jurídica (*opinio juris*), para poder dar paso a la existencia de una regla que reconociera la responsabilidad empresarial de respeto a los derechos humanos. En cuanto a la práctica estatal, en distintos sistemas es posible exigir la responsabilidad jurídica de las empresas por daños al medio ambiente o a los derechos humanos por vía judicial, aunque tradicionalmente bajo el ángulo de daños y perjuicios o por algún otro argumento (tanto en sistemas de derecho civil como de derecho común).¹⁰⁶ Esto ocurre particularmente en derecho civil; en materia penal, por el contrario, no existe un reconocimiento universal en los distintos sistemas jurídicos sobre la responsabilidad penal empresarial por violaciones a derechos humanos (más allá de la responsabilidad penal individual en que pueden incurrir sus dirigentes o empleados).¹⁰⁷ Sin embargo, de forma general la cuestión no está configurada en términos en que se pueda plantear la responsabilidad empresarial por violación de derechos humanos como una acción jurídica directa.¹⁰⁸

Independientemente de lo anterior, como ha reconocido el Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, la

Kessedjian, Catherine, *Droit du commerce international*, París, PUF, 2013, p. 81, quien señala que dicho conjunto de reglas comerciales no procede de los Estados, sino que constituye un verdadero sistema privado de gobernanza. Véase igualmente Steinhardt, Ralph, ‘Corporate Responsibility and the International Law of Human Rights: The New *Lex Mercatoria*’ in Alston, Philip (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005, para un análisis sobre la *lex mercatoria* en el contexto de la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos.

106 Consejo de Derechos Humanos, *Mejorar la rendición de cuentas y el acceso a las reparaciones para las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales: Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, A/HRC/32/19 (10 de mayo de 2016), §2; Consejo de Derechos Humanos, *Mejorar la rendición de cuentas y el acceso a las reparaciones para las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales: notas explicativas sobre las orientaciones*, A/HRC/32/19/Add.1 (12 de mayo de 2016), §42.

107 Consejo de Derechos Humanos, *Mejorar la rendición de cuentas y el acceso a las reparaciones para las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales: notas explicativas sobre las orientaciones*, A/HRC/32/19/Add.1 (12 de mayo de 2016), §6.

108 Algunos ejemplos, como los de Francia, Alemania y Suiza, están liderando la discusión internacional sobre la necesidad de adoptar leyes de derecho interno que permitan determinar dicha responsabilidad empresarial, particularmente en relación a las empresas matrices. Sin embargo, a la fecha de escritura no se ha adoptado ninguna de dichas iniciativas de ley por los respectivos parlamentos nacionales.

práctica del Estado no se limita a la vía legislativa o reglamentaria, sino que puede abarcar distintas otras manifestaciones, tanto a nivel nacional como internacional.¹⁰⁹ Ello implicaría entonces que, entre otras manifestaciones, la votación de los Estados en el Consejo de Derechos Humanos para respaldar los Principios Rectores constituiría una forma de práctica estatal que podría dar apoyo a la afirmación de la existencia de una responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos, aunque esta deba ser valorada al tenor del resto de sus actividades tanto a nivel interno como internacional.¹¹⁰ En ese sentido, la práctica estatal, a pesar de ser uniforme en cuanto a la votación en el seno del Consejo de Derechos Humanos,¹¹¹ no necesariamente lo sería en el plano interno, lo que podría debilitar de cierta manera el reconocimiento de la existencia de una responsabilidad empresarial, y desde luego, limitaría el reconocimiento de una práctica estatal expandida.¹¹²

El segundo aspecto, en relación a la aceptación como derecho de la práctica en cuestión, al ser el elemento *subjetivo* de la formación de las reglas consuetudinarias, sería en principio más difícil de identificar.¹¹³ Dicha dificultad yace, por una parte, en la complicada cuestión de determinar la posición de un Estado sobre una situación específica en un momento particular; al ser una ficción jurídico-política, sería igualmente necesario determinar qué agente(s) puede(n) expresar la opinión del Estado, de manera que se pueda extraer de ahí la percepción de la existencia de una obligación jurídica. Pese a lo interesante de la cuestión, no entraremos a detalle a analizarlo, retomando la posición adoptada por el Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional respecto a las formas de manifestación de la aceptación de una práctica como derecho.

Al respecto, el Relator Especial considera que las formas de prueba de la aceptación de existencia de *opinio juris* pueden ser de distintos tipos, incluyendo “las declaraciones públicas hechas en nombre de los Estados; las publicaciones oficiales; los dictámenes jurídicos gubernamentales; la correspondencia diplomática; las decisiones de los tribunales y cortes nacionales; las disposiciones de los tratados; y el comportamiento en relación con las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una

109 Comisión de Derecho Internacional, *Identificación del derecho internacional consuetudinario: Texto de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción*, A/CN.4/L.872 (30 de mayo de 2016), proyectos de conclusión 4-8. Véase igualmente Charlesworth, Hilary, *op. cit.*, p. 193; Thirlway, Hugh, *op. cit.*, p. 179.

110 Comisión de Derecho Internacional, *Identificación del derecho internacional consuetudinario: Texto de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción*, A/CN.4/L.872 (30 de mayo de 2016), proyecto de conclusión 7.

111 Cf. Deva, Surya, ‘Treating human rights lightly: a critique of the consensus rhetoric and the language employed by the Guiding Principles’ in Deva, Surya y Bilchitz, David (eds.), *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 89-91, quien señala que las manifestaciones hechas por los Estados al adoptar los Principios Rectores no fueron de apoyo unánime, a pesar de que el voto sí lo haya sido.

112 En ese sentido se expresa la ex-Presidenta de la Corte Internacional de Justicia, al señalar que para la consolidación de nuevas normas consuetudinarias es necesaria la concurrencia de práctica estatal aceptada como derecho: Higgins, Rosalyn, ‘International Law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes: General Course on Public International Law’, *Recueil des cours*, Vol. 230, 1991, p. 48.

113 Charlesworth, Hilary, *op. cit.*, p. 193.

conferencia intergubernamental.”¹¹⁴ Debe incluirse (o tal vez contraponerse) a esta posición la referencia hecha por Charlesworth al respecto, quien considera que las resoluciones intergubernamentales –en el caso que ella cita, de la Asamblea General– pueden tener un significado jurídico como ejemplos de práctica estatal o evidencia de *opinio juris*, o incluso de ambas.¹¹⁵ En ese sentido, la existencia de una *opinio juris* colectiva,¹¹⁶ manifestada a través de una votación ampliamente mayoritaria o de la adopción por consenso de una resolución, podría constituir una clara demostración de la intención de los Estados frente a una situación determinada.¹¹⁷

En el caso de los Principios Rectores, el respaldo unánime por los Estados miembros del Consejo de Derechos Humanos podría sin duda reflejar la existencia de una creencia colectiva de que las empresas tienen una responsabilidad de respetar los derechos humanos. Por otra parte, su amplia implementación y referencia por diversos actores distintos a los Estados podría reforzar su posición como una verdadera creencia universal –a pesar de que en sí mismos no representan una obligación jurídica–, lo cual consolidaría aún más la existencia de *opinio juris* al respecto.¹¹⁸ No obstante lo anterior, ante la escasez de resoluciones judiciales o incluso de legislación o reglamentación específica en el ámbito interno sobre la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos, se podría constatar una práctica estatal relativamente débil, basada principalmente en la acción verbal diplomática de los Estados, que no necesariamente encuentra su manifestación a nivel nacional. Por ello, el argumento de la cristalización

114 Comisión de Derecho Internacional, *Identificación del derecho internacional consuetudinario: Texto de los proyectos de conclusión aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción*, A/CN.4/L.872 (30 de mayo de 2016), proyectos de conclusión 10.2.

115 Charlesworth, Hilary, *op. cit.*, pp. 198-199. Véase también Hillgenberg, Hartmut, ‘A Fresh Look at Soft Law’, *European Journal of International Law*, Vol. 10(3), 1999, p. 514: “Indisputably, a non-treaty agreement cannot directly produce customary international law, but it can contribute to its creation as an emerging *opinio juris*.”

116 Sobre este punto, véase Dupuy, Pierre-Marie y Kerbrat, Yann, *Droit international public*, 10ª edición, París, Dalloz, 2010, pp. 426-431.

117 Condorelli, Luigi, ‘Customary International Law: The Yesterday, Today, and Tomorrow of General International Law’ in Cassese, Antonio (ed.), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 151: “Everything here depends on the acceptance the international community gives the normative statement in question, that is, on whether it acquires (or consolidates) wide effect as a regulator of social relations. Now, such acquisition (or consolidation) may be greatly facilitated by the size and solidity of the consensus that has formed at the time, the favorable attitudes of third parties, possible consecration in case law, and so on.” Cf. Higgins, Rosalyn, *op. cit.*, p. 54: “Thus the size of the majority has nothing to do with the intentions of the States voting for it.”

118 En efecto, el Juez Cançado Trindade reconoce la participación directa de actores no estatales en la formación contemporánea del derecho internacional, aludiendo a que se ha dejado atrás la época en que esta se formaba exclusivamente por las relaciones interestatales, así como de la revalorización de la *opinio juris* en el proceso de formación jurídica: “*Opinio juris* is affirmed as a key factor in the *formation* itself of International Law (and no longer as only one of the constitutive elements of one of its formal “sources”). The fundamental elements of the international legal order are independent from the “will” of the States, and *opinio juris* gives expression to the “juridical conscience”, not only of nations and peoples (as sustained in the past by the historical school), but of the international community as a whole.” Cançado Trindade, Antônio Augusto, ‘International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium (I)’, *Recueil des cours*, vol. 316, 2005, p. 175.

de una regla consuetudinaria de derecho internacional podría ser frágil;¹¹⁹ sin embargo, su percepción como un principio general de derecho internacional podría tener mayor solidez.¹²⁰

Los principios generales de derecho internacional, basados esencialmente en la percepción internacional sobre la existencia de un precepto jurídico que establece una regla general y abstracta, serían un equivalente al elemento subjetivo de la costumbre internacional –es decir, a la *opinio juris*. Para Thirlway, los principios generales derivan su legitimidad de constituir un enfoque común o compartido de la comunidad internacional respecto a una necesidad jurídica general, y en particular en el ámbito de los derechos humanos, constituyen evidencia de la aceptación general y reconocimiento de una norma.¹²¹ Al fundarse en el respaldo de los Estados hacia la norma potencial, y derivar de dicho respaldo su autoridad y legitimidad,¹²² podríamos encontrar un equivalente con los distintos principios fundacionales de los Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos. Es precisamente en este punto donde se puede observar una importante aproximación entre los principios generales de derecho internacional, la necesidad de completar las lagunas jurídicas existentes en dicho plano, y los efectos de instrumentos que originalmente no tienen un alcance normativo vinculante.

Para Christian Tomuschat, las declaraciones adoptadas por la Asamblea General o por otros órganos especializados de las Naciones Unidas (como el Consejo de Derechos Humanos, por ejemplo) son evidencia de la necesidad de complementar el régimen general de protección de los derechos humanos con adiciones específicas. Ante ello, considera pertinente preguntarse si un acto específico (como por ejemplo, una declaración o resolución adoptada por consenso) podría obtener una cierta fuerza vinculante de los principios generales que alberga, a pesar de la falta de capacidad formal de desarrollo de normas vinculantes por el órgano.¹²³ En efecto, el amplio reconocimiento que han tenido los Principios Rectores, y en particular la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos, en adición a la extensa práctica¹²⁴ de distintos actores (internacionales y a nivel interno, públicos y

119 Cf. Chemillier-Gendreau, Monique, *op. cit.*, pp. 100-101, quien opina que la práctica estatal y de otros actores es suficientemente amplia como para considerar la existencia de una regla de derecho internacional consuetudinario sobre la responsabilidad de las empresas bajo el derecho internacional.

120 Véase Jouannet, Emmanuelle, ‘Droit non écrit’ in Alland, Denis (dir.), *Droit international public*, París, PUF, 2000, pp. 300-302, quien señala que los principios generales del derecho internacional son un conjunto de nociones y principios mal definidos y con contenidos variables, que gozan de una relativa autonomía frente al derecho consuetudinario, pero que al ser reglas de base, muy generales o abstractas, indican las grandes líneas de conducta a respetar, de un régimen jurídico que es definido por otras normas secundarias. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, la proximidad entre ambos conceptos (costumbre y principios generales de derecho internacional) y lo difuminada que es la frontera entre ellos. Sobre esta cuestión, véase Meron, Theodor, ‘International Law in the Age of Human Rights’, *Recueil des cours*, Vol. 301, 2003, p. 407. Por otra parte, Conforti señala que la categoría de principios generales del derecho que son comunes entre los órdenes jurídicos estatales pueden ser útiles para ampliar el número de normas consuetudinarias que buscan salvaguardar la dignidad humana, que en la actualidad se limitan a las violaciones graves de derechos humanos. De cierta forma, lo equipara con la base de la que se pueden formar o consolidar normas consuetudinarias. Véase Conforti, Benedetto, ‘Cours général de droit international public’, *Recueil des cours*, Vol. 212, 1988, pp. 79-80.

121 Thirlway, Hugh, *op. cit.*, pp. 104, 120.

122 Boyle, Alan y Chinkin, Christine, *The Making of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 224.

123 Tomuschat, Christian, ‘International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century’, *Recueil des cours*, Vol. 281, 1999, p. 337.

124 Para Dupuy y Kerbrat, el *soft law* no adquiere “firmeza” en el orden jurídico si no se acompaña por su aplicación, aunque esta sea parcial y progresiva. Dupuy, Pierre-Marie y Kerbrat, Yann, *op. cit.*, p. 435.

privados), sería una indicación de que se estaría ante la presencia de un principio general de derecho internacional. En adición al reconocimiento explícito que han recibido los tres elementos de dicho marco de las Naciones Unidas, la práctica consecuente de diversos Estados –a través del diseño de políticas públicas en la materia, culminadas o no, y del enfoque en desarrollar normatividad interna para lograr su implementación– podría convertirse en el punto de consolidación sobre lo que constituiría una norma consuetudinaria naciente,¹²⁵ además de dotar a los Principios Rectores de una validez jurídica que, a través del procedimiento tradicional de formación del derecho internacional, les sería negada.¹²⁶

Una segunda cuestión que es importante tratar, así sea brevemente, es en relación a los efectos jurídicos¹²⁷ que la adopción de los Principios Rectores –y el trato de sus principios fundacionales como normas consuetudinarias emergentes o como principios de derecho internacional– podría generar. En efecto, más allá de su aportación al desarrollo de normas consuetudinarias emergentes o a su consolidación como principios generales de derecho internacional, los elementos de los Principios Rectores pueden tener varios roles: como guías interpretativas para los distintos actores del escenario internacional, como constataciones de la posición de la comunidad internacional frente a un problema o cuestión específica,¹²⁸ o incluso como elementos que vinculen a los Estados según el nivel de aplicación que de ellos se haga en el plano interno.¹²⁹ Desde luego, el último de estos elementos, al estar ligado a las obligaciones que pudieran derivar de las declaraciones unilaterales de los Estados,¹³⁰ podría ser frágil ante la posibilidad de la diferencia entre el voto de un Estado a favor de un proyecto específico y sus verdaderas intenciones de verse obligado por él. Sin embargo, el hecho de concretar distintos actos

125 Jouannet, Emmanuelle, *op. cit.*, quien señala que existe una importante cercanía entre los principios generales de derecho internacional y la costumbre, y que en realidad, “la mayoría del tiempo, los principios de derecho internacional son en realidad costumbres internacionales, propios al orden internacional, aunque de una naturaleza particular.” (La traducción es nuestra).

126 Higgins, Rosalyn, *op. cit.*, pp. 50-51, 55: aunque la autora reconoce que podrían derivar consecuencias jurídicas de instrumentos formalmente no vinculantes, también es enfática al señalar que no debe analizarse exclusivamente el texto y la forma de adopción de una resolución para determinar si existe una práctica internacional, sino enfocarse en el escenario internacional a gran escala para evaluar si efectivamente existe una práctica más allá del ámbito de las organizaciones internacionales.

127 Esto, desde luego, en contraposición a los efectos prácticos que cualquier norma, independientemente de su carácter vinculante o no, pueda generar. Sobre esta cuestión, véase Reisman, W. Michael, *The Quest for World Order and Human Dignity in the Twenty-first Century: Constitutive Process and Individual Commitment. General Course on Public International Law*, Leiden, Brill, 2013, p. 153.

128 Para un estudio clásico sobre esta cuestión y sobre la posibilidad de la creación de consecuencias y obligaciones jurídicas, véase Castañeda, Jorge, ‘Valeur juridique des résolutions des Nations Unies’, *Recueil des cours*, Vol. 129, 1970, pp. 315, 317, donde señala que las resoluciones adoptadas por los organismos internacionales por lo general no crean derechos (o imponen obligaciones), sino que tienen un carácter declarativo. Para mayor precisión: “Il n’existe aucune raison essentielle qui interdise à d’autres organes internationaux, largement représentatifs, d’exprimer valablement, au nom de la communauté internationale, ce qui, dans l’opinion de celle-ci, est le droit international à un moment donné, d’autant plus que la fonction envisagée ici n’a pas un caractère matériellement juridictionnel.”

129 En ese mismo sentido se expresa d’Aspremont, quien señala que las normas impresas en un instrumento no jurídico (es decir, con un *instrumentum* “blando”) pueden producir efectos jurídicos, *inter alia* la internalización de la cuestión, como herramientas hermenéuticas, o al ser elementos de práctica posterior que eventualmente den origen a normas consuetudinarias. Véase d’Aspremont, Jean, *Formalism and the Sources of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 129.

130 Castañeda, Jorge, *op. cit.*, p. 303: “Rien ne permet de nier que l’émission d’un vote au sein d’un organe international peut être, en principe, une forme parfaitement licite et efficace pour exprimer le consentement à un accord, quand le vote, en raison des circonstances dans lesquelles il est intervenu, peut être interprété comme une manifestation claire de la volonté de se créer une obligation.”

a nivel interno para la implementación de un instrumento internacional no vinculante podría dar lugar a la existencia de una obligación jurídica internacional para el Estado.¹³¹

Los otros dos aspectos, por el contrario, pueden tener un significado más tangible. En el primero de los casos, en que un instrumento no vinculante pudiera servir como guía interpretativa para el cumplimiento de las obligaciones de los Estados, su inserción en distintos marcos normativos, políticos y regulatorios ya ha generado en realidad dicho efecto, al desarrollarse dichos instrumentos con base en los elementos de los Principios Rectores.¹³² Incluso, su referencia constante por órganos o procedimientos ajenos formalmente al ámbito universal de los derechos humanos, como en el caso de organismos y tribunales regionales¹³³ o incluso a nivel nacional,¹³⁴ dan cuenta de que dicho efecto ya ocurre en diferentes partes del mundo. En cuanto al segundo aspecto, sobre la constatación de la posición de la comunidad internacional sobre el tema, su referencia por organismos regionales para guiar sus procesos de responsabilidad social empresarial o de empresas y derechos humanos da cuenta de su consideración como una verdadera plataforma para la construcción de un régimen global en la materia. Ello, desde luego, daría cuenta de que por lo menos en cuanto al elemento de *opinio juris*, existe un consenso internacional al respecto, lo cual presumiblemente sería su confirmación como el elemento subjetivo de la costumbre internacional o como un principio general de derecho internacional.

Desde luego, este análisis teórico sobre el papel del derecho internacional en esta cuestión debe analizarse también frente al proceso actualmente en curso sobre la creación de un tratado internacional sobre la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos.¹³⁵ Dicho proyecto, cuya segunda sesión tuvo lugar en octubre de 2016, podría ser el detonante de una revolución jurídica para el derecho internacional si se determina adoptar obligaciones explícitas, ancladas en el derecho

131 *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 457, §§46-49. Un claro ejemplo de esto es la posición expresada por el Reino Unido en el Consejo de Derechos Humanos en torno a la adopción de los Principios Rectores, que ya mencionamos anteriormente. Sin embargo, sin duda debe señalarse también que dicho país fue el primero en desarrollar un Plan de Acción Nacional para su implementación –y de llevar a cabo una revisión del mismo–, y de adoptar medidas legislativas para luchar contra las formas contemporáneas de la esclavitud, particularmente en las cadenas de suministro.

132 Tomuschat llega a la misma conclusión: “Despite their lack of bindingness proper, the many resolutions seeking to particularize specific human rights guarantees have a tremendous influence on the development of the law. Generally and almost ineluctably, domestic and international practice will adopt such resolutions as parameters guiding their actions. Progressively, then, a process of hardening into law can take place which one may either interpret as authentic interpretation of the relevant written rules or as the emergence of new rules of customary law.” Véase Tomuschat, Christian, *Human Rights: Between Idealism and Realism*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 45-46.

133 Tal es el caso de la Organización de Estados Americanos, de la Comisión Europea y el Consejo de Europa, o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por citar algunos (y como se abordará en distintos capítulos de esta obra colectiva).

134 Un claro ejemplo es la exposición de motivos del proyecto de ley sobre el deber de vigilancia de las empresas matrices en Francia, en donde expresamente se cita como fuente de ese proyecto de desarrollo legislativo a nivel nacional a los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos.

135 Sobre esta cuestión, véase la contribución de Carlos López en esta obra. Véase igualmente De Schutter, Olivier, ‘Towards a New Treaty on Business and Human Rights’, *Business and Human Rights Journal*, Vol. 1(1), 2016, respecto a las opciones que tiene este proceso internacional para avanzar esta agenda.

internacional, para las empresas.¹³⁶ Desde luego, dicho enfoque no ha sido utilizado en el ámbito de los derechos humanos, aunque eso no constituye un obstáculo serio para que se llegara a adoptar dicha ruta. Sin embargo, el hecho de pasar de un régimen en que las obligaciones internacionales son desdobladas y monitoreadas por los Estados, a cargo de su implementación en el ámbito interno, a otro en donde existirían obligaciones dirigidas a actores no estatales y para el que se podrían prever nuevas formas de implementación, constituye una de las grandes interrogantes actuales en esta materia.

Esta coyuntura representa una interesante oportunidad para reflexionar sobre el papel del derecho internacional en el siglo XXI, ante una realidad global distinta a la de la época westfaliana, o incluso a aquella cuando se adoptaron los diferentes elementos de la Carta Internacional de los Derechos Humanos. ¿Qué tan flexible puede ser esta rama jurídica para cumplir con su papel de regir las relaciones globales (no sólo interestatales), ante el cúmulo de actores de distintos tipos que intervienen para moldear la realidad y los procesos globales? ¿Y qué tan dispuestos están los Estados a dejar atrás una forma de cooperación que pudiera, en ciertos ámbitos, parecer anacrónica, ante las nuevas formas de interacción –y los nuevos retos que aparecen– entre los distintos actores globales? Esperemos que las respuestas a estas preguntas pueda vislumbrarse en la siguiente década.

VI. Los retos para América Latina

La realidad del subcontinente latinoamericano frente a la temática de los derechos humanos y las empresas se enmarca en un contexto de numerosos retos que resultan de las actividades de empresas tanto privadas como públicas, de la acción (o inacción) de los Estados para cumplir con sus obligaciones de derechos humanos, y de la incapacidad de las víctimas de acceder a mecanismos efectivos de reparación. Ante la importante presencia de recursos naturales primarios, el continente americano ha sido un destino particularmente atractivo para la industria extractiva, que ha encontrado numerosas fuentes y yacimientos por explotar, aunque en numerosas ocasiones con importantes consecuencias e impactos negativos para el medio ambiente o los derechos de las personas que habitan cerca de dichas zonas. Dichos impactos por lo general ocurren ante la incapacidad o falta de voluntad de los gobiernos nacionales de regular efectivamente la manera en que esa explotación tiene lugar, o en muchas ocasiones con su complicidad directa.

Sin embargo, en el siglo XXI los retos ya no sólo se encuentran en la minería, la extracción de petróleo y gas o la industria maderera, por citar algunos: por el contrario, se han expandido conforme se han establecido en el continente las cadenas de suministro o de valor de numerosas empresas con operaciones globales, por ejemplo en las áreas de tecnologías de la información, manufactura, vestido o

¹³⁶ *Ibid.* Para un excelente análisis sobre esa posibilidad, véase la contribución de uno de los autores que participan en esta obra: Carrillo Santarelli, Nicolás, 'Corporate Human Rights Obligations: Controversial but Necessary', *Business & Human Rights Resource Centre*, disponible en <https://business-humanrights.org/en/corporate-human-rights-obligations-controversial-but-necessary> (visitado el 1 de septiembre de 2016).

alimentación. Aún más, el reto ya no es sólo respecto de la conducta de empresas de capital extranjero que llegan a los países de América Latina, sino también de aquellas grandes empresas latinoamericanas que desarrollan sus actividades fuera de sus países de origen. Los Estados, pues, se enfrentan a un doble reto: de regular tanto la inversión extranjera como el capital que se exporta. En ese contexto, al pasar a ser los Estados tanto receptores de inversión como sede de empresas que invierten en el extranjero, en principio debería existir una conciencia y voluntad política de evitar que se repitan en el exterior, por las empresas de su nacionalidad, las conductas negativas de empresas de capital extranjero que han generado importantes daños ambientales y a los derechos humanos en América Latina. No obstante, existen ejemplos de casos en que empresas latinoamericanas, a través de sus operaciones tanto en el continente como fuera de él, repiten ciertos errores o conductas que tanto se han criticado en el contexto de las actividades de empresas extranjeras.

A pesar de que el objetivo de esta obra colectiva es abordar los diferentes avances y desafíos que existen en América Latina en esta materia, y que este capítulo de introducción no pretende ser exhaustivo al respecto, en los siguientes párrafos se analizarán brevemente algunas áreas que necesitan ser consideradas con atención por los Estados, las empresas y la sociedad civil, al constituir retos importantes para la protección de los derechos humanos que no necesariamente están en el frente de la discusión (o en los sectores tradicionalmente señalados). Asimismo, se discutirán de forma sucinta algunos retos para los Estados, las empresas y para el Sistema Interamericano en la temática de la responsabilidad empresarial, con el objetivo de presentar algunos argumentos sobre qué se puede hacer al respecto para garantizar un desarrollo sustentable con plena conciencia sobre el rol central que tienen los derechos humanos. A final de cuentas, el desarrollo sustentable del que tanto se habla en la actualidad necesariamente pasa por el respeto y protección de los derechos de las personas.

A. Las industrias extractivas

En la región latinoamericana, el giro en donde hay impactos negativos más visibles como resultado de las actividades empresariales es en las industrias extractivas. Casos como el de Lago Agrio en Ecuador (que involucra a la empresa Chevron-Texaco), el de La Oroya en Perú (involucrando a la empresa Doe Run), o el del Ejido La Sierrita en México (respecto a las actividades de Excellon Resources), entre muchos otros, ponen de manifiesto la incapacidad o la falta de voluntad de los gobiernos nacionales –tanto de origen como de recepción de la inversión– para regular de forma efectiva a las empresas con operaciones transnacionales. Muchas de ellas, amparadas en tratados bilaterales de inversión, simplemente significan un riesgo financiero de tal magnitud que llevan al ‘enfriamiento’ o

‘congelamiento’ regulatorio de los Estados,¹³⁷ lo que en muchas ocasiones se traduce en un laxo control de las actividades empresariales a pesar de los importantes costos sociales y ambientales que generan.

El reto que representan las industrias extractivas para la región es significativo, particularmente en torno a los impactos negativos que en repetidas ocasiones han generado para los pueblos indígenas.¹³⁸ Dichos grupos vulnerables ven comprometida desde sus formas de vida y sus costumbres, hasta su propia existencia, en virtud de los desplazamientos que se ven forzados a hacer de sus territorios tradicionales, de la introducción de nuevos elementos culturales a sus relaciones comunitarias, o incluso a las amenazas físicas y daños ocasionados con motivo de la defensa de sus tierras.¹³⁹

Más allá de los impactos sobre los pueblos indígenas, las industrias extractivas también tienen impactos importantes en las comunidades que habitan cerca de los sitios de operación, notablemente en los derechos económicos y sociales de dichos grupos. Así, el acceso al agua o a fuentes de alimentación pueden verse limitados o impedidos, los daños ambientales pueden acrecentarse, y la salud de los habitantes puede verse comprometida como resultado de la actividad minera, petrolífera o de extracción de gas.¹⁴⁰ Otros derechos relativos al trabajo, la vivienda, la educación o la seguridad social, también pueden ser directamente afectados como resultado de las actividades empresariales en el marco de proyectos de desarrollo o de extracción de recursos naturales.

Ante esta situación, el respeto por los Estados de los distintos estándares interamericanos desarrollados por vía jurisprudencial se vuelve una imperiosa necesidad, a fin de salvaguardar los derechos y prerrogativas de las personas que están bajo su jurisdicción. Aspectos como la consulta previa, libre e informada y el consentimiento¹⁴¹ en el marco de proyectos de desarrollo que afecten a pueblos indígenas, el respeto de los derechos de propiedad colectiva, o incluso el desarrollo de las actividades previas al inicio de un proyecto con la adecuada implementación de los estándares de debida diligencia y de evaluación de impacto en materia ambiental y social, se ven acompañados por los desarrollos generados por los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos.

137 Bohoslavsky, Juan Pablo, *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)*, Santiago, CEPAL, 2010, p. 37, quien define al enfriamiento regulatorio como “la inhibición que sufren las respectivas agencias estatales para modificar y mejorar la regulación, pues temen de alguna manera a las consecuencias legales que pueden sobrevenir...” El congelamiento, por consecuencia, es aquel en donde el Estado se ve paralizado totalmente para regular la actividad de inversionistas extranjeros.

138 Sobre esta cuestión, véase de forma general Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, OEA/Ser.L./V/II.Doc.47/15, 2015.

139 *Ibid.*, §§247-333, para un análisis pormenorizado de las distintas afectaciones a las que son sujetos los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes en el marco de las industrias extractivas.

140 Una mención notable merece el *fracking*, que se ha convertido en una práctica recurrente en América Latina, y de la cual se sospechan importantes impactos en los derechos humanos. Sobre esta cuestión, véase Short, Damien *et al.*, ‘Extreme energy, ‘fracking’ and human rights: a new field for human rights impact assessments?’, *The International Journal of Human Rights*, Vol. 19(6), 2015, pp. 697-736.

141 Para un análisis sobre esta cuestión, véase Patiño Palacios, Luz Ángela, ‘Fundamentos y práctica internacional del derecho a la consulta previa, libre e informada a pueblos indígenas’, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol. 7, 2014.

Algunos aspectos, como la evaluación de impacto en derechos humanos, o incluso la debida diligencia empresarial, complementan los estándares establecidos por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,¹⁴² por lo que su implementación como requisitos obligatorios en los marcos jurídicos internos permitiría *a priori* consolidar las responsabilidades y obligaciones tanto de los Estados como de los actores económicos que participan en los proyectos de desarrollo, definiendo de manera específica las expectativas en torno a su comportamiento y procedimientos y las posibles responsabilidades jurídicas y sanciones en que podrían incurrir en caso de incumplimiento.

Otra cuestión que es de marcada relevancia en el contexto de las industrias extractivas es la necesidad de proteger los derechos a la reunión pacífica y a la libre expresión en el marco de protestas sociales frente a proyectos de desarrollo que pueden generar impactos negativos en la forma de vida de los grupos aledaños a los sitios de actividad industrial. Dichos derechos, de forma conjunta con el derecho de acceso a la información pública, son parte de la labor desempeñada por defensores y defensoras de derechos humanos, quienes se enfrentan a constantes amenazas y violencia con motivo de su defensa de la tierra, del medio ambiente y de los pueblos indígenas.¹⁴³ Los Estados deben cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos en este ámbito, asegurando no sólo una protección efectiva al derecho a la libertad de expresión y de manifestación *pacífica* y la existencia de recursos jurídicos efectivos para hacer valer los derechos, sino cumpliendo con su papel de garante de los derechos humanos frente a las actividades de terceros, incluyendo empresas. Evitar la captura corporativa y velar por una protección efectiva de los derechos humanos es, en el marco de los proyectos de desarrollo de las industrias extractivas, uno de los principales retos a los que se enfrenta la región.

B. Las cadenas de suministro

Un segundo tema que tiene suma importancia para América Latina es el control de las cadenas de suministro de empresas con operaciones globales. Este tema, desde luego, no atañe de forma exclusiva a la regulación efectiva de parte de los Estados receptores de inversión, sino también a aquellos países de origen de las empresas.¹⁴⁴ Como se ha comenzado a discutir en ciertos ámbitos –particularmente en

142 Para un breve análisis sobre este punto, véase el capítulo sobre la debida diligencia en derechos humanos en este libro.

143 Consejo de Derechos Humanos, *Protección de los defensores de los derechos humanos, ya sean personas, grupos o instituciones, que trabajan en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales*, A/HRC/RES/31/32 (24 de marzo de 2016), § §1-2, 5-6, 13-15 y 17-18. Una iniciativa que vale la pena subrayar es la de incluir a los defensores y defensoras de derechos humanos en los Planes de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos. Sobre este punto, véase ISHR/ICAR, *Personas defensoras de derechos humanos en los Planes Nacionales de Acción (PNA) sobre empresas y derechos humanos*, 2016. Véase igualmente sobre algunos aspectos de esta cuestión el capítulo de Fernanda Hoppenhaym e Ivette González.

144 En ese sentido, como ya se ha señalado, es importante que las empresas latinoamericanas con operaciones transnacionales y sus Estados de origen desarrollen la legislación y regulación adecuada para que sus empresas desarrollen sus actividades con plena observancia del derecho internacional de los derechos humanos.

Europa,¹⁴⁵ aunque también de forma sectorial en los Estados Unidos¹⁴⁶–, uno de los principales aspectos que afectan la determinación de la responsabilidad jurídica de las empresas es la deslocalización de sus actividades, lo cual, aparejado con la teoría de la personalidad jurídica separada, en muchos casos impide que las empresas matrices vean comprometida su responsabilidad por los actos de sus filiales o cadenas de suministro.¹⁴⁷ Esta situación se replica en los diferentes ámbitos de la actividad industrial, incluyendo en los sectores extractivo, automotriz, agroalimentario,¹⁴⁸ textil, de telecomunicaciones, entre otros, lo cual implica un obstáculo más para que las víctimas puedan intentar obtener una reparación efectiva de los impactos negativos a sus derechos humanos.

Atender esta situación requiere de diversas medidas que corresponden tanto a los Estados como a las empresas, a fin de cumplir con sus respectivas responsabilidades en materia de derechos humanos. Por parte de los Estados, en particular de los receptores de inversión, es necesario asegurar no sólo que se respeten los derechos de seguridad e higiene en el trabajo, sino los demás aspectos de las operaciones empresariales que pueden afectar directa o indirectamente los derechos humanos. Se ha hecho un importante (y merecido) énfasis en las cuestiones laborales –notablemente en la erradicación del trabajo infantil, de los trabajos forzados o equiparables a esclavitud, y de la igualdad de hombres y mujeres en términos salariales, de prestaciones y de proyección laboral–, aunque no deben dejarse de lado otros aspectos como el derecho a una alimentación adecuada, al agua potable, a la vivienda digna o a la seguridad social. Las empresas tienen la posibilidad de coadyuvar a que los derechos sean satisfechos, a través de políticas de derechos humanos que garanticen que los derechos establecidos en la Carta Internacional de los Derechos Humanos –por lo menos– sean respetados y cumplidos en el marco de sus operaciones.

Es justo en este ámbito donde entran en juego las cuestiones de la transparencia y la presentación de informes sobre las medidas adoptadas para cumplir adecuadamente con estos derechos. Las empresas matrices, siguiendo buenas prácticas empresariales a nivel internacional –ante la falta de legislación o regulación al respecto a nivel nacional–, deben exigir (incluso a través de cláusulas contractuales) que sus filiales, socios comerciales y unidades en la cadena de valor informen de forma transparente

145 Los parlamentos de Francia, Suiza y Alemania se encuentran considerando en la actualidad la adopción de legislación que establezca una obligación para las empresas matrices de llevar a cabo debida diligencia en sus cadenas de suministro. A la fecha de escritura, ninguno de los proyectos ha sido adoptado en los parlamentos nacionales.

146 Notablemente en el caso de la sección 1502 de la Ley Dodd-Frank, que establece la obligación de presentación de informes sobre debida diligencia respecto a minerales de conflicto obtenidos en la República Democrática del Congo.

147 Existe una abundante literatura sobre esta cuestión, conocida como el levantamiento del velo corporativo. Para algunos ejemplos, véase Dávalos Torres, María Susana, ‘Corporate Veil Piercing: A Proposal for Mexico’, *Mexican Law Review*, Vol. V(1), 2012; De Schutter, Olivier, ‘Corporations and Economic, Social, and Cultural Rights’ in Riedel, Eibe, Giacca, Gilles y Golay, Christophe (eds.), *Economic, Social, and Cultural Rights in International Law: Contemporary Issues and Challenges*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 208-215; Deva, Surya, *Regulating Corporate...*, *op. cit.*, pp. 50-51.

148 Grupo de Trabajo sobre los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, *Informe del Grupo de Trabajo sobre los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/71/291 (4 de agosto de 2016), donde se analizan los impactos de la industria agro-industrial en los derechos humanos, con énfasis en los derechos de los pueblos indígenas.

sobre los impactos potenciales o reales detectados en sus operaciones, así como sobre la manera en que son mitigados, de ser posible con la participación de otros actores no gubernamentales que legitimen dicha información de forma objetiva.¹⁴⁹ Esto, al ser difundido públicamente, generaría no solo una importante presión social sobre las empresas para evitar abusos de derechos humanos, sino que permitiría a los gobiernos actuar cuando tengan conocimiento de posibles instancias de impactos negativos. Ciertamente, ello requiere que la administración pública nacional tenga la capacidad técnica y humana para atender los posibles casos que puedan presentarse, lo cual en sí representa un desafío importante para los Estados, ante las múltiples empresas que podrían ser sujetas de tal deber y la falta de profesionalización en los aparatos gubernamentales.

Por otra parte, la cuestión de las cadenas de suministro está en el centro del debate internacional sobre la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos. Todas las llamadas ‘empresas transnacionales’ trabajan bajo ese esquema, en el que a través de unidades en los distintos países desarrollan sus actividades con un objetivo común. La discusión sobre esta cuestión debe, por ello, estar en la mira del Grupo de Trabajo intergubernamental para la elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante, a fin de poder atender de forma objetiva y eficiente la problemática que rodea la regulación y control efectivo de los impactos negativos de las empresas en los derechos humanos.¹⁵⁰ Sería importante que en el contexto regional americano, tanto en el marco de la Organización de Estados Americanos como en el Unasur y Mercosur, se aborden estas cuestiones, a fin de diseñar medidas apropiadas para la realidad del continente.

C. La privatización de los servicios públicos

Un tercer ámbito relativo a la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos al que debe prestarse atención es a la privatización de servicios públicos. Esta cuestión, que tanta relevancia ha tenido en el contexto latinoamericano –en relación al agua potable,¹⁵¹ por ejemplo–, es particularmente difícil debido al amplio grado de participación de empresas privadas en la provisión de servicios básicos para la población. De forma general, se ha ligado esta cuestión a cierto tipo de servicios, como el agua potable o la electricidad; sin embargo, los mismos estándares son suficientemente amplios para alcanzar

149 Para un análisis sobre prácticas recientes en el sector extractivo en materia de transparencia sobre los ingresos en la cadena de valor, véase Milin, Zorka, ‘Mapping Recent Developments in Transparency of Extractive Industries’, *Business and Human Rights Journal*, Vol. 1(2), 2016, pp. 321-326.

150 Para un análisis sobre las posibilidades de supervisión empresarial en sus cadenas de suministro, de conformidad con las herramientas propuestas por los Principios Rectores, véase De Schutter, Olivier, ‘Corporations and Economic...’, *op. cit.*, pp. 215-217.

151 Debe recordarse al respecto los problemas que tuvieron lugar en Cochabamba, Bolivia, y Buenos Aires, Argentina, que incluso llevaron a disputas en materia de inversión. Para un análisis sobre esta cuestión, véase el capítulo de Alvaro Amaya y Enrique Prieto en esta obra. Véase igualmente Bohoslavsky, Juan Pablo, Martín, Liber y Justo, Juan, ‘The State Duty to Protect from Business-Related Human Rights Violations in Water and Sanitation Services: Regulatory and BITs Implications’, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 26, 2015.

otros rubros que en ocasiones escapan a la discusión general sobre la temática, como en el ámbito de la educación o de los servicios de salud, por mencionar algunos.

En relación a los bienes públicos que tradicionalmente se han ligado a la privatización, su relevancia reside en su carácter imprescindible para la vida digna, al ser derechos individuales o bien, elementos de derechos complejos.¹⁵² El principal, que incluso forma parte de los elementos necesarios para tener un estado de salud óptimo y de vivienda adecuada, es el derecho al agua potable. Al ser un elemento indispensable para la vida, los Estados deben garantizar que los prestadores de servicios cumplan con los diversos estándares existentes en la materia, incluyendo un acceso indiscriminado a ella y la protección frente a la contaminación o explotación inequitativa.¹⁵³ En relación a la vivienda digna, por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha interpretado que para satisfacer plenamente el derecho, las personas deben tener acceso a infraestructura y servicios adecuados, lo cual implica acceso al agua potable y a la electricidad (entre otros servicios) a precios asequibles,¹⁵⁴ mismos que deben establecerse incluso mediante estrategias público-privadas cuando el abasto sea garantizado por actores no estatales. Ante esta cuestión, el rol del Estado continúa siendo de supervisión efectiva del respeto a los derechos humanos por los actores privados, quienes deben a su vez establecer mecanismos apropiados para identificar posibles afectaciones a los derechos humanos y actuar en consecuencia para prevenirlos o mitigarlos.¹⁵⁵

El énfasis en ciertos derechos, sin embargo, no exime que los Estados deban establecer normas y mecanismos para regular de forma efectiva el comportamiento de actores privados en otros sectores.¹⁵⁶ Un claro ejemplo es en materia de educación y salud, en donde actores no estatales (usualmente sociedades civiles sin fines de lucro, aunque con importantes réditos económicos en muchos casos)¹⁵⁷ participan directamente en la provisión de servicios cuyo aseguramiento como derechos humanos debería recaer en el Estado.¹⁵⁸ En cuanto al primero de los casos, sobre las escuelas privadas, el Estado

152 Por este término, hago referencia a aquellos derechos estipulados en convenciones internacionales en la materia en los que concurren distintos elementos para su realización: por ejemplo, los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

153 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general N° 15: El derecho al agua (Artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/2002/11 (20 de enero de 2003), §§23-24, 33.

154 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general N° 4: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*, E/1992/23 (13 de diciembre de 1991), §8.

155 Para un excelente análisis de los prestadores de servicios públicos desde una perspectiva comparada, véase De Schutter, Olivier, 'Corporations and Economic...', *op. cit.*, pp. 204-208, donde señala que cuando un actor privado monopoliza la provisión de ciertos servicios básicos (como educación, vivienda, salud o alimentación), se le debe imponer la obligación de proveer esos bienes y servicios, a fin de garantizar que sean adecuados, accesibles y que estén disponibles para todos. No hacer lo anterior llevaría al Estado a una violación de sus propias obligaciones de derechos humanos.

156 Asamblea General, *Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación*, A/69/402 (24 de septiembre de 2014), §§55-60, 84-90.

157 *Ibid.*, §§32, 35.

158 Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 16 sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño*, CRC/C/GC/16 (17 de abril de 2013), §§33-34.

tiene la obligación de ejercer una regulación efectiva, de forma que dichos actores respeten el interés superior del niño,¹⁵⁹ y cumplan con los diferentes estándares internacionales de derechos humanos en la materia.¹⁶⁰ Lo anterior incluye la protección de la integridad física y mental de los menores –incluso frente a otros estudiantes–, e involucra otras cuestiones como el respeto a la privacidad, la no discriminación, el respeto a la diversidad cultural y la igualdad de oportunidades. Lo mismo ocurre en el sector salud, en donde los hospitales privados tienen igualmente responsabilidades de derechos humanos frente a las personas a quienes brindan servicios, y donde el Estado tiene una responsabilidad de protección a través de la fiscalización y regulación adecuadas.¹⁶¹ Lo anterior ha sido confirmado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos *Albán Cornejo*¹⁶² y *Ximenes Lopes*.¹⁶³ Estos dos ámbitos, que se podría considerar que caen dentro del rubro de “otras empresas” establecido en los Principios Rectores, son muestras de que el alcance de las responsabilidades empresariales en materia de derechos humanos no se limitan a aquellas grandes empresas petroleras, mineras o de la industria textil que tienen operaciones en múltiples jurisdicciones, sino que incluso abarcan las actividades de sociedades civiles o mercantiles que trabajan a nivel nacional o local en sectores sin fines de lucro.

En todos aquellos ámbitos que puedan ser sujetos de privatización o de externalización por parte de los Estados, estos tienen el deber de establecer obligaciones claras de respeto a los derechos humanos para los prestadores de los distintos servicios, así como de ejercer una supervisión permanente y efectiva que permita al Estado evitar abusos de derechos humanos en el marco de dichas actividades. Dichas obligaciones deberían estar presentes no sólo en la legislación o regulación pertinente, sino también

159 *Ibíd.*, §§15-17.

160 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general N° 13: El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*, E/C.12/1999/10 (8 de diciembre de 1999), §4.

161 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general N° 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/2000/4 (11 de agosto de 2000), §§35, 51.

162 Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, §§119-122. De singular importancia es el párrafo tercero del voto razonado del Juez García Ramírez en este caso, que se reproduce a continuación: “3. En estos supuestos, como en otros, el deber estatal no se reduce a las hipótesis en que el Estado mismo, a través de sus propias unidades, órganos o funcionarios, provee servicios de salud –esto es, atiende en forma inmediata la protección de la vida y de la integridad personal–, como ha sido característico del Estado social e incluso del régimen de prestaciones, germen de un derecho social, establecido por el antiguo Estado asistencial en el campo de la salud pública. Aquella obligación de respeto y garantía comprende –así lo estableció la Corte en el *Caso Ximenes Lopes* y lo reitera en la sentencia a la que acompaño este *Voto*-- tanto las situaciones en que se ha delegado un servicio, que los particulares brindan por encargo y cuenta del Estado, como la indispensable supervisión de servicios privados relativos a bienes del más alto interés social, que es el caso de la salud, cuya vigilancia compete inexcusablemente al poder público. A la hora de resolver sobre violación de derechos humanos y responsabilidades del Estado no se puede perder de vista la naturaleza privada de la institución y de los empleados, funcionarios o profesionales que actúan en ella; pero tampoco la relevancia pública y/o social de la función que aquéllos y ésta han asumido, a la que no pueden ser ajenos el interés, el deber y la supervisión del Estado.” (Énfasis añadido)

163 Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, §§89-90, 141.

en las licitaciones o contratos de delegación de los servicios, a fin de que las partes estén plenamente conscientes de lo que deben hacer para respetar los derechos humanos en sus operaciones.¹⁶⁴

VII. Los desafíos para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Ya hemos señalado en distintas partes de este capítulo introductorio las obligaciones y responsabilidades tanto de Estados como de empresas de proteger y respetar los derechos humanos, respectivamente. Toca ahora abordar de forma breve algunos de los retos a los que se enfrenta el Sistema Interamericano para intervenir en esta temática.¹⁶⁵ Debido a que otro capítulo de esta obra aborda específicamente dicha cuestión, nos limitaremos a un análisis breve sobre dos puntos: la necesidad de que el Sistema Interamericano introduzca dentro de su jurisprudencia y trabajo la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos con sus respectivos elementos –y la obligación del Estado de establecer marcos jurídicos apropiados para dicho fin–, y que se incorporen los estándares establecidos en relación a las empresas que son propiedad del Estado o que estén bajo su control, a fin de que sean entendidas como una extensión de la actividad del Estado.¹⁶⁶

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho énfasis desde su primera sentencia en la responsabilidad de debida diligencia que recae en el Estado, señalando que el hecho de que el Estado no sea el autor material de una violación no lo exime de responsabilidad, ante la posibilidad de que por omisión o falta de debida diligencia no haya prevenido un abuso a los derechos humanos.¹⁶⁷ Este principio, al que la Corte aludió en los ya citados casos de *Albán Cornejo* y *Ximenes Lopes*, podría evolucionar aún más en el contexto de las actividades de empresas privadas que generan impactos negativos en los derechos humanos, a través de la interpretación que se haga del segundo pilar de los

164 Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *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 (21 de marzo de 2011), Anexo, §5.

165 La presente sección se referirá solamente al sistema de casos y al potencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia. Para un análisis más completo sobre las posibilidades para el Sistema Interamericano, véanse el capítulo de Nicolás Carrillo Santarelli y el prólogo del Comisionado Paulo Vannuchi en esta obra, así como Cantú Rivera, Humberto, ‘Business and Human Rights in the Americas: Defining A Latin American Route to Corporate Responsibility’ in Carrillo Santarelli, Nicolás y Letnar Černič, Jernej (eds.), *Treaty or Not? Perspectives on the Proposed UN Treaty on Business and Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2017 (próximamente).

166 Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *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 (21 de marzo de 2011), Anexo, §4: “Los Estados deben adoptar medidas adicionales de protección contra las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas de su propiedad o bajo su control, o que reciban importantes apoyos y servicios de organismos estatales, como los organismos oficiales de crédito a la exportación y los organismos oficiales de seguros o de garantía de las inversiones, exigiendo en su caso, la debida diligencia en materia de derechos humanos.”

167 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, §172; véase igualmente Corte IDH. *Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, §111: “La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones *erga omnes* contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención.”

Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos. La Corte ya dio un primer paso en esa dirección, al referir en el caso de los Pueblos Kaliña y Lokono la obligación del Estado de proteger los derechos humanos, incluso frente a las actividades de terceros,¹⁶⁸ así como al reiterar que conforme a los Principios Rectores, “las empresas deben actuar de conformidad con el respeto y la protección de los derechos humanos, así como prevenir, mitigar y hacerse responsables por las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos.”¹⁶⁹ No obstante, se podría profundizar aún más en cuanto a su determinación.

Como la Corte reconoce en la sentencia, es necesario que los Estados establezcan los marcos jurídicos y políticos adecuados para que las empresas cumplan con su responsabilidad. A través de dicha acción, los Estados no dejarían al arbitrio de aquellas empresas bien intencionadas el respeto a los derechos humanos, sino que lo convertirían en una obligación jurídica que podría conllevar consecuencias legales en caso de incumplimiento. En ese sentido, alentar a los Estados a desarrollar su marco jurídico interno para establecer claramente que las empresas deben respetar los derechos humanos en el ámbito de sus operaciones es una prioridad a la que la Corte debe dedicar atención.¹⁷⁰

Otro aspecto significativo que derivaría del anterior punto sería que a través de dicha postura, la Corte podría estar en realidad exigiendo (de forma indirecta) que las empresas respeten los derechos humanos. Lo anterior podría ocurrir si la Corte, al revisar un caso concreto, encuentra que la empresa incumplió con el uso de mecanismos de debida diligencia en materia de derechos humanos, incluyendo de evaluación de impacto. Si bien el derecho de la responsabilidad internacional sólo comprometería al Estado, el autor de la violación de la norma primaria en cuestión lo sería la empresa,¹⁷¹ lo cual podría acarrear para ella consecuencias jurídicas a nivel interno,¹⁷² y extrajurídicas en términos financieros y de imagen.

Lo anterior implicaría no sólo una expectativa de que las empresas que trabajan en países miembros del Sistema Interamericano desarrollen dichos estándares y mecanismos, sino que los Estados a su

168 Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, §§222-226.

169 *Ibid.*, §224.

170 Gonza, Alejandra, ‘Integrating Business and Human Rights in the Inter-American Human Rights System’, *Business and Human Rights Journal*, Vol. 1(2), 2016, pp. 363-364, donde señala: “The Court did not fully embrace the UN GPs content to interpret the American Convention’s rights yet, as it has done with other widely accepted UN Principles, by directly requiring countries to adopt them in domestic law... The Court could further elaborate in the future the same interpretation method, pushing for a more concrete development of the corporations’ obligations in the specific case and ordering changes in domestic law.”

171 Para una reflexión sobre esta cuestión, véase Chetail, Vincent, ‘The Legal Personality of Multinational Corporations, State Responsibility and Due Diligence: The Way Forward’ in Alland, Denis et al. (eds.), *Unité et diversité du droit international: Écrits en l’honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy/Unity and Diversity of International Law: Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2014, pp. 121-123, y en especial 127. Véase igualmente De Schutter, Olivier, ‘Corporations and Economic...’, *op. cit.*, pp. 196-197, donde señala que la inexistencia de mecanismos internacionales de rendición de cuentas con competencia sobre empresas simplemente es una confirmación de que la norma primaria (que puede ser violada) existe, y que corresponde a los sistemas jurídicos nacionales determinar la forma (a través de normas secundarias) de establecer la responsabilidad por su violación.

172 Algunos de estos efectos son examinados brevemente en Gonza, Alejandra, *op. cit.*, pp. 362-363.

vez supervisen efectivamente que las empresas hagan uso de ellos al momento de planear proyectos o durante el desarrollo de los mismos. En ese sentido, el señalamiento del incumplimiento del estándar de debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos podría sentar un precedente importante sobre el potencial de que las empresas sean materialmente responsables de violaciones a derechos humanos.

Un segundo aspecto que el sistema interamericano debe atender es en relación a aquellas empresas que son propiedad del Estado o que son controladas por este.¹⁷³ Desde luego, al tener el Estado una participación importante en el proceso de toma de decisiones y de financiamiento de dichas empresas, estas tendrían una obligación tanto de proteger los derechos humanos en el ámbito de su competencia como de respetarlos a través de sus operaciones y relaciones comerciales.¹⁷⁴ Como el Grupo de Trabajo de la ONU ha señalado, ello implicaría que las empresas estatales lideren con el ejemplo,¹⁷⁵ particularmente a través del uso permanente de la debida diligencia y de las evaluaciones de impacto en derechos humanos, del uso de los Principios de Contratación Responsable,¹⁷⁶ de la referencia a los derechos humanos en cláusulas contractuales con sus proveedores, clientes y unidades de sus cadenas de suministro, y en los procesos de licitación que se lancen para la prestación de servicios.

La Comisión Interamericana y la Corte podrían tener un área de oportunidad importante en esta temática, puesto que la primera podría elaborar de forma detallada algunos instrumentos de orientación sobre las implicaciones que representaría para las empresas que son propiedad del Estado o controladas por este, de conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos y su Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la protección, promoción y garantía de los derechos humanos en el marco de sus operaciones. Por su parte, la Corte podría consolidar las responsabilidades establecidas en los Principios Rectores, convirtiendo el material del principio cuarto y del segundo pilar en obligaciones ineludibles para dichas empresas, e incluso contribuir al establecimiento de obligaciones extraterritoriales tanto para Estados como para empresas, en un momento en que varias empresas extractivas de Latinoamérica tienen una fuerte presencia fuera de sus países de origen.¹⁷⁷

¹⁷³ Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/32/45 (4 de mayo de 2016).

¹⁷⁴ *Ibid.*, §§22-37.

¹⁷⁵ *Ibid.*, §§45-87.

¹⁷⁶ Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Principles for responsible contracts: integrating the management of human rights risks into State-investor contract negotiations: guidance for negotiators*, A/HRC/17/31/Add.3 (25 de mayo de 2011). Este documento sólo se encuentra disponible en inglés.

¹⁷⁷ Véase Deva, Surya, 'Business and Human Rights, or the Business of Human Rights: Critical Reflections on Emerging Themes' in Andreassen, Bard A. y Vinh, Vo Khanh (eds.), *Duties Across Borders: Advancing Human Rights in Transnational Business*, Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 33-34: "In a globalised and interconnected world, extraterritorial regulatory measures are becoming critical for states to fulfil their obligations under national as well as international law. The same could be said about regulating the activities of MNCs."

Ciertamente, existen muchas áreas en que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos puede influir para desarrollar esta temática, así como para refinar los estándares aplicables tanto a Estados como a empresas para la promoción, protección y respeto de los derechos humanos en el contexto de las actividades (transnacionales o locales) de las empresas. Su rol en este ámbito en los años a venir será fundamental para guiar la introducción y adopción de esta temática en los Estados que forman parte de este sistema regional de protección de los derechos humanos.

VIII. El final del comienzo: presentación de la obra colectiva

El contenido incluido en este capítulo introductorio busca presentar al lector algunas breves reflexiones sobre los desafíos que la globalización impone para la protección y el respeto de los derechos humanos por las empresas (con operaciones transnacionales o locales). Sin embargo, la diversificación que ha tenido esta temática en los cinco años desde la adopción de los Principios Rectores (como se aborda, por ejemplo, en una de las secciones del capítulo), incluyendo en la posibilidad de desarrollar un instrumento internacional jurídicamente vinculante, así como las particularidades de su implementación en distintos países y contextos, llama a un análisis a profundidad de esta cuestión.¹⁷⁸

Esta obra busca precisamente responder a esa necesidad, tomando como punto de partida la especificidad del contexto latinoamericano frente a la inversión extranjera y en torno a la protección de los derechos reconocidos en distintos instrumentos universales y regionales. Así, esta obra está dividida en tres grandes secciones tras el capítulo introductorio, que buscan abarcar diversos puntos de vista y análisis sobre problemáticas específicas, tanto a nivel nacional como en relación a cuestiones temáticas. Desde luego, la identidad en muchos de los temas permitiría que estos fueran análisis temáticos o de país de forma intercambiable, por lo que la división obedece en realidad al enfoque transnacional (en todo el sentido de la palabra) o nacional del estudio.

La primera sección se dedica al *desarrollo internacional* de la cuestión de las empresas y los derechos humanos. En ella se encuentran cuatro capítulos que buscan brindar al lector un panorama general de la cuestión, comenzando por el capítulo del Dr. Nicolás Carrillo Santarelli, quien presenta un excelente análisis sobre los retos y posibilidades de desarrollo de esta temática en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Acompaña esta excelente reflexión otro estudio de gran calidad, en donde el Dr. Carlos López presenta un capítulo dedicado a los desafíos a los que se enfrenta el proyecto de elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante, que actualmente se discute en el seno del Consejo de Derechos Humanos, y que a la fecha de aparición de esta obra habrá recién concluido su segunda sesión. Un tercer capítulo, preparado por el Dr. Jernej

¹⁷⁸ Distintas líneas de investigación quedan pendientes para futuros proyectos, incluyendo el rol y desempeño de los Puntos de Contacto Nacional de la OCDE de los países latinoamericanos (México, Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica y Brasil), la práctica de empresas latinoamericanas en el respeto a los derechos humanos, el papel de las empresas en el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible y la Agenda 2030, entre otros.

Letnar Černič, aborda los desarrollos recientes en esta temática a nivel internacional, haciendo un énfasis particular en el trabajo desarrollado por las instituciones europeas y su posible impacto para la región latinoamericana. Por último en esta sección, el Profesor Joseph Thompson, director ejecutivo del IIDH, traza la evolución de los sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, enfatizando la transición del Estado como sujeto único obligado bajo el derecho internacional, al sector privado como un sujeto con responsabilidades específicas.

Una segunda sección, que consta de siete capítulos, aborda algunos desafíos en la temática de las empresas y su responsabilidad en materia de derechos humanos *a nivel nacional*. El principal enfoque de esta sección es hacer un análisis sobre algunos avances y desafíos que persisten en la implementación de los Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos en los países de América Latina. El primero de ellos, escrito por el Dr. Jorge Toledo, hace un análisis y un recuento de la jurisprudencia de los tribunales federales mexicanos en diversos aspectos relativos a esta cuestión, señalando algunos de los avances que se han logrado a través de la interpretación judicial en la protección de los derechos humanos frente a la actividad empresarial. Otro capítulo, presentado por Mauricio Lazala y Amanda Romero del renombrado Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos (*Business & Human Rights Resource Centre*), hace un balance sobre la implementación de los Principios Rectores en Colombia, que aborda desde la relación de John Ruggie con las empresas colombianas para “probar” la efectividad de los mecanismos de reparación, hasta la relación de este instrumento con el actual proceso de paz, pasando por el rol de las empresas en un contexto de conflicto armado. Un tercer capítulo de esta sección es presentado por Ana Claudia Ruy Cardia, quien aborda los desafíos que se han encontrado en Brasil para la implementación de los Principios Rectores –incluyendo en la complejidad para iniciar el proceso hacia un Plan de Acción Nacional en la materia–, haciendo un énfasis importante en las recomendaciones del Grupo de Trabajo de la ONU en su primera visita a un país latinoamericano, tras la importante tragedia ambiental que vivió el país en 2015 como resultado del desastre minero por el rompimiento de una presa en Mariana.

Por otra parte, Stéphanie Gervais presenta un interesante análisis sobre los impactos de los acuerdos de libre comercio para la protección de los derechos humanos en el sector minero de El Salvador y Costa Rica, tomando algunos ejemplos prácticos para identificar los desafíos de los países frente a las cláusulas de estabilización y su efecto de ‘enfriamiento regulatorio’ para los países receptores de inversión. El quinto capítulo de esta sección, a cargo de Rodrigo Varela, aborda diversos aspectos temáticos en relación al caso ecuatoriano: en específico, se abordan tanto el derecho de identidad cultural de los pueblos indígenas del Ecuador como el rol de las mujeres indígenas defensoras de la Pachamama en el contexto de las actividades empresariales. El sexto estudio de esta sección de análisis de país se concentra en el caso del Perú, en donde Gustavo Zambrano analiza el rol que los Principios Rectores pueden tener en el sector de los hidrocarburos, y en particular para lograr un comportamiento responsable con los derechos humanos de las empresas petroleras en el país andino. El último estudio

de esta sección, un magistral aporte de Gabriel Pereira y la Profesora Leigh Payne de la Universidad de Oxford, analiza el caso argentino desde la innovadora perspectiva de la justicia transicional, ligando directamente la complicidad empresarial durante la dictadura militar con la necesaria rendición de cuentas, incluyendo en cuanto a la comisión de crímenes por actores económicos, para lograr la verdad, reparación y justicia.

En los estudios incluidos en la sección final del libro, en relación a *aspectos temáticos* de la cuestión de las empresas y los derechos humanos, el primero de ellos es aportado por Paloma Muñoz Quick, Asesora experta en América Latina del Instituto Danés de Derechos Humanos, quien aborda el rol de los Planes de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos para lograr la reconciliación en países en transición. Este estudio, íntimamente ligado con el de Gabriel Pereira y Leigh Payne, es un excelente ejemplo en torno a la versatilidad de estas herramientas para atender otros aspectos de derechos humanos y el lugar de las empresas en los espacios democráticos nacionales (como en el caso colombiano y su papel en la construcción de paz). Tras ese primer artículo de la tercera sección, la obra cuenta con la valiosa aportación del Defensor del Pueblo del Ecuador, Dr. Ramiro Rivadeneira Silva, quien hace un análisis sobre las áreas de oportunidad que deben ser aprovechadas –y explotadas– por las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (INDH) del subcontinente latinoamericano. En contraste con la aportación anterior, el Dr. Ramiro Rivadeneira cuestiona incluso la homogeneidad que se busca establecer con los Planes de Acción, a la vez que señala la oportunidad para las INDH de trabajar la temática desde diversas perspectivas, incluyendo del señalamiento de la responsabilidad del Estado por omisión en la regulación de la actividad de las empresas. El tercer capítulo, a cargo de Kathia Martin-Chenut y Camila Perruso, aborda un caso emblemático para la región (y para el mundo, en vista del llamado del Ecuador a desarrollar un tratado sobre empresas y derechos humanos): el célebre caso de Chevron-Texaco en Lago Agrio, y la saga judicial que este asunto ha desencadenado en por lo menos seis países del mundo, entre demandas civiles, litigios arbitrales e intentos de ejecución de la sentencia ecuatoriana en el extranjero. Este asunto, que relata de manera precisa el caso en sus diferentes instancias, es ligado a un proyecto respecto a la elaboración de un instrumento convencional sobre crímenes ambientales y ecocidio, lo cual claramente denota la íntima relación entre la protección del medio ambiente y los derechos humanos.

El cuarto capítulo de esta sección de estudios temáticos aborda una de las cuestiones que más han sido exploradas en la región interamericana, tanto a nivel académico como por el Sistema Interamericano: los pueblos indígenas y las industrias extractivas. En su análisis, Nick Middeldorp aborda tanto el derecho al consentimiento previo, libre e informado como el papel del sector privado en la articulación del conflicto, cuestionando –como el título de su excelente contribución lo indica– el hecho de que los derechos humanos sean sacrificados ante la ‘prioridad’ (a los ojos de los gobiernos) del desarrollo socioeconómico. Un quinto capítulo es aportado desde la visión y práctica de los defensores (en este caso defensoras) de derechos humanos, en donde Fernanda Hopenhaym e Ivette González

de la organización de la sociedad civil PODER relatan enfáticamente dos aspectos: el papel de los defensores y defensoras de derechos humanos en la elaboración de los Planes de Acción Nacional –con un énfasis en su experiencia en la elaboración de dicho programa en México–, y la necesidad de que los informantes (*whistleblowers* en inglés) estén incluidos en dichas iniciativas y sean protegidos para garantizar un monitoreo plural de las actividades de empresas y gobiernos que puedan ser contrarias a la protección y respeto de los derechos humanos. Su visión práctica, a partir de la experiencia mexicana, aporta una dosis de realidad sobre las dificultades a las que se enfrentan diariamente las organizaciones de la sociedad civil que trabajan en este ámbito.

Tras estos interesantes análisis, toca el turno a Enrique Prieto Ríos y Álvaro Amaya, profesores colombianos que abordan una temática fundamental para la región latinoamericana (pero que bien podría ser aplicable al contexto africano o del sudeste asiático): la práctica jurídica en materia de arbitraje de inversión frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tomando como ejemplos algunos litigios arbitrales de empresas contra los Estados de Bolivia y Argentina, este capítulo aborda las dificultades que existen para la protección de los derechos humanos ante la fragmentación del derecho internacional, y sugieren que los Principios Rectores funjan como una herramienta hermenéutica que permita a los tribunales de inversión considerar los argumentos a favor de la protección de los derechos humanos al conocer de un litigio entre empresas y Estados. En el siguiente capítulo –de mi autoría–, séptimo de esta sección, se aborda una cuestión que ha recibido mucha atención desde la adopción de los Principios Rectores (e incluso desde 2007, cuando el Representante Especial hizo un análisis en uno de sus informes sobre las evaluaciones de impacto en derechos humanos): la debida diligencia en materia de derechos humanos. El capítulo aborda en primer lugar la experiencia de la Corte Interamericana en esta temática, antes de hacer énfasis en la debida diligencia empresarial conforme a su planteamiento en los Principios Rectores. Finalmente, propone que la Corte Interamericana puede establecer jurisprudencialmente una obligación explícita para los Estados –y de forma secundaria, para las empresas– de asegurarse que los órganos de la sociedad que se encuentran bajo su jurisdicción utilicen todas las herramientas a su alcance para identificar, prevenir o mitigar –y eventualmente reparar– los impactos negativos en los derechos humanos y el medio ambiente que puedan tener lugar. De tal forma, el desarrollo de una obligación internacional indirecta para las empresas podría tener lugar, además de permitir un refinamiento de los estándares aplicables para los Estados en relación a su obligación de debida diligencia.


Finalmente, el último capítulo de esta colección lo presenta Santiago Ramírez Reyes, quien aborda una de los aspectos de la temática de las empresas y los derechos humanos que necesita un mayor desarrollo a nivel internacional: la protección de los derechos humanos a través de los mecanismos del derecho internacional privado. En su contribución, el maestro Ramírez Reyes analiza específicamente las reglas de conflicto de jurisdicción, señalando que en el caso de litigios involucrando abusos a derechos humanos como resultado de la actividad empresarial, el derecho internacional privado debe

entrar a sustituir las reglas de competencia jurisdiccional reconocidas por el derecho internacional público (basadas en un esfuerzo por evitar conflictos diplomáticos en relación a la soberanía), en el ánimo de garantizar la existencia de un foro apropiado que escuche la queja de las víctimas (de forma imparcial, desde luego). Este interesante estudio representa una interesante línea de investigación, que merece ser explotada debido a las importantes aportaciones –y clarificaciones– que esta cuestión puede presentar al debate sobre la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos.¹⁷⁹

Esta obra, que incluye veinte capítulos de reconocidos practicantes y académicos, debe servir para fomentar la discusión sobre los avances y desafíos, tanto a nivel nacional como regional y temático, que implica la actividad empresarial y sus impactos en los derechos humanos en América Latina. Afortunadamente, expertos en derechos humanos de distintas organizaciones internacionales han decidido apoyar esta obra colectiva, a través de la contribución de un prefacio y de un prólogo. Así, Paulo Vannuchi, encargado de la futura Relatoría sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, presenta un prefacio sobre la importancia de este proyecto para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Por su parte, Surya Deva, miembro del Grupo de Trabajo de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos, subraya algunos de los desafíos que se encuentran presentes en este ámbito a nivel internacional y regional, y que deben ser atendidos por los Estados en el ánimo de brindar una protección efectiva a los derechos humanos frente a los efectos negativos de las actividades empresariales.

Espero sinceramente que este material y las ideas presentadas a lo largo de estos veinte capítulos sean de interés y utilidad a una amplia gama de actores, y que contribuyan a la reflexión y acción sobre la importancia de proteger los derechos humanos frente a la actividad empresarial en América Latina. En pleno siglo XXI, donde se discuten importantes temas como la sostenibilidad y el cambio climático, el reconocimiento de la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos –y a través de ese respeto, contribuir a su protección y realización– es un elemento fundamental para cumplir los objetivos políticos, jurídicos y económicos de la sociedad global.

¹⁷⁹ En efecto, en el marco de la Academia Internacional de Derecho Comparado, la Profesora Catherine Kessedjian dirige en la actualidad un proyecto transregional sobre los *Aspectos de derecho internacional privado de la responsabilidad social de las empresas*, cuyos resultados serán presentados en la sesión de 2018 de dicho organismo en Fukuoka, Japón, y que aborda precisamente esta incipiente línea de investigación.



**PANORAMA
INTERNACIONAL**

La promoción y el desarrollo de la protección de los derechos humanos frente a abusos empresariales en el sistema interamericano

*Nicolás Carrillo Santarelli**

SUMARIO: I. Introducción. II. La importancia de que el Sistema Interamericano se ocupe de las empresas y los derechos humanos. III. La importancia del reconocimiento de la confluencia de los pilares de respeto empresarial y reparaciones con la horizontalidad plena y no únicamente transversal de los derechos humanos en el Sistema Interamericano. IV. Estrategias y dinámicas que pueden permitir a la Comisión y la Corte diseñar y exigir el respeto empresarial de los derechos humanos. V. Posibles contribuciones de los órganos del Sistema frente a cuestiones complejas sobre las empresas, los Estados y los derechos humanos. VI. Conclusiones.

I. Introducción

Hoy día es imposible ignorar los debates acerca de la necesidad de promover y reforzar la implementación de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos (en adelante, los Principios Rectores) y el desarrollo de normas internacionales que obliguen directamente a las empresas a respetar (y, excepcionalmente, a proteger) derechos humanos.

Tampoco puede ignorarse que el resultado de aquellos debates puede tener un impacto en la suficiencia o no de la protección de quienes han sufrido abusos empresariales, como ha sucedido con las víctimas de agresiones armadas en las que una empresa haya sido cómplice, quizá lucrándose; de quienes han visto sus tierras usurpadas o quienes han padecido una afectación en sus derechos sociales, económicos y culturales, como derechos laborales o de acceso al agua. De hecho, órganos de control en las Naciones Unidas han reconocido cómo aquellos actores pueden afectar el goce y ejercicio de esos derechos y se han pronunciado incluso en concreto sobre las empresas, como ha hecho el Comité de los Derechos del Niño.¹

* Doctor en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales por la Universidad Autónoma de Madrid; Profesor de la Universidad de La Sabana (Colombia).

¹ Ver, por ejemplo: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *General comment No. 23 (2016) on the right to just and favourable conditions of work (article 7 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural*

Aquellos debates han tenido prominencia en escenarios académicos y en las Naciones Unidas, pero también han experimentado un interesante desarrollo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, donde pueden recibir un gran impulso que puede incluso promover desarrollos fuera del sistema, como sucedió con la influencia del *uti possidetis iuris*, originalmente americano.² El Sistema está llamado a pronunciarse al respecto, teniendo en cuenta que en la región hay problemas particulares sobre empresas y derechos humanos, por ejemplo en relación con los derechos de los pueblos indígenas y sus integrantes.

Este capítulo tiene cuatro propósitos: en primer lugar, examinar por qué es importante que el Sistema Interamericano se ocupe del asunto de las empresas y los derechos humanos, en tanto su misión le exige pronunciarse sobre el tema en pro de quienes estén en situación de vulnerabilidad. En segundo lugar, estudiar si el énfasis en la horizontalidad de los derechos humanos, tal y como ha sido entendido por parte de sus órganos, es apropiado a la luz de la protección plena y efectiva y de la necesidad de integrar los tres principios o pilares sobre empresas y derechos humanos,³ incluyendo los de respeto empresarial y de reparación y no solo el de protección a cargo del Estado. En tercer lugar, se busca estudiar cómo aquellos órganos pueden promover la protección de los derechos humanos frente a posibles abusos empresariales en el ejercicio de sus distintas funciones: contenciosas, de promoción y consultivas; y en todas sus actividades o procesos de interacción con estándares sobre derechos humanos, como la emisión de informes o comunicados de prensa. Por último, me propongo indagar por los ámbitos en los que puede haber contribuciones importantes por parte del Sistema Interamericano en temas espinosos, como sucede con las discusiones sobre deberes extraterritoriales de los Estados. Una idea subyacente que permea todo el texto es que, para que la protección de los derechos humanos tenga posibilidades de ser plenamente efectiva e integral, es importante que se desarrolle y clarifique que el respeto empresarial de los derechos humanos no puede ser únicamente voluntario.

Rights), E/C.12/GC/23 (8 de marzo de 2016), párrs. 51, 70, 74-76; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *General recommendation No. 34 on the rights of rural women*, CEDAW/C/GC/34 (4 de marzo de 2016), párrs. 13, 25, 80; Comité de los Derechos del Niño, *Observación general No 16 (2013) sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño*, CRC/C/GC/16 (17 de abril de 2013).

2 Sumner, Brian Taylor, 'Territorial Disputes at the International Court of Justice', *Duke Law Journal*, Vol. 53, 2004, p. 1790; Corte Internacional de Justicia, *Frontier Dispute (Burkina Faso v. República de Mali)*, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 554, párrs. 20-26.

3 La descripción de estos tres principios o pilares de "proteger, respetar y remediar" se encuentra en: Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*, A/HRC/8/5 (7 de abril de 2008), párr. 9; Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *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 (21 de marzo de 2011).

II. La importancia de que el Sistema Interamericano se ocupe de las empresas y los derechos humanos

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y sus dos órganos principales, la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos (en adelante, la Comisión y la Corte, respectivamente) han sido actores progresistas que con su jurisprudencia y acciones, tenidas en cuenta en otros ámbitos, han contribuido al desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos,⁴ abordando abusos y problemas sistemáticos en América e indicando qué deben hacer los Estados frente a ellos. Además, han ofrecido esperanza⁵ y protección a víctimas que no la hallaron en el ámbito interno. Por todo esto, la Corte y la Comisión gozan de *auctoritas* y han ganado un merecido respeto (y el rechazo de quienes se aferran a una noción errada, exagerada e injustificada de la soberanía, como Venezuela).⁶

Con el desarrollo de la noción del control de convencionalidad,⁷ la Corte ha intentado involucrar a los actores internos en la promoción de su percepción sobre el sistema, buscando un ahorro de sus escasos recursos⁸ (evitando duplicidades de casos) y la generación de dinámicas multinivel en las que

4 Ver, por ejemplo: Burgorgue-Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya, *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. xxx-xxxiii; Corte Internacional de Justicia, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 639, párr. 68; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, *Case of Marguš v. Croatia*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 27 de mayo de 2014, párrs. 60-66, 111, 131, 138.

5 Sobre el papel de los órganos internacionales en cuanto a ofrecer esperanza a las víctimas que no hallaron protección a nivel interno, véase: Voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade en Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de Septiembre de 1998. Serie C No. 41, párr. 35.

6 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 'CIDH lamenta decisión de Venezuela de denunciar Convención Americana sobre Derechos Humanos', comunicado de prensa del 12 de septiembre de 2012; Carrillo Santarelli, Nicolás, 'Venezuela denuncia la Convención Americana sobre Derechos Humanos (breves ideas sobre la autocrítica de los órganos de supervisión sin renunciar a los principios de protección)', *Aquiescencia* (blog de derecho internacional), 12 de septiembre de 2012, disponible en: <http://aquiescencia.net/2012/09/12/venezuela-denuncia-la-convencion-americana-sobre-derechos-humanos-breves-ideas-sobre-la-autocritica-de-los-organos-de-supervision-sin-renunciar-a-los-principios-de-proteccion/> (última visita: 7 de abril de 2016)

7 Presento un análisis crítico sobre cómo concibe la Corte Interamericana de Derechos Humanos el control de convencionalidad y las implicaciones jurídicas y políticas de tal noción en: Carrillo Santarelli, Nicolás, 'La legitimidad como elemento crucial de la efectividad de pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante casos complejos y desafíos regionales', *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 18, 2015, págs. 5-6, 8, 9-13, 22, 34, 44. Un estudio crítico y profundo muy interesante sobre el control de convencionalidad se encuentra en: Castilla Juárez, Karlos A., '¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados', *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIII, 2013.

8 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Corte presenta informe anual ante Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA*, comunicado de prensa, Corte IDH_CP-07/16 Español; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Corte dio a conocer grave situación presupuestaria ante Consejo Permanente de la OEA*, comunicado de prensa, CorteIDH_CP-06/16 Español; Andes (Agencia Pública de Noticias del Ecuador y Suramérica), *Recorte de fondos podría colapsar al sistema interamericano de derechos humanos, alerta juez ecuatoriano*, disponible en <http://www.andes.info.ec/es/noticias/recorte-fondos-podria-colapsar-sistema-interamericano-derechos-humanos-alerta-juez>; Caldas, Roberto, *Corte IDH, en crisis: Presidente del organismo pide contribución económica directa de estados sin pasar por OEA*, *Ecuadorinmediato.com*, 10 de marzo de 2016, disponible en http://www.ecuatorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=2818797880 (última visita a las páginas web: 7 de abril de 2016)

distintos actores, internos e internacionales, particulares y estatales, sean verdaderos participantes del Sistema Interamericano.⁹

Dada la importancia del Sistema Interamericano, es necesario indagar las razones por las que surgen los movimientos que esgrimen la bandera de la protección de los derechos humanos frente a abusos empresariales, para examinar cuál es su misión al respecto. En ese sentido, es útil hacer un análisis de las dinámicas de movimientos sociales que claman por una defensa más robusta. Un notable ejemplo es el de la Alianza por el Tratado o *Treaty Alliance*, que apoya la propuesta ecuatoriana y sudafricana de adoptar un tratado sobre empresas y derechos humanos. Este movimiento es una expresión de la llamada *nueva diplomacia global*, que describe estrategias y alianzas no estatales que promueven la adopción y el desarrollo progresivo de normas favorables a la defensa del ser humano.¹⁰ Además, ha existido un impulso importante de la agenda por parte de distintos Estados en desarrollo (los industrializados han sido reacios o incluso contrarios a su agenda, quizá por intereses económicos).¹¹ El análisis de la postura de aquellos Estados, deteniéndose en la adoptada por los latinoamericanos,¹² es interesante para el Sistema Interamericano, cuya dimensión convencional central y judicial no cuenta con la participación de las principales economías del continente americano: los Estados Unidos de América y Canadá.¹³ En consecuencia, los participantes no gubernamentales y estatales en el Sistema pueden estar interesados en que la Corte y la Comisión favorezcan un impulso en la protección frente a los abusos corporativos.

Por otra parte, considero que debe tenerse en cuenta que los órganos e instrumentos del Sistema Interamericano han favorecido la dimensión de especialización de la protección internacional de los derechos humanos, que clama por la defensa y garantías de personas en situaciones que ameriten o requieran una protección especial o intensa a su favor. Aquella protección especial se ha dado en dos

9 Acerca de la importancia de que los sistemas de protección de los derechos humanos y regímenes internacionales operen con la contribución de actores de múltiples órdenes y niveles, incluido el interno, para que ellos sean efectivos, ver: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Statement issued by the President of the European Court of Human Rights (Jean-Paul Costa) concerning Requests for Interim Measures (Rule 39 of the Rules of Court)*, p. 2, disponible en http://www.strasbourgconsortium.org/content/blurb/files/20110211_ART_39_Statement_EN.pdf (última visita: 8 de abril de 2016); Peters, Anne, 'Humanity as the A and Ω of Sovereignty', *European Journal of Human Rights*, Vol. 20, 2009, pp. 535-536, 544.

10 Sobre aquella diplomacia no estatal y la *Treaty Alliance*, ver: Movimiento Global por un Tratado Vinculante (<http://www.treatymovement.com>); Pérez-Prat Durbán, Luis, 'Actores no estatales en la creación y aplicación del Derecho Internacional' in Abellán-Honrubia, Victoria y Bonet-Pérez, Jordi (Eds.), *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del Derecho Internacional Público: Los actores no estatales: Ponencias y estudios*, Barcelona, J. M. Bosch, 2008.

11 El Mundo (España), *Dan el primer paso para crear una ley que obligue a las transnacionales a respetar los Derechos Humanos*, 26 de junio de 2014; Carrillo Santarelli, Nicolás, 'Se aprueba resolución que establece grupo de trabajo que elaborará un tratado sobre empresas y derechos humanos', *Aquiescencia* (blog de derecho internacional), 26 de junio de 2014, disponible en: <http://aquiescencia.net/2014/06/26/se-aprueba-resolucion-que-establece-grupo-de-trabajo-que-elaborara-un-tratado-sobre-empresas-y-derechos-humanos/> (última visita: 8 de abril de 2016).

12 Cantú Rivera, Humberto, 'The UN Guiding Principles in the Americas: Moving Forward?', *Measuring Business & Human Rights*, 24 de diciembre de 2015, disponible en: <http://blogs.lse.ac.uk/businesshumanrights/2015/12/24/forum-series-the-un-guiding-principles-in-the-americas/> (última visita: 20 de mayo de 2016).

13 Convención Americana sobre Derechos Humanos 'Pacto de San José de Costa Rica', *Estado de Firmas y Ratificaciones*, disponible en <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2a.htm> (última visita: 8 de abril de 2016).

circunstancias en el derecho internacional general: frente a individuos que por razones históricas o sistemáticas han sufrido y sufren persecución o riesgos especiales de victimización, como las mujeres, personas integrantes de pueblos indígenas, con discapacidad o pertenecientes a ciertas etnias y credos, entre otras, quienes incluso pueden legítimamente ser beneficiarias de medidas de “discriminación positiva”;¹⁴ y en relación con situaciones o conductas graves, como la tortura y la desaparición forzada, cuya disuasión y reproche ameritan un tratamiento especial.

Si se tiene en cuenta que el contexto actual se caracteriza por la interdependencia y la presencia de actores con gran poder económico e influencia, podría pensarse que la especialización también debería de ocuparse de actores cuyo *modus operandi* y características generen determinados riesgos de impunidad, vulnerabilidad o desprotección, como podrían serlo las empresas. Así como la protección de los derechos humanos se internacionalizó debido a la consciencia sobre la insuficiencia de contar exclusivamente con su protección en el plano interno,¹⁵ es preciso reconocer que distintos factores hacen que los sistemas tradicionales centrados en el deber estatal de garantizar protección deja desprotegidas a algunas víctimas de abusos corporativos. Además de esto, en algunas circunstancias concurren distintas justificaciones que exigen una protección especializada, como sucede con los pueblos indígenas que son particularmente vulnerables frente a riesgos de abusos empresariales.

De hecho, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha prestado una creciente atención a cuestiones sobre empresas y derechos humanos en la región, como se vislumbra en sus informes. Pueden mencionarse el informe temático relativo a los *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*¹⁶ o su informe de país sobre Ecuador de 1997.¹⁷ Además, en su informe de 2015 sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, la Comisión identificó acusaciones sobre abusos y presiones empresariales indebidas y abusos del personal de seguridad de algunas empresas, afirmando que es necesario que el Estado regule la conducta empresarial en el sector de la seguridad y que las tareas que tienen las empresas no lo descargan de sus obligaciones.¹⁸ Esta última cuestión también fue objeto de la atención de la Comisión en sus informes *Violencia, niñez y crimen organizado* y sobre pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes e industrias extractivas, en los que dedicó unas líneas al llamado de atención sobre la necesidad de que haya

14 Sobre la discriminación positiva, ver: Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 104.

15 Vid. Gómez Isa, Felipe, ‘International Protection of Human Rights’ in Gómez Isa, Felipe y de Feyter, Koen (Eds.), *International Protection of Human Rights: Achievements and Challenges*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, pp. 19, 26.

16 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56/09 (30 de diciembre de 2009).

17 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*, OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev. 1 (24 de abril de 1997).

18 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Situación de los derechos humanos en Guatemala: Diversidad, desigualdad y exclusión*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 43/15 (31 de diciembre de 2015), párrs. 137, 138, 140, 144, 216, 482, 494; Reinisch, August, ‘The Changing International Legal Framework for Dealing with Non-State Actors’ in Alston, Philip (Ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 75-76, 80-82.

regulaciones adecuadas sobre las funciones, armamentos y control de las empresas de seguridad privada.¹⁹

Debido a su importancia, para el debido cumplimiento de sus funciones, es trascendental que la Comisión y la Corte se ocupen de la protección y promoción de los derechos humanos frente a las empresas. La inquietud que surge es si su acción será plenamente efectiva y significativa si se empeñan en adoptar un enfoque tradicional centrado en los deberes estatales y la idea de que el Estado es el único responsable en asuntos de derechos humanos. Es preciso reconocer que razones estatutarias y convencionales, y además ciertos prejuicios y asunciones conceptuales, han llevado a concentrarse de forma excesiva y casi exclusiva en las obligaciones de los Estados. No obstante, tanto la Corte como la Comisión han dado pasos que pueden llevar a una promoción más completa y a la identificación de la responsabilidad de respeto por parte de las empresas, como demuestran la opinión consultiva 18 y la sentencia de fondo de la Corte en el caso *Kaliña y Lokono contra Surinam*,²⁰ entre otros desarrollos, como se explica más adelante.

III. La importancia del reconocimiento de la confluencia de los pilares de respeto empresarial y reparaciones con la horizontalidad plena y no únicamente transversal de los derechos humanos en el Sistema Interamericano

En algunos casos a los que se han enfrentado la Comisión y la Corte ha habido participantes no estatales en las violaciones. La idea básica sobre las implicaciones de esto fue expresada por la Corte en su primera sentencia contenciosa. Así, en *Velásquez Rodríguez* afirmó que si se presenta un “hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular”, el Estado tendrá el deber (de medios, debe entenderse, según se indica a continuación) de “prevenir [...] la violación”, con una “debida diligencia”, y de responder a ella investigando “seriamente con los medios a su alcance” aquellas violaciones cometidas “en el ámbito de su jurisdicción”, imponiendo “las sanciones pertinentes” y asegurando a las víctimas “una adecuada reparación”.²¹

Las anteriores consideraciones, por una parte, resaltan la idea de que actores privados fácticamente pueden participar en la violación de derechos humanos, lo que exige a las autoridades prevenir y

¹⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia, niñez y crimen organizado*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 40/15 (11 de noviembre de 2015), párr. 85; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 47/15 (31 de diciembre de 2015), párr. 125.

²⁰ Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309; Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

²¹ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrs. 172, 172.

responder. Pero por otra parte, pone de relieve que puede suceder que “con los medios a su alcance”, aún actuando de forma diligente, el Estado no logre asegurar la protección y reparación de las víctimas, lo cual exige preguntarse cómo han de ser protegidas las víctimas en una situación tal.

Es importante reconocer qué distintos factores, tanto jurídicos como extrajurídicos, pueden dificultar los objetivos de la protección estatal o tornar insuficiente el esquema basado en los deberes estatales de protección. En relación con los primeros, hay que comenzar recordando que los deberes de protección estatal frente a abusos no estatales, como pueden serlo los empresariales, son *deberes de medios*, como han indicado la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y como recordó la misma Comisión al pronunciarse sobre los deberes estatales frente a las empresas.²² En consecuencia, el hecho de que una empresa viole derechos humanos no genera automáticamente la responsabilidad estatal; y sin un hecho ilícito atribuible al Estado, él mismo tendrá la facultad pero no el deber de reparar, además del *deber* de procurar que el ente responsable repare, como confirman instrumentos internacionales y las reglas de responsabilidad internacional.²³

Debido a la incertidumbre e insuficiencia que suponen las obligaciones estatales de respeto para efectos de la reparación de las víctimas y la atribución de responsabilidad, cabe preguntarse si resulta adecuado reconocer la complementariedad de deberes empresariales directamente creados por el derecho internacional. En caso de existir, los órganos del sistema podrían reconocerlos, animando a que los órganos competentes extraigan la consecuencia de su existencia. Otra opción sería el reconocimiento de estándares voluntarios.

Ello es especialmente importante por distintas dinámicas que incrementan la posibilidad del fracaso de esfuerzos estatales de protección. Sobre ellos puede decirse, por ejemplo, que en el contexto económico y social globalizado, especialmente en relación con grupos corporativos de estructura multinacional con matrices y filiales o subsidiarias, hay empresas que pueden operar en términos de *forum shopping* disolviendo filiales de grupos multinacionales o cerrando operaciones en determinados lugares y eludiendo jurisdicciones yendo a otras, como las de sus Estados de nacionalidad, insistiendo en la idea de que a pesar de haber eludido, gracias a tecnicismos, el control del Estado en cuyo territorio desarrollaron operaciones, solo aquel Estado tiene competencia. Por otra parte puede mencionarse

22 Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No.205, párr. 258; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Mastromatteo v. Italia*, 24 de octubre de 2002, párrs. 67-68; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 47/15 (31 de diciembre de 2015), párr. 48; Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 177; Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párrs. 122-124.

23 Asamblea General, *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, A/RES/40/34 (29 de noviembre de 1985), párrs. 8, 12; Asamblea General, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, A/RES/60/147 (16 de diciembre de 2005), Principio 15.

la incertidumbre que tienen algunas autoridades y autores sobre si existen deberes empresariales internacionales, pues tales dudas dificultan que los Estados y órganos internacionales que estimen que pueden proteger bienes jurídicos internacionales directamente²⁴ lo hagan frente a las empresas, si no tienen claro que ellas tienen deberes directos, como se puso de relieve en la instancia de apelaciones en el caso *Kiobel* en los Estados Unidos de América.²⁵ La propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos reconoce que las reglas de jurisdicción, por ejemplo sobre jurisdicción extraterritorial en los países de origen cuando “los Estados donde operen las empresas” no estén “en condiciones de ofrecer recursos efectivos y garantizar su cumplimiento”, dificultan los remedios efectivos y adecuados a los que tienen derecho las víctimas.²⁶

Si a lo anterior se le suman el gran poder económico que tienen muchas empresas, en ocasiones muy superior al de algunos Estados, especialmente los de nuestra región; las dinámicas de privatización o delegación que, si bien no eliminan los deberes estatales de supervisión y protección,²⁷ hacen que algunas empresas tengan actividades con incidencia directa en el goce de derechos como el de acceso al agua;²⁸ el afán de atraer inversiones mediante la competencia normativa, que puede conducir a la tentación de reducir estándares;²⁹ y, el hecho de que el derecho de las inversiones extranjeras suele ignorar exigencias sociales y de derechos humanos por un excesivo enfoque bilateral o binario,³⁰ se puede observar que hay muchos casos en los cuales, a pesar de sus deseos y esfuerzos, los Estados y las autoridades competentes en el poder son incapaces de hacer frente a conductas corporativas que tengan un impacto negativo sobre el medio ambiente o los derechos humanos, y en los cuales argumentos de *forum non conveniens* o sobre inversiones son invocados para dificultar litigios contra empresas presuntamente responsables.³¹

24 Sobre esta consideración, ver: Cassese, Antonio, ‘Remarks on Scelle’s Theory of “Role Splitting”, (*dédoublement fonctionnel*) in International Law’, *European Journal of International Law*, Vol. 1, 1990, pp. 226-231.

25 Vid. el pronunciamiento sobre la decisión de apelaciones del caso *Kiobel* en: Corte de Apelaciones de los Estados Unidos de América, Séptimo Circuito, *Boimah FLOMO, et al., Plaintiffs–Appellants, v. FIRESTONE NATURAL RUBBER CO., LLC, Defendant–Appellee*, No. 10-3675, Decidido: 11 de julio de 2011.

26 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 47/15 (31 de diciembre de 2015), párr. 142.

27 Reinisch, August, *op. cit.*, pp. 75-76, 80-82.

28 Experta Independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento, *Informe de la Experta Independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento*, A/HRC/15/31 (29 de junio de 2010), párrs. 26-28.

29 Reinisch, August, *op. cit.*, pp. 54-55.

30 Van Ho, Tara, ‘ESIL-International Human Rights Law Symposium: IHRL and Investment Law – What Could A Human Rights Based Approach Look Like?’, *EJIL: Talk!*, 10 de febrero de 2016, disponible en <http://www.ejiltalk.org/esil-international-human-rights-law-symposium-ihrl-and-investment-law-what-could-a-human-rights-based-approach-look-like/> (última visita: 8 de abril de 2016).

31 Business & Human Rights Resource Centre, *Texaco/Chevron Lawsuits (re Ecuador)*, disponible en <http://business-humanrights.org/en/texacochvron-lawsuits-re-ecuador> (última visita: 8 de abril de 2016).

¿Qué hacer ante los límites de la insistencia en la responsabilidad del Estado? En cuanto a los estándares voluntarios puede decirse que si bien pueden tener un impacto positivo en la cultura empresarial, algo crucial para incrementar la efectividad del respeto de los derechos humanos por las empresas,³² carecen de efectos jurídicos *directos*³³ y, en consecuencia, su ignorancia no genera ningún costo jurídico para las empresas (aunque su transgresión puede generar costos de reputación o reacciones, como boicots).

Aparte de los estándares voluntarios, como los códigos de conducta, algunos autores cuestionan la necesidad de obligaciones empresariales internacionales argumentando que las medidas de derecho interno son suficientes. Al respecto puede decirse que si bien en algunos Estados de la región americana, por ejemplo Colombia, existen o pueden existir recursos y acciones directas contra las empresas (por ejemplo cuando afecten derechos fundamentales en contra de personas en situación vulnerable),³⁴ no se elimina (sino que por el contrario, se refuerza) la necesidad de una regulación directa de obligaciones empresariales internacionales. Por una parte, puede guiar la interpretación de las normas internas en cuestión; y, en segundo lugar, la efectividad de las acciones internas es incierta, como se discute atrás. Además, la existencia de prohibiciones en el derecho internacional facultará a terceros Estados u órganos a proteger a las víctimas en caso que el Estado territorial no pueda hacerlo y se opte por un modelo que incluya la posibilidad de jurisdicción universal o litigación transnacional o que, en últimas, permitan la protección extraterritorial de bienes jurídicos internacionales. Como se recuerda en el caso *Kononov*, los Estados pueden sancionar y responder a abusos no estatales proscritos en el derecho internacional incluso si no lo están en sus marcos jurídicos internos; y ha de añadirse que el derecho internacional tiene ejemplos que demuestran cómo puede imponer obligaciones directas a actores no estatales.³⁵

Visto lo anterior, considero que el germen de una protección más robusta se encuentra en una noción bastante discutida en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: el *Drittwirkung* u horizontalidad, según la cual los derechos humanos tienen efectos que exigen su protección “erga omnes, o sea, inclusive en las relaciones entre particulares”.³⁶ Reconozco que el empleo de dicha noción por parte de los órganos del Sistema se limita a la identificación del alcance de las obligaciones estatales de prevención, protección y respuesta frente a abusos no estatales. Esta actitud se explica, en

32 Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*, A/HRC/8/5 (7 de abril de 2008), párrs. 27, 29-32; Halliday, Fred, ‘The Romance of Non-state Actors’ in Josselin, Daphné y Wallace, William (Eds.), *Non-state Actors in World Politics*, Nueva York, Palgrave, 2001, p. 35.

33 Su inobservancia puede generar reacciones sociales como boicots, y los estándares pueden incluso tener efectos jurídicos de forma indirecta por el juego de la buena fe, como se discute en: International Law Association, Comité de Actores no estatales, Informe: *Preliminary issues for the ILA Conference in Rio de Janeiro*, agosto de 2008, p. 3

34 Artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 de la República de Colombia.

35 Meron, Theodor, *The Humanization of International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, pp. 40-41.

36 Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 63.

parte, por el influjo de la arquitectura normativa convencional y estatutaria diseñada por los mismos Estados, quienes limitaron la competencia contenciosa de los órganos del sistema frente al análisis sobre la licitud. Sin embargo, la idea subyacente y que explica las propias obligaciones de los Estados es el reconocimiento de que los entes no estatales pueden afectar negativamente el goce y ejercicio de los derechos humanos. Una comprensión expansiva de lo anterior puede llevar a los operadores jurídicos a buscar una mayor protección de las víctimas de las empresas, que sea verdaderamente universal, no solo en términos geográficos sino también *ratione personae* o frente a todo agente de violación.³⁷

Lo primero que debe hacerse es reconocer que el diseño sobre la competencia contenciosa *ratione personae* es contingente e histórico, pudiendo justificarse incluso por límites de recursos y la capacidad de ejercerla frente a más o menos actores. Por ello, de aquel modelo contencioso no cabe desprender ideas de que supuestamente solo los Estados pueden violar derechos humanos y tener obligaciones en la materia, lo que contraviene la lógica y las constataciones fácticas. Desarrollos recientes resaltan el carácter contingente del modelo: por ejemplo, el reconocimiento de que la Unión Europea pueda estar sujeta al Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus órganos de supervisión o a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Comité.³⁸

En cuanto al Sistema Interamericano, no puede ignorarse que sus órganos tienen problemas de recursos y financiación, lo que haría difícil que en la actualidad pudiesen examinar casos contenciosos presentados directamente contra empresas. No obstante, es posible indicar problemas sobre sus abusos en informes, y el señalamiento de que las empresas tienen deberes internacionales en *obiter dicta* u otros espacios puede facilitar, legitimar e incluso promover acciones extraterritoriales de terceros Estados y personas defensoras de derechos humanos contra sus abusos, gracias a la indicación de un sustento jurídico;³⁹ llamar la atención a los Estados territoriales sobre su deber de proteger; y resaltar el deber de las empresas que cometan abusos de reparar a las víctimas, para satisfacer su derecho a obtener una reparación plena o integral,⁴⁰ la cual en muchas ocasiones no es posible sin la participación de los entes no estatales abusadores (por ejemplo, para algunas víctimas puede ser crucial en relación con el

37 Esta idea se discute en detalle en Carrillo Santarelli, Nicolás, 'Enhanced Multi-Level Protection of Human Dignity in a Globalized Context through Humanitarian Global Legal Goods', *German Law Journal*, Vol. 13, 2012, pp. 850-851, 865.

38 Ver los artículos 11 y 12 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y los artículos y 34 y 59 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

39 Cantú Rivera, Humberto, 'Business & Human Rights: From a "Responsibility to Respect" to Legal Obligations and Enforcement' in Černič, Jernej Letnar y Van Ho, Tara (eds.), *Human Rights and Business: Direct Corporate Accountability for Human Rights*, Oosterwijk, Wolf Legal Publishers, 2015, pp. 320-322.

40 Asamblea General, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, A/RES/60/147 (16 de diciembre de 2005), Principio 18; Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293, párr. 363; Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No.205, párr. 450; Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párrs. 58-64.

componente de satisfacción que una empresa pida disculpas). Además, los señalamientos sobre abusos corporativos, incluso cuando aludan a elementos de responsabilidad social, tienen una implicación simbólica, legitimando la posición y reclamos de las víctimas en términos de derechos humanos y promoviendo la solidaridad con las personas afectadas, dimensión que ha desencadenado desarrollos en el derecho internacional de los derechos humanos.⁴¹ Después de todo, los discursos anclados en el derecho internacional, como dice Jan Klabbers, pueden reforzar exigencias y posiciones.⁴²

El reconocimiento de la posible presencia de responsabilidad y de abusos empresariales puede servir para contrarrestar los límites de la defensa basada en los deberes estatales. Estos deberes corresponden al primer pilar sobre empresas y derechos humanos diseñado por John Ruggie, antiguo Representante Especial de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos, y presente en los *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos*: este pilar se denomina protección estatal.⁴³ Los dos pilares restantes corresponden al respeto a derechos por parte de las empresas y a los remedios, incluyendo los otorgados mediante mecanismos de reclamación no estatales.⁴⁴ En el ejercicio de sus funciones, sin desatender la supervisión del cumplimiento de los deberes estatales, tanto la Corte como la Comisión, como se explica más abajo, pueden llamar la atención sobre la plenitud de la horizontalidad. Si por el contrario insisten en el esquema estatocentrista, no harán justicia a las exigencias de protección y pueden terminar con una concepción limitada y no plena de la horizontalidad, equiparándola con la protección de los particulares por parte de Estados o las autoridades frente a otros particulares, sin indicar nada sobre el respeto debido entre particulares, que recuerda la propia Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 30 cuando reconoce los riesgos de que no sólo los Estados, sino además distintos grupos o personas, “emprend[an] y desarroll[en] actividades o reali[cen] actos tendientes a la supresión de [...] derechos y libertades”. Así, una concepción estatocentrista sigue siendo en últimas una concepción *vertical*, basada en el Estado (que llamo transversal en este estudio), y no plenamente horizontal, como se ha discutido de forma análoga en el derecho de la Unión Europea.⁴⁵ Esta concepción limitada no reconoce las posibilidades de que el derecho internacional aborde de forma directa las violaciones no estatales,

41 Clapham, Andrew, *Human Rights: A Very Short Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. xiii, 22, 24, 165; Sen, Amartya, ‘Elements of a Theory of Human Rights’, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 32, 2004, pp. 327-328.

42 Klabbers, Jan, *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 308-309.

43 Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*, A/HRC/8/5 (7 de abril de 2008), párrs. 9, 27, 50; Principios 1 a 10 de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos.

44 Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*, A/HRC/8/5 (7 de abril de 2008); Principios 11 a 31 de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos.

45 Matia Portilla, Francisco Javier, ‘De la aplicabilidad vertical de la directiva a su simple eficacia’, *Revista de Estudios Europeos*, No. 16, 1997, pp. 68-72.

quedándose en las respuestas indirectas, que consisten en exigencias de acción y regulación exigibles a los Estados.⁴⁶

Las implicaciones de la horizontalidad de los derechos humanos no deberían ni tienen por qué cercenarse por los límites de la función contenciosa de un órgano. Hay que recordar, como han señalado Lauterpacht y Clapham, que en derecho internacional hay con cierta frecuencia una disociación entre lo sustantivo y lo procesal.⁴⁷ En consecuencia, las restricciones de los órganos del Sistema sobre lo que pueden indicar en la parte resolutive de sus pronunciamientos contenciosos *no determina* que entes como las empresas no pueden violar derechos humanos y tener responsabilidades en la materia, ni les impide pronunciarse sobre ellas al ejercer actividades que no sean estrictamente sobre resolución de casos en asuntos contenciosos.

La aceptación de las implicaciones plenas de la horizontalidad se intuye de forma interesante en una opinión de Antonio Cançado Trindade respecto de la opinión consultiva 18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Según él, es posible:

[C]onsiderar [las] obligaciones erga omnes desde dos dimensiones, una horizontal y otra vertical, que se complementan. Así, las obligaciones erga omnes de protección, en una dimensión horizontal, son obligaciones atinentes a la protección de los seres humanos debidas a la comunidad internacional [...] En una dimensión vertical, las obligaciones erga omnes de protección vinculan tanto los órganos y agentes del poder público (estatal), como los simples particulares (en las relaciones inter-individuales).⁴⁸ (subrayado añadido)

La idea de que los derechos humanos tienen relevancia no solo en las relaciones con los Estados, sino también en las relaciones entre particulares, es interesante y resulta ser la única que es consistente con una verdadera y plena *horizontalidad*. Si los órganos del Sistema Interamericano reconocen y emplean esta noción, pueden contribuir a generar dinámicas de otros actores (destinatarios de deberes de respeto como las empresas y de protección como distintos Estados, activistas y víctimas, etc.) y disminuir las posibilidades de impunidad. En la cuarta sección de este texto se examinará de qué manera la Comisión y la Corte pueden realizar esta promoción.

Dicho lo anterior, considero pertinente aclarar que las obligaciones estatales no son de ninguna manera irrelevantes. Como consideran activistas y órganos del sistema convencional de las Naciones

46 Sobre estas respuestas directas e indirectas, ver: Knox, John H., 'Horizontal Human Rights Law', *American Journal of International Law*, Vol. 102, 2008, pp. 1-31.

47 Clapham, Andrew, 'The Role of the Individual in International Law', *European Journal of International Law*, Vol. 21, 2010, p. 29; Lauterpacht, Hersch, *International Law and Human Rights*, Londres, Steven & Sons Limited, 1950, pp. 27, 34; Clapham, Andrew, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 74.

48 Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 77.

Unidas,⁴⁹ para robustecer la protección de las víctimas será necesario reconocer que los deberes estatales de protección han de tener un alcance extraterritorial, que vincula a algunos Estados distintos de aquellos en cuyo territorio hayan cometido abusos ciertas empresas. Por ejemplo, podrían incluirse los Estados de nacionalidad de las empresas o aquellos con conocimiento de riesgos potenciales o que los hayan creado, como se discute por ejemplo en los Principios de Maastricht.⁵⁰ Este desarrollo paliaría los déficits de probabilidad de protección frente a empresas que actúen de forma transnacional, y podría abordarse sin ningún inconveniente en el Sistema Interamericano cuando se examine el cumplimiento de las obligaciones estatales. Esto confirma que el fortalecimiento de la protección frente a las víctimas actuales y potenciales de las empresas no se limita a desarrollos en el pilar de respeto corporativo, incluyendo distintos desarrollos que impacten en el pilar de remediar. La sección quinta examinará aspectos sustantivos en los cuales los órganos principales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han ido más allá y pueden contribuir a robustecer la protección de las víctimas en los tres pilares del marco de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos.

IV. Estrategias y dinámicas que pueden permitir a la Comisión y la Corte diseñar y exigir el respeto empresarial de los derechos humanos

Los argumentos presentados en la sección precedente defienden la necesidad de que el Sistema Interamericano promueva de forma plena e incondicional la defensa de la dignidad humana en la que se fundamentan los derechos reconocidos en él. Esto exige que esta no se condicione a factores ajenos a la identidad humana de los titulares de los derechos, como podrían serlo factores relacionados con la identidad del agresor.⁵¹ Estos colocarían a algunas víctimas en una situación de desventaja que a mi juicio constituiría discriminación indirecta o involuntaria, lo cual en ocasiones sufren las víctimas de abusos no estatales al no obtener igual protección que las afectadas por los Estados.⁵² Esto contraviene el derecho imperativo, que incluye la prohibición de la discriminación y no admite

49 *Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Principios 9, 11, 24-27.

50 *Ibid.*, Principios 13-14, 25.

51 Sensen, Oliver, 'Human Dignity in Historical Perspective: The Contemporary and Traditional Paradigms', *European Journal of Political Theory*, Vol. 10, 2011; Villán Durán, Carlos, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 63, 92; Schachter, Oscar, 'Human Dignity as a Normative Concept', *American Journal of International Law*, Vol. 77, 1983, p. 853; Andorno, Roberto, 'Human dignity and human rights as a common ground for a global bioethics', *Journal of Medicine and Philosophy*, 2009; Asamblea General, *Establecimiento de normas internacionales en materia de derechos humanos*, A/RES/41/120 (4 de diciembre de 1986); Helsinki Final Act del 1 de agosto de 1975, Conference on Security and Co-Operation in Europe; Donnelly, Jack, 'Human Rights and Human Dignity: An Analytic Critique of Non-Western Conceptions of Human Rights', *The American Political Science Review*, Vol. 76, 1982.

52 Sobre la discriminación indirecta o involuntaria ver: Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 103; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, *Case of Oršuš and other v. Croatia*, Sentencia, 16 de marzo de 2010, párrs. 153-155. Un estudio que muestra cómo las víctimas reciben en ocasiones distintos grados de protección o quedan incluso desprotegidas dependiendo de las normas afectadas y la identidad del agresor se encuentra en Almqvist, Jessica, 'Facing the Victims in the Global Fight against Terrorism', *FRIDE Working Paper 18*, 2006, pp. 8-17.

excepción alguna.⁵³ Si los operadores del sistema interamericano se percatan de la existencia de obstáculos, lo propio es que en votos de sus jueces y comisionados o en *obiter dicta* se hagan llamados a cambios de perspectivas y a desarrollo progresivos de *lege ferenda*, tal y como se exige a los órganos internos que adviertan sobre barreras internas para la defensa de los derechos humanos con el propósito de que la autoridad competente realice las modificaciones y ajustes normativos pertinentes.⁵⁴

En su práctica, la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos han admitido que tienen límites sobre competencia y jurisdicción para pronunciarse sobre conductas no estatales directamente en procesos contenciosos.⁵⁵ No obstante, al enfrentarse a graves abusos cometidos por entes diferentes a los Estados, ambos órganos han adoptado tres estrategias, que al no afirmar que dichos actores no pueden incurrir en abusos, salva su legitimidad y evita que incurran en contradicciones lógicas:⁵⁶ a) condenar en términos simbólicos y no jurisdiccionales conductas no estatales; b) advertir sobre la existencia de responsabilidades no estatales en pronunciamientos no contenciosos, como en las opiniones consultivas; o c) aclarar que los límites procedimentales sobre su competencia no excluyen la posible responsabilidad sustantiva de los actores no estatales.

Muchos de los pronunciamientos en estos sentidos se han hecho frente a conductas de terrorismo. Dada la sensibilidad del tema, ello sirve para evitar cuestionamientos de las víctimas u otros participantes en las sociedades respectivas. Pero nada impide que puedan emplearse estrategias similares frente a las empresas. Como reconocen distintos autores, los actores no estatales son todos los entes sin identidad estatal, incluyendo a las empresas,⁵⁷ y en la medida en que no haya incompatibilidades lógicas o normativas, las estrategias de responsabilidad o sobre protección de los derechos humanos adoptadas

53 Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrs. 100-101, 110; artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; Carrillo Santarelli, Nicolás, ‘La inevitable supremacía del *ius cogens* frente a la inmunidad jurisdiccional de los Estados’, *RJUAM*, No. 18, 2008, pp. 58-63.

54 Principio 8 de los *Bangalore Principles* (conjunto de cuestiones discutidas en un Coloquio Judicial sobre “La Implementación Doméstica de las Normas Internacionales de Derechos Humanos”, celebrado en Bangalore, India entre el 24 - 26 de febrero de 1988); artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 87.

55 Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de agosto de 2008 Serie C No. 181, párr. 40; Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 89; Corte IDH. *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 56 (esta opinión es criticable al decirse en ella, en términos generales, que “la competencia” de los órganos del sistema interamericano se refieren “exclusivamente a la responsabilidad internacional del Estado”, en contra de lo discutido aquí, desconociéndose potenciales posibilidades que de hecho han sido empleadas. Sobre esta cuestión y los límites contenciosos en el sistema vigente, ver además: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1 (26 de febrero de 1999), párrs. 3 y 6 del Capítulo IV.

56 Clapham, Andrew, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, op. cit., p. 50.

57 Comisión de Derechos Humanos, *Working paper on human rights and non-State actors submitted by Gáspár Biró and Antoanella-Iulia Motoc*, E/CN.4/Sub.2/2005/40 (11 de julio de 2005), párrs. 19, 46; Clapham, Andrew, ‘Non-State Actors’ in Chetail, Vincent (Ed.), *Postconflict Peacebuilding: A Lexicon*, Oxford, Oxford University Press, 2009; Alston, Philip, ‘The ‘Not-a-Cat’ Syndrome: Can the International Human Rights Regime Accommodate Non-State Actors?’ in Alston, Philip (Ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

frente a un actor no estatal pueden emplearse frente a otros.⁵⁸ En este sentido, por ejemplo, Roland Portmann ha defendido la idea de que distintos actores no estatales tienen deberes internacionales de abstención frente a conductas criminales o afectaciones de normas imperativas.⁵⁹

Para indagar cómo pueden involucrarse la Corte y la Comisión en la defensa de los derechos humanos frente a las empresas, es útil remitirse a las ideas de McDougal y Lasswell sobre las diferentes formas de participar e interactuar con estándares internacionales: por ejemplo interpretando o invocando normas, ejerciendo presión por su modificación, realizando pronunciamientos contenciosos o de otras maneras.⁶⁰ Es interesante añadir que las distintas formas de interacción pueden ser formales o informales y desplegadas por distintos actores interesados, como ONG.⁶¹ Siendo esto así, la Corte y la Comisión pueden ser creativas al abordar la protección de los derechos humanos frente a las empresas, y de hecho lo han sido. Dados su prestigio y misión, con su actividad pueden tener un impacto considerable, por ejemplo cambiando actitudes y conciencia en la región al respecto.

Al examinar los mecanismos que pueden emplear los órganos del Sistema, conviene advertir que la Comisión, quizá sin ser consciente plenamente de ello, ya tiene facultades para pronunciarse sobre el tema examinado, en vista de que como órgano internacional goza de esta capacidad y de poder implícito para cumplir sus funciones y alcanzar sus objetivos.⁶²

Sobre este tema es importante resaltar que según el Reglamento vigente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobado en su 137º período ordinario de sesiones y modificado en su 147º período ordinario de sesiones, la Comisión tiene como funciones principales “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y [...] servir como órgano consultivo” de la Organización de Estados Americanos. Esta idea se replica en los artículos 41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1 del estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y 106 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos. Acudiendo a criterios teleológicos, literales

58 Carrillo Santarelli, Nicolás, ‘The Links between the Responsibility of International Organizations and the Quest towards a More Reasonable and Humane International Legal System’, *International Organizations Law Review*, Vol. 7, 2010, pp. 444-445; Dufresne, Robert, ‘Book Review of Liesbeth Zegveld. *The Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*’, *European Journal of International Law*, Vol. 15, 2004, p. 227.

59 Hay un vínculo entre estas ideas, pues las normas penales internacionales se consideran como *algunas* de las normas de *ius cogens*. Ver, al respecto: Portmann, Roland, *Legal Personality in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 166-167, 273-274; Gómez Robledo, Antonio, *El ius cogens internacional: Estudio histórico-crítico*, México, IIJ-UNAM, 2003, p. 170.

60 McDougal, Myres y Lasswell, Harold D., ‘The Identification and Appraisal of Diverse Systems of Public Order’, *American Journal of International Law*, Vol. 53, 1959, pp. 9-10; McDougal, Myres, ‘Some basic theoretical concepts about international law: a policy-oriented framework of inquiry’, *Journal of Conflict Resolution*, Vol. IV, 1960, pp. 341-342, 345-350.

61 Pérez-Prat Durbán, Luis, *op. cit.*; International Law Association, Non-State Actors Committee, *Non-state Actors in International Law: Aims, Approach and Scope of Project and Legal Issues*, First Report of the Committee, The Hague Conference (2010), pp. 8-9; International Law Association, Committee on Formation of Customary (General) International Law, *Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, Final Report of the Committee, London Conference (2000), pp. 12-13, 16, 59; International Law Association, Non-State Actors Committee, *Non-State Actors in International Law: Lawmaking and Participation Rights*, Second Report of the Committee, Sofia Conference (2012), p. 6.

62 Corte Internacional de Justicia, *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1949*, p. 174, pp. 10, 12; Carrillo Santarelli, Nicolás, ‘La protección y promoción de los derechos humanos frente a violaciones no estatales por los órganos internacionales’, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, No. 26, 2013, pp. 17-18.

y sistemáticos (que exigen tener en cuenta otras normas de derecho internacional pertinentes),⁶³ la función de promoción puede entenderse de dos maneras: como promoción del desarrollo progresivo y, además, como promoción del respeto y protección de los derechos humanos ya reconocidos.

En consecuencia, puede decirse que entre las funciones implícitas y actividades que pueden servir para cumplir su tarea de promoción se pueden incluir los llamados de atención sobre la necesidad de que las empresas respeten los derechos humanos tanto *de lege lata*, es decir según exigencias del derecho positivo, como *de lege ferenda*. Conviene añadir que el mismo John Ruggie afirmó que el goce y ejercicio de todos y cualquiera de los derechos humanos son susceptibles de ser afectados de forma negativa por actividades empresariales y que los sistemas regionales pueden continuar el estudio de los temas estudiados por él.⁶⁴

Dadas la vulnerabilidad de las víctimas frente a las empresas participantes en abusos y la insuficiencia del modelo centrado de forma exclusiva en las obligaciones de protección de los Estados, considero que una interpretación actualizada (y evolutiva)⁶⁵ del deber de promoción no puede entenderse limitándola a la supervisión de la protección estatal. La Comisión puede, entonces, llamar la atención sobre abusos empresariales concretos o sobre problemas normativos teóricos o generales en comunicados de prensa e informes, tanto de país como temáticos. Un informe dedicado al tema de las empresas y los derechos humanos sería bienvenido y podría contribuir a avances importantes.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano judicial, no carece de posibilidades de acción. En primer lugar, puede actuar informalmente, haciendo constar su repudio u opinión sobre problemas jurídicos o fácticos relacionados con las empresas en *obiter dicta*, los cuales han sido decisivos en algunos momentos en la historia del derecho internacional, como sucedió con la noción de obligaciones erga omnes en el caso *Barcelona Traction*.⁶⁶ En segundo lugar, la Corte puede actuar de forma más directa y formal en el ejercicio de sus funciones consultivas. En su ejercicio, la Corte puede ser interpelada sobre la interpretación de normas convencionales sobre derechos humanos, incluso cuando se inserten en tratados que no se ocupen exclusiva o nominalmente de ellos.⁶⁷ De igual

63 Ver el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

64 Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*, A/HRC/8/5 (7 de abril de 2008), párr. 6; Ruggie, John Gerard, *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, Nueva York, W. W. Norton & Company, Inc., 2013.

65 Milanovic, Marko, 'The ICJ and Evolutionary Treaty Interpretation', *EJIL: Talk!*, 14 de julio de 2009; Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 21; Corte IDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párrs. 37-38; Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 193.

66 Corte Internacional de Justicia, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica v. España)*, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3, párr. 33.

67 Véase artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Corte IDH. *"Otros Tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 34; Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia*

manera, puede pronunciarse sobre la protección frente a las empresas incluso cuando ese no sea el tema principal de un tratado, bien cuando se le pregunte expresamente al respecto o cuando hacerlo sea necesario o conveniente para responder a las interrogantes planteadas. Por estos motivos, nada impide que se indague en una opinión consultiva sobre aspectos de derechos humanos en tratados de inversión aplicables en la región, un tema pendiente en el derecho internacional, en tanto han sido manejados y aplicados en muchas ocasiones ignorando implicaciones sociales y humanitarias, y restando incluso por examinar la pertinencia de nociones como las de abuso del derecho. Más aún: esta última noción puede tratarse de forma general en una opinión consultiva o *dictum* en relación con las empresas y sus posibles abusos en contra de derechos humanos.⁶⁸

Si ya se cuenta con la Opinión Consultiva 22, en la que Panamá preguntó a la Corte si hay derechos de personas jurídicas en el Sistema Interamericano (algo que se reconoce en el Consejo de Europa y se ha rechazado hasta el momento por la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos);⁶⁹ es claro que también podría (y convendría más) preguntarse sobre sus obligaciones y *responsabilidades* (no sólo sociales sino además jurídicas).

Como se ha venido diciendo, mediante distintas actividades y pronunciamientos, los órganos del Sistema (así como otros actores no estatales) pueden participar como interlocutores en debates mundiales⁷⁰ sobre derechos humanos, incluso en relación con las empresas, promoviendo su desarrollo. Sin transgredir los límites de su competencia, en ocasiones la Corte ha aprovechado la oportunidad para pronunciarse sobre abusos no estatales, eludiendo así con su rechazo un silencio que podría entenderse como comprometedor e incrementando su legitimidad. Procede examinar a continuación los tipos de pronunciamientos que ha hecho y puede hacer la Corte en *obiter dicta*, que también podría emplear la Comisión en sus informes de país, temáticos, de fondo o de admisibilidad, así como ambos órganos en sus pronunciamientos sobre medidas provisionales o cautelares, respectivamente.

consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 76.

68 Acerca del abuso del derecho en derecho internacional, ver: Polonskya, Ksenia, *Abuse of Rights: Should the Investor-State Tribunals Extend the Application of the Doctrine?*, Master of Law Thesis, University of Toronto, 2014; Byers, Michael, 'Abuse of Rights: An Old Principle, A New Age', *McGill Law Journal*, Vol. 47, 2002.

69 Artículo 1 del Protocolo adicional 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; Carss-Frisk, Monica, *The Right to Property: A Guide to the Implementation of Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*, Consejo de Europa, Human Rights Handbooks No. 4, 2003, pp. 6-7; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros v. Costa Rica*, Informe N° 25/04, Petición 12.361, Informe de Admisibilidad, 11 de marzo de 2004, párrs. 49-50; Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293, párrs. 19-22; Corte IDH. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador)*. Opinión consultiva OC-22/16 del 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22, párrs. 37-39, 42-43, 48, 53, 60, 62, 67, 70, 83, 111-120, 137-140.

70 Bianchi, Andrea, 'Globalization of Human Rights: The Role of Non-state Actors' in Teubner, Gunther (Ed.), *Global Law Without a State*, Aldershot, Dartmouth, 1997.

Una primera posibilidad consiste en condenar comportamientos de ciertos entes no estatales en términos de repudio, sin que esto constituya un pronunciamiento resolutivo o de fondo, con lo cual se respetan los límites jurisdiccionales *que existen hasta el momento* en los procedimientos contenciosos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Ejemplos ilustrativos de esta modalidad se ofrecen en pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Castillo Petruzzi y otros y del Penal Miguel Castro Castro, ambos contra Perú. En el primero, la Corte Interamericana resaltó el derecho y el deber del Estado de garantizar la seguridad dentro de límites jurídicos y, constatando las quejas de algunos en contra de presuntos actos terroristas supuestamente atribuibles a los peticionarios, manifestó que “nada conduce a justificar la violencia terrorista—cualesquiera que sean sus protagonistas—que lesiona a los individuos [...] y merece el más enérgico rechazo”⁷¹. En el otro caso, la Corte manifestó que sin “estar facultada para pronunciarse sobre [...] los hechos delictivos atribuidos a las víctimas” por estar únicamente capacitada para examinar la responsabilidad estatal, reconoce “el sufrimiento causado [...] por Sendero Luminoso”, expresando “su más enérgico rechazo a la violencia terrorista” y reconociendo que, según la Comisión de la Verdad y la Reconciliación en el Perú, aquel grupo no estatal “fue el principal perpetrador de crímenes y violaciones de los derechos humanos.”⁷²

Así como la Corte ha expresado su solidaridad con las víctimas, condenando la conducta de grupos armados o individuos sin que ello suponga una condena jurisdiccional, tanto ella como la Comisión pueden igualmente condenar en términos simbólicos la participación empresarial en abusos (tanto la perpetración como la complicidad) y sus efectos. Los pronunciamientos de esta índole no deben desdeñarse. Primero, porque pueden generar efectos simbólicos o expresivos, indicando a los autores de abusos que deben modificar su conducta y que se exponen a repercusiones como estigmatización, boicots, denegaciones de actuación o retiro de apoyo financiero e investigaciones y sanciones jurídicas.⁷³ En segundo lugar, porque pueden despertar conciencia y generar cambios en la actitud y cultura corporativa, siendo estos un factor decisivo en el respeto de los derechos humanos por las empresas, como se indica atrás en la sección tercera. Además, la Corte y la Comisión pueden advertir a las víctimas y sus defensores sobre exigencias, movimientos y campañas que pueden desplegar, y a las autoridades sobre comportamientos no estatales que deben vigilar, tratar y prevenir de forma diligente.

Otra modalidad consiste en llamar la atención sobre la ilicitud de determinadas conductas. Es interesante observar que la Corte ya se ha pronunciado sobre abusos corporativos, como sucedió en

71 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 89.

72 Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de agosto de 2008 Serie C No. 181, párrs. 40-43.

73 Ver, por ejemplo: Chesterman, Simon, ‘The Turn to Ethics: Disinvestment from Multinational Corporations for Human Rights Violations - The Case of Norway’s Sovereign Wealth Fund’, *American University International Law Review*, Vol. 23, 2008.

el caso de los pueblos Kaliña y Lokono contra Surinam, en cuya sentencia de fondo, reparaciones y costas la Corte dijo que:

[E]l Tribunal toma nota de que las actividades mineras que generaron las afectaciones al medio ambiente y por ende a los derechos de los pueblos indígenas, fueron llevadas a cabo por actores privados, primero por la empresa Suralco y posteriormente por la joint venture denominada BHP Billiton-Suralco [...] Al respecto, la Corte toma nota de los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos”, avalados por el Consejo de Derechos Humanos de la Naciones Unidas, mediante los cuales se ha establecido que las empresas deben actuar de conformidad con el respeto y la protección de los derechos humanos, así como prevenir, mitigar y hacerse responsables por las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos. En este sentido, tal como lo reiteran dichos principios, los Estados tienen la responsabilidad de proteger los derechos humanos de las personas contra las violaciones cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. Para tal efecto los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar, mediante políticas adecuadas, los abusos que aquellas puedan cometer, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia.⁷⁴ (subrayado añadido)

En la anterior cita resalto el término “violaciones” en tanto mediante su empleo la Corte indica y acepta expresamente que las empresas pueden *violar* derechos humanos. Aquel pasaje demuestra cómo puede aprovecharse un pronunciamiento sobre los deberes y la responsabilidad del Estado para, cuando sea pertinente, manifestarse en contra de los abusos empresariales y señalar que es posible que las empresas participen en hechos ilícitos.

En relación con todas estas cuestiones, debe reconocerse que desde muy temprano en su jurisprudencia, en el caso *Velásquez Rodríguez*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido valiente al reconocer que los actores no estatales pueden “violar” derechos humanos y que ello es la base del deber estatal de prevención, investigación y sanción de su conducta en estos eventos, evitando emplear eufemismos como los de participación en abusos o destrucción de derechos humanos, que en ocasiones se usan para evitar tener que reconocer la violación no estatal de derechos humanos⁷⁵.

Las anteriores consideraciones indican a las empresas que participen en actividades como las examinadas en sus *obiter dicta* que aunque la Corte carece de competencia para juzgarlas en términos contenciosos, otros órganos internacionales o internos sí podrían investigarlas y pronunciarse sobre su comportamiento. Al respecto, en distintos casos la Corte ha afirmado que, por ejemplo, tribunales penales internos o internacionales sí pueden ocuparse de determinadas conductas no estatales y que, en

74 Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párrs. 223-224.

75 Clapham, Andrew, *Human Rights Obligations...*, *op. cit.*, pág. 49; Bantekas, Ilias y Nash, Susan, *International Criminal Law*, Londres, Cavendish Publishing, 2003, p. 14.

cualquier caso, se generará la respectiva responsabilidad *sustantiva* del actor en cuestión.⁷⁶ No debe olvidarse que los Estados pueden optar por imponer responsabilidad penal empresarial y sanciones como disoluciones, multas o exclusión de participación en ciertos sectores;⁷⁷ y que los fundamentos sobre lo dicho por la Corte acerca de la responsabilidad penal pueden igualmente predicarse de otras modalidades, como la responsabilidad civil extracontractual.

En resumen, los órganos del Sistema pueden efectuar pronunciamientos de rechazo de conductas no estatales, para advertir sobre posibles consecuencias sustantivas o procesales que pueden desencadenar distintas autoridades y órganos, o para confirmar la existencia de deberes y responsabilidades no estatales. Un ejemplo adicional de lo anterior se encuentra en la opinión consultiva 18 de la Corte, en la que, en pasajes directamente aplicables a empresas, afirmó que:

En una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares [...] En las relaciones laborales los empleadores deben proteger y respetar los derechos de los trabajadores, ya sea que esas relaciones se desarrollen en los sectores público o privado de las sociedades. La obligación de respeto de los derechos humanos de los trabajadores migrantes tiene un efecto directo en cualquier tipo de relación laboral, tanto cuando el Estado es el empleador como cuando lo es un tercero, y ya se trate de una persona física o jurídica.⁷⁸

Si bien la Corte aludió a las anteriores cuestiones para indicar en qué circunstancias la negligencia u omisión estatal de prevención o respuesta a abusos entre particulares genera responsabilidad estatal, resulta interesante que haya aludido a obligaciones de respeto a cargo de particulares. Si se tiene en cuenta que en aquella opinión consultiva la Corte defendió la idea de que la prohibición de discriminación es imperativa o de *jus cogens*, orientado todo lo referente a derechos de migrantes y derechos laborales,⁷⁹ puede argumentarse que en el pasaje citado se puede obtener un fundamento que apoya la idea de que las normas imperativas imponen obligaciones a todo actor no estatal capaz de vulnerarlas. Una idea similar se encuentra en el caso *Furundžija*, en el que el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia señaló que los individuos que transgreden el derecho imperativo pueden ser perseguidos por cualquier Estado que ejerza jurisdicción universal y que su responsabilidad no cesa ni puede

⁷⁶ Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de agosto de 2008 Serie C No. 181, párr. 40; Corte IDH. *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párrs. 56-57.

⁷⁷ Francia propuso incluso que la Corte Penal Internacional pudiese investigarlas. Sobre estas cuestiones, ver: Corte de Apelaciones de los Estados Unidos de América, Séptimo Circuito, *Boimah FLOMO, et al., Plaintiffs–Appellants, v. FIRESTONE NATURAL RUBBER CO., LLC, Defendant–Appellee*, No. 10-3675, Decidido: 11 de julio de 2011; Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *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 (21 de marzo de 2011), comentario al Principio 25; Ramasastry, Anita, ‘An Examination of Forced Labor Cases and Their Impact on the Liability of Multinational Corporations’, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 20, 2002, pp. 96, 158.

⁷⁸ Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrs. 140, 151.

⁷⁹ *Ibid.*, párrs. 100-101, 110-111, 127-140.

limitarse o excluirse su sanción, pues *cualquier* acto que intente hacerlo adolece de invalidez y no puede otorgársele efectividad alguna.⁸⁰ En últimas, el Tribunal está diciendo que los individuos que violen normas de *jus cogens* son responsables y pueden ser sancionados. Esta idea es perfectamente aplicable a las empresas.

El anterior ejemplo confirma que, al interpretar las normas y efectuar pronunciamientos, los órganos del sistema pueden identificar prohibiciones implícitas o expresas de conductas no estatales, incluyendo las empresariales. Al respecto no hay límites *ratione personae*. Frente a algunos temores, es importante indicar que confirmar la existencia de responsabilidades no estatales no entraña ni una legitimación o empoderamiento de los actores con las obligaciones respectivas, ni una modificación de su estatus ni una asignación de capacidades jurídicas adicionales, al igual que ocurre con la imposición de obligaciones a entes no estatales en el Derecho Internacional Humanitario.⁸¹

En lo referente a la posibilidad de que la Comisión aborde el tema de empresas y derechos humanos o lo relativo a las consecuencias negativas de ciertas conductas estatales en sus informes, la propia práctica de la Comisión confirma la posibilidad de realizar tales análisis y pronunciamientos. Así, en su *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, afirmó que “el terrorismo constituye una amenaza grave y constante para la protección de los derechos humanos” y, en consecuencia, que los Estados deben proteger a los individuos frente a la violencia terrorista de forma lícita⁸². Además, dijo que, en virtud de las implicaciones del terrorismo, “[a] lo largo de su historia, la Comisión [...] ha referenciado las atrocidades cometidas por grupos armados disidentes en sus comunicados de prensa, en sus comunicaciones con los gobiernos y en sus informes”⁸³.

Adicionalmente, en su informe de 1999 sobre Colombia, la Comisión reconoció la violencia de grupos armados no estatales y el sufrimiento causado por ellos⁸⁴ y mencionó algo señalado en este escrito: que a pesar de sus límites de jurisdicción *ratione personae* en los procedimientos contenciosos, la Comisión no ha sido “indiferente o [...] [no ha] guardado silencio ante atrocidades y otros actos ilegales cometidos por [...] actores privados [...] en sus comunicados de prensa, en comunicaciones a los Gobiernos y en sus informes”. Con todo, en este último informe se refleja una postura de la Comisión –a mi parecer errada– que debe ser corregida frente a las empresas y todo actor no estatal. Al respecto, la Comisión optó por examinar únicamente el respeto del derecho internacional humanitario

80 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Trial Chamber, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Sentencia, 10 de diciembre de 1998, párrs. 155-157.

81 Vid. artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, *op. cit.*, párr. 18 del Capítulo IV; Clapham, Andrew, *Human Rights Obligations...*, *op. cit.*, pp. 51-53, 58.

82 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr. (22 de octubre de 2002), párr. 3.

83 *Ibid.*, párr. 48.

84 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, *op. cit.*, párrs. 1-2 del Capítulo I.

al considerarlo (correctamente) aplicable a actores no estatales; pero no indagó si respetaban el derecho internacional de los derechos humanos, mostrando su parecer de que este supuestamente se aplica únicamente a los Estados.⁸⁵ No comparto en absoluto esta postura que, como bien explica Andrew Clapham, es falaz al ser erróneo decir que los derechos humanos no pueden servir como estándares de conducta no estatal y que solo el DIH puede serlo. Esto se desmiente por el contenido de normas que incluyen aspectos de DIH y derechos humanos y se aplican a entes no estatales, por el hecho de que el Derecho Penal Internacional protege algunos derechos humanos y sanciona abusos contrarios al DIH mediante normas claramente aplicables a entes no estatales; y porque los fundamentos y la teoría de los derechos humanos buscan proteger a los individuos, siendo este el *telos*, no limitado por la identidad de un actor concreto. Además, los derechos humanos evolucionan, han evolucionado y deben evolucionar al respecto.⁸⁶

Al igual que ocurre con los grupos armados, en relación con las empresas algunos consideran que ellas no tienen o no pueden tener obligaciones internacionales sobre derechos humanos directas, lo cual es peligroso: una cosa es que (de forma accidental y no inmutable) no exista en un momento dado cierto procedimiento internacional para exigir responsabilidades empresariales o una obligación específica, y otra muy distinta es decir que solo el Estado viola derechos humanos. Esto desconoce la realidad: que existen deberes implícitos de las empresas que les prohíben actuar en contra de normas de derechos humanos que sean imperativas, incluyendo aquellas recogidas en normas penales internacionales. Estos argumentos se desprenden del reconocimiento de que los efectos del *jus cogens* trascienden los aplicables al derecho de los tratados y de que, al excluir toda restricción a su efectividad, pueden generar deberes implícitos de respeto a cargo de todos los violadores potenciales.⁸⁷

Por tales razones es importante que, en el ejercicio de su función de promoción, la Comisión condene directamente conductas empresariales abusivas en informes y comunicados de prensa e identifique cómo contravienen los derechos humanos. Dicho esto, hay que reconocer que incluso sin pronunciarse expresamente sobre la responsabilidad no estatal, la Comisión sí ha constatado la existencia de problemas causados por actividades empresariales, por ejemplo en relación con los derechos de los pueblos indígenas y cuestiones medioambientales. Este es un paso importante dadas las problemáticas existentes en la región, especialmente si se considera que –según sostienen algunas de las denominadas teorías del tercer mundo sobre el derecho internacional– deben reconocerse las causas e implicaciones de la resistencia y la movilización social en contra de abusos empresariales en relación con aspectos culturales, medioambientales y sobre derechos humanos.⁸⁸

⁸⁵ *Ibid.*, párrs. 10-14, 84-85, 151-154 del Capítulo IV.

⁸⁶ Clapham, Andrew, *Human Rights Obligations...*, *op. cit.*, pp. 33, 56.

⁸⁷ Sobre todas estas ideas, ver: Voto concurrente del juez A.A. Cañado Trindade en: Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrs. 68-70; Carrillo Santarelli, Nicolás, ‘La inevitable supremacía del *ius cogens* frente a la inmunidad jurisdiccional de los Estados’, *op. cit.*, pp. 59-60; Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Trial Chamber, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Sentencia, 10 de diciembre de 1998, párr. 156; Portmann, Roland, *op. cit.*, p. 280.

⁸⁸ Rajagopal, Balakrishnan, *El derecho internacional desde abajo: el desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del Tercer Mundo*, Bogotá, ILSA, 2005, págs. 41, 43.

Puede mencionarse como ejemplo el informe de la Comisión sobre los *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*. En él se dice, por ejemplo, que las actividades extractivas han generado en ocasiones contaminación u otros efectos que afectan de forma negativa los derechos humanos; que son necesarias una protección e implementación de normas adecuadas frente a particulares como las empresas y la garantía por parte del Estado sobre la disponibilidad de mecanismos efectivos y accesibles de reparación en el evento de que existan abusos empresariales; y que debe garantizarse la realización de consultas imparciales, llevadas a cabo por actores que no tengan intereses directos en ciertos proyectos, como podrían tenerlos algunas empresas.⁸⁹ De forma similar, en su informe de 1997 sobre Ecuador, la Comisión tomó nota de quejas sobre una escasa o inadecuada regulación y supervisión estatal de acciones empresariales con potenciales efectos negativos sobre la población, y reconoció la contaminación ambiental a gran escala atribuible a actividades empresariales.⁹⁰ Además el informe es importante en cuanto, constatando posibles responsabilidades directas de las empresas (aunque sin indicar si su fundamento era de derecho internacional o de derecho interno), la Comisión dijo que cuando una empresa contamine: “El Estado y las empresas que se ocupan de la explotación petrolera son responsables de dichas anomalías, y ambas tienen la **obligación** de corregirlas. Es obligación del Estado verificar que, tales anomalías se corrijan”⁹¹ (subrayado añadido).

Así, si bien se termina aludiendo a los deberes estatales positivos, se reconoce la existencia de obligaciones empresariales, lo cual es similar a la constatación de violaciones empresariales al examinar los deberes estatales realizada por la Corte en el *Caso Kaliña y Lokono*. Con este proceder, los órganos del sistema pueden contribuir a declarar obligaciones implícitas o expresas ya existentes y contribuir a la cristalización o al desarrollo progresivo y futura generación de normas consuetudinarias (o convencionales) sobre deberes corporativos cuando pongan de manifiesto que hay vacíos de protección. Al respecto puede decirse que si bien es cierto que no toda responsabilidad corporativa es jurídica, existiendo muchas expectativas éticas o morales,⁹² nada impide la futura creación de nuevos deberes directos de las empresas, como se reconoció en el caso *Kiobel* en los Estados Unidos de América.⁹³

89 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56/09 (30 de diciembre de 2009), párrs. 200, 203, 205, 206, 207, 210, 291, 385.

90 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*, OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev. 1 (24 de abril de 1997), Capítulo VIII.

91 *Ibid.*

92 Clapham, Andrew y Jerbi, Scott, ‘Categories of Corporate Complicity in Human Rights Abuses’, *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 24, 2001, pp. 347-349; Cheng, Bin, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 164.

93 Corte de Apelaciones de los Estados Unidos de América, Segundo Circuito, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, decidido: 17 de septiembre de 2010, p. 49.

Tras una creciente atención prestada a las empresas y los derechos humanos y la consciencia sobre las problemáticas de la región, se llega a la emisión por la Comisión del informe sobre *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*. En él, constata la exigencia de activistas de que las empresas rindan cuentas y recuerda que se puede generar responsabilidad internacional del Estado en conexión con actos de empresas privadas cuando se viole el deber de garantía, y que esto coincide con el pilar de protección frente a las empresas, a cargo del Estado, diseñado en las Naciones Unidas.⁹⁴ La Comisión toma nota además de los crecientes desarrollos en la materia en el derecho internacional, y llama la atención sobre la importancia de que el Estado haga cumplir garantías incluso en “relaciones comerciales con terceros”, lo que puede servir como un llamado de atención al régimen comercial o de protección de inversiones. En el informe también se examina el impacto de ciertas actividades empresariales en los derechos de pueblos indígenas y tribales y comunidades afrodescendientes, en distintos derechos humanos y en aspectos medioambientales, y se hace hincapié en el respeto que se debe a las tradiciones y culturas de pueblos indígenas o tribales y a su forma de organización cuando se realicen mecanismos de consulta y estudios de impacto socio ambiental.⁹⁵

No obstante, el informe deja un cierto sinsabor en cuanto no es valiente al abordar la gran deuda: el desarrollo del pilar sobre responsabilidades directas empresariales. La Comisión insiste en un marco centrado en el deber estatal de proteger. En este sentido, puede decirse que la Comisión insiste en un modelo estatal sobre reclamación contra las empresas, al centrarse en las obligaciones del Estado para proteger frente a abusos corporativos y pedir, por ejemplo, que se proteja a quienes denuncien a las empresas y su actuación ante tribunales u otros mecanismos.⁹⁶ Como se observa, el énfasis de la Comisión sigue estando en los “deberes estatales”, lo cual es pertinente pero no excluyente de los empresariales, que pudieron haberse examinado. Esta fue una oportunidad perdida, máxime si el propio Ruggie y otros no niegan que puede haber deberes jurídicos directos de las empresas en el derecho internacional de los derechos humanos, por ejemplo ante crímenes⁹⁷ y normas de *jus cogens*, como defiende aquí.

Con sus posturas, la Corte y la Comisión pueden contribuir de forma indirecta, persuadiendo a quienes tengan la capacidad de hacerlo en la región de realizar procesos de declaración, cristalización

⁹⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 47/15 (31 de diciembre de 2015), párrs. 20, 46, 52, 64, 74.

⁹⁵ *Ibid.*, párrs. 90, 207.

⁹⁶ *Ibid.*, pág. 187.

⁹⁷ Knox, John H., ‘The Human Rights Council Endorses “Guiding Principles” for Corporations’, *ASIL Insights*, 1 de agosto de 2011, disponible en <https://www.asil.org/sites/default/files/insight110801.pdf>; Ruggie, John G., ‘Kiobel and Corporate Social Responsibility: An Issues Brief’, 4 de septiembre de 2012, disponible en: [http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/KIOBEL_AND_CORPORATE_SOCIAL_RESPONSIBILITY%20\(3\).pdf](http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/KIOBEL_AND_CORPORATE_SOCIAL_RESPONSIBILITY%20(3).pdf) (última visita a ambas páginas web: 13 de abril de 2016)

o generación de normas sobre empresas y derechos humanos, y a la clarificación sobre el alcance del deber empresarial de respetar derechos humanos (absteniéndose de cometer violaciones o ser cómplices en ellas) con una diligencia debida,⁹⁸ contribuyendo a que el derecho internacional responda a necesidades de protección y problemas sociales,⁹⁹ prevalentes en la región. Como dicen Jean-Marie Henckaerts y el Tribunal Especial para el Líbano, los actores no estatales, incluidos los órganos internacionales, pueden “desencadenar” o provocar respuestas estatales que conduzcan a nuevas costumbres o a tratados.¹⁰⁰

La contribución puede darse de múltiples formas, incluso realizando acuerdos como el memorando de entendimiento entre la Comisión y el *Danish Institute for Human Rights*, en el que se acordó cooperar en asuntos sobre derechos económicos, sociales y culturales, prestando especial atención a las empresas.¹⁰¹ Este tipo de acciones trae consigo la posibilidad de que asistan a los gobiernos en promover la protección de los derechos humanos frente a la conducta empresarial, así como de que se brinde asistencia a la Comisión en la redacción de secciones o apartados en sus informes sobre empresas y derechos humanos. Asimismo, no solo supone un reconocimiento de la importancia de promover una protección completa al respecto, sino que entraña el diseño de tareas concretas en virtud de los compromisos asumidos.

Las estrategias discutidas en esta sección pueden contribuir a la interpretación evolutiva del *corpus juris* de los derechos humanos, incorporando un tema que necesariamente debe ser abordado para incrementar la protección a la que tienen derecho las víctimas y llenar vacíos en la protección y promoción. Es importante que en el memorando de entendimiento citado atrás se habla de asistir a los Estados, pues esta es una dimensión importante y complementaria al reconocimiento y desarrollo de deberes empresariales. De hecho, hay debates sobre el alcance (extraterritorial) de las obligaciones estatales y otros asuntos complejos, frente a los cuales el sistema puede contribuir, como se examina en la siguiente sección.

98 Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *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 (21 de marzo de 2011), Principios Rectores 17 y 23 con sus respectivos comentarios.

99 Remiro Brotóns, Antonio et al., *Derecho Internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, p. 46; Voto concurrente del juez A.A. Cançado Trindade en: Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 19.

100 Henckaerts, Jean-Marie, ‘Customary International Humanitarian Law: A Response to US Comments’, *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, 2007, pp. 477-479; Milanovic, Marko, ‘Formation of Custom and the Inherent Powers of the Special Tribunal for Lebanon’, *EJIL: Talk!*, 11 de noviembre de 2010, disponible en <http://www.ejiltalk.org/formation-of-custom-and-the-inherent-powers-of-the-special-tribunal-for-lebanon/> (última visita: 13 de abril de 2016).

101 *Memorandum of Understanding between the General Secretariat of the Organization of American States through the Inter-American Commission on Human Rights and the Danish Institute for Human Rights*, 16 de marzo de 2015, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/docs/IACHR-DIHR-2015.pdf> (última visita: 16 de abril de 2016).

V. Posibles contribuciones de los órganos del Sistema frente a cuestiones complejas sobre las empresas, los Estados y los derechos humanos

Los debates sobre las empresas y los derechos humanos no se limitan a la cuestión sobre si ellas tienen o deben tener obligaciones internacionales directas de respetarlos, es decir sobre obligaciones correlativas.¹⁰² Otros puntos frecuentemente debatidos se refieren al alcance de las obligaciones estatales de protección (primer pilar de los Principios Rectores y el marco sobre empresas y derechos humanos), los tipos de empresas obligadas por deberes de respeto, y la reparación de las víctimas (tercer pilar).

En cuanto a lo primero, cabe recordar que las obligaciones estatales de protección son deberes de diligencia o de medio. Estos deberes positivos existen tanto de forma previa a la participación empresarial en abusos (en el entendido de que ella se debe intentar prevenir) como *ex post facto*, por lo que cuando se constate la comisión de una violación empresarial, debe lucharse contra su impunidad, imponiendo sanciones pertinentes que disuadan la repetición de actos similares, entre otras medidas que garanticen la reparación a las víctimas.¹⁰³ Se entiende que las sanciones que pueden imponerse a las empresas pueden incluir multas, restricciones de operaciones u otras sanciones, e imponerse tras el resultado de mecanismos alternativos de solución de diferencias o de procesos administrativos o judiciales, de responsabilidad extracontractual o de otra índole, incluso penal si así lo decide un Estado.

Los órganos del sistema pueden clarificar el alcance de la obligación estatal de garantía frente a las empresas en sus informes (para la Comisión), casos contenciosos o incluso medidas cautelares y provisionales. Un ejemplo de lo anterior, que se relaciona con empresas, se encuentra en las medidas cautelares y provisionales decretadas a favor de los integrantes de comunidades constituidas por el consejo comunitario del Jiguamiandó y las familias del Curbaradó en Colombia. Entre otros efectos, las medidas se dirigieron a proteger a personas afectadas por la usurpación de tierras por parte de empresas palmicultoras y por actos de intimidación realizados por parte de su personal de seguridad¹⁰⁴. Este tipo de acciones cautelares sirven entonces, en situaciones de urgencia, para identificar riesgos de violaciones graves con participación empresarial o privada y exigir al Estado que actúe para evitar un daño irreparable.¹⁰⁵

102 Knox, John H., 'Horizontal Human Rights...', *op. cit.*, pp. 1-3, 7, 13-14, 16, 18, 34, 36-40.

103 Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No.205, párrs. 158, 163, 236, 243-248; Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrs. 166-168, 172-177.

104 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la visita al terreno en relación con las medidas provisionales ordenadas a favor de los miembros de las comunidades constituidas por el consejo comunitario del Jiguamiandó y las familias del Curbaradó, municipio de Carmen del Darién, departamento del Chocó, República de Colombia* (20 de febrero de 2009); Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Colombia, Caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó*, resolución de 6 de marzo de 2003.

105 Véase <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/sobre-cautelares.asp> (última visita: 15 de marzo de 2016); Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medida Cautelar No. 271-05, Ampliación de beneficiarios, *Asunto Comunidad*

En relación con la determinación del alcance de los deberes estatales de garantía pueden decirse muchas cosas. No solo que ellos constituyen obligaciones de medio, como se señaló previamente, sino además lo referente al espinoso tema sobre si existen obligaciones extraterritoriales frente a abusos empresariales. La importancia de esas obligaciones radica en las posibilidades y el riesgo de que las víctimas no obtengan reparaciones ni puedan obtener una decisión frente a una empresa abusiva a pesar de diligentes esfuerzos del Estado en cuyo territorio se desplegaron las operaciones corporativas.

Aunque en situaciones sobre derechos humanos, como en Guantánamo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha decantado por el reconocimiento de un deber de *respeto* extraterritorial en casos en los que el Estado tenga a personas bajo su jurisdicción efectiva y no territorial (“autoridad y control efectivos de los agentes del Estado”),¹⁰⁶ en el Sistema Interamericano no se ha decidido o declarado, *hasta el momento*, que hay o debería haber deberes extraterritoriales de protección y un deber de sanción e investigación por parte de los Estados de nacionalidad o con control efectivo, influencia decisiva o vínculo razonable con una empresa abusadora, o en casos en los que el Estado en cuyo territorio no se cometió una violación por la empresa, cuyos abusos se realizaron en el exterior, conocía o podía prever abusos de empresas con las que tenga determinado vínculo. Por el contrario, académicos y Comités del sistema convencional de las Naciones Unidas sí han apoyado aquellas ideas, aunque debe reconocerse que los Principios Rectores estiman que el ejercicio de jurisdicción extraterritorial estatal en el estado actual del derecho internacional es facultativo pero no obligatorio.¹⁰⁷ Curiosamente, el tema sí se ha debatido: en una audiencia ante la Comisión Interamericana que no se presentaba en el marco de un caso contencioso, activistas de ONG y delegaciones académicas cuestionaron al Estado de Canadá precisamente porque, a su juicio, no cumplían con deberes extraterritoriales según se describían en los Principios de Maastricht, algo que Canadá rechazó al considerar que esos principios eran desarrollados por académicos sin que reflejasen o declarasen derecho positivo.¹⁰⁸

de la Oroya con respecto a Perú, 3 de mayo de 2016, párr. 19; AIDA, *La CIDH pide a Perú proteger a otras 14 personas afectadas por contaminación en La Oroya*, disponible en <http://www.aida-americas.org/es/release/la-cidh-pide-peru-protoger-otras-14-personas-afectadas-por-contaminacion-en-la-oroya> (última visita: 10 de mayo de 2016).

106 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Hacia el cierre de Guantánamo*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 20/15 (3 de junio de 2015), párr. 54.

107 Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *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 (21 de marzo de 2011), comentario al Principio 2; *Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *General recommendation No. 34 on the rights of rural women*, CEDAW/C/GC/34 (4 de marzo de 2016), párr. 13; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *General comment No. 23 (2016) on the right to just and favourable conditions of work (article 7 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, E/C.12/GC/23 (8 de marzo de 2016), párrs. 69-70; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *General Comment No. 22 (2016) on the right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, E/C.12/GC/22 (4 de marzo de 2016), párr. 60.

108 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ‘Canadá: Impacto de empresas mineras canadienses en A. Latina’, 28 de octubre de 2014, video disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=OWYue8FP9ZY> (última visita: 8 de abril de 2014).

En el Sistema se puede contribuir a aclarar y promover desarrollos en la práctica para solucionar estas dudas y los problemas sobre la falta de reparaciones y sanciones, generados por vacíos y falta de coordinación entre sistemas estatales, que a su vez son en ocasiones explotados por empresas que saltan de jurisdicción, o por empresas matrices que eluden responsabilidad por los actos de sus filiales o subsidiarias. Siendo estos temas complejos, cuyos tecnicismos en ocasiones generan la indefensión de las víctimas, es necesaria la contribución de sus órganos, que pueden dar ejemplo en el mundo y que en el pasado han demostrado su valentía al dar prevalencia a la protección sustantiva de los derechos humanos frente a las formalidades, por ejemplo en decisiones sobre excepciones preliminares.¹⁰⁹

Por el momento, la Comisión sí se ha ocupado del asunto pero ha asumido una posición conservadora. En este sentido, señaló que los Estados “extranjeros de origen” *pueden* establecer “mecanismos de forma voluntaria para asegurar mejores prácticas conforme a los derechos humanos de sus ciudadanos corporativos en el extranjero.” Evidentemente, la posición asumida por la Comisión no considera a la jurisdicción o deberes extraterritoriales frente a las empresas como obligatorios, pero esta posición podría cambiar gracias a la presión ejercida por quienes argumenten ante el sistema o por el ejemplo de desarrollos que se den al respecto. La Corte, por su parte, podría tener que ocuparse de esta cuestión en una opinión consultiva o si es necesario para que resuelva un caso contencioso presentado ante ella.

Otro tema en el cual la Corte y la Comisión pueden contribuir es el referente a las clases de empresas frente a las que se exige protección y que deben respetar derechos humanos. Curiosamente, el inicio de la discusión del tratado sobre empresas y derechos humanos, según la propuesta de Ecuador y Sudáfrica, se enfoca en las empresas transnacionales. Esto ha sido criticado en tanto cualquier empresa puede violar derechos humanos y, además, actuar de forma transnacional, mientras que algunos dicen que los riesgos concretos y el poder de las empresas transnacionales justifican su examen pormenorizado y diferenciado. Al respecto, considero que en cuanto a mecanismos procesales esto último es razonable, pero en términos sustantivos debe responsabilizarse a cualquier empresa abusadora, transnacional o no, y debe actuarse contra ella por parte de órganos internos o internacionales que deseen o deban garantizar bienes jurídicos internacionales.¹¹⁰

109 Corte IDH. *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales Vs. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 2, párr. 38; Corte IDH. *Caso Gangaram Panday Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C No. 12, párr. 18.

110 Sobre estos debates, ver: Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, *Informe del primer período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, con el mandato de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante*, A/HRC/31/50 (5 de febrero de 2016), párrs. 13, 16, 25, 44, 55, 57, 63, 90; South Centre, *South Bulletin*, Issues 87-88, 23 de noviembre de 2015, disponible en: http://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2015/11/SB87-88_EN.pdf; Cantú Rivera, Humberto, ‘¿Hacia un tratado internacional sobre la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos? Reflexiones sobre la primera sesión del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta’, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XVI, 2016; Ruggie, John G., *A UN Business and Human Rights Treaty? An Issues Brief*, 28 de enero de 2014; Ruggie, John G., *The Past as Prologue? A Moment of Truth for UN Business and Human Rights Treaty*, disponible en: http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/Treaty_Final.pdf (última visita a las páginas web: 13 de abril de 2016).

En el Sistema Interamericano, donde las obligaciones estatales en la dimensión horizontal de los derechos humanos se fundamentan en la posibilidad y existencia de agresiones de distintos actores no estatales, no tiene sentido excluir a ningún tipo de empresa, debiendo por ello exigirse el cumplimiento de deberes estatales de protección en todo caso y promoverse la responsabilidad corporativa de todas. Afortunadamente, ni la Corte ni la Comisión han dicho nada que permita inferir que entienden que únicamente se exige la protección frente a determinado tipo corporativo.

Dicho esto, en ocasiones los problemas jurídicos radican en la existencia o no de la atribución directa de la conducta empresarial a los Estados, pues si ella se verifica, todo acto realizado por la empresa contrario a los derechos humanos generará responsabilidad por contravención del deber de respeto o abstención. Me atrevo a decir que incluso si la empresa actúa por fuera del territorio del Estado en cuestión, tal atribución se da en las siguientes situaciones: cuando el Estado reconoce los actos empresariales como propios;¹¹¹ cuando una entidad, tanto privada como de economía mixta o pública, ejerce funciones públicas o atribuciones de autoridad estatal (algo que puede suceder incluso en contextos de privatización y delegación, y que se ha reconocido en el caso *Ximenes Lopes* contra Brasil, decidido por la Corte Interamericana);¹¹² cuando un Estado ejerza control efectivo sobre determinada conducta empresarial (según determina el derecho general de la responsabilidad¹¹³ y estipula el punto nueve de los principios de Maastricht sobre las obligaciones extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales); y en los casos en que las empresas estatales actúen como meros instrumentos de los Estados.¹¹⁴

Por otra parte, hay supuestos en los cuales no se verifica una atribución directa del comportamiento empresarial al Estado, pero sí se le exige que ejerza un deber de supervisión y protección más intenso o estricto, como sucede cuando crea un riesgo de violación no estatal, hay personas en especial vulnerabilidad¹¹⁵ o tiene “vínculos estrechos” con la empresa, “por ser de su propiedad o encontrarse bajo su control”.¹¹⁶

111 Comisión de Derecho Internacional, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 2001, artículo 11.

112 Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párrs. 86-87; Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la anterior sentencia, párr. 28; Comisión de Derecho Internacional, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 2001, artículos 5 y 9; Comisión de Derecho Internacional, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, 2001, comentario al artículo 8, párr. 6.

113 Comisión de Derecho Internacional, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 2001, artículo 8; Comisión de Derecho Internacional, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, 2001, comentario al artículo 8, párrs. 4-8.

114 Comisión de Derecho Internacional, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, 2001, comentario al artículo 8, párr. 6.

115 Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 243; Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párrs. 125-126.

116 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 47/15 (31 de diciembre de 2015), párr. 100.

Otro aspecto frente al cual los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos pueden ser decisivos es el relativo al tercer pilar, sobre remedios y reparaciones. En su jurisprudencia se insiste en que los Estados deben esforzarse por garantizar las reparaciones de las víctimas, incluso ante supuestos de abusos no estatales. Con base en los propios *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, se reconoce una dimensión no estatal del deber de reparar, aplicable a los participantes en abusos.¹¹⁷ Esto confirma que el Estado debe ser diligente para procurar que las empresas partícipes en violaciones reparen a las víctimas.

Una opción que debe explotar el sistema es su potencialidad de formular directamente recomendaciones o indicaciones a las empresas en informes, comunicados de prensa u *obiter dicta*, y no solo recordar sobre los deberes de garantía de los Estados. Entre aquellas recomendaciones, y en relación con las reparaciones y remedios, podría mencionarse por la Corte o la Comisión la sugerencia de que las empresas adopten mecanismos de reclamación, como se reconoce en los Principios Rectores y fue adoptado, por ejemplo, por Adidas.¹¹⁸ Sobre este tema, es interesante notar que el Consejo de Europa adoptó una recomendación que replica lo dicho en el marco sobre las empresas y derechos humanos, diciendo que los Estados deberían permitir o estimular la creación por parte de las propias empresas de “mecanismos de reclamación”, asegurándose de que esto no suponga ningún obstáculo frente al acceso a mecanismos estatales de protección,¹¹⁹ de los que serían complementarios y, sin que puedan excluirlos, su adopción facilitaría en algunos casos las posibilidades de reclamo oportuno por parte de las víctimas.

En cuanto a los remedios, es útil que en el Sistema Interamericano se tenga en cuenta el señalamiento en el marco y los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos de que todo mecanismo de reclamación –sea estatal o no estatal, judicial o no judicial– ha de cumplir con criterios de eficacia, legitimidad y confianza, accesibilidad, claridad y predictibilidad,

117 Theo Van Boven, ‘The United Nations Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law’, *United Nations Audiovisual Library of International Law*, p. 3, disponible en http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_60-147/ga_60-147_e.pdf (última visita: 13 de abril de 2016).

118 Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *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 (21 de marzo de 2011), Principios 28 al 30, junto a sus respectivos comentarios; Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*, A/HRC/8/5 (7 de abril de 2008), párrs. 93-95; Kourabas, Michael, ‘Adidas Creates Human Rights Complaint Process’, *TriplePundit*, 6 de noviembre de 2014, disponible en <http://www.triplepundit.com/2014/11/adidas-announces-human-rights-complaint-process/> (última visita: 13 de abril de 2016).

119 Consejo de Europa, *Recomendación del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre derechos humanos y empresas*, CM/Rec(2016)3 (2 de marzo de 2016), párr. 54; Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*, A/HRC/8/5 (7 de abril de 2008), párr. 95.

legitimidad, independencia, igualdad de las partes, transparencia, respeto de garantías y derechos, participación y posibilidad de reclamos y mejora.¹²⁰

VI. Conclusiones

Aunque los deberes de garantía y de protección del Estado ofrecen cierta seguridad frente a posibles abusos empresariales, el riesgo de impunidad y falta de reparaciones, a pesar de los esfuerzos del Estado territorial, hacen necesarios desarrollos y aclaraciones sobre los otros componentes del marco sobre empresas y derechos humanos. Estos riesgos se originan por factores como los límites para la atribución al Estado de responsabilidad por abusos corporativos, la insuficiencia de los mecanismos y estándares voluntarios cuya adopción tanto se promueve hoy día, la posibilidad empresarial de evadir su jurisdicción mediante disoluciones o reubicación de operaciones, y la poca claridad sobre la extensión o intensidad de los deberes extraterritoriales de los Estados.

La materialización de los riesgos es contraria a la aspiración de que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos le ofrezca esperanza a quien no la encuentre a nivel interno en una región problemática. Para evitar esto, la Comisión y la Corte tienen a su disposición, así no sean plenamente conscientes de ello, herramientas para declarar y desarrollar estándares, incluso pronunciándose directamente sobre la responsabilidad empresarial en informes o pronunciamientos no resolutivos, cumpliendo así con labores de promoción y pudiendo desencadenar interpretaciones o prácticas. Dichos órganos ya han contribuido a afrontar grandes desafíos sobre derechos humanos en la región, por ejemplo, frente a las dictaduras, pero un gran problema pendiente es atajar los abusos corporativos a los que un sistema estatocentrista no puede hacer frente, especialmente en una región en la que los pueblos indígenas y otras comunidades son vulnerables ante las actividades de actores poderosos o con posibilidades de acción, movidos en ocasiones por un excesivo afán de lucro que puede llevarles a ignorar garantías fundamentales. La Comisión y la Corte pueden ayudar exigiendo a los Estados que responsabilicen a las empresas con base en el derecho internacional, incluso si su derecho interno aún no dice nada expresamente al respecto,¹²¹ y provocando cambios en la actitud empresarial de forma directa. Con ello, podrían inspirar desarrollos normativos o interpretativos a nivel general o universal, generando un mínimo común denominador que evite espacios de impunidad o ausencia de regulación en el orbe. Las víctimas lo merecen.

120 Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *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 (21 de marzo de 2011), Principio 31, con su comentario; Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*, A/HRC/8/5 (7 de abril de 2008), párrs. 92, 95.

121 Sobre esta posibilidad, ver: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, *Caso Kononov v. Letonia*, Sentencia, 17 de mayo de 2010, párrs. 185, 207-208, 235-239, 244; Comisión de Derecho Internacional, *Principles of International Law recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal*, 1950, Principios I y II con sus respectivos comentarios, párrs. 99-102.

No puede ignorarse que los sistemas de derechos humanos operan en múltiples niveles, y que las autoridades y actores internos deben tener en cuenta sus estándares. Curiosamente, estos actores internos pueden, a su vez, inspirar y ejercer presión en pro de cambios en las prácticas de los órganos internacionales. Al respecto, hay que reconocer que en la región americana se han venido presentando iniciativas y desarrollos interesantes. Por ejemplo, la decisión de investigación acerca de la existencia de complicidad corporativa con la dictadura por parte de una comisión bicameral en Argentina; la iniciativa ecuatoriana de desarrollar un tratado sobre empresas y derechos humanos, o la posibilidad de responsabilizar a participantes directos e indirectos en violaciones en el conflicto armado colombiano,¹²² incluyendo, en mi opinión, a las empresas, que también pueden ser parte en procesos de amparo en este país.

Dada la necesidad de enfrentarlos, en lo futuro probablemente se presentarán casos que versen sobre estos problemas y permitan a la Corte y a la Comisión desarrollar líneas jurisprudenciales que procuren lidiar con abusos a manos de particulares, algunos incluso sobre empresas, o cuyos elementos pueden aplicarse igualmente a situaciones en las que ellas se vean involucradas. Puede citarse, por ejemplo, el caso de la Hacienda Verde contra Brasil, que se relaciona con trabajos forzados o la esclavitud cometida por particulares.¹²³ El Sistema Interamericano ha demostrado ser dinámico, y debe demostrar que puede serlo en este tema. En consecuencia, sus órganos no han de frenar desarrollos necesarios con su inacción o con un enfoque excesivamente estatocentrista que ignore vacíos en su aplicación respecto de exigencias de protección. La solidaridad y la empatía con las víctimas, motores de los derechos humanos, así lo exige. Además, el hecho de que las empresas también puedan ser actores positivos que contribuyan al goce y ejercicio de los derechos humanos, por ejemplo generando empleo, hace que se las deba animar a desempeñar este papel. Así, la Corte y la Comisión no sólo pueden condenar sus abusos, sino además exhortarlas con discursos cuidadosamente tejidos que resalten cómo su legitimidad está en juego y pueden ser actores con un impacto benéfico, lo que puede incidir en una cultura corporativa apegada a valores democráticos y de derechos humanos.

122 'Argentina: Aprueba el Parlamento crear una comisión bicameral de la verdad que identifique complicidades empresarias durante la dictadura', *Business & Human Rights Resource Centre*, disponible en <http://business-humanrights.org/es/argentina-aprueba-el-parlamento-crear-una-comisión-bicameral-de-la-verdad-que-identifique-complicidades-empresarias-durante-la-dictadura>; 'Sancionan ley para crear una bicameral que investigue la complicidad de las empresas con la dictadura', *parlamentario.com*, 25 de noviembre de 2015, disponible en <http://www.parlamentario.com/noticia-87728.html>; Gobierno de Colombia y FARC, *Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto: "Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición"*, incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz; y *Compromiso sobre Derechos Humanos*, 15 de diciembre de 2015, disponible en <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/proceso-de-paz-con-las-farc-ep/documentos-y-comunicados-conjuntos/Documents/acuerdo-victimas.pdf> (las páginas web fueron visitadas por última vez el 13 de abril de 2016); Consejo de Derechos Humanos, *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*, A/HRC/26/9 (26 de junio de 2014).

123 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *CIDH presenta caso sobre Brasil a la Corte IDH*, comunicado de prensa, 7 de mayo de 2015, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/045.asp>; Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), *Caso Fazenda Brasil Verde Vs Estado de Brasil*, disponible en https://www.cejil.org/sites/default/files/cejil_punteo_fbv.pdf (ambas páginas fueron visitadas por última vez el 13 de abril de 2016).

El camino hacia un instrumento jurídicamente vinculante en el área de empresas y derechos humanos: ¿de la responsabilidad social de la empresa a la responsabilidad legal de la empresa por vulneraciones a los derechos humanos?

Carlos López*

SUMARIO: I. Introducción. II. El proceso. III. El debate: objeciones y argumentos a favor. IV. La relación entre el tratado internacional y los Principios Rectores. V. El debate sobre el campo de aplicación del futuro tratado. VI. Responsabilidades o deberes de las empresas. VII. Las modalidades y formas de responsabilidad de las empresas de negocios. VIII. Las obligaciones de los Estados: regulación, vigilancia y recursos efectivos y reparación. IX. Comentarios finales.

I. Introducción

La decisión del Consejo de Derechos Humanos de empezar el proceso de elaboración de un instrumento jurídicamente vinculante ha reiniciado con brío algunas de las discusiones doctrinales y políticas relativas al lugar y papel del derecho internacional en la definición y aplicación de normas sobre la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos, entre otras. Aunque esta discusión no es totalmente nueva, había pasado a un segundo plano en los últimos años en beneficio de una perspectiva jurídicamente no vinculante y más amplia plasmada en los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos¹ y su proceso de aplicación.

El proceso que se abre de formulación de estándares presenta una serie de oportunidades y también riesgos. Uno de los riesgos es que las deliberaciones se estanquen en el viejo antagonismo entre Norte y Sur o entre los países en desarrollo y los desarrollados. Algunos de los temas y reflejos políticos de

* Consejero Jurídico Principal, Comisión Internacional de Juristas. Doctor en Derecho Internacional Público/ Relaciones Internacionales, Institut d'Hautes Etudes Internationales (Ginebra, Suiza). Las opiniones vertidas en este artículo no reflejan necesariamente las posiciones de la Comisión Internacional de Juristas o cualquier otra organización a la cual el autor este afiliado.

1 Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *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 (21 de marzo de 2011); el Consejo de Derechos Humanos los hizo suyos: Consejo de Derechos Humanos, *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/RES/17/4 (16 de junio de 2011).

algunas delegaciones diplomáticas levantan sospechas en este sentido. A pesar de los riesgos, queda claro que se trata de un proceso único que no debe necesariamente asemejarse a otras experiencias del pasado, tanto exitosas como fallidas. Esta será la primera vez que un proceso de elaboración de un tratado incluya estándares de derechos humanos como parámetros en la definición de la responsabilidad de las empresas. Los esfuerzos que comenzaron en 1975 —y posteriormente se disiparon en las décadas de 1980 y 1990— para establecer un Código Internacional sobre Sociedades Transnacionales por medio de un proceso intergubernamental, respondían exclusivamente a preocupaciones vinculadas al desarrollo y a la necesidad de reivindicar los derechos de los Estados frente a las empresas transnacionales, a las cuales se les veía como una posible continuación del colonialismo que se agotaba en ese entonces.² La presencia e incidencia de los derechos humanos en estas deliberaciones fue escasa o nula. La postura de algunos países en desarrollo, que aspiran a que este proceso responda a consideraciones e intereses económicos en el área de las inversiones y comercio internacional, podría poner nuevamente estos antiguos debates y confrontaciones sobre la mesa de discusiones. No obstante, debe recordarse que el debate actual está centrado en los derechos humanos y en el interés y necesidades de las víctimas de abusos empresariales a escala global.

El proceso hacia la elaboración de un tratado internacional en esta materia pone también sobre el tapete una serie de temas fundamentales para el derecho internacional de los derechos humanos. Uno de ellos plantea la pregunta de si mediante un tratado se puede regular o establecer obligaciones de derechos humanos directamente para las empresas o si se debería hacerlo con la imposición de obligaciones sobre los Estados, como ha sido tradicionalmente el caso. Naturalmente, este tema está vinculado al papel que el derecho internacional puede y debe cumplir en el campo de la regulación internacional de las empresas.

El presente capítulo traza los antecedentes que van desde la adopción en 2011 de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU hasta su decisión de 2014 de iniciar las negociaciones intergubernamentales de un instrumento internacional jurídicamente vinculante (un acuerdo o tratado internacional). El proceso y decisiones del órgano principal de derechos humanos de las Naciones Unidas no están exentos de consideraciones políticas, como todo proceso multilateral, y refleja una creciente preocupación en la comunidad internacional por lo que se percibe como la ausencia de un régimen de regulación de la entidad jurídica conocida como empresa o sociedad comercial. Asimismo, indica cambios importantes en la manera como las Naciones Unidas perciben que se debe abordar la relación entre la empresa y los derechos humanos.

2 Sauvart, Karl P., 'The Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations: Experience and Lessons Learned', *Journal of World Investment and Trade*, Vol. 16, 2015, pp. 11-87; Hamdani, K. y Ruffing, L. *United Nations Centre on Transnational Corporations: Corporate Conduct and the Public Interest*, Londres, Routledge, 2015.

En el capítulo, además, se reseñan y analizan los temas principales y los argumentos que forman parte del debate, se propone abordarlos de tal manera que se facilite la negociación intergubernamental y, al mismo tiempo, se logre un instrumento eficaz y robusto que llene los vacíos existentes en la normatividad internacional.

II. El proceso

En junio de 2014, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU (en lo sucesivo CDH o Consejo), que tres años antes había hecho suyos los Principios Rectores,³ decidió elaborar un instrumento jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos.⁴ En su Resolución 26/9 creó un Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta y estableció un proceso de negociaciones intergubernamentales en varias etapas. Esta decisión, lejos de ser sorpresiva e inesperada, fue el resultado de un proceso que había comenzado varios años antes. La posibilidad o la conveniencia de un futuro instrumento internacional ya habían sido planteadas por el CDH en la resolución en la que se adoptó el Marco para Proteger, Respetar y Remediar de junio de 2008 y, nuevamente, en junio de 2011, al aprobar los Principios Rectores. Por ejemplo, el preámbulo de las resoluciones 8/7 de 2008 y 17/4 de 2011 establece que “es preciso esforzarse por colmar los vacíos de gobernanza a nivel nacional, regional e internacional”. Un número significativo de defensores de derechos humanos, incluidas organizaciones no gubernamentales y expertos gubernamentales, también habían sugerido la necesidad de contar con un marco jurídicamente vinculante que incluyera estándares para las empresas comerciales.

Por otra parte, la Resolución 17/4, por la que el Consejo endosa unánimemente los Principios Rectores, nota que fueron adoptados sin perjuicio de “cualesquier otras iniciativas futuras, incluido un relevante y comprehensivo marco internacional”. Asimismo, señala que la adopción de los Principios Rectores no impide otros desarrollos a largo plazo, “incluido el perfeccionamiento de las normas” (párrafo operativo 4), y pide al nuevo Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos que “Siga estudiando las posibilidades que existen, a nivel nacional, regional e internacional, de aumentar el acceso a recursos efectivos disponibles para quienes vean afectados sus derechos humanos por las actividades de las empresas, incluidos quienes se encuentren en zonas de conflicto...”⁵ Este consenso ha sido confirmado en debates posteriores.⁶

3 Consejo de Derechos Humanos, *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/RES/17/4 (16 de junio de 2011).

4 Consejo de Derechos Humanos, *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*, A/HRC/RES/26/9 (14 de julio de 2014).

5 Consejo de Derechos Humanos, *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/RES/17/4 (16 de junio de 2011), §6(e).

6 Comisión Internacional de Juristas, *High level discussion on advancing human rights and business in the Human Rights Council*, 21 junio 2012, disponible en <http://www.icj.org/high-level-discussion-on-advancing-human-rights->

Mucho antes de la coyuntura de junio del 2014, varios Estados, organizaciones no gubernamentales y expertos independientes sugirieron que el Consejo debería empezar a trabajar en un instrumento internacional jurídicamente vinculante.⁷ La Comisión Internacional de Juristas estuvo proponiendo, por lo menos desde el 2007, la adopción de estándares globales negociados y convenidos por los Estados.⁸ Antes de su sesión de junio de 2011, una declaración firmada por más de cincuenta organizaciones y coaliciones internacionales, propuso:

Con el fin de elaborar un instrumento jurídico internacional, analizar las opciones para abordar las debilidades e inconsistencias en la protección jurídica de los derechos humanos, incluyendo, pero no limitado a, aquellas relacionadas con los abusos graves contra los derechos humanos y hacer recomendaciones para la acción. Este análisis podría tomar la forma de un informe consultivo y comprehensivo que se publicará con el fin de impulsar un proceso intergubernamental para el establecimiento de normas.⁹

Posteriormente, cientos de organizaciones hicieron un llamado global para iniciar un proceso intergubernamental en el mismo sentido¹⁰ y numerosas entidades de cooperación para el desarrollo, agrupadas en CIDSE, también solicitaron instrumentos vinculantes en el momento en que el Marco de la ONU fue adoptado.¹¹ Mediante una declaración, el Foro de ONG en la Conferencia Viena+20 solicitó un conjunto “internacional jurídicamente vinculante” de reglas relativas a las corporaciones; un llamado similar fue hecho por las organizaciones de la sociedad civil en el Foro Regional de Empresas y Derechos Humanos celebrado en Medellín, Colombia.¹² Organizaciones tradicionalmente más críticas a los Principios Rectores también pidieron la regulación obligatoria de las corporaciones transnacionales.¹³ Mientras tanto, en 2011, al final de su mandato, el entonces Representante Especial

and-business-in-the-human-rights-council/ (visitado el 1 de julio de 2016).

7 Las declaraciones de los Estados pueden ser vistas en los archivos webcast de las Naciones Unidas: *Statements by Governments at Human Rights Council Session*, disponibles en <http://www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/ReportstoUNHumanRightsCouncil/2011> (visitado el 1 de julio de 2016).

8 *Joint Open letter to UN Special Representative on Business and Human Rights-2007*, 10 de octubre de 2007, disponible en <http://www.escr-net.org/docs/i/548976> (visitado el 1 de julio de 2016).

9 *Advancing the Global Business and Human Rights Agenda*, 13 de mayo de 2011, disponible en <http://www.hrw.org/en/news/2011/05/13/advancing-global-business-and-human-rights-agenda>; *Joint Civil Society Statement to the 17th Session of the Human Rights Council*, 30 de mayo de 2011, disponible en <http://www.hrw.org/news/2011/05/30/joint-civil-society-statement-17th-session-human-rights-council> (visitados el 1 de julio de 2016).

10 Treaty Alliance, *Global Movement for a Binding Treaty*, disponible en <http://www.treatymovement.com>; ver también People’s Forum on Human Rights and Business, *Joint Statement: Binding International Instrument*, disponible en <http://www.escrnetpeoplesforum.org/joint-statement-binding-international-instrument> (visitados el 1 de julio de 2016).

11 CIDSE, *Derechos Humanos y corporaciones transnacionales y otras actividades empresariales*, 23 de mayo de 2008.

12 *The Vienna+20 CSO Declaration*, 26 junio 2013, p. 8, disponible en <http://viennaplus20.files.wordpress.com/2013/07/vienna-20-cso-declaration-final.pdf>; ver también *NGO declaration re forthcoming UN Regional Forum on Business and Human Rights for Latin America & Caribbean-others invited to sign on*, disponible en <http://www.business-humanrights.org/Links/Repository/1021569>; *Declaración frente al Foro Regional de América Latina y el Caribe sobre Empresas y Derechos Humanos*, agosto de 2013, disponible en <http://www.ecologistasenaccion.org/article26462.html> (visitados el 1 de julio de 2016).

13 FIAN International, *CSOs and social movements before Human Rights Council today: Ruggie’s Guiding Principles unsuitable for addressing corporate human rights abuses*, 31 de mayo de 2005, disponible en http://www.fian.org/en/news/article/detail/csos_and_social_movements_before_human_rights_council_today_ruggie’s_guiding_principles_unsuitable (visitado el 1 de julio de 2016).

del Secretario General sobre Empresas y Derechos Humanos formuló recomendaciones para un proceso intergubernamental enfocado en violaciones graves de los derechos humanos cometidas por empresas, en un documento donde sugería medidas de seguimiento.¹⁴

De manera significativa, en una declaración conjunta de septiembre de 2013, realizada durante la sesión del CDH, grupos regionales y las representaciones de más de ochenta Estados se sumaron al llamado “después de un cuidadoso proceso de análisis de opciones,” y se comprometieron a trabajar de manera conjunta para conseguirlo.¹⁵

En una sesión decisiva del CDH de la ONU (junio de 2014), los países promotores presentaron una primera versión moderada de resolución en la que se instaba a establecer un “marco internacional jurídicamente vinculante”; su finalidad era convencer a los países que tradicionalmente lideraban en el tema (Noruega, Argentina, Federación Rusa e India) que aceptasen incluir esta demanda en una sola resolución conjunta. Luego de una serie de “consultas informales”, resultó claro que el desacuerdo radicaba en si se debía o no establecer en ese momento un grupo intergubernamental de composición abierta y si se debía empezar con la elaboración del instrumento vinculante o primero se deberían sopesar su necesidad y opciones. Al respecto, las posiciones de los países representados en el Consejo fueron irreconciliables, por lo que la propuesta de resolución de Ecuador y Sudáfrica apoyada por un grupo de países, que iniciaba un proceso intergubernamental de elaboración de un instrumento vinculante, fue finalmente aprobada de manera separada con el voto de la mayoría. Durante los días previos, prevalecía una atmósfera de tensión y desconfianza. Al final, los países europeos, Estados Unidos y otras naciones votaron en contra; mientras, las economías emergentes y los países del hemisferio sur se pronunciaron mayoritariamente a favor, aun cuando algunos de ellos se abstuvieron, entre estos Chile y Argentina que, posteriormente, explicaron que apoyarían ambas iniciativas (la elaboración del tratado y la implementación de los Principios Rectores), o participaron después en las sesiones del nuevo Grupo de Trabajo intergubernamental.

La Resolución 26/9 indica que las sesiones primera y segunda (2015 y 2016) se dedicarán al debate de temas generales sobre alcance, formato y contenido del tratado. También establece que el Presidente-Relator del Grupo de Trabajo intergubernamental deberá elaborar un documento con los elementos preliminares del tratado. Esto implica que, en un plazo de tres años (hasta el 2017), el Grupo de Trabajo intergubernamental debería iniciar el debate de las diversas partes y secciones del nuevo tratado, imponiéndose así un programa de trabajo con etapas definidas.

14 Mandate of the Special Representative of the Secretary-General (SRSG) on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, *Recommendations on follow-up to the mandate*, 11 de febrero de 2011, disponible en <http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/ruggie-special-mandate-follow-up-11-feb-2011.pdf> (visitado el 1 de julio de 2016).

15 *Declaración en nombre de un grupo de países en la 24^a Sesión Ordinaria del Consejo de Derechos Humanos*, disponible en <http://business-humanrights.org/media/documents/statement-unhrc-legally-binding.pdf> (visitado el 1 de julio de 2016).

III.El debate: objeciones y argumentos a favor

Durante la sesión del Consejo, en la campaña preparatoria y el debate sobre estos asuntos, se utilizó una serie de argumentos a favor y en contra del inicio del proceso. Los opositores al proyecto de resolución argumentaron que un instrumento vinculante no sería necesario para efectuar los cambios sugeridos y necesarios o, de ser negociado y concluido, no sería ratificado y aplicado más que por una minoría de Estados (como ocurrió con la Convención sobre los derechos de los trabajadores migrantes, a la cual se aludió y se alude frecuentemente) y, por tanto, terminaría siendo ineficaz; además, se adujo que los Estados opositores, los empresarios y otros actores no participarían en la negociación. Respecto de la oportunidad temporal de la iniciativa el argumento más utilizado, y presumiblemente el de mayor fuerza, es de que era un mal momento, pues había pasado poco tiempo (tres años) después de la adopción de los Principios Rectores; en esa línea, se sostuvo que habría que esperar más para ver los resultados de su aplicación o que había que postergar la decisión del Consejo y esperar a que la posibilidad y necesidad de un tratado internacional se discutiera suficientemente en un proceso preparatorio. Quienes mantuvieron una oposición firme a la creación del grupo intergubernamental de composición abierta, propusieron que las tareas de explorar y consultar se encargaran al Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos –establecido para promover la aplicación de los Principios Rectores– o a la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos; por último, se intentó que la discusión tuviera lugar en el Foro sobre empresas y derechos humanos, creado por la resolución del Consejo en la que se aprobaron los Principios Rectores para debatir sobre su aplicación. Ninguna de estas opciones logró persuadir a los países promotores de la iniciativa ni a las numerosas organizaciones de la sociedad civil presentes que la respaldaban, que preferían un Grupo de Trabajo intergubernamental.

Durante los debates en las reuniones de consulta informal, normales en la ONU cuando se discute una propuesta de resolución, varios actores, en particular las ONG de derechos humanos, refutaron cada una de estas objeciones. En relación con la oportunidad, dijeron que nunca se puede saber de antemano cual es el momento adecuado para negociar un tratado sino hasta cuando se inicia el proceso. Las propuestas de un instrumento vinculante se venían haciendo desde hace años y siempre se objetó lo mismo. Es comprensible que no hayan querido escuchar más la misma respuesta.

Por otra parte, la ausencia de los países en las negociaciones o su negativa a la ratificación son argumentos sin peso. Es usual que en negociaciones multilaterales haya algunos que no participen o lo hagan solo en ciertos momentos. Lo mismo pasa con la ratificación: no puede saberse de antemano si ratificarán un instrumento o no, sino hasta que este se haya negociado y concluido, se conozcan su contenido y objetivo y se evalúe la conveniencia o no de ratificarlo. La participación en la primera sesión de varios países que originalmente se abstuvieron y de grupos empresariales demuestra la fragilidad de este argumento.

Se observa que los argumentos contrarios a la resolución tenían un contenido político más que jurídico, lo que demuestra la naturaleza del desacuerdo de un grupo de países. En un proceso multilateral esto no tiene nada de excepcional; el desacuerdo ha estado presente en las distintas negociaciones y no es un indicador confiable del comportamiento posterior de aquellos que lo sostienen, que a veces han cambiado su postura durante el proceso, ni de si van a ratificar o no el instrumento resultante.

IV. La relación entre el tratado internacional y los Principios Rectores

Algunas de las objeciones más perdurables contra la iniciativa por un acuerdo jurídicamente vinculante en el área de las empresas y los derechos humanos tienen que ver con su relación con los Principios Rectores. Para algunos, estos son un instrumento único que expresa el consenso de los Estados, sociedad civil y las empresas y, por tanto, es más efectivo que cualquier otro en las actuales circunstancias. Su puesta en práctica y observancia debería promoverse utilizándose todos los recursos posibles y sin “distracción” alguna. Una iniciativa para un tratado internacional en la materia no sólo pondría en riesgo el “consenso” alcanzado, sino que también desviaría la atención y los escasos recursos hacia un proceso largo y de resultado incierto.¹⁶

Este tipo de objeciones, aunque frecuentemente instrumentalizadas, tienen una cierta fuerza. Las diferencias formales entre un tratado y un documento como los Principios Rectores, que no es jurídicamente vinculante, saltan a la vista y no necesitan mayor elaboración: el primero es un acuerdo internacional que genera obligaciones jurídicamente vinculantes bajo el derecho internacional y el otro no lo es (aunque podría calificar como una modalidad de *soft law*, derecho blando o emergente). Sin embargo, el problema de su relación mutua no reside en esas diferencias formales, sino en sus contenidos, sus marcos conceptuales y los procesos políticos de los que surgen.

No puede saberse de antemano, sobre todo antes de iniciar la negociación, cuál será el contenido final de un tratado internacional. Aunque tradicionalmente los países promotores parten de un modelo o una propuesta, en este caso se decidió hacer las cosas de manera diferente: su contenido inicial se ha dejado abierto a la discusión en las primeras dos sesiones. Los partidarios del tratado argumentan que los Principios Rectores y el proceso hacia el tratado deben ser vistos como complementarios el uno con el otro.

¹⁶ Pueden verse en este sentido las reacciones de la Organización Internacional de Empleadores, lamentando la adopción de la resolución 26/9: International Organisation of Employers, *Consensus on Business and Human Rights Is Broken With the Adoption of the Ecuador Initiative*, 26 de junio de 2014, disponible en <http://www.ioe-emp.org/index.php?id=1238>; y varios otros artículos contemporáneos en la siguiente dirección web: Business & Human Rights Resource Centre, *UN Human Rights Council adopts two resolutions on business & human rights – includes our analysis of recent developments*, disponible en <http://business-humanrights.org/en/un-human-rights-council-adopts-two-resolutions-on-business-human-rights-includes-our-analysis-of-recent-developments> (visitados el 1 de julio de 2016).

Sin embargo, hay tres maneras de entender la complementariedad: como ‘alineamiento’ o coherencia de uno con el otro, como evolución y desarrollo de uno sobre los temas y contenido del otro o como dos procesos paralelos que avanzan sin cruzarse. El primer modelo supone que el tratado deberá respetar los parámetros establecidos por los Principios Rectores, en particular sobre la posición de la empresa comercial en relación con el derecho internacional de los derechos humanos. Los Principios Rectores, como se sabe, se erigen sobre el principio de que las empresas no tienen por el momento obligaciones internacionales, sino solo las establecidas por el derecho interno de cada país. El segundo modelo, que llamamos aquí ‘evolutivo’, acepta que el tratado se edifique sobre algunas de las contribuciones positivas de los Principios Rectores, pero sin necesidad de someterse por completo a su marco conceptual y político. El tercer modelo propondría dos procesos paralelos que no se cruzan ni se retroalimentan el uno al otro. De los tres, el segundo modelo parece ser el más normal y razonable por corresponder con la tradición y la práctica internacionales.

Por otro lado, deberá aceptarse que además de tratarse de dos instrumentos que no son de igual categoría y valor dentro del derecho internacional, tampoco se inscriben en un mismo paradigma en ese campo o en el de las relaciones internacionales. Los Principios Rectores fueron desarrollados en un proceso atípico, muy en boga en los medios de la responsabilidad social de la empresa, en consulta y acuerdo con las partes interesadas, especialmente las empresas, dentro de la concepción de la normatividad o reglamentación policéntrica (*polycentric governance*),¹⁷ que entiende que la normatividad no emana solo del Estado, sino que requiere el involucramiento de las empresas y la sociedad civil dentro de lo que comúnmente se llama una perspectiva multiactores (*multistakeholder approach*).

El tratado en proceso se inscribe dentro de la perspectiva tradicional del derecho internacional, que resulta de negociaciones intergubernamentales, con la participación de la sociedad civil y otros interesados. Este modelo, a pesar de la pujanza de modelos policéntricos o multiactores, es aún el predominante dentro de la ONU.

V. El debate sobre el campo de aplicación del futuro tratado

La Resolución 26/9 establece un proceso para la adopción de un tratado en la materia. La primera etapa consiste en una deliberación general sobre su alcance y contenido. Debido a la complejidad y diversidad de las cuestiones que hoy en día pueden estar cubiertas por la categoría “empresas y derechos humanos”, se trata de una tarea difícil. El que se logre definir un objeto claro incidirá en cierta medida en las características del primer borrador y en el ritmo y los resultados de las negociaciones

¹⁷ Ruggie, John G., ‘Global Governance and “New Governance Theory”: Lessons from Business and Human Rights’, *Global Governance: A Review of Multilateralism and Multilateral Organizations*, Vol. 20(1), 2014, p. 8.

subsiguientes. Para ello, es posible inspirarse en instrumentos existentes, en particular los Principios Rectores y la Observación General N° 16 del Comité de los Derechos del Niño.¹⁸

Una primera cuestión que debe ser abordada es el alcance de la aplicación *ratione personae* de las disposiciones relativas a empresas. En una nota al pie incluida en el preámbulo de la Resolución 26/9, se define a “otras empresas” como “todas las empresas cuyas actividades operacionales tienen carácter transnacional y no se aplica a las empresas locales registradas con arreglo a la legislación nacional pertinente”. Esta definición es confusa, podría frustrar completamente la finalidad del proceso y¹⁹ es contradictoria, ya que parece corresponder al trabajo desarrollado por la antigua Comisión de Derechos Humanos y el actual CDH ONU, cuando es sabido que ambos órganos tenían una concepción absolutamente opuesta del sentido de la expresión “otras empresas”. Aplicando por analogía los cánones de interpretación de textos jurídicos internacionales (como los tratados internacionales) a la nota al pie en el preámbulo de la resolución, se llegaría a la conclusión de que no tiene carácter vinculante. Sin embargo, varios Estados miembros del Consejo han planteado la posición de que dicha nota sí lo tiene por ser parte integrante del texto. Las sugerencias emitidas informalmente para que se someta el contencioso a la opinión de la Oficina de Asuntos Legales de la ONU u otra instancia con autoridad jurídicamente autoritativa han sido, por el momento, desatendidas.

Lo concerniente al campo de aplicación del futuro tratado tiene que ver con su cobertura. En relación a las empresas de negocios, debe referirse a todos los derechos humanos -y a sus violaciones- o, por el contrario, deberá concentrarse en un subgrupo de normas fundamentales o sus violaciones: las violaciones graves a los derechos humanos. La controversia, aunque no fue totalmente originada por el Representante Especial del Secretario General al terminar su mandato en el 2011, fue alimentada por algunas de sus sugerencias, entre ellas el llamamiento para iniciar un proceso multilateral a fin de aclarar la aplicación de las normas relativas a las violaciones graves de los derechos humanos o abusos relacionados con la conducta de las empresas. Señaló que “Las jurisdicciones nacionales tienen interpretaciones divergentes de la aplicabilidad a las empresas de las normas internacionales que prohíben los abusos graves de los derechos humanos, potencialmente equivalentes al nivel de crímenes internacionales.” Estos abusos, observó, “típicamente se producen en zonas donde no puede esperarse que el régimen de los derechos humanos funcione como se concibe, por ejemplo en conflictos armados

18 Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 16 sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño*, CRC/C/GC/16 (17 de abril de 2013).

19 Este punto ha sido ampliamente discutido, incluido en la primera sesión del Grupo de Trabajo Intergubernamental de composición abierta. Véase Comisión Internacional de Juristas, *The scope of a legally binding instrument on business and human rights: Transnational corporations and other business enterprises*, 2015; Cantú Rivera, Humberto, ‘¿Hacia un tratado internacional sobre la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos? Reflexiones sobre la primera sesión del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta’, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XVI, 2016, pp. 425-460; López, Carlos y Shea, Ben, ‘Negotiating a Treaty on Business and Human Rights: A Review of the First Intergovernmental Session’, *Business and Human Rights Journal*, Vol. 1(1), 2016, pp. 111-116.

u otras situaciones de mayor riesgo. Esa diferencia sólo puede conducir a una mayor incertidumbre tanto para las víctimas como también para las empresas.”²⁰

El profesor Ruggie reiteró sus propuestas en el marco del primer Foro sobre Empresas y Derechos Humanos, que se celebró en diciembre de 2012. Describió la “aplicabilidad a las empresas de las normas internacionales que prohíben los abusos graves de los derechos humanos, equivalentes a crímenes internacionales” como un área “que requiere más atención internacional inmediata.” Según él, “las cortes han emitido interpretaciones contradictorias respecto a lo que precisamente estipulan las normas internacionales. Una mayor claridad jurídica es necesaria tanto para las víctimas, como para las empresas”. Ruggie sugiere que “[s]olo un proceso intergubernamental puede proporcionar tal claridad.”²¹

Limitar el alcance del tratado a violaciones graves de los derechos humanos se enfrenta a la dificultad de que no existe un consenso sobre el significado de “graves”.²² Es posible entender el término de una manera que incluya aquellas que van más allá de los delitos contemplados por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra). Por otro lado, si se extendiera el alcance del tratado a todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente, esta lista sería más amplia que la que sirve de referencia a los Principios Rectores y podría ser potencialmente muy larga y controvertida.

El Panel de Expertos Juristas de la CIJ sobre Complicidad Empresarial y Responsabilidad Legal describe “graves violaciones de derechos humanos” como:

20 El Profesor Ruggie ha sugerido tres opciones para lograr esta tarea: primero, “el mandato de un experto individual o un Grupo de Trabajo”; segundo “un proceso intergubernamental que desarrolle un borrador de un nuevo instrumento legal internacional que abarque estos retos específicos provenientes de estos vacíos.” Él sugirió la Convención contra la Corrupción de la ONU como un modelo a seguir. Una “tercera opción sería tener un mandato individual o un Grupo de Trabajo que prepare el terreno para un proceso intergubernamental”; Mandate of the Special Representative of the Secretary-General (SRSG) on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, *Recommendations on follow-up to the mandate*, 11 de febrero de 2011, disponible en <http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/ruggie-special-mandate-follow-up-11-feb-2011.pdf> (visitado el 1 de julio de 2016).

21 Ruggie, John G., *Opening Address: United Nations Forum on Business & Human Rights*, 4 de diciembre de 2012, disponible en <http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie-forum-address.pdf> (visitado el 1 de julio de 2016).

22 Ver Comisión Internacional de Juristas, *Necesidad y opciones para un nuevo instrumento internacional sobre Empresas y Derechos Humanos*, junio de 2014, pp. 27-29, disponible en <http://icj.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2016/01/Universal-Needs-Options-international-inst-Publications-Report-2015-SPA.pdf>; Zerk, Jennifer, *Corporate Liability for Gross Human Rights Abuses: Towards a Fairer and More Effective System of Domestic Law Remedies*, 2014, pp. 25-28, disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/DomesticLawRemedies/StudyDomesticLawRemedies.pdf>. (visitados el 1 de julio de 2016). Aunque Ruggie lanza la idea de un instrumento legal elaborado con cuidado que trate sobre los “peores” abusos contra los derechos humanos, no profundiza claramente sobre cuáles son tales abusos. Ruggie, John Gerard, *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, Nueva York, W.W. Norton, 2013, p. 200, aunque se refiere a los crímenes internacionales como “el genocidio, las ejecuciones extrajudiciales, y la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud” como candidatos obvios. Véase también Ruggie, John, *A UN Business and Human Rights Treaty? An Issue Brief*, 28 de enero de 2014, p. 5, disponible en <http://business-humanrights.org/media/documents/ruggie-on-un-business-human-rights-treaty-jan-2014.pdf> (visitado el 1 de julio de 2016).

Una violación de naturaleza flagrante equivalente a un ataque directo e irrefutable contra los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Entre las violaciones manifiestas de los derechos humanos estarían, por ejemplo, los crímenes de lesa humanidad, las desapariciones forzadas, las ejecuciones extrajudiciales, las detenciones arbitrarias prolongadas, la esclavitud y la tortura. El concepto de violaciones manifiestas de los derechos humanos está en continuo desarrollo y expansión, y violaciones que en otros tiempos no se consideraban violaciones graves, hoy se consideran generalmente incluidas dentro de ese concepto.²³

Aun cuando la definición provista por el Panel de la CIJ en 2008 es significativamente más amplia –y potencialmente abierta– que el mero listado de crímenes reconocidos internacionalmente, deja de lado violaciones que no podrían calificarse de graves y que, por tanto, no podrían atribuirse a empresas o sociedades comerciales para las eventuales sanciones correspondientes. Urge, pues, un debate y un consenso en esta materia, que será una de las más difíciles en el proceso de negociación.

La primera sesión del Grupo de Trabajo intergubernamental se realizó en julio de 2015, y la segunda tendrá lugar en octubre del 2016. Los párrafos a continuación esbozan algunos de los temas recurrentes en los debates y que anuncian su probable inclusión en el futuro tratado.²⁴

VI. Responsabilidades o deberes de las empresas

Como lo observara John Ruggie, el desafío de crear un sistema internacional de gobernanza –es decir, normas e instituciones– en el campo de los derechos humanos y las empresas va más allá del mero establecimiento de una responsabilidad jurídica cuya aplicación quedará en manos de los jueces y otros operadores del sistema. Es decir, va más allá de las instituciones de aplicación de la ley. Contempla, fundamentalmente, la identificación de normas de conducta para los actores económicos de la globalización que se traducirán, en ciertos casos, en obligaciones legales, responsabilidades o servirán como parámetros de política pública.

La responsabilidad de respetar todos los derechos humanos por las empresas de negocios, incluidas las sociedades comerciales, es una norma fundamental reconocida en los Principios Rectores, previamente identificada en el Marco del 2008. Es una responsabilidad de base, es decir que sobre

23 Comisión Internacional de Juristas, *Complicidad empresarial y responsabilidad legal*, Vol. 1, p. 5, disponible en <http://icj.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2009/07/Corporate-complicity-legal-accountability-vol1-publication-2009-spa.pdf> (visitado el 1 de julio de 2016). De acuerdo con la Guía interpretativa de los Principios Rectores de la OACDH: “Otra clase de violaciones, incluyendo derechos económicos, sociales y culturales también puede contar como graves violaciones si son graves y sistemáticos, por ejemplo violaciones que tienen lugar en una gran escala o dirigidos contra un grupo particular de la población.” OHCHR, *The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An Interpretive Guide*, 2012.

24 Ver, en general, Comisión Internacional de Juristas, *Necesidades y opciones...*, *op. cit.*

ella pueden construirse o agregarse otros niveles de responsabilidad. Está basada en las normas y expectativas sociales. Sin embargo, ambas posiciones han sido criticadas.²⁵

Aunque se puede argumentar que una enumeración o catálogo de obligaciones o responsabilidades atribuibles a las empresas sería útil y también más claro, lo cierto es que en el contexto de un instrumento vinculante esto presentaría desafíos de enormes proporciones y, también, riesgos mayores. De la misma manera, aunque el fundamento de las normas o expectativas sociales es endeble, debe reconocerse al mismo tiempo que es quizás un comienzo conveniente para todos.

Por todo ello, el futuro instrumento internacional vinculante podría contribuir en gran manera a la cimentación de esta norma fundacional de conducta para las empresas. Lejos de establecer un catálogo de obligaciones –tal como parecen sugerirlo algunos comentaristas²⁶–, la responsabilidad debe ser genérica, pues ello tiene ventajas en un mundo globalizado donde los derechos humanos no son uniformemente reconocidos por los Estados. Una obligación genérica de respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos podría ser una buena manera de superar los *impasses* de la globalización en un mundo todavía regido por el derecho internacional clásico, basado en el consentimiento de los Estados.

Conforme a las normas del derecho internacional de los derechos humanos, los Estados tienen la obligación de proteger los derechos humanos frente a violaciones cometidas por sus propios agentes, pero también ante las de terceros. En tal sentido, se pueden adoptar una gran variedad de medidas para cumplir con estas obligaciones. El nuevo tratado podría obligarlos a exigir que ciertas empresas adopten políticas y procesos destinados a detectar, prevenir o mitigar y resarcir violaciones de derechos humanos cometidas en sus operaciones, como una manera de hacer efectiva la responsabilidad genérica de las empresas de respetar todos los derechos humanos.

Por otra parte, las disposiciones que contenga el tratado podrían contemplar obligaciones para que los Estados adopten normativa que responsabilice a empresas con personería jurídica propia por una serie de conductas ilícitas. La responsabilización a la empresa misma por actos lesivos a los derechos humanos es uno de los vacíos principales en el sistema jurídico internacional. Las disposiciones relevantes pueden tomar como ejemplo las contenidas en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños

25 Ver de manera general López, Carlos, ‘The ‘Ruggie Process’: from Legal Obligations to Corporate Social Responsibility?’ in Deva, Surya y Bilchitz, David (eds.), *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 58–77; Bilchitz, David, ‘A Chasm between “Is” and “Ought”? A Critique of the Normative Foundations of the SRSG’s Framework and the Guiding Principles’ in Deva, Surya y Bilchitz, David (eds.), *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 107–137.

26 Deva, Surya, ‘Multinationals, Human Rights and International Law: Time to Move beyond the “State-Centric” Conception’ in Cernic, Jernej L. y Van Ho, Tara (eds.), *Human Rights and Business: Direct Corporate Accountability for Human Rights*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2015, pp. 27–49.

en la pornografía,²⁷ o en diversos tratados del Consejo de Europa. La responsabilidad legal que se estipule dependerá del sistema y principios jurídicos prevalecientes en cada Estado y podría ser de tipo penal, civil o administrativa, según la práctica internacional vigente. El proceso de negociación para la definición de esta serie de conductas empresariales ilícitas demandará bastante tiempo y energía.

VII. Las modalidades y formas de responsabilidad de la empresa de negocios

La responsabilidad de las personas jurídicas también debería considerar actos de participación o complicidad u otras formas de responsabilidad subsidiaria y definir su atribución en la relación matriz-filial.²⁸

Las empresas comerciales operan generalmente utilizando la figura de una persona moral o jurídica, es decir, de una entidad creada por el derecho y, como tal, capaz de ser portadora de derechos y obligaciones y responsable de sus propios actos, y no por los de otros. Pero un delito puede cometerlo una sola persona, dos o varias y de distintas maneras. Así, una empresa puede ser coautora de un delito, pero también puede ayudar, facilitar o instigar a otra empresa a cometerlo. En este último caso, la empresa tendría un papel accesorio, como cómplice.

Por otro lado, en un mundo cada vez más integrado económicamente, las empresas conducen operaciones transfronterizas e incluso en continentes y países que se encuentran a una gran distancia, mediante sus propias filiales, asociados, contratistas o subcontratistas, o de manera directa a través de operaciones financieras y bancarias o compraventas por vía electrónica. Estas operaciones se han visto facilitadas por la gran cantidad de acuerdos comerciales y de protección de inversiones que ahora existen.

En el contexto de la globalización y de las empresas transnacionales nos encontramos también con el hecho que la empresa matriz usualmente domiciliada en otro país, estaría involucrada en la comisión de un delito por su filial, como cómplice, coautora o instigadora. A todo ello se suma la dificultad adicional que muchas veces los tribunales nacionales no pueden establecer su jurisdicción sobre estas empresas o sobre los casos que se producen en otros países. Será importante entonces que el futuro tratado aborde estos temas, que se encuentran entre los más urgentes y sobresalientes de la agenda actual.

Otro caso típico en el debate sobre las empresas y los derechos humanos ha sido el de la responsabilidad jurídica de las compañías matrices en relación con sus subsidiarias en otros países

27 Asamblea General, *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*, A/RES/54/263 (25 de mayo de 2000).

28 Muchos de estos temas han sido analizados en documentos o informes elaborados por ONG o preparados para ellas, como por ejemplo Skinner, Gwynne, McCorquodale, Robert y De Schutter, Olivier, *The Third Pillar: Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business*, ICAR/ECCJ/CORE, 2013; Amnesty International, *Injustice Incorporated*, 2014.

respecto del daño causado o al que hubieran contribuido. Debido a las doctrinas de separación de personalidad jurídica y de responsabilidad limitada de los accionistas, según el derecho de sociedades comerciales, y junto con el hecho de que las empresas operan en diversos lugares geográficos, otros contextos jurídicos y en contacto con diferentes partes interesadas, la atribución de responsabilidad a las compañías matrices constituye siempre un reto.²⁹

El informe del Panel de la Comisión Internacional de Juristas sobre la Complicidad Empresarial encapsuló la responsabilidad de la compañía matriz en el concepto más extenso de complicidad, como contribución sustantiva a la comisión del delito.³⁰ De manera general, el principio básico es que la conducta de una subsidiaria no será identificada con la conducta de la matriz. En términos de responsabilidad civil, esta puede ser responsable por sus propios actos u omisiones, siempre que actúe de manera negligente o intencional y que contribuya al daño ocasionado por su filial a otro, con su conducta al facilitar, habilitar e incluso exacerbarlo.³¹ Este principio ha sido reafirmado tanto en la práctica legal como en la judicial, aunque todavía quedan por aclararse áreas cruciales relacionadas con la responsabilidad de empresas matrices por el daño causado a personas que viven en las cercanías de las operaciones de sus filiales.

Decisiones recientes adoptadas por los tribunales europeos en demandas civiles van en ese sentido. En el caso *Chandler v. Cape Plc*, la Corte de Apelaciones del Reino Unido dictaminó sobre la responsabilidad legal de la empresa matriz por el daño causado por sus filiales o subsidiarias³² pero enfatizó que no se trata de una atribución automática, limitando la responsabilidad únicamente a ciertos casos en los que la matriz tiene control sobre asuntos relevantes de la subsidiaria y su conducta propia incidió o contribuyó al daño.

En otro caso importante³³ sobre el presunto daño causado por la actividad de la empresa Shell Nigeria, la Corte de Distrito primero puso en duda la existencia de un deber de cuidado de parte de la empresa matriz (Royal Dutch) en favor de las comunidades y pobladores que habitan en los alrededores de las operaciones de sus filiales, las cuales alegan haber sido perjudicadas por la contaminación.³⁴

²⁹ De Schutter, Olivier, 'Sovereignty-plus in the era of interdependence: toward an international convention on combating human rights violations by Transnational Corporations' in Bekker, Pieter H.F. et al. (eds.), *Making Transnational Law Work in the Global Economy: Essays in Honour of Detlev Vagts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 245-284.

³⁰ Comisión Internacional de Juristas, *Complicidad empresarial y responsabilidad legal*, Vol. 1, 2008.

³¹ *Ibid.*, Vol. 3: Recursos civiles, pp. 46 y siguientes.

³² Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales (División Civil), *Chandler v Cape plc*, Sentencia, Caso N° [2012] EWCA Civ 525, 25 de abril de 2012, §§69-80.

³³ Corte de Distrito de La Haya, *Milieudefensie et al v Shell et al*, Sentencia, Caso N° C/09/337058/HA ZA 09-1581 y C/09/365482 HA ZA 10-1665, 30 de enero de 2013.

³⁴ *Ibid.*, §4.34: En una opinión que la Corte de Apelaciones parece haber rebatido, la Corte de Distrito opinó: "4.34. La Corte de Distrito opina que la especial relación o proximidad entre una empresa matriz y los empleados de su subsidiaria que opera en el mismo país no puede ser equiparada sin reservas a la proximidad de la empresa matriz de un grupo internacional de compañías de petróleo y las personas que viven en las cercanías de oleoductos y otras instalaciones petroleras de sus (sub -) subsidiarias en otro país. La Corte de Distrito es de la opinión que esta última relación no es cercana, por lo que el requerimiento de proximidad se cumplirá con menor facilidad. El deber de

El Tribunal de Apelaciones en los Países Bajos habría recientemente abierto la posibilidad de que la empresa matriz Shell pueda hallarse responsable por los daños producidos por su filial, al permitir que el proceso civil por daños abierto en su contra sea examinado en esa jurisdicción.³⁵

De lo anterior se puede concluir que la participación o contribución de la empresa matriz u otras empresas (como aquellas que emiten órdenes de compra o venta) en los delitos penales o civiles que otra empresa comercial pueda cometer, es un tema crucial que tiene que abordarse en el futuro tratado internacional. Esto es así especialmente en casos transfronterizos, en los que se involucran empresas domiciliadas en un país con delitos cometidos por aquellas que se encuentran en otros países. De particular importancia en estos temas es la extensión de la competencia jurisdiccional de los tribunales nacionales para conocer y decidir sobre casos que involucran a empresas domiciliadas en otros países, tema que se tratará más adelante.

VIII. Las obligaciones de los Estados: regulación, vigilancia y recursos efectivos y reparación

Los recursos legales y reparaciones efectivos están íntimamente vinculados al hallazgo de que una empresa o individuo sea jurídicamente responsable de una conducta ilícita. Los Estados tienen la obligación general de brindar recursos jurídicos efectivos cuando se violen derechos reconocidos en su normativa interna. Sin embargo, el alcance concreto de tal obligación y su aplicación a abusos perpetrados por actores privados amerita una argumentación más compleja.

Superar los obstáculos existentes en el acceso a los recursos exigirá considerar detenidamente los aspectos relativos a las normas procesales y a la jurisdicción. Sin embargo, no sería razonable esperar demasiadas especificaciones de un tratado general como el que se prepara actualmente. Debido a la marcada naturaleza transnacional de las grandes empresas, la definición que se dé al alcance de la competencia de los tribunales nacionales deberá ser amplia. Además de los delitos cometidos en su territorio, un Estado debería poder establecer su jurisdicción con respecto a delitos cometidos contra sus ciudadanos; delitos cometidos en el extranjero por una sociedad constituida en su territorio o que

cuidado de una compañía matriz con respecto a los empleados de una subsidiaria en el mismo país, solo compromete a un grupo relativamente limitado de personas, mientras que un posible deber de cuidado de un empresa matriz de un grupo internacional petrolero con respecto a las personas que viven en las cercanías de los oleoductos e instalaciones petroleras de sus (sub -) subsidiarias crearía un deber de cuidado con respecto a un grupo virtualmente ilimitado de personas en muchos países. La Corte de Distrito cree que en el presente caso, no sería tan equitativo, justo y razonable asumir la existencia de dicho deber de cuidado por parte de las compañías matrices del Grupo Shell, como en el caso Chandler vs. Cape.”

35 The Guardian, *Dutch appeals court says Shell may be held liable for oil spills in Nigeria*, 18 de diciembre de 2015, disponible en <http://www.theguardian.com/global-development/2015/dec/18/dutch-appeals-court-shell-oil-spills-nigeria>; ver también: Milieudefensie, *Outcome appeal against Shell: victory for the environment and the Nigerian people*, disponible en <https://milieudefensie.nl/english/pressreleases/outcome-appeal-against-shell-victory-for-the-environment-and-the-nigerian-people> (visitados el 1 de julio de 2016).

desarrolla allí su actividad principal; o, delitos cometidos fuera del territorio del Estado, pero que tienen el propósito de cometer otro delito grave dentro del territorio del Estado.

Otros aspectos que necesariamente deberán tenerse en cuenta son aquellos ligados a la vigilancia, tanto nacional como internacional, del respeto a los derechos humanos en el contexto de las actividades de las empresas.

La vigilancia y monitoreo de la implementación interna contribuye a la implementación efectiva de las obligaciones internacionales en el plano nacional. El tratado podría establecer como obligación de los Estados la creación de un mecanismo conformado por múltiples actores interesados al que le otorguen la potestad de monitorear y promover las disposiciones del tratado a nivel nacional; esta medida podría inspirarse en las previsiones de algunos de los tratados principales de derechos humanos de la ONU, como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículo 33.2) o el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (artículos 17 a 23).

Esa función, sin embargo, no deberá limitarse únicamente a mecanismos nacionales. Los tratados de derechos humanos y de estándares laborales regularmente traen aparejado el establecimiento de órganos internacionales de vigilancia y supervisión. Estos toman, por lo general, la forma de comités de expertos elegidos por la asamblea de Estados parte del respectivo tratado y han tenido un diverso nivel de efectividad hasta el momento. Un sistema internacional sólido de monitoreo y supervisión generaría fuertes incentivos y permitiría que los Estados optimicen la implementación nacional de las disposiciones del tratado. Los futuros órganos del tratado no deberían necesariamente establecerse bajo el modelo de los comités existentes pues estos, por lo general, tienen funciones limitadas. Es posible y necesaria la innovación e incluir otras facultades, como eventuales visitas a países, la realización de informes temáticos o la recepción de quejas. Los modelos de revisión por pares establecido al amparo de la Convención de la OCDE contra el Cohecho o el del Subcomité para la Prevención de la Tortura creado en virtud del Protocolo Facultativo de la respectiva Convención, pueden ser referentes importantes en este sentido. Las visitas a los países también se pueden complementar con informes que incluyan recomendaciones para que se mejore su implementación interna. Los más recientes protocolos facultativos a tratados de derechos humanos, como los de la Convención sobre los Derechos del Niño o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,³⁶ contemplan la posibilidad de que los comités conformen comisiones de investigación o de establecimiento de hechos.

Otro aspecto que deberá abordarse en el contexto del acceso a recursos jurídicos efectivos es el de la cooperación judicial internacional y la asistencia jurídica recíproca. La primera permite intercambios de información, investigaciones efectivas y, cuando corresponda, el juzgamiento o la resolución judicial de

³⁶ *Protocolo facultativo a la Convención de los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones*, arts. 13 y 14; *Protocolo facultativo al Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, arts. 11 y 12.

casos o delitos transnacionales. Como se ha señalado, una gran cantidad de casos de supuestos abusos a los derechos humanos cometidos por empresas en el ámbito transnacional, típicamente involucran a una empresa matriz o contratista en un país y a otra(s) en otro(s) país(es) y los funcionarios policiales y judiciales de cada nación están obligados a cooperar para su investigación y persecución. La cooperación internacional también será necesaria para el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil o penal. Esta colaboración se facilita cuando hay marcos legales que establecen obligaciones mutuas y asignación de responsabilidades, que debería contener el futuro tratado.

IX. Comentarios finales

El proceso de elaboración de un tratado internacional sobre la responsabilidad de actores empresariales en materia de derechos humanos como el que se discute actualmente es complejo y también político. Tanto los Estados como las empresas tienen preocupaciones e intereses económicos y políticos que muchas veces llegan a prevalecer sobre los deseos o promesas de promover adecuadamente el respeto y protección de los derechos humanos. Sin embargo, es de esperarse que el futuro tratado se informe y se cione según sus principios fundamentales, que corresponden a los de un Estado democrático y social de Derecho. Hay fuertes tendencias que empujan las discusiones a los terrenos puramente económicos ligados al comercio y las inversiones internacionales, que deben contrarrestarse con el análisis y la propuesta rigurosos.

El proceso será largo y complejo, lleno de riesgos y oportunidades. Es posible desde ya avizorar cambios en el panorama político nacional e internacional, que tengan un impacto en los actores y sus estrategias en el proceso de negociación. Es probable que, con el tiempo, los países que hoy están a favor no lo estén más adelante, y viceversa. Los cuestionamientos a la globalización económica expresada en los tratados de libre comercio y de protección de inversiones, la oposición a la migración y la creciente preocupación por el medio ambiente crean un ambiente propicio para avanzar, pero puede ser que este no dure lo suficiente.

Mientras tanto, es posible y necesario continuar promoviendo buenas y mejores prácticas estatales en la adopción de leyes y políticas que regulen y controlen mejor a las empresas, especialmente en sus operaciones internacionales. Cualquier progreso en ese sentido podría contribuir a cimentar una práctica estatal que, al ser generalizada, presiona para verse reflejada en una norma internacional. En ese sentido, los desarrollos nacionales fomentan la formación de normas internacionales.

Desarrollos internacionales recientes en el ámbito de los derechos humanos y las empresas

*Jernej Letnar Čerňič**

SUMARIO: I. Introducción. II. Desarrollos recientes en el ámbito de los derechos humanos y las empresas. A. Los Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos a cinco años de su adopción. B. La propuesta para un posible tratado de la ONU sobre empresas y derechos humanos. a. Observaciones iniciales. b. Alcance relacionado con el agente. c. Alcance relacionado con el tema. d. Observaciones finales. C. Los alcances de una potencial declaración sobre empresas y derechos humanos. D. La temática en el Consejo de Europa. III. Empresas y derechos humanos en América Latina. IV. El camino a seguir. V. Conclusión.

I. Introducción

Los participantes en el entorno económico y financiero mundial afectan diaria y directamente sobre el respeto y protección de los derechos humanos de las personas en condiciones de vulnerabilidad. Por un lado, las empresas crean puestos de trabajo, ingresos fiscales y crecimiento económico; por el otro, algunas de ellas pueden ser criticadas por su irrespeto a los derechos humanos. El dilema que se plantea es el siguiente: ¿cómo deben las empresas transnacionales –y cualesquiera otras– respetarlos y protegerlos efectivamente sin comprometer sus principales objetivos de negocio? Esta pregunta está relacionada con otra cuestión de igual importancia, relativa a si las víctimas pueden hacer cumplir (y dónde) la responsabilidad corporativa por abusos de derechos humanos, dado que a menudo se enfrentan a grandes obstáculos para presentar sus reclamaciones ante un tribunal de justicia, y mucho más para probar sus alegatos. Si ellos o sus familiares tienen suerte, pueden solicitar una indemnización al Estado pero, en la mayoría de los casos, se quedan con las manos vacías. En los últimos diez años, las empresas han tomado conciencia progresivamente de sus responsabilidades corporativas, sociales y humanas, sin embargo, con la excepción de algunos casos aislados en los sistemas legales de sus países sede, el acceso a la justicia casi no ha mejorado. El resultado es que las víctimas no pueden hacer efectivo su derecho a una efectiva protección judicial debido a que el derecho internacional no les da la posibilidad

* Profesor titular de Derechos Humanos, Facultad de Estudios Gubernamentales y Europeos, Brdo pri Kranju, Eslovenia.

de hacer cumplir la responsabilidad corporativa respecto a las violaciones; esto las deja sin recurso en los ineficientes, y a menudo reticentes, tribunales nacionales de los países asiáticos, africanos y latinoamericanos. En este artículo se aborda el dilema planteado y se analizan las posibilidades de avanzar en este campo.

En los últimos años, la crisis financiera global ha evidenciado aún más las dificultades de esta problemática relación. En décadas pasadas se han propuesto diversos enfoques sobre cómo seguir adelante con la formulación de posibles compromisos u obligaciones de las empresas desde la perspectiva de que el respeto a los derechos no debería ser únicamente una obligación de los Estados y las organizaciones internacionales.

En épocas recientes ha habido importantes avances. En este artículo no se pretende describirlos en su totalidad, detallados en otros documentos,¹ sino analizar potenciales oportunidades de progreso. En el pasado se han presentado diversos enfoques teóricos² e identificado varias iniciativas, entre otras, la continuidad en la promoción e implementación de los Principios Rectores en los países, la elaboración de un tratado y el establecimiento de un tribunal de arbitraje. Además, existen propuestas adicionales y opciones de seguimiento formuladas desde una pluralidad de enfoques con lo que se evita la concentración en un único proyecto, lo que podría provocar el rechazo de los grupos de interés. Por otra parte, todas las iniciativas deberían estar dirigidas a mejorar el acceso de las víctimas a los tribunales y cambiar el comportamiento empresarial.³

Este artículo se divide en tres partes. Después de esta introducción, en la segunda sección se describen los desarrollos recientes en el campo, partiendo de los avances y desafíos observados en los cinco años transcurridos desde la adopción de los Principios Rectores, pasando por la propuesta de elaborar un tratado internacional vinculante, por una parte, o una declaración de la Asamblea General de la ONU, por la otra; se termina con la referencia al trabajo del Consejo de Europa. En la tercera sección se aborda la situación en América Latina y, en la siguiente, se critica el rechazo o la subestimación

1 Černič, Jernej Letnar y Van Ho, Tara, 'Introduction' in Černič, Jernej Letnar y Van Ho, Tara (eds.), *Direct Corporate Accountability for Human Rights*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2015, pp. 1-23.

2 Ratner, Steven R., 'Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility', *Yale Law Journal*, Vol. 111, 2001, pp. 443-545; Clapham, Andrew, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 266-270; Jägers, Nicola, *Corporate Human Rights Obligations: in Search of Accountability*, Antwerp, Intersentia, 2002, pp. 75-95; Muchlinski, Peter T., *Multinational Enterprises and the Law*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 519-524; Kinley, David y Tadaki, Junko, 'From Talk to Walk: The Emergence of Human Rights Responsibilities for Corporations at International Law', *Virginia Journal of International Law*, Vol. 44, 2004, pp. 961-993; Stinnet, Nathaniel, 'Regulating the Privatization of War: How to Stop Private Military Firms from Committing Human Rights Abuses', *British Columbia International & Comparative Law Review*, Vol. 28, 2005, pp. 217-218; Weissbrodt, David y Kruger, Muria, 'Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights', *American Journal of International Law*, Vol. 97, 2003, pp. 919-920; Van den Herik, Larissa y Černič, Jernej Letnar, 'Regulating Corporations under International Law: from Human Rights to International Criminal Law and Back Again', *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, 2010, p. 725. *Cfr.* Alvarez, José E., 'Are Corporations "Subjects" of International Law?', *Santa Clara Journal of International Law*, Vol. 9(1), 2011.

3 Para una visión general, véase Ford, Jolyon, *Business and Human Rights: Emerging Challenges to Consensus and Coherence*, 2015, disponible en http://www.chathamhouse.org/sites/files/chathamhouse/field/field_document/20150226BusinessHumanRightsFord.pdf (visitado el 31 de julio de 2016).

a propuestas contrarias y se aboga por un debate más plural sobre el tema, con un enfoque holístico que tome en cuenta diferentes estrategias. Finalmente, en la conclusión, se plantean posibles caminos a seguir.

II. Desarrollos recientes en el ámbito de los derechos humanos y las empresas

Las empresas y los derechos humanos se han posicionado firmemente en la agenda de las Naciones Unidas desde principios de 2000.⁴ Después de que el proyecto de Normas sobre las Responsabilidades de Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales de la ONU no fue bien recibido por los Estados ni por la comunidad empresarial, en 2005 el Secretario General de la ONU designó a John Ruggie como su Representante Especial sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. Ruggie, en su informe de 2008, desarrolló el marco para “proteger, respetar y remediar”, columna vertebral de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos adoptados en junio de 2011 por el Consejo de Derechos Humanos,⁵ al tiempo que, para darles seguimiento, creó un Grupo de Trabajo para promover la difusión y aplicación eficaz y comprensible de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Puesta en práctica del marco de Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”.⁶ Aunque no ha logrado desvincularse de la crítica a los Principios, el Grupo ha presentado cinco informes anuales a la Asamblea General.⁷ En los últimos diez años la evolución del abordaje de esta problemática ha puesto de manifiesto una división dialéctica entre si son voluntarias o imperativas las obligaciones y responsabilidades empresariales en derechos humanos. A pesar de que los defensores de ambas posiciones intentan demostrar que no son excluyentes entre sí, en el terreno las víctimas siguen padeciendo un *status quo* que beneficia sobre todo a las grandes empresas.⁸ Tales diferencias se vieron claramente en el tercer Foro Anual de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos en 2014, celebrado

4 Para una descripción detallada, véase Černič, Jernej Letnar y Van Ho, Tara, *op. cit.*

5 Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Puesta en práctica del marco de Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, A/HRC/17/31 (21 de marzo de 2011).

6 Consejo de Derechos Humanos, *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/RES/17/4 (16 de junio de 2011), §6(a).

7 Grupo de Trabajo sobre los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Informe del Grupo de Trabajo sobre los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/71/291 (4 de agosto de 2016); Grupo de Trabajo sobre los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Informe del Grupo de Trabajo sobre los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/70/216 (30 de julio de 2015); Grupo de Trabajo sobre los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Informe del Grupo de Trabajo sobre los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/69/263 (5 de agosto de 2014); Grupo de Trabajo sobre los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Informe del Grupo de Trabajo sobre los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/68/279 (7 de agosto de 2013); Grupo de Trabajo sobre los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Informe del Grupo de Trabajo sobre los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/67/285 (10 de agosto de 2012).

8 Sobre este punto, véase Cantú Rivera, Humberto Fernando. ‘Empresas y derechos humanos: ¿hacia una regulación jurídica efectiva o el mantenimiento del *status quo*?’ *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIII, 2013.

seis meses después de que el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptara dos resoluciones, una apoyando la aplicación de los Principios Rectores de la ONU⁹ y otra respaldando el desarrollo y adopción de un tratado en la materia.¹⁰

En su sesión de clausura se pudieron constatar las deficiencias y desacuerdos. El fuego fue iniciado por John Ruggie, quien argumentó a favor de su propia causa.

Hay un cierto atractivo intuitivo e incluso moral en la idea de que tendría que haber una ley, una ley internacional, regulando la conducta de todas las empresas comerciales de cualquier parte del mundo bajo un conjunto común de normas de protección de todos los derechos humanos... El punto crucial del problema es el siguiente: mientras que empresas y derechos humanos puede ser una única etiqueta que atribuimos a una serie de actividades, es un área temática tan extensa, diversa y conflictiva que no se presta a la gobernabilidad a través de un único conjunto de obligaciones comprensibles y aplicables en virtud de tratados. Es por eso que el pragmatismo basado en principios sobre el que descansan los Principios Rectores recomienda el desarrollo de instrumentos jurídicos internacionales que sean herramientas de precisión cuidadosamente creadas.¹¹

La visión de Ruggie sobre la propuesta de un tratado internacional vinculante es conocida desde hace tiempo. Tal juicio crítico puede ser cierto, aunque igualmente atribuido a los Principios Rectores, ya que su valor agregado para las víctimas aún es incierto. Durante la misma sesión, el discurso de Ruggie fue cuestionado por Audrey Gaughran, de Amnistía Internacional, en cuanto a si el enfoque de la ONU favoreció a las empresas o a las víctimas. Señaló que ‘lo que tenemos que hacer para que las empresas sean responsables, no se aborda en los planes de acción nacional’ y que ‘no hay mentes empresariales responsables para proteger en forma preventiva.’ Gaughran añadió que el ‘tratado debe ser adoptado a través de un proceso abierto. La confrontación de los grupos de presión empresariales es fundamental para el progreso de los derechos humanos.’

Por el contrario, después del Foro, Backer sostuvo que, ‘es lamentable, ciertamente, que el 3er Foro concluyera de alguna manera con presentaciones desequilibradas fuertemente sesgadas en la dirección de los Estados que tienen en su agenda el debilitamiento de los Principios Rectores de la ONU a favor de alguna clase de tratado amplio sobre empresas y derechos humanos.’¹² Estas declaraciones ilustran la división global que prevalece en este campo y el rumbo incierto del trabajo de la ONU, particularmente

9 Consejo de Derechos Humanos, *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/RES/26/22 (27 de junio de 2014), §2. La resolución llamó a la implementación efectiva de los Principios Rectores.

10 Consejo de Derechos Humanos, *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*, A/HRC/RES/26/9 (26 de junio de 2014).

11 La versión original de la transcripción del discurso de clausura se encuentra disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/ForumSession3/Submissions/JohnRuggie_SR_SG_BHR.pdf (visitado el 31 de julio de 2016). La traducción es nuestra.

12 Backer, Larry Catá, ‘Reason and Clarity in Business and Human Rights: John Ruggie’s Closing Plenary Remarks Delivered at the 3rd U.N. Forum’, *Law at the end of the Day* (19 de diciembre de 2015), disponible en <http://lcbackerblog.blogspot.com/search/label/Business%20andHuman%20Rights> (visitado el 31 de Julio de 2016).

con respecto a la relación entre el Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos y el Grupo de Trabajo intergubernamental para la elaboración de un instrumento jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas comerciales con respecto a los derechos humanos. A pesar de ello, la deliberación debe continuar de una manera plural y transparente.

¿Qué enfoque debe prevalecer? ¿Vinculante o no vinculante? Los grupos de interés internacionales, ¿deberían asumir el enfoque de los Principios Rectores, iniciar negociaciones y preparativos para un nuevo tratado de derechos humanos en la ONU o empezar de cero con nuevas iniciativas? Cuando se adoptaron los Principios Rectores, ambas posturas estaban más contrapuestas que nunca. Más allá de esta controversia, parece que lo que se oculta es el desafío de proveer recursos jurídicos efectivos a las víctimas de presuntas violaciones empresariales de derechos humanos.

Sin embargo, es evidente que los actuales debates sobre empresas y derechos humanos son mucho más plurales. Tanto los Principios Rectores como la iniciativa del tratado tienen ventajas y desventajas, aunque sus respectivos detractores resalten solo sus deficiencias. Ante ello, es necesario continuar con una pluralidad de iniciativas dirigidas a mejorar el acceso de las víctimas a recursos efectivos y enseñar a las empresas cómo desarrollar la debida diligencia de forma eficaz, a fin de prevenir posibles violaciones de derechos humanos. La siguiente sección describe e identifica las nuevas y relevantes propuestas e iniciativas.

A. Los Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos a cinco años de su adopción

El Consejo de Derechos Humanos de la ONU adoptó los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos –basados en los tres pilares del marco “proteger, respetar y remediar”– en junio de 2011. En primer lugar, los Estados tienen el deber de proteger a los individuos frente a conductas empresariales que puedan violar derechos humanos.¹³ En segundo lugar, las empresas tienen la responsabilidad de respetarlos,¹⁴ un asunto cuya implementación no es sencilla. Sin embargo, el poder real de los Principios Rectores de la ONU se expresa en sus numerales 13 al 15, que incluyen indirectamente obligaciones empresariales para proteger y cumplir los derechos humanos en sus actividades. Ruggie sostiene que estas obligaciones se derivan de expectativas sociales y no de normas legales. Por ello, posiblemente su más llamativa deficiencia es que no reconocen a las empresas la obligación legal de respetar sino solo una responsabilidad de respetar, que ,no es una obligación bajo

13 Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Puesta en práctica del marco de Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, A/HRC/17/31 (21 de marzo de 2011), §§1-10.

14 *Ibid.*, §11.

el derecho internacional de los derechos humanos impuesta directamente a las empresas.¹⁵ Sea como fuere, el Presidente del Grupo de Trabajo de la ONU confirmó en varias ocasiones en el foro de 2014 que los Principios Rectores no solo no son voluntarios, sino que son vinculantes. Por último, el tercer pilar incluye el acceso a recursos jurídicos y no jurídicos por violaciones a los derechos humanos.¹⁶

La aparente división creada por los Principios Rectores de la ONU se reflejó en la adopción de las dos resoluciones de 2014¹⁷ y, aunque algunas de las críticas más agudas se concentraron en la influencia corporativa en su elaboración,¹⁸ estos fueron retomados por varias organizaciones internacionales como referencia. Asimismo, varios Estados –entre ellos Dinamarca, Finlandia, Colombia, Lituania, los Países Bajos, Noruega, Suecia y el Reino Unido– ya elaboraron sus planes de acción nacional¹⁹ y 26 Estados más están discutiéndolos.²⁰ No obstante, la mayoría ha sido pasiva respecto del desarrollo de dichos planes y el fortalecimiento de sus sistemas nacionales para garantizar una mayor responsabilidad corporativa, lo que refleja el alejamiento del consenso alcanzado en 2011 con la adopción de los Principios Rectores. Por el contrario, la comunidad empresarial les ha dado la bienvenida. Transnacionales como Microsoft, Adidas, Barrick Gold, Río Tinto, Cisco Systems, Barclays, Credit Suisse, UniCredit, Unilever, Repsol y otras se refieren a ellos en sus políticas de responsabilidad social corporativa o de derechos humanos. Aún más, han sido aludidos en los informes de organizaciones no gubernamentales e internacionales.

El valor añadido de los Principios Rectores es su relevancia para el sector empresarial, ya que le permite decidir cómo incorporar los derechos humanos en sus actividades y no prevé sanciones por supuestos abusos. No es sorprendente que haya sido su más fuerte defensor y tienda a oponerse a la propuesta del tratado.

A pesar de algunos de sus éxitos iniciales, el valor práctico de los Principios Rectores aún no ha sido demostrado, en particular su contribución a la protección de los derechos de grupos en condiciones de vulnerabilidad y las víctimas cuyo acceso a la justicia es particularmente problemático. No obstante,

15 Woods, Cindy S., ‘“It Isn’t a State Problem”: the Minas Conga Mine Controversy and the Need for Binding International Obligations on Corporate Actors’, *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 46(2), 2015, p. 649.

16 Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Puesta en práctica del marco de Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, A/HRC/17/31 (21 de marzo de 2011), §25.

17 International Organisation of Employers, ‘Consensus on Business and Human Rights Is Broken With the Adoption of the Ecuador Initiative’, 26 de junio de 2014; Rhodes, Aaron, ‘The False Promise of an International Business and Human Rights Treaty’, *The World Post*, 10 de Julio de 2014; Rees, Caroline, ‘Treaties & The UN Guiding Principles on Business & Human Rights: The Way Forward’, *CSR Wire*, 7 de julio de 2014.

18 Martens, Jens, *Corporate Influence on the Business and Human Rights Agenda of the United Nations*, Aachen, Misereor et al, 2014.

19 Business and Human Rights Resource Centre, *National Action Plans*, disponible en <http://business-humanrights.org/en/un-guiding-principles/implementation-tools-examples/implementation-by-governments/by-type-of-initiative/national-action-plans/corporations/52638-new-working-paper-corporate-influence-on-the-businessand-human-rights-agenda-of-the-un.html> (visitado el 31 de julio de 2016).

20 Comisión Europea, *Plan de Acción sobre derechos humanos y democracia (2015-2019): Mantener los derechos humanos entre las prioridades de la agenda de la UE*, JOIN(2015) 16 final (28 de abril de 2015), §17.b.

no deben y no pueden ser descartados como irrelevantes, ya que podría decirse que John Ruggie ha incorporado un movimiento por la responsabilidad corporativa a la agenda de la comunidad internacional, lo cual no es poca cosa. El tiempo demostrará cómo se desarrollarán su papel y relevancia en función de las nuevas iniciativas en este campo. Sin embargo, concentrar todos los esfuerzos únicamente en los Principios Rectores sería contraproducente.

B. La propuesta para un posible tratado de la ONU sobre empresas y derechos humanos

Aunque la idea de un posible tratado de la ONU sobre empresas y derechos humanos existe desde hace tiempo en la sociedad civil internacional, y hace varios años dos profesores de derechos humanos incluyeron la jurisdicción sobre las empresas en el proyecto de estatuto de una corte mundial,²¹ la primera propuesta formal no fue conocida sino hasta septiembre de 2013, en la sesión del Consejo de Derechos Humanos, cuando la delegación de la República del Ecuador presentó una declaración dirigida a la adopción de ‘un instrumento internacional legalmente vinculante, acordado dentro del sistema de las Naciones Unidas, lo que aclararía las obligaciones de las empresas transnacionales en el campo de los derechos humanos, así como de las empresas en relación con los Estados.’²² Casi un año más tarde, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU adoptó una resolución por mayoría, estableciendo:

[U]n grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre un instrumento legalmente vinculante para las empresas transnacionales y otras empresas comerciales respecto a los derechos humanos; cuya misión será la de elaborar un instrumento internacional legalmente vinculante que regule, en el derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales.²³

Aparte de algunas observaciones generales, los proponentes no se han manifestado sobre lo que este implicaría exactamente.

a. Observaciones iniciales

La propuesta del tratado vinculante tiene una serie de ventajas y desventajas. Entre sus defensores, Bilchitz, por ejemplo, enumera cuatro aspectos: obligatoriedad, desarrollo normativo, obligaciones de

21 Kozma, Julia, Nowak, Manfred y Scheinin, Martin, *A World Court of Human Rights - Consolidated Statute and Commentary*, Viena, Wissenschaftlicher Verlag, 2010.

22 Business & Human Rights Resource Centre, *Statement of the Republic of Ecuador on behalf of a Group of Countries at the 24th Session of the Human Rights Council*, disponible en <http://business-humanrights.org/media/documents/statement-unhrc-legally-binding.pdf> (visitado el 31 de julio de 2016).

23 Consejo de Derechos Humanos, *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*, A/HRC/RES/26/9 (26 de junio de 2014), §1.

competencia y acceso a recursos,²⁴ de los que el acceso a la justicia sería su área principal. Sin embargo, a pesar de que tales argumentos son válidos y fuertes, adolecen de algunas debilidades mayores y menores.

Su principal inconveniente es que no es muy claro aún cuál sería el aporte a la protección de los derechos del individuo frente a la actividad empresarial. En tal sentido, hay muchos tratados internacionales que no han generado impactos positivos en la vida cotidiana de las personas porque dependen de la aprobación de los Estados. También es dudoso que su creación incremente y simplifique el acceso a los tribunales, un cambio que también depende de la buena voluntad de los Estados parte. Un ejemplo de lo anterior, y de la dificultad para acceder a mecanismos internacionales, es el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁵ que, a pesar de estar en vigor, solo tiene veinte ratificaciones. También existen ejemplos positivos, como el del Tratado sobre el Comercio de Armas que, a poco más de dos años de su adopción, ha sido ratificado por 64 Estados.²⁶

Si un tratado en la materia que nos ocupa lograra un alto número de ratificaciones y fuera vinculante para un gran número de Estados, recaería en ellos la obligación de protegerlos, como se admite generalmente y no solo como resultado de los Principios Rectores, que se promocionan como una mera reafirmación del derecho internacional. Por lo tanto, una vez más esta objeción de valor agregado sale a la luz. A lo mejor podría ser establecido un procedimiento de reclamación cuasi-judicial, como los de otros órganos de tratados de la ONU, pero –como sucede con los existentes- sería dudoso que sus decisiones fueran significativas debido a que se formulan como recomendaciones no vinculantes para los Estados. Por otra parte, es utópico suponer que los Estados se pondrán de acuerdo para establecer una corte mundial de derechos humanos facultada para juzgar empresas y, aún más, esperar que la ONU esté en capacidad de controlar con eficacia las actividades de miles de corporaciones, si tiene problemas para hacerlo con menos de 200 Estados miembros.

b. Alcance relacionado con el agente

El alcance relacionado con el agente en el tratado propuesto no debe limitarse a las empresas transnacionales, sino que debe cubrirlas a todas, extranjeras, nacionales, transnacionales. Las posibles razones pueden encontrarse en los problemas internos para garantizar una protección efectiva de los derechos humanos en sus entornos domésticos. El tratado sobre empresas y derechos humanos debe incluir y abarcar todas las corporaciones, no solamente las transnacionales. Varios inconvenientes han sido identificados al centrarse solamente en las actividades de las empresas transnacionales. Por ejemplo,

²⁴ Bilchitz, David, 'The Necessity for a Business and Human Rights Treaty', *Business and Human Rights Journal*, Vol. 1(2), 2016, pp. 203-227.

²⁵ Asamblea General, *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, A/RES/63/117 (10 de diciembre de 2008).

²⁶ Asamblea General, *El tratado sobre el comercio de armas*, A/RES/67/234 (24 de diciembre de 2012).

Ruggie ha argumentado que ‘un creciente número de empresas locales hacen negocios a través de las fronteras, y por lo tanto se puede decir que tienen un carácter transnacional’,²⁷ reconociendo que sería erróneo centrarse únicamente en las transnacionales.²⁸ Por otra parte, un tratado sería bien recibido si incentivara a los Estados a mejorar la regulación de las actividades empresariales, pero esto depende –y se acompaña– de la calidad de la protección nacional de los derechos humanos, lo que incluye normas nacionales, independencia e imparcialidad del poder judicial y lucha contra la corrupción. Al respecto, sería utópico esperar que una convención internacional garantizaría el control de las corporaciones si los sistemas nacionales no son capaces de tratar las diversas clases de violaciones.

c. Alcance relacionado con el tema

¿Qué derechos debe cubrir el tratado? Las actividades empresariales son complejas y afectan todas las áreas de la actividad humana. Por tanto, ello implicaría que abarcara todos los aspectos de los derechos humanos, tanto individuales como colectivos, que las corporaciones pudieran infringir. En la medida en que estas son entidades artificiales, pueden surgir algunas limitaciones respecto de ciertos derechos, particularmente cuando la cultura corporativa se ha desarrollado dentro de estructuras grandes y complejas, en las que ningún individuo puede ser identificado. Si se procediera con el tratado, lo mejor sería incluir una amplia gama de posibles violaciones a los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Por otra parte, seleccionar unos pocos derechos lo haría un instrumento inútil al dejarlo abierto a la discreción y la arbitrariedad; y, si se toman en cuenta solo los abusos más atroces, se desataría una discusión interminable sobre la jerarquía de los derechos en el derecho internacional y el estado de las normas imperativas lo que, sin duda, perjudicaría su deseable efectividad, además de que probablemente pocos Estados estarían dispuestos a adoptarlo. En esta etapa, los contenidos potenciales de un tratado de este tipo son altamente especulativos, ya que no hay disponible ningún documento completo al respecto.²⁹

Muchos tratados protegen un determinado derecho, como la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes,³⁰ o la protección de ciertos grupos en condiciones de vulnerabilidad, como la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.³¹ Sin embargo, pareciera que un tratado sobre empresas

27 Ruggie, John G., *Quo Vadis? Unsolicited Advice to Business and Human Rights Treaty Sponsors*, 9 de septiembre de 2014, disponible en <http://www.ihrb.org/commentary/quo-vadis-unsolicited-advice-business.html>; Ruggie, John G., *Life in the Global Public Domain: Response to Commentaries on the UN Guiding Principles and the Proposed Treaty on Business and Human Rights*, disponible en <http://business-humanrights.org/en/binding-treaty/latest-news-on-proposed-binding-treaty> (visitados el 31 de julio de 2016).

28 *Ibid.*

29 La FIDH constituyó un grupo de expertos sobre la iniciativa del tratado. Para más información, véase <https://www.fidh.org/International-Federation-for-Human-Rights/globalisation-human-rights/business-and-human-rights/16868-fidh-and-escri-net-new-joint-treaty-initiative> (visitado el 31 de julio de 2016).

30 Asamblea General, *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, A/RES/39/46 (10 de diciembre de 1984).

31 Asamblea General, *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*, A/RES/45/158 (18 de diciembre de 1990).

y derechos humanos no podría seguir estas tendencias, ya que cubriría un área vasta y muy compleja que involucra diversos derechos humanos.

Por lo tanto, el texto a proponer tendría que emplear una amplia gama de estrategias, incluyendo (como se señaló anteriormente) muchos derechos humanos (pero no todos), y se aplicaría a todas las personas y colectividades en condiciones de vulnerabilidad. Como tal, sería apropiado emplear un enfoque holístico, concentrándose en los derechos, personas y colectividades al mismo tiempo, e identificando nuevos enfoques. Por estas razones, Frédéric Mégret comenta que “proteger, respetar y remediar” un tratado internacional sobre empresas multinacionales sería un tratado casi sin precedentes enfocado no en proclamar ciertos derechos o proteger ciertos grupos (como ha sido tradicionalmente el caso), sino en imponer obligaciones a una determinada categoría de agentes.”³² No está claro si esta es la estrategia de los defensores del tratado, como obligaciones tradicionalmente derivadas de la garantía de los derechos de sus titulares. Por el momento, concentrarse solo en las obligaciones de las empresas sería inverosímil, y por lo tanto este tipo de propuestas (si es que de hecho existen) han de tomarse con una pizca de sal. Parece confuso que el tratado propuesto incluya titulares de deberes; además, es altamente improbable que se centre directamente en las empresas, porque lo más seguro es que imponga obligaciones a los Estados para que estos, a su vez, se las impongan a los agentes empresariales en sus ordenamientos jurídicos internos. Si el tratado se enfocara únicamente en las corporaciones, surgirían nuevas dificultades con la aplicación de los derechos recogidos frente a los titulares de deberes. En la medida que el método tradicional de cumplimiento se implementa actualmente a través de un sistema basado exclusivamente en las obligaciones de los Estados, su futura eliminación de la ecuación sería muy complicada.

Podemos imaginar qué problemas podrían surgir si existieran obligaciones vinculantes para las corporaciones sin ningún mecanismo de aplicación a nivel nacional o internacional. Aunque no es muy común que agentes distintos a los Estados se adhieran a tratados internacionales, en la propuesta se podría incluir a varios de ellos entre sus titulares de deberes, como ya ha sido hecho en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,³³ aunque desde un enfoque muy tradicional, en el que su regulación se da mediante los Estados. Por ejemplo, en el inciso 1 de su artículo 4 se dispone lo siguiente:

Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a ... (e) Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad.³⁴

32 Mégret, Frédéric, *Would a Treaty Be All It Is Made Up to Be?*, 4 de febrero de 2015, disponible en <http://jamesgstewart.com/would-a-treaty-be-all-it-is-made-up-to-be/> (visitado el 31 de julio de 2016).

33 Asamblea General, *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, A/RES/61/106 (13 de diciembre de 2006).

34 *Ibid.*

Megret añade que “por consiguiente correspondería más un tratado en obligaciones que en derechos, a pesar de que la implementación de las obligaciones se supondría dirigirse al cumplimiento de los derechos” y propone que debería haber una “regulación de la división del trabajo entre los tratados de derechos humanos ... y la implementación de instrumentos.”³⁵ Además, concluye que “el paso a un tratado es un paso a ‘normalizar’ la regulación de las empresas dentro de la lengua vernácula del derecho internacional público y fuera de un tipo de ‘ordenamiento privado’ que se ha convertido en un sello distintivo de la regulación de las empresas de hoy.”³⁶ Sin embargo, un enfoque alternativo sería el de pasar de un sistema de aplicación estatal descendente (de arriba hacia abajo), a un enfoque ascendente (de abajo hacia arriba), involucrando a grupos de la sociedad civil y otros movimientos sociales. Con estos planteamientos, se cuestiona su compatibilidad con el Estado de derecho, las garantías procesales y los principios de seguridad jurídica de todos los Estados, basado en el respeto a la ley. Lo que está claro es que esos enfoques ascendentes no deben causar nuevas violaciones a derechos humanos, o conducir la inversión extranjera desde Estados ya desfavorecidos.

d. Observaciones finales

Entonces, ¿por qué los defensores de derechos humanos insisten en abrir la discusión para la eventual adopción del tratado? La respuesta no se encuentra tanto en el valor agregado que traería, que podría medirse estadísticamente, sino **más** bien en el significado simbólico de su aprobación para las comunidades locales e individuos que han sido víctimas de violaciones de derechos humanos. De hecho, la adopción de un tratado aclararía si las empresas tienen o no obligaciones vinculantes, un aspecto que permanece en duda aunque algunos miembros del Grupo de Trabajo de la ONU hayan argumentado recientemente que los Principios Rectores no son voluntarios, sino vinculantes.

C. Los alcances de una potencial declaración sobre empresas y derechos humanos

La adopción de una declaración sobre empresas y derechos humanos es mencionada a menudo como un potencial producto derivado del movimiento emprendido. Parece probable que la discusión finalmente lleve a un compromiso que se podría plasmar en una declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Surya Deva opinó que “debemos comenzar con el borrador de una Declaración sobre las obligaciones empresariales respecto a los derechos humanos ... a lo largo de las líneas de la

35 *Ibid.*

36 *Ibid.*

Declaración Universal de los Derechos Humanos.”³⁷ Tal propuesta ha sido difundida previamente varias veces. En este sentido, la verdadera pregunta es ¿cuál sería el valor agregado de una declaración de este tipo, sobre todo teniendo en cuenta la naturaleza y el alcance de los Principios Rectores de la ONU? Las declaraciones son documentos no vinculantes, que inicialmente no crean obligaciones internacionales para los Estados.³⁸ Con el paso del tiempo, y si existe consentimiento, algunos de sus contenidos podrían transformarse en derecho internacional consuetudinario.³⁹ ¿Qué debería implicar una declaración de este tipo? En primer lugar, se tendría que reiterar que las empresas tienen las obligaciones de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos, así como que estas son complementarias a las de los Estados. En segundo lugar, habría que argumentar a favor de mecanismos judiciales y cuasi-judiciales imparciales, independientes, justos y transparentes para que las víctimas puedan invocar la responsabilidad y la rendición de cuentas de las empresas. En tercer lugar, sería necesario proponer nuevas formas, *ex ante* y *ex post facto*, para asegurar que las corporaciones incluyan de manera efectiva los derechos humanos en sus operaciones. Sin embargo, quedaría por verse su efecto sobre los derechos de las víctimas; por ejemplo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ha ganado reconocimiento como un mecanismo útil para la aplicación de sus derechos solo en algunas regiones,⁴⁰ aunque ello no significa que una declaración sobre empresas y derechos humanos no podría ser exitosa.

D. La temática en el Consejo de Europa

Un desarrollo digno de mención en este asunto se está llevando a cabo en el Consejo de Europa. El 6 de octubre de 2013, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adoptó la Resolución 1757, en la que reconoce las deficiencias del sistema europeo de derechos humanos respecto de las actividades empresariales. Se observa que:

La Asamblea también se preocupa por el desequilibrio existente en el ámbito de la protección de los derechos humanos entre los individuos y las empresas. Mientras que una empresa puede llevar un caso ante el Tribunal alegando una violación por una autoridad estatal de sus derechos protegidos bajo la Convención Europea de

37 Deva, Surya, *Corporate human rights abuses and international law: brief comments*, 28 de enero de 2015, disponible en <http://jamesgstewart.com/corporate-human-rights-abuses-and-international-law-brief-comments/> (visitado el 31 de julio de 2016).

38 Véase Guzman, Andrew T. y Meyer, Timothy L., ‘International Soft Law’, *Journal of Legal Analysis*, Vol. 2, 2010, p. 171; Ryngaert, Cedric, ‘Transnational Private Regulation and Human Rights: The Limitations of Stateless Law and the Re-entry of the State’, in Čerňič, Jernej Letnar y Van Ho, Tara (eds.), *Direct Corporate Accountability for Human Rights*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2015.

39 Sin embargo, es de suma relevancia contrastar esta afirmación con la posición en el seno de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, en donde el Relator Especial sobre la identificación del derecho consuetudinario internacional ha adoptado una posición cautelosa respecto a lo que puede ser calificado como norma consuetudinaria. Cf. Comisión de Derecho Internacional, *Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario*, A/CN.4/672 (22 de mayo de 2014).

40 Asamblea General, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, A/RES/61/295 (13 de septiembre de 2007), art. 25.

Derechos Humanos (...), un individuo que alega una violación de sus derechos por una empresa de derecho privado no puede efectivamente plantear sus reclamaciones ante esta jurisdicción.⁴¹

La resolución interesantemente exigía “la implementación de las, Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos” de las Naciones Unidas por las entidades empresariales registradas en su jurisdicción⁴² y proponía “la elaboración de un conjunto de herramientas para la incorporación de mejores prácticas en el campo de la protección de los derechos humanos dentro de todos los aspectos de un negocio y de cómo llevar a cabo las evaluaciones de impacto sobre derechos humanos, en cooperación con las organizaciones empresariales y grupos de derechos humanos.”⁴³ Tal formulación es bastante interesante ya que las Normas fueron rechazadas en el 2004 por la otrora Comisión de Derechos Humanos de la ONU, mientras que Ruggie presentó en 2008 su marco para “proteger, respetar y remediar”. A partir de entonces, el Comité de Ministros del Consejo de Europa le pidió al Comité Directivo de Derechos Humanos (CDDH) un nuevo estudio sobre la viabilidad y el valor agregado del establecimiento de normas en la materia.⁴⁴ El Comité de Ministros se movió deliberadamente lejos del lenguaje del Consejo de Europa al preferir el término ‘responsabilidad social corporativa’ en lugar de ‘derechos humanos y empresas’, un cambio que marcó el paso de un enfoque más vinculante a otro voluntario, aunque no se ha aplicado plenamente; en la página web del Consejo de Europa se habla de la ‘responsabilidad social de las empresas en el campo de los derechos humanos’ y en la dirección del sitio se mantiene el nombre ‘derechos humanos y empresas’.⁴⁵ El CDDH preparó un estudio preliminar sobre el estado de los derechos humanos y las empresas en el Consejo de Europa, del que presentó un primer borrador en junio de 2012 en el que se exploran algunos problemas pero no se incluye ninguna orientación sobre cómo proceder.⁴⁶ En noviembre de 2012,⁴⁷ se dio a conocer el informe de viabilidad en el que, lamentablemente, no se incorporaron las subcategorías sobre derechos del niño, derechos sociales e Internet, por lo que podría ser considerado un documento de sensibilización sin pretensiones relativas a la redacción de un instrumento vinculante.

41 Asamblea Parlamentaria, *Derechos humanos y empresas*, Res. 1757 (6 de octubre de 2010), §4.

42 *Ibid.*, 7.2.

43 *Ibid.*, 7.4.1

44 Comité Directivo de Derechos Humanos, *Estudio de factibilidad sobre responsabilidad social empresarial en el ámbito de los derechos humanos*, CDDH(2012)R76 (30 de noviembre de 2012). Solo disponible en inglés y francés.

45 Consejo de Europa, *Responsabilidad social empresarial en el ámbito de los derechos humanos*, disponible en http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Other_Committees/HR_and_Business/Default_en.asp (visitado el 31 de julio de 2016). Solo disponible en inglés y francés.

46 Comité Directivo de Derechos Humanos, *Proyecto de estudio preliminar sobre responsabilidad social empresarial en el ámbito de los derechos humanos: normas existentes y cuestiones abiertas*, CDDH(2012)012 (4 de junio de 2012). Solo disponible en inglés y francés.

47 Comité Directivo de Derechos Humanos, *Estudio de factibilidad sobre responsabilidad social empresarial en el ámbito de los derechos humanos*, CDDH(2012)R76 (30 de noviembre de 2012). Solo disponible en inglés y francés.

Además, el Consejo de Europa le pidió al CDDH “elaborar una declaración del Comité de Ministros apoyando los Principios Rectores de la ONU, presentarlo al Comité de Ministros el 30 de junio 2014” y para finales de 2015 “elaborar –en cooperación con el sector privado y la sociedad civil– un instrumento no vinculante.”⁴⁸ En respuesta, el Comité de Ministros adoptó una declaración señalando que „la implementación efectiva, tanto por los Estados como por las empresas comerciales, de los Principios Rectores de la ONU es esencial para garantizar el respeto de los derechos humanos en el contexto empresarial, y expresa su voluntad de contribuir a su aplicación efectiva a nivel europeo, mediante la identificación y el análisis de lagunas específicas y proponiendo soluciones adecuadas. En ese sentido, el Consejo de Europa impulsa los Principios Rectores de la ONU al pedirle a sus Estados miembros: „tomar las medidas adecuadas para proteger contra abusos de derechos humanos por parte de las empresas comerciales; (...) formular e implementar políticas y medidas para promover que todas las empresas comerciales respeten los derechos humanos en todas sus operaciones, dentro y fuera de sus jurisdicciones nacionales; (...) tomar las medidas apropiadas para asegurar que, cuando tales abusos se produzcan en su territorio y/o jurisdicción, los afectados tengan acceso a un recurso efectivo; [y] desarrollar planes de acción nacionales para la aplicación de los Principios Rectores de la ONU.”⁴⁹

El enfoque del texto es el reconocimiento de obligaciones extraterritoriales para los Estados miembros en el control de las empresas registradas en su jurisdicción cuando hacen negocios en el extranjero.⁵⁰ Adicionalmente, se observa un alejamiento de los Principios Rectores, más conservadores en su insistencia de que solo los Estados tienen la obligación de proteger los derechos humanos.

En los últimos años, el Consejo de Europa ha favorecido claramente el enfoque de los Principios Rectores. No es sorprendente el hecho de que sus Estados miembros favorezcan un enfoque no vinculante, dado el apoyo de los países de la Unión Europea a la resolución de la ONU de 2014 que respalda la labor del Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos. Es más, el Comité de Ministros enfatizó que el trabajo tiene que ser hecho de acuerdo con la línea desarrollada por otras organizaciones internacionales.⁵¹

Esta posición se refleja en la Sección 11 de la Recomendación del Comité de Ministros de los Estados, que establece que:

48 Comité Directivo de Derechos Humanos, *1160ª reunión* (30 de enero de 2013).

49 *Ibid.*, §10.

50 Comité de Ministros, *Recomendación del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre derechos humanos y empresas*, CM/REC(2016)3 (2 de marzo de 2016), §13; sobre desarrollos recientes en torno a la responsabilidad jurídica de las empresas matrices por las actividades de sus subsidiarias en Francia, véase Aba, Elodie, ‘Opportunity for France to hold companies legally responsible for human rights abuses by subsidiaries abroad’, *Business and Human Rights Resource Centre*, disponible en <http://business-humanrights.org/en/opportunity-for-france-to-hold-companies-legally-responsible-for-human-rights-abuses-by-subsidiaries-abroad> (visitado el 31 de julio de 2016).

51 Comité de Ministros, *Recomendación del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre derechos humanos y empresas*, CM/REC(2016)3 (2 de marzo de 2016).

[E]n el proceso de desarrollo tales como los Planes de acción Nacional, los Estados miembros deberían referirse a las directrices disponibles, incluyendo la proporcionada por el Grupo de Trabajo de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos, y buscar la experiencia y la participación de todos los grupos de interés, incluidas las organizaciones empresariales y las empresas, instituciones nacionales de derechos humanos, sindicatos y organizaciones no gubernamentales.

Sin embargo, con el fin de que el trabajo del Consejo de Europa complemente las iniciativas existentes, se tendría que determinar su valor agregado. Se podría argumentar que el Consejo de Europa podría ofrecer un enfoque europeo a los derechos humanos y las empresas/responsabilidad social corporativa, centrándose especialmente en las que tienen sede en el continente. Concentrarse en derechos o sectores particulares sería un camino a seguir (como ya se ha identificado por el estudio de viabilidad);⁵² sin embargo, sería deseable que se formulen herramientas y medidas prácticas que ayuden a las empresas en el cumplimiento de sus obligaciones. Otra línea sería la agilización de los casos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵³ y el Comité Europeo de Derechos Sociales, para reafirmar la responsabilidad del Estado de cumplir las decisiones de la Corte⁵⁴ extraterritorialmente, donde las empresas europeas hacen sus negocios, con base en la Convención Europea de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales así como la Carta Social Europea. Esto no requeriría la ampliación extraterritorial de la jurisdicción del Tribunal Europeo, como algunos autores sugieren,⁵⁵ sino que se trata de dirigir su atención sobre la conducta de las empresas europeas. En otras palabras, es más útil sensibilizar a los jueces sobre las posibles consecuencias de esa conducta fuera de sus fronteras y en torno a las obligaciones estatales de proteger a las personas frente a sus posibles actuaciones perjudiciales. En la reunión final del Grupo de Redacción de Derechos Humanos y Empresas (CDDH-CORP), en septiembre de 2015, se estableció la ruta del Consejo de Europa en este ámbito. Está por verse su aporte.

III. Empresas y derechos humanos en América Latina

El cumplimiento de las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras por violaciones de derechos humanos en América Latina, ha sido dificultado por muchos obstáculos financieros, legales y políticos, al grado que parece casi imposible, lo cual se observa en varios casos. Estas entidades suelen ser registradas en la jurisdicción en la que operan, por lo que el proceso para probar sus vínculos con

52 Comité Directivo de Derechos Humanos, *Estudio de factibilidad sobre responsabilidad social empresarial en el ámbito de los derechos humanos*, CDDH(2012)R76 (30 de noviembre de 2012), §§15-25. Solo disponible en inglés y francés.

53 Véase: Corte Europea de Derechos Humanos, *López Ostra v. España*, no. 16798/90, 9 de diciembre de 1994; *Taşkin y Otros v. Turquía*, no. 46117/99, 10 de diciembre de 2004; *Fadeyeva v. Federación Rusa*, no. 55273/00, 9 de junio de 2005; *Tatar v. Rumania*, no. 67021/01, 27 de enero de 2009, donde la Corte encontró que el Estado había violado su obligación de proteger el disfrute de los derechos humanos de los individuos.

54 Comité Europeo de Derechos Sociales, *Marangopoulos Foundation for Human Rights v. Greece*, no. 30/2005, decisión del 6 de diciembre de 2006.

55 Khoury, Stéfanie y Whyte, David, *New Mechanisms of Accountability for Corporate Violations of Human Rights*, Liverpool, University of Liverpool, 2015, p. 3.

sus filiales es difícil y lento en el contexto de una relación intencionadamente muy compleja, por lo que las víctimas tienen éxito en contadas ocasiones.⁵⁶

La mayoría de los sistemas legales no permite la imputación de responsabilidad a empresas transnacionales por actos u omisiones en el control de sus filiales o subsidiarias en terceros países. En los últimos años, se ha avanzado solamente en las jurisdicciones anglosajonas, especialmente en el sistema jurídico inglés, donde firmas como Leigh Day en Londres abrieron nuevos caminos en la representación de grupos de demandantes. Estas se encuentran obligadas a garantizar que todas las empresas en su estructura corporativa, con independencia de donde se encuentran registradas, respeten los derechos humanos, teniendo un deber de cuidado en la supervisión de su cadena corporativa. Además para cumplir con sus obligaciones, la retórica no es suficiente, sino que debe establecerse un sistema de supervisión permanente, sistemático, que efectúe revisiones periódicas de las operaciones de las empresas subsidiarias. Los controles deben ser ejercidos de manera efectiva y cuidadosa; asimismo, se deben prever sanciones y posibilitar la presentación de denuncias internas.

Por otra parte, las personas y pueblos indígenas de América Central y del Sur tienen derecho a la consulta y consentimiento previos, libres e informados en relación con la construcción de grandes proyectos de infraestructura en sus territorios. Pero ¿qué ocurre si esto significa muy poco, en realidad? El Gobierno de Colombia, por ejemplo, consideró que los pueblos indígenas tienen el derecho de propiedad de la tierra, pero no del subsuelo, por lo que el Estado hace concesiones o lo vende a empresas extranjeras.

Hay demandas en curso contra corporaciones transnacionales por supuestas violaciones de derechos humanos en Latinoamérica, que cuentan con la simpatía y apoyo de diversos sectores. Ganar algunas de ellas sería un punto de inflexión en el ejercicio de las responsabilidades de las empresas transnacionales y sus filiales con efectos transformadores en la posible implantación de procedimientos preventivos para evitarlas.

IV. El camino a seguir

A pesar del lento progreso en el entorno empresarial global, la mayoría de las empresas reconoce que tienen un papel que desempeñar en la garantía de los derechos humanos en una sociedad determinada. Tal desarrollo no se ha producido de la noche a la mañana y no habría tenido lugar si no hubiera sido por los esfuerzos laboriosos y la presión de la sociedad civil internacional para regularlas. Esto, entre otros efectos positivos, dio lugar a la adopción de varios documentos internacionales. En algunas de las iniciativas analizadas, se observa la mejora de la posición y derechos de las víctimas; y, en otras, la aplicación de la responsabilidad corporativa respecto a los derechos humanos. Por ejemplo, el proyecto de tratado, si alguna vez se aprueba, representaría un pequeño paso en la dirección correcta, aunque persisten dudas acerca de lo que realmente significaría. No obstante, Woods señala que “las obligaciones

⁵⁶ Un ejemplo importante es *Chandler v. Cape plc* [2012] EWCA Civ 525. Debe mencionarse que los intentos por establecer la responsabilidad jurídica de empresas matrices por los actos de sus filiales o subsidiarias en América Latina no ha arrojado aún resultados positivos.

vinculantes de derechos humanos en las empresas son necesarias para garantizar la protección de los derechos humanos individuales en relación con las multinacionales.”⁵⁷ A lo sumo, un tratado solo reconocería que las empresas tienen obligaciones vinculantes de derechos humanos, pero no podría mejorar de inmediato el acceso a la justicia para las víctimas de presuntas violaciones. Por lo tanto, sería solo el primer paso en la pretensión de mejorar los derechos de las víctimas, que tendría que ser seguido por otras medidas que efectivamente lo garanticen. Adicionalmente, un tratado tendría sentido si se crearan incentivos para que los Estados adopten leyes vinculantes que constriñan a las empresas a tomar medidas preventivas, se responsabilice a las sociedades matrices de las acciones y omisiones de sus filiales y se incremente la responsabilidad civil y penal corporativa.

Las recientes iniciativas pueden socavarse entre sí en la medida que persiguen diferentes objetivos y emplean diferentes medios. A pesar de que parecen estar dispersas en diferentes áreas en el espectro de los derechos humanos, todas ellas parecen mejorar el estado actual de las condiciones para que las empresas sean más responsables, mediante la adopción de medidas preventivas y mejorando el acceso de las víctimas a la justicia en caso de producirse violaciones. Esto último es común a todas las propuestas examinadas, al menos en teoría.

Por otra parte, los Principios Rectores están más orientados hacia ciertos sectores de actividad, mientras que el impulso a un tratado vinculante proviene de grupos de la sociedad civil y organizaciones de víctimas. Como ya se dijo, las iniciativas tienen diferentes objetivos y toman caminos divergentes hacia su consecución; también pueden llegar a ser contradictorias en la evaluación de situaciones y la propuesta de soluciones. Sin embargo, enriquecen el debate sobre las nociones de los derechos humanos, la responsabilidad empresarial y los derechos de las víctimas y propician una sinergia en la que cada iniciativa puede contribuir a la aplicabilidad de las demás. Como en cualquier otra área del conocimiento humano, no existe una solución única a los retos que se presentan, por lo que un enfoque pluralista, basado en valores de apertura, integración y transparencia, también abre un espacio para que las víctimas expresen sus preocupaciones. Todas están dirigidas a establecer una mayor responsabilidad en derechos humanos de las corporaciones locales y transnacionales, tanto en los contextos normativos nacionales como internacionales. Además, propician un debate plural sobre los posibles pasos a dar en una temática que estuvo ausente de la agenda durante mucho tiempo.⁵⁸

Este enfoque plural va de la mano del integral en términos de que no solo se centra en las obligaciones y responsabilidad empresariales, sino también en las de otros agentes que participan en las actividades comerciales mediante el control sobre las empresas con las que operan, incluyendo a los Estados y los individuos. En ese sentido, los primeros tienen obligaciones positivas para prevenir violaciones a los derechos humanos tanto dentro como fuera de sus territorios, mientras que las personas pueden ser consideradas individualmente responsables de la toma de decisiones en las empresas que los violan.

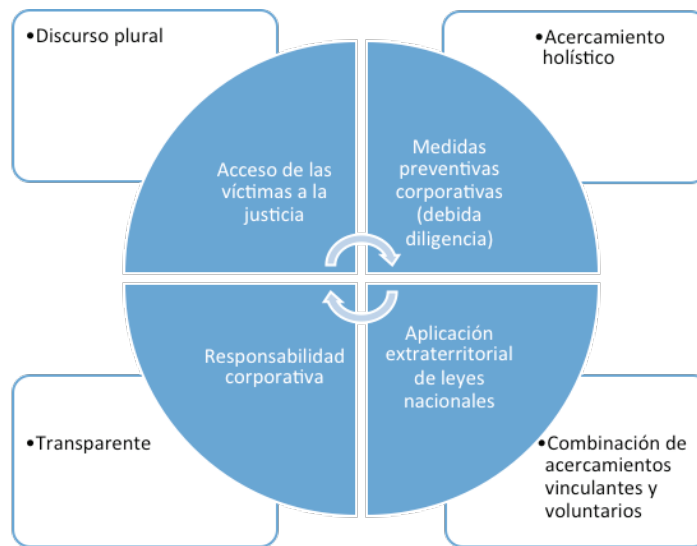
57 Woods, Cindy S., *op. cit.*, p. 683

58 Černič, Jernej Letnar y Van Ho, Tara, *op.cit.*, p. 24. Véase también Kyriakakis, Joanna, *The debate about having a debate about a business and human rights treaty*, 17 de febrero de 2015, disponible en <http://castancentre.com/2015/02/17/debateaboutbusinessandhumanrights/> (visitado el 31 de julio de 2016).

La pregunta del millón es cómo avanzar efectivamente para hacer más responsables a las empresas y posibilitar un acceso sencillo y verdadero de las víctimas a la justicia. Las compañías responsables, respetuosas de los derechos humanos, son sin duda las que recurren a medidas preventivas y rinden cuentas eficazmente. Allen señala que “... las empresas como agentes sociales independientes... no deben cumplir simplemente obligaciones contractuales u otras legales ante los afectados por sus operaciones, sino que deben lealtad en alguna medida a todas esas personas.”⁵⁹ Porter y Kramer argumentan que las “fuertes normas reguladoras protegen de la explotación tanto a los consumidores como a empresas competidoras”⁶⁰ y, correctamente, observan que “proporcionando puestos de trabajo, inversión de capital, compra de bienes y haciendo negocios todos los días, las corporaciones tienen una influencia profunda y positiva en la sociedad”⁶¹. Parece ser que una corporación debe operar con base en la dimensión sustantiva de su responsabilidad corporativa, en contraposición a su empleo como un maquillaje para aparentar serlo a los ojos del público. Por último, Porter y Kramer tienen en cuenta que las empresas deben empezar a pensar en términos de “integración social corporativa” en lugar de “responsabilidad social corporativa”,⁶² con lo que asumirían los derechos humanos en sus políticas comerciales sin alejarse de sus objetivos primarios, generar ingresos y ganancias.

Las compañías responsables deberían tomar todas las medidas necesarias y apropiadas para prevenir violaciones de derechos humanos, sometiéndose a un proceso independiente dirigido a examinar si ellas, sus ejecutivos o empleados han cometido abusos. Estos cambios pueden darse con la combinación de los enfoques voluntario y obligatorio, lo cual les permitiría atraer y mantener a los consumidores y empleados como resultado de sus acciones en derechos humanos.

Figura 1: Potencial camino a seguir



59 Allen, William T., ‘Our Schizophrenic Conception of the Business Corporation’, *Cardozo Law Review*, Vol. 14, 1992, p. 271.

60 Porter, Michael E. y Kramer, Mark R., ‘Strategy and Society: The Link Between Competitive Advantage and Corporate Social Responsibility’, *Harvard Business Review*, diciembre 2006, p. 83.

61 *Ibid.*, p. 91.

62 *Ibid.*, p. 92.

En lugar de abogar por una iniciativa o un enfoque particular, es más adecuado identificar las áreas y temas que debe contener una propuesta efectiva sobre cómo avanzar en este ámbito, como se ilustra con la figura anterior. Una iniciativa exitosa deberá emplear los enfoques plurales e integrales sobre las empresas y los derechos humanos, teniendo en cuenta tanto los puntos de vista empresariales como los de las víctimas. Además tendría que combinar enfoques obligatorios y voluntarios. Las cuatro vertientes particularmente importantes en el fortalecimiento de los vínculos de las empresas y los derechos humanos, son 1) medidas preventivas corporativas (debida diligencia), 2) acceso de las víctimas a la justicia, 3) responsabilidad empresarial/corporativa, y, 4) aplicación extraterritorial de las leyes (penales y civiles nacionales). Los Estados tienen la obligación primordial de proteger los derechos humanos en su territorio y fuera de él, por lo que los sistemas jurídicos nacionales tienen que hacer un mejor trabajo para garantizarlos en las actividades empresariales. Al mismo tiempo, las empresas también tienen que cumplir con sus obligaciones para hacer efectiva una posible rendición de cuentas por violaciones de derechos humanos. Para lograr respuestas eficaces a estos desafíos, se tendrá que abordar cada uno de los problemas identificados.

V. Conclusión

Resumiendo, todas las iniciativas relacionadas con las empresas y los derechos humanos son dignas de ser consideradas y tenidas en cuenta; entre otras razones, desde el punto de vista de las víctimas sería erróneo y peligroso concentrarse solo en una. El dilema que se plantea es falso. Las empresas deben respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos e incluirlos en sus operaciones. Al mismo tiempo, las víctimas de presuntas violaciones necesitan recursos jurídicos que obliguen a las empresas a rendir cuentas ante un tribunal independiente e imparcial o un foro similar.

Los actores que participan en el debate deben asumir un enfoque pluralista que no excluya ninguna propuesta o iniciativa. Después de todo, los cambios son especialmente necesarios en los entornos locales. Por otra parte, parece que todos los enfoques se orientan hacia la configuración de marcos normativos nacionales e internacionales más fuertes para regular las actividades empresariales. De particular relevancia es dar presencia y voz a las víctimas para que expresen sus preocupaciones en entornos seguros y continúen defendiendo sus derechos. Los individuos y grupos en condiciones de vulnerabilidad esperan razonablemente que los Estados, las corporaciones y otros actores no estatales se los respeten.

En conclusión, las empresas deben ser conscientes de que no operan en el vacío ni al margen de los valores de la civilización, los principios de derechos humanos y las libertades fundamentales. Con el fin de fortalecer su vinculación con los compromisos de derechos humanos en todo el mundo, los Estados y las empresas deben ser más transparentes y aplicar la rendición de cuentas empresarial por sus impactos en los derechos humanos. En la misma dirección debe ir la reforma a la normativa vigente

en los sistemas jurídicos nacionales, para que las personas tengan el derecho a una protección judicial efectiva e integral. Por todo ello, cada una de las iniciativas examinadas ilustra que las empresas ya no pueden escapar a su responsabilidad en derechos humanos con políticas que solo son pantallas, sino que están sujetas a reglas y principios constitucionales para proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales.

La evolución de los sujetos de obligaciones del derecho internacional de derechos humanos: del Estado al sector privado

*José Thompson J.**

SUMARIO: I. Introducción. II. De la responsabilidad internacional estatal a la responsabilidad individual o personal. III. La responsabilidad del Estado por falta de debida diligencia y por acciones de particulares. IV. La responsabilidad del Estado por las consecuencias del cambio climático. V. Las obligaciones de las empresas frente a los derechos humanos. VI. Conclusiones.

I. Introducción

En el presente artículo se revisa brevemente la evolución de la responsabilidad internacional. El repaso se inicia con la responsabilidad estatal tradicional y se dirige a las propuestas más recientes, que involucran al sector privado y las empresas como sujetos de obligaciones de derechos humanos. Asimismo, se hace un recuento de los primeros pasos en el desarrollo del derecho penal internacional que le dieron forma a la responsabilidad internacional personal. Posteriormente, se analizan los avances del derecho internacional de los derechos humanos que llevaron a que la responsabilidad estatal directa trascendiera a la responsabilidad estatal por actos de particulares.

Asimismo, se estudian las nuevas tendencias en la búsqueda de respuestas a las violaciones de derechos humanos cometidas por actores ajenos al Estado o circunstancias diversas y a las personas

* Abogado y profesor universitario costarricense, especializado en derecho Internacional (Universidad de Costa Rica, Università degli Studi, Perugia, Italia), desde el 1 de julio del 2013 ocupa los cargos de Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH); desde 2000 ha sido el Director del Centro de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL), programa especializado del IIDH para la promoción de la democracia, los derechos políticos y las elecciones. Ha desempeñado diversos puestos en el IIDH a lo largo de más de 28 años; fue su Director Adjunto hasta junio del 2013. Cuenta con experiencia en el servicio exterior de su país en los cargos de Ministro Consejero y Cónsul General en la Embajada de Costa Rica ante los Estados Unidos de América (1994-1998) y Encargado de Negocios a.i. de esa sede diplomática (1997-1998). Docente universitario con una trayectoria consolidada en temas de derecho Internacional desde 1984; profesor titular de derecho Internacional Público y, recientemente, de los cursos especializados en Derechos Humanos de la Facultad de derecho de la Universidad de Costa Rica. Actualmente tiene rango de Catedrático. Autor de artículos, libros e investigaciones especializadas sobre justicia, democracia, sistemas electorales, Derechos Humanos y derecho Internacional. El autor deja expreso reconocimiento de la colaboración de Natalia Arce, abogada mexicana, investigadora y asistente académica de la Dirección Ejecutiva del IIDH, cuyo aporte fue determinante para la elaboración de este documento.

físicas, en específico, las catástrofes naturales producto del cambio climático y las actividades del sector privado y las empresas.

II. De la responsabilidad internacional estatal a la responsabilidad individual o personal

La responsabilidad internacional del Estado puede definirse en los siguientes términos:

[O]bligación jurídica impuesta por una norma de Derecho Internacional general o del Derecho Internacional particular, [...] por haber cometido un acto ilícito internacional. [...] En la teoría y en la práctica internacional se ha considerado que esa situación se traduce en una obligación de reparar, que puede consistir en el restablecimiento de la situación anterior al acto ilícito, o en una indemnización, o en una combinación de ambas.¹

Desde la génesis del derecho internacional y, especialmente, con los desarrollos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y la evolución de los tratados y órganos internacionales, se ha dotado de contenido el concepto de responsabilidad internacional, identificándose cuáles son los elementos que deben darse para que se constituya; de cuáles obligaciones nace y cuáles genera; qué efectos o consecuencias tiene en quienes incurren en ella y cómo se repararía a quienes resulten ser las víctimas del ilícito.

En sus orígenes, las relaciones internacionales se establecieron literalmente “entre naciones”, por lo que los esfuerzos se dirigieron a establecer pautas y lineamientos que las rigieran con el fin de proteger la soberanía de los Estados implicados, al tiempo que se buscaba preservar la paz. Por ende, al inicio, cuando se hablaba de responsabilidad internacional, solo los Estados figuraban como sujetos de obligaciones y de derechos.

Esto cambió con la Segunda Guerra Mundial, un evento traumático en la historia de la humanidad. El genocidio de aproximadamente seis millones de personas judías, cientos de miles de gitanos y homosexuales y los estragos sufridos tanto por las personas sobrevivientes como por las naciones involucradas plantearon una gran interrogante respecto de qué debía hacerse con los autores de tales hechos. Estaba claro que las medidas tomadas después de la Primera Guerra Mundial no habían dado resultados y que se requería algo más que tratados de paz y la Sociedad de Naciones. Asimismo, se evidenció que los ilícitos eran cometidos, en primera instancia, por personas físicas o individuos en ejercicio de sus funciones.

Como resultado de estas reflexiones se desarrolló el llamado proceso de Nuremberg; con la creación del Estatuto del Tribunal Militar Internacional (o Tribunal de Nuremberg) por los Aliados. se dio vida

¹ Molteni, Atilio, ‘La responsabilidad internacional del Estado’, *Revista Lecciones y ensayos*, No. 26, p. 44.

a una corte con competencias para juzgar crímenes de responsabilidad personal, en específico los crímenes contra la paz, de guerra y contra la humanidad. La importancia de este primer proceso en contra de la impunidad personal radica en que se constituyó en un avance significativo en la protección de los derechos de la persona humana por medio de la justicia penal. El Tribunal de Nuremberg fue seguido por el Tribunal de Tokio (1946); en ambos casos hubo críticas y cuestionamientos referidos tanto a las figuras imputadas como a sus respectivas jurisdicciones.²

Años más tarde, y en aplicación de diversas resoluciones de las Naciones Unidas, se estableció “una nueva generación de tribunales penales especiales”: los tribunales internacionales para la antigua Yugoslavia (1991) y Ruanda (1994); la Administración Transitoria de las Naciones Unidas en el Timor Oriental (1999); la Misión Transitoria de las Naciones Unidas en Kosovo (1999); el Tribunal Especial para Sierra Leona (2000); las Salas Especiales para Camboya (2003); y, el Tribunal Especial Iraquí (2003). Sin embargo, este proceso de desarrollo del derecho penal internacional no se consolidó sino hasta 2002 con la entrada en vigor del Estatuto de Roma y el establecimiento de la Corte Penal Internacional.

Fue así como se constituyó el derecho penal internacional que, a diferencia del derecho internacional humanitario o el derecho internacional de los derechos humanos, aborda la responsabilidad personal. En efecto, los crímenes con los que históricamente se han ocasionado graves violaciones a los derechos humanos han sido ejecutados o planeados por individuos cuyos actos, hasta antes de la Segunda Guerra Mundial, habían permanecido en la impunidad. Afortunadamente, las atrocidades suscitadas en el marco de este conflicto despertaron la conciencia universal y se implantó una manera de juzgar a los responsables. Lo anterior también supuso un avance en la concepción de la responsabilidad internacional, entendiéndose que no es exclusiva de los Estados y que, en determinados casos y dependiendo del tipo penal, una persona física puede incurrir en ella.

III. La responsabilidad del Estado por falta de debida diligencia y por acciones de particulares

En el proceso de configuración del derecho internacional de los derechos humanos, que entró en auge después de la Segunda Guerra Mundial con la creación de los sistemas de protección universal y regionales, se observó otro de los desarrollos relevantes de la responsabilidad internacional: la responsabilidad del Estado por actos de particulares.

Su punto de partida es “la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público [...] por lo que en la protección de los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción

² Thompson J., José, ‘Evolución de la protección penal de los derechos de la persona humana’, *Revista IIDH*, No. 59, 2014, pp. 275-290.

de la restricción al ejercicio del poder estatal”.³ Así lo ha asentado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al expresar que “el respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas”.⁴

Como bien lo señala Faúndez, puede observarse una diferencia entre el derecho internacional clásico y el derecho internacional de los derechos humanos.

En el primero, las relaciones entre los Estados, como únicos sujetos de ese ordenamiento jurídico, se plantean fundamentalmente en términos horizontales, es decir, como relaciones entre iguales; en cambio, el Derecho de los Derechos Humanos supone una relación desigual entre el Estado y los individuos bajo su jurisdicción, que bien puede caracterizarse como una relación vertical. Así entendido, el Derecho de los Derechos Humanos es el último recurso racional del cual dispone el Estado antes de caer en la barbarie.⁵

Asimismo, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos,

Como parte del debate político, en un mundo marcado por la violencia, se ha discutido mucho en torno a uno de los elementos del concepto de derechos humanos, específicamente en lo que se refiere a quiénes pueden violarlos; en tal sentido, se ha sugerido que, además de los Estados, las Organizaciones Internacionales, las empresas multinacionales, y los grupos beligerantes, guerrilleros o terroristas -para no mencionar a los delincuentes comunes- también pueden incurrir en violaciones de derechos humanos.⁶

En efecto, las violaciones de derechos humanos no son exclusivas de los Estados y sus agentes, pues ilícitos que vulneran gravemente la dignidad humana también son cometidos por otros actores particulares o privados. Ante la interrogante la Corte Interamericana aclaró que “el Derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones [como lo hace el derecho penal internacional], sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones”.⁷ Es decir que “la competencia de los órganos establecidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos para la protección de estos derechos ‘se refiere exclusivamente a la responsabilidad internacional del Estado y no a la de los individuos’”.⁸

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 129.

4 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano) Vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001*, párr. 68.

5 Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José, IIDH, 2004, pp. 10 y 11.

6 Faúndez Ledesma, Héctor, *op. cit.*, p. 11.

7 Medina Ardila, Felipe, *La responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares: análisis jurisprudencial interamericano*, Bogotá, Ministerio de Relaciones Exteriores, 2009, p. 8.

8 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Responsabilidad Internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, párr. 56.

Si bien la competencia del Tribunal fue delimitada al examen y pronunciamiento sobre la responsabilidad estatal y no la individual, la Corte Interamericana sí ha ahondado ampliamente en las obligaciones de los Estados, que son más complejas que el solo hecho de abstenerse de cometer ilícitos violatorios de derechos humanos y que se relacionan con la responsabilidad individual.

Al respecto, la Corte Interamericana ha sostenido que “sobre los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos recae la obligación de prevenir, investigar, identificar y sancionar a los autores intelectuales y encubridores de violaciones de los derechos humanos”, y que, con base en esta obligación, el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, que ha sido definida como ‘la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana’”.⁹

En ese sentido, desde su primera sentencia en el caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, la Corte señaló lo siguiente:

[E]s imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.¹⁰

Sin embargo, más allá de lo anterior, pueden darse violaciones a derechos humanos cometidas por particulares en las que, además de la obligación de debida diligencia, el hecho por sí mismo puede generar responsabilidad internacional del Estado.

Al respecto,

[S]e configura responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares, [si] se presenta [...] con la tolerancia, complicidad o aquiescencia, por parte de agentes estatales, a particulares que creen, mantengan o favorezcan situaciones discriminatorias y violatorias de derechos humanos. De hacerlo, el Estado estaría incumpliendo con sus obligaciones internacionales, de carácter *erga omnes*, de asegurar la efectividad de los derechos humanos en las relaciones interindividuales.¹¹

9 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Resolución de 27 de agosto de 2010. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencias*, párr. 10.

10 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de fondo de 29 de julio de 1988*, párr. 172.

11 Medina Ardila, Felipe, *op. cit.*, p. 19.

Esto no quiere decir que el Estado será responsable de forma ilimitada frente a cualquier acto de particulares, pero sí podría serlo si se reúnen ciertas condiciones.

Es así que en las áreas del derecho internacional antes señaladas se desarrolló la responsabilidad internacional identificándose diversos escenarios o sujetos de obligaciones: i) los Estados en sus relaciones horizontales; ii) los Estados en sus relaciones verticales; iii) las personas físicas o particulares en el ámbito penal; y, iv) los Estados, por actos cometidos por particulares.

IV. La responsabilidad del Estado por las consecuencias del cambio climático

Ha sido tal el avance que los que antes parecían ser eventos independientes de la debida diligencia estatal, hoy pueden, en determinadas condiciones, traer consigo violaciones a derechos humanos jurídicamente exigibles. En ese sentido, la realidad continúa cambiando y las violaciones de derechos humanos siguen dándose con nuevas complejidades y agregando nuevos desafíos a la interrogante de quiénes son los sujetos de obligación internacional.

Un ejemplo claro de esto es el debate actual en cuanto a la probable responsabilidad de los Estados por violaciones a los derechos humanos en el contexto de desastres o por efectos propios del cambio climático. Es decir, se ha tratado “de describir la forma en que la realidad empírica y las previsiones de los efectos adversos del cambio climático en el goce efectivo de los derechos humanos están relacionadas con las obligaciones asumidas por los Estados en virtud de los tratados internacionales de derechos humanos”.¹²

Al respecto, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha concluido que “[c]alificar los efectos del cambio climático como violaciones de los derechos humanos plantea una serie de dificultades”:¹³ 1. es prácticamente imposible desentrañar las complejas relaciones de causalidad; 2. suele ser imposible determinar en qué medida un fenómeno concreto relacionado con el cambio climático con consecuencias para los derechos humanos se debe al calentamiento del planeta, y 3. los efectos adversos del calentamiento del planeta suelen ser proyecciones de efectos futuros, mientras que las violaciones de los derechos humanos suelen quedar establecidas después de que se ha producido el daño.

No obstante, “independientemente de si los efectos del cambio climático pueden interpretarse como violaciones de los derechos humanos, las obligaciones de derechos humanos proporcionan una

¹² Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la relación entre el cambio climático y los derechos humanos*, A/HRC/10/61 (15 de enero de 2009), §69.

¹³ *Ibidem*, §70.

importante protección a las personas cuyos derechos se ven afectados por el cambio climático o por las medidas adoptadas para responder al cambio climático”.¹⁴

Tanto en el ámbito europeo como en el interamericano ya existe alguna jurisprudencia sobre la responsabilidad internacional del Estado en derechos humanos al incumplir con sus obligaciones de debida diligencia ante un riesgo previsible o del que se tenía conocimiento.

Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que la falta de adopción de medidas contra los riesgos preVISIBLES podría equivaler a una violación de los derechos humanos. En el caso *Budayeva and Others vs. Russia*, el Tribunal falló que se había producido una violación del derecho a la vida porque las autoridades estatales no habían aplicado políticas de ordenación de la tierra ni de socorro de emergencia, aunque eran conscientes del riesgo creciente de que se diera un gran alud de lodo. El Tribunal también señaló que no se había informado adecuadamente del peligro a la población.

En la región, en el caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* la Corte observó que esta vivía en un permanente riesgo y vulnerabilidad al no estar en sus territorios tradicionales sino a la orilla de una carretera, lo cual era conocido por el Estado. La Corte consideró que, si bien este no fue el que la llevó a esa situación, violó su derecho a la vida porque tampoco adoptó las medidas adecuadas ni aplicó un procedimiento administrativo rápido y eficiente para sacarla de allí y ubicarla en sus tierras ancestrales.

En ninguno de los casos aludidos ni el riesgo ni el desastre fueron provocados por efectos del cambio climático. En el Sistema Interamericano, se abordó expresamente la temática en la audiencia de situación general sobre “Derechos humanos y calentamiento global”; solicitada por *el Center for International and Environmental Law*, fue efectuada el 1 de marzo de 2007, en el 127 período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Los peticionarios se refirieron a la afectación que sufren las comunidades indígenas que habitan la región ártica.

En el nivel nacional se destaca una experiencia holandesa en la cual la Corte de Distrito de la Haya obligó al gobierno a recortar las emisiones de CO₂ al menos en un 25% para 2020. De acuerdo con su sentencia de 2015, las autoridades “no se pueden esconder detrás del argumento de que Holanda es una pequeña parte de un proceso mundial”.¹⁵ La demanda fue interpuesta por la organización *Urgenda* en 2013 y es la primera vez que se requiere judicialmente a un Estado tomar precauciones contra el cambio climático.

14 *Ibidem*, §71.

15 *Urgenda wins the case for better Dutch climate policies*, 24 de junio de 2015, disponible en <http://us1.campaign-archive2.com/?u=91ffff7bfd16e26db7bee63af&id=11fab56e93&e=46588a629e>

V. Las obligaciones de las empresas frente a los derechos humanos

El derecho internacional de los derechos humanos ha evolucionado de tal forma que las acciones de particulares pueden, en determinados casos, hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional. En este escenario, sin embargo, la interrogante sobre el papel que asumirían las empresas con sus acciones sigue estando al centro del debate.

No cabe duda de que estas, al igual que las personas físicas, son entes que ocasionalmente cometen ilícitos que, en algunos casos, se pueden constituir en transgresiones a la dignidad humana. En este sentido, son innumerables los asuntos documentados y denunciados, que van desde violaciones a los derechos laborales hasta daños a la salud de las personas y las comunidades o la destrucción de territorios tradicionales indígenas por parte de algunas industrias extractivas, por ejemplo.

Si bien dichos ilícitos pueden juzgarse a lo interno del Estado que corresponda, la cuestión es si las empresas tienen obligaciones en este terreno y, por lo tanto, incurren en responsabilidad internacional a la luz de los instrumentos y mecanismos del derecho internacional de los derechos humanos.

Aunque su evidente empoderamiento y alcance en el modelo económico mundial imperante ha acrecentado las preocupaciones, estas han estado presentes desde hace varios años. Por ejemplo, en 1976 la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE) adoptó las *Directrices para Empresas Multinacionales*. Al ser actualizadas en 2011 se incluyeron

[R]eferencias a normas internacionalmente reconocidas; un nuevo capítulo sobre derechos humanos; la adopción de una recomendación general sobre la debida diligencia tendiente a evitar y enfrentar impactos negativos; la aclaración que las Directrices son aplicables a las cadenas de producción y otras relaciones comerciales; la ampliación del alcance del capítulo sobre empleo, para incluir los trabajadores en relaciones laborales indirectas, así como también los empleados; y el fortalecimiento del mecanismo de quejas con respaldo gubernamental.¹⁶

Por su parte, en 1977 la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptó la *Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales*. En el texto, revisado en 2006, se establecen normas de conducta para las empresas en las áreas de empleo, formación, condiciones de trabajo y vida y relaciones laborales.

Asimismo, el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas creó una Comisión de Sociedades Transnacionales y un Centro de Sociedades Transnacionales a los que les encomendó elaborar un código de conducta para empresas. No fue sino algunos años después, mediante la resolución E/C.10/1982/6, de

16 Comité Asesor Sindical (TUAC) de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), *Las líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales. Recomendaciones para una conducta empresarial responsable en el contexto global. Guía para sindicalistas*, p. 2, disponible en https://www.fes.de/gewerkschaften/common/pdf/TUAC_OECD_Guidelines_Espanol_2013.pdf

1982, que se presentó una primera versión de la normativa. A esta le siguió una etapa de negociaciones que se extendió por varios años y algunos de sus aportes se incluyeron en otra versión dada a conocer en 1988.

En el borrador del código ya se hacía referencia al compromiso de las empresas con los derechos humanos:

*Transnational corporations should/shall respect human rights International Investment Instruments: A Compendium and fundamental freedoms in the countries in which they operate. In their social and industrial relations, transnational corporations should/shall not discriminate on the basis of race, colour, sex, religion, language, social, national and ethnic origin or political or other opinion. Transnational corporations should/shall conform to government policies designed to extend equality of opportunity and treatment.*¹⁷

Sin embargo,

[L]a ausencia de consenso respecto a la primera versión del proyecto [...] de la Comisión de Sociedades Transnacionales, al margen de impedir su aprobación, por la imposibilidad de reconciliar las posturas enfrentadas respecto a su carácter vinculante, acabó por provocar en 1993 la reconversión de este organismo en una oficina subordinada a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y Desarrollo.¹⁸

Posteriormente, en 1998, la Subcomisión de la ONU para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos formó un grupo de trabajo. En 1999 esta instancia comenzó a preparar un nuevo proyecto de código de conducta para las empresas, que se adoptó por unanimidad en 2003 con el nombre de *Normas sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas en relación a los derechos humanos*.¹⁹ En dicho instrumento se identifica y concreta,

[U]na serie de obligaciones a las cuales [...] debían ajustarse las empresas, [...]. [...] Es más, para evitar que las normas caigan en una mera declaración de intenciones se contemplan mecanismos para que las empresas incorporen de forma efectiva esas obligaciones. Todo ello viene reforzado por procedimientos que prevén, tanto verificar de forma independiente por parte de las Naciones Unidas el grado de cumplimiento de los deberes enunciados, como la creación por los Estados de procedimientos para dar curso a las denuncias de los trabajadores por posibles violaciones de las normas.²⁰

17 Comisión de Empresas Transnacionales, *Informe de la sesión especial (7-18 de marzo y 9-21 de mayo de 1983)*, E/1983/17/Rev.1 (1983), Anexo II.

18 Esteve Moltó, José Elías, 'Los Principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar». ¿Hacia la responsabilidad de las corporaciones o la complacencia institucional?', *Anuario español de derecho internacional*, Vol. 27, 2011, pp. 317-351.

19 Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, *Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (26 de agosto de 2003).

20 Esteve Moltó, José Elías, *op. cit.*

Sin embargo, en su 56ª sesión, celebrada el 20 de abril de 2004, la extinta Comisión de Derechos Humanos, si bien reconoció a la Subcomisión por esta labor, concluyó que el documento “no había sido solicitado por la Comisión y, al ser un proyecto de propuesta, careciera de autoridad legal, y que la Subcomisión no debería ejercer ninguna función de vigilancia a este respecto”.²¹

Un año después, en su resolución E/CN.4/Res/2005/69 la Comisión de Derechos Humanos le pidió al Secretario General

[D]esign[ar] un representante especial sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, por un período inicial de dos años, [...] , con el siguiente mandato: a) señalar y aclarar normas uniformes sobre la responsabilidad empresarial y la rendición de cuentas de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos; b) precisar la función que incumbe a los Estados en la regulación y arbitraje efectivos del papel de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales con respecto a los derechos humanos, en particular mediante cooperación internacional; c) investigar y aclarar las implicaciones que conceptos como “complicidad” y “esfera de influencia” tienen para las empresas transnacionales y otras empresas comerciales; d) elaborar materiales y metodologías de evaluación de las repercusiones que las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales tienen en los derechos humanos, y e) recopilar un compendio de prácticas óptimas de los Estados y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales.²²

En julio de 2005 el Secretario General designó al efecto al académico John Ruggie.

El Representante Especial, en cumplimiento de su mandato, emitió una serie de informes anuales que analizan el contexto de la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales incluyendo no solo cuestiones doctrinales, sino recogiendo también las diversas experiencias o prácticas que se hubieran desarrollado en la materia. En 2008 se presentó el informe *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos* el cual,

[S]e basa en responsabilidades u obligaciones diferenciadas pero complementarias. Comprende tres principios básicos: el Estado debe proteger frente a los abusos de derechos humanos cometidos por terceros, en particular las empresas; la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos; y la necesidad de tener una vía más efectiva a los remedios o recursos. Cada principio es un componente esencial del marco: el deber del Estado de proteger constituye la raíz misma del régimen internacional de derechos humanos; la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos dimana de la

21 Comisión de Derechos Humanos, *Responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*, E/CN.4/DEC/2004/116 (20 de abril de 2004).

22 Comisión de Derechos Humanos, *Derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas comerciales*, E/CN.4/RES/2005/69 (20 de abril de 2005).

expectativa básica que la sociedad tiene de las empresas; y el acceso a los remedios o recursos deriva de que los esfuerzos más concertados no pueden prevenir todos los abusos, en tanto que el acceso a la tutela judicial suele ser problemático, y el número, alcance y eficacia de los remedios no judiciales son limitados. Los tres principios constituyen un conjunto complementario en el que cada cual apoya a los demás a lograr progresos sostenibles.²³

Si bien el Consejo reconoció la aportación positiva del Informe, de acuerdo con Esteve Moltó,

[S]e apreciaba sobre todo el haber focalizado su atención en el controvertido concepto de la «responsabilidad de proteger» de los Estados; y consecuentemente recayendo sobre los mismos sujetos de Derecho Internacional el cumplimiento exclusivo de las obligaciones internacionales, reservando únicamente para las empresas una vaga e imprecisa «diligencia debida» en relación a los derechos humanos.²⁴

Esta línea de pensamiento ya podía apreciarse en los contenidos del Informe Anual de 2006. En él se concluía que “[l]a función de los Estados en relación con los derechos humanos más que importante es decisiva. El debate sobre las empresas y los derechos humanos sería mucho menos urgente si todos los gobiernos aplicaran fielmente sus propias leyes y cumplieran sus obligaciones internacionales”.²⁵

Posteriormente, tras un proceso de consultas y debates, el 16 de junio de 2011, en el 17º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, se aprobaron los *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar*, los cuales:

[...] se aplican a todos los Estados y a todas las empresas, tanto transnacionales como de otro tipo, con independencia de su tamaño, sector, ubicación, propietarios y estructura. Estos Principios Rectores deben entenderse como un todo coherente y ser interpretados, individual y colectivamente, en términos de su objetivo de mejorar las normas y prácticas en relación con las empresas y los derechos humanos a fin de obtener resultados tangibles para las personas y las comunidades afectadas, y contribuir así también a una globalización socialmente sostenible.²⁶

Los *Principios* se clasifican en tres ejes: i) el deber del Estado de proteger los derechos humanos; ii) la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos; y, iii) el acceso a mecanismos de reparación.

23 Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*, A/HRC/8/5 (7 de abril de 2008), §9.

24 Esteve Moltó, José Elías, *loc. cit.*

25 Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Informe provisional del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales*, E/CN.4/2006/97 (22 de febrero de 2006), §79.

26 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Principios generales*, disponible en http://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf

Más allá de lo anterior, desde la introducción se subraya que “[e]n ningún caso debe interpretarse que estos *Principios Rectores* establezcan nuevas obligaciones de derecho internacional ni que restrinjan o reduzcan las obligaciones legales que un Estado haya asumido, o a las que esté sujeto de conformidad con las normas de derecho internacional en materia de derechos humanos”.²⁷

En efecto, los *Principios* no fueron concebidos como un instrumento con fuerza jurídica vinculante que vaya más allá de la buena voluntad y el escrutinio social como mecanismos de control; además, fue evidente la necesidad de explicitar que no serían una fuente de obligaciones en términos de que las empresas fueran susceptibles de incurrir en responsabilidad internacional, como sí lo son los Estados.

Este hecho ha sido objeto de un debate plagado de posiciones encontradas y diversas críticas. Por ejemplo, en opinión de Esteve Moltó,

Lo llamativo de [los] procesos internos de prevención, reside en el hecho que en ningún momento se hace mención a la posibilidad de establecer mecanismos externos por la propia ONU para verificar si esa debida diligencia es un hecho o una quimera. Únicamente se hace referencia a la voluntaria potestad de las empresas para someterse a indicadores cualitativos y cuantitativos, inspecciones y auditorías; claro está sin precisarse quién debe proceder a efectuar esas evaluaciones, dejando así toda la «diligencia debida» en la misma e hipotética empresa infractora o en una consultora contratada por ella misma a título individual.²⁸

Por su parte, David Bilchitz afirma que,

Ruggie intenta apaciguar la preocupación de las empresas [...] negando que las empresas tengan obligaciones jurídicas internacionales para la realización de los derechos humanos y diciendo que cualquier responsabilidad que puedan tener deriva sólo de la expectativa social. Luego va aún más allá y sostiene que las responsabilidades de las empresas son severamente cercenadas y sólo se les requiere que eviten violar los derechos fundamentales.²⁹

Y, según Silvia Herrera,

La falta de medidas vinculantes a nivel internacional, e incluso nacional, ha llevado a que la aplicación efectiva de los Principios Rectores sea facultativa. La laxitud en su aplicación, si bien fue la clave para su adopción, es su principal debilidad. Partiendo de la dificultad de adoptar normas vinculantes en el ámbito internacional, la principal solución que se vislumbra en el corto plazo es la reglamentación de la relación entre empresas y derechos humanos en nivel estatal.³⁰

27 Ídem.

28 Esteve Moltó, José Elías, *op. cit.*, p. 336.

29 Bilchitz, David, ‘El marco Ruggie: ¿una propuesta adecuada para las obligaciones de derechos humanos de las empresas?’, *SUR-Revista Internacional de Derechos Humanos*, N° 12, 2010, p. 228.

30 Herrera, Silvia, *La debida diligencia: empresas y derechos humanos*, disponible en <https://business-humanrights.org/es/la-debida-diligencia-empresas-y-derechos-humanos-0>

En sus observaciones al informe del Representante Especial del Secretario General, la Federación Sindical Mundial argumentó en estos términos: “los Principios Rectores del señor Ruggie son pues, meras expresiones de deseos. Carecen de obligatoriedad tanto para los Estados como para las empresas. Cumpliendo así con la exigencia, reiteradamente manifestada, de las grandes empresas transnacionales”, por lo que sugirió que el “Consejo de Derechos Humanos [designara] un Grupo de Trabajo que retomara el Proyecto de Normas aprobado en 2003 por la Subcomisión de Derechos Humanos para mejorarlo, manteniendo el criterio de que las normas sean OBLIGATORIAS”.³¹

Las críticas han sido duras y reflejan cierta decepción ante un proceso que, si bien tuvo gran rigurosidad metodológica (debates, estudios, consultas, etc.), en ese momento aún se mostraba tibio ante la posibilidad de trascender el nivel del compromiso empresarial con los derechos humanos llevándolo de la buena fe a una obligación jurídica exigible.

Sin embargo, tampoco se puede negar el aporte de los *Principios* a la evolución de los sujetos de obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos, una noción en constante progreso. Así lo percibió Amnistía Internacional en 2004 al analizar las *Normas sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas en relación a los derechos humanos*, la antesala de los *Principios* de 2011:

[e]l derecho internacional no es estático, sino que está en constante proceso de desarrollo. Las Normas de la ONU merecen atención e inspiran respeto, y a medida que sean usadas por los defensores de los derechos humanos y por las empresas irán adquiriendo mayor fuerza. [...]

A diferencia de los códigos de conducta [...] las Normas de la ONU son el resultado de un proceso consultivo formal, autorizado por la ONU.

[...]

Se acepta de modo creciente que los tratados internacionales de derechos humanos crean obligaciones –por lo menos de forma indirecta– para las empresas. En lo que respecta a las convenciones redactadas para hacer recaer la responsabilidad directamente en las empresas, no hay duda posible. Ciertamente es que debido a que la mayoría de los tratados internacionales de derechos humanos se redactaron atendiendo principalmente a las obligaciones de los Estados (por oposición a las empresas o los individuos), el alcance de esas obligaciones cuando se las aplica a las empresas parece un tanto incierto en algunos contextos. El reparto de responsabilidades entre gobierno y empresas está en proceso de evolución y desarrollo, igual que está ocurriendo con el reparto de responsabilidades entre las empresas y los individuos que las dirigen. Lo único que puede asegurarse con certeza es que existe una clara tendencia a extender las obligaciones de derechos humanos más allá de los Estados, aplicándolas a los individuos (por crímenes internacionales),

³¹ *Exposición escrita presentada por la Federación Sindical Mundial al Consejo de Derechos Humanos*, 13 de mayo de 2011, sugerencia 1, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/132/88/PDF/G1113288.pdf>

los grupos armados, las organizaciones internacionales y las empresas privadas. Las Normas de la ONU han de verse en el contexto de esta evolución.³²

Como bien lo ejemplifica Amnistía Internacional, el derecho internacional ha evolucionado; en especial, las áreas que protegen la dignidad humana han avanzado sustantivamente en los últimos años respecto del debate sobre quiénes son sujetos de derechos y quiénes lo son de obligaciones. Lo que hasta la Segunda Guerra Mundial era visto como una mutilación a la soberanía de los Estados, hoy es el fundamento del derecho internacional de los derechos humanos; y, lo que hasta hace escasos veinte años parecía ser solamente una rama del derecho interno, hoy es un Estatuto de Roma que permite juzgar internacionalmente la responsabilidad penal personal.

Esta reflexión es pertinente con relación a los *Principios* de 2011; de hecho, de las *Normas* a los *Principios* ya hay un avance sustancial. Es cierto que, aunque no han conducido a que las empresas se constituyan en sujetos de obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos, no por eso ha disminuido su impacto.

Aún sin concretar la aspiración de que el derecho internacional de los derechos humanos incluya a las empresas como sujetos de obligaciones vinculantes y exigibles, no se puede negar que los *Principios* de Ruggie y sus antecedentes han sido determinantes para configurar lo que se conoce como responsabilidad social empresarial o corporativa (RSE).

Muchas son las definiciones de la RSE pero, en general, su significado podría resumirse en los siguientes términos:

[...] una nueva forma de gestión y de hacer negocios, en la cual la empresa se ocupa de que sus operaciones sean sustentables en lo económico, lo social y lo ambiental, reconociendo los intereses de los distintos grupos con los que se relaciona y buscando la preservación del medio ambiente y la sustentabilidad de las generaciones futuras. Es una visión de negocios que integra el respeto por las personas, los valores éticos, la comunidad y el medioambiente con la gestión misma de la empresa, independientemente de los productos o servicios que ésta ofrece, del sector al que pertenece, de su tamaño o nacionalidad.³³

Sin duda la RSE tiene sus ventajas. El proyecto DESUR las clasifica en tres tipos: i) las que aportan eficiencia en la gestión; ii) las otorgadas a la marca e imagen de la empresa en términos de reputación y fidelización; y, iii) las ventajas que se revierten sobre los valores y el entorno de la organización en

32 Amnistía Internacional, *Las normas de derechos humanos de la ONU para empresas: hacia la responsabilidad legal*, 2004, disponible en <https://www.amnesty.org/download/Documents/96000/ior420022004es.pdf>

33 Cajiga Calderón, Juan Felipe y Centro Mexicano para la Filantropía (CEMEFI), *El concepto de responsabilidad social empresarial*, p. 2, disponible en https://www.cemefi.org/esr/images/stories/pdf/esr/concepto_esr.pdf

cuanto a una mayor aceptación o credibilidad ante la sociedad y la contribución al desarrollo sostenible y tranquilidad por sentirse responsable.³⁴

Sin embargo, esas ventajas han sido objeto de críticas. Por ejemplo, al considerarse que la RSE “se ha convertido en un negocio y especialmente en un instrumento para mejorar la imagen de las empresas frente a los consumidores, sin que se produzca necesariamente un cambio significativo en sus políticas y en sus procesos operativos”.³⁵ En ese sentido, si bien puede ser que gran parte de las empresas que implementan acciones de RSE responden más al ánimo de lucro que a un legítimo compromiso con el desarrollo o los derechos humanos, no se puede negar que cada vez más se espera de ellas un comportamiento responsable y esto empieza a ser una consideración importante en las decisiones de consumo, orillándolas a implementar proyectos o acciones de RSE que, independientemente del motivo, podrían generar un impacto positivo en el respeto a los derechos humanos y en el desarrollo humano y social.

En ese sentido, son muchas las buenas prácticas de RSE existentes en el mundo y algunas de ellas han sido sistematizadas y difundidas. El proyecto DESUR ha identificado cuatro áreas en las que hay más experiencias exitosas: medio ambiente, prácticas laborales y de recursos humanos, acción social y buen gobierno.

Por lo tanto, aunque la RSE aún depende de la buena voluntad de las empresas, no se puede negar lo positivo que resulta el hecho de que las compañías perciban cierta coerción en la reacción de los consumidores/as ante su comportamiento. En esto también juegan un papel importante las tecnologías de comunicación e información; gracias a ellas las acciones empresariales, ya sean afines o contrarias al desarrollo humano y a la protección de los derechos humanos, son conocidas de forma generalizada y sujetas al escrutinio público.

No obstante, aunque la normativa no vinculante *-soft law-* no debería subestimarse, persiste la exigencia social de establecer mecanismos vinculantes y, sobre todo, órganos externos e independientes de control a las empresas. Por ejemplo, siguiendo la lógica del derecho internacional de los derechos humanos, la creación de un tribunal internacional competente para juzgar al sector privado por violarlos ya ha sido sugerida por varios actores.

La idea ya se había mencionado en 2009, en la IV Cumbre Continental Indígena y en la Plataforma de la Minga Global por la Madre Tierra. En consecuencia, los entonces relatores de Naciones Unidas Martín Scheinin y Manfred Nowak prepararon una proposición de corte internacional para juzgar a las multinacionales que no asumieran las responsabilidades de los impactos ambientales y de derechos

34 Developing Sustainable Regions Through Responsible SMEs (DESUR), *Responsabilidad social empresarial: buenas prácticas y recomendaciones*, p. 7, disponible en <http://responsabilidadsocialquito.com.ec/wp-content/uploads/2015/09/DESUR-guia-final.pdf>

35 Herrera, Silvia, *op. cit.*

humanos que ocasionaran con sus actividades. Además, en 2013, Ecuador y Sudáfrica presentaron una propuesta ante el Consejo de Derechos Humanos en el mismo sentido.

La iniciativa ocasionó una controversia. Hubo quienes defendieron la vía voluntaria y apostaron por un compromiso progresivo de las empresas, mientras otros lo percibieron como una forma de evitar la fiscalización considerando solamente garantista un código y tribunal internacional.

Lo cierto es que el debate ya estaba sobre la mesa y fue alimentado fuertemente por la sociedad civil, entre cuyas acciones sobresale la *Campaña global para reivindicar la soberanía de los pueblos, dismantelar el poder de las transnacionales y poner fin a la impunidad*, impulsada por

una coalición de 200 movimientos sociales, redes y organizaciones, así como campañas de denuncia de empresas específicas, activas en diferentes sectores, regiones y países. Se trata de una respuesta de los Pueblos, a nivel global y estructural, que aspira a confrontar el poder de las transnacionales, mediante estrategias de intercambio de información y de experiencias, debates, funcionando como un espacio cada vez más visible donde se profundiza la solidaridad y el apoyo entre las diferentes luchas contra las empresas transnacionales (ETNs).³⁶

La *Campaña* propuso un *Tratado Internacional de los Pueblos* que tenía como objetivo “someter la arquitectura jurídico-política que sustenta el poder de las empresas transnacionales, a normas y reglas de protección de los derechos humanos”.³⁷

Poco después, la *Campaña* participaría activamente en el proceso de Naciones Unidas ya que, finalmente, el 14 de julio de 2014 el Consejo de Derechos Humanos en su 26º Periodo de Sesiones emitió la resolución 26/9 en la cual

Decide establecer un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, cuyo mandato será elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos.³⁸

Desde su implantación el grupo de trabajo ha sesionado dos veces en Ginebra (julio 2015 y octubre 2016); su tercera reunión será efectuada en octubre de 2017. En sus encuentros se llevó a cabo una serie de mesas redondas con el fin de recoger insumos y recomendaciones sobre los contenidos y fundamentos que le darán forma al instrumento vinculante. Entre otros temas, analizaron su alcance (conceptos y

³⁶ Información disponible en <http://www.stopcorporateimpunity.org/quienes-promueven-esta-iniciativa/?lang=es>

³⁷ Dismantle Corporate Power, *Tratado Internacional de los Pueblos para el Control de las Empresas Transnacionales*, diciembre 2014, p. 4, disponible en <http://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2016/11/PeoplesTreaty-ES-dec2014.pdf>

³⁸ Consejo de Derechos Humanos, *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*, A/HRC/RES/26/9 (26 de junio de 2014), §1.

naturaleza jurídica); los derechos humanos que debe comprender; la responsabilidad jurídica de las empresas; y, la rendición de cuentas, la reparación y el acceso a la justicia.³⁹

VI. Conclusiones

La protección de los derechos de la persona humana y el alcance de la responsabilidad internacional han tenido una evolución importante no solo en los sistemas jurídicos de los Estados, sino también en el nivel internacional con órganos supranacionales que funcionan subsidiariamente al derecho interno y procuran la administración de justicia universal. Esta protección ha tenido un mayor desarrollo en el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional.

El concepto de la responsabilidad internacional y el entendimiento de los entes que son sujetos de obligaciones internacionales también han evolucionado con el fin de buscar la protección de la dignidad humana y eliminar cualquier resquicio de impunidad. La adopción del Estatuto de Roma y el establecimiento de la Corte Penal Internacional son la culminación de las aspiraciones del derecho penal internacional en términos de la implantación de una corte autónoma y permanente para juzgar la responsabilidad personal de los individuos por la comisión de crímenes internacionales. Asimismo, el derecho internacional de los derechos humanos y la concepción de la responsabilidad estatal por actos de particulares, permitió que también fuesen juzgados los hechos violatorios a los derechos humanos perpetrados por personas particulares con la tolerancia o aquiescencia del Estado o que, por el contrario, no hayan sido debidamente investigados, juzgados y sancionados de acuerdo con el deber estatal de debida diligencia.

Por otra parte, ya es posible afirmar que existe consenso en cuanto a que los efectos del cambio climático en algunos casos producen graves vulneraciones a los derechos humanos. Lo anterior ha dado lugar a algunas experiencias, aún incipientes, en las que se ha determinado que el Estado ha incurrido en responsabilidad internacional y se le ha ordenado judicialmente tomar precauciones al respecto.

No obstante, hasta el momento la respuesta generalizada en casos de violaciones de derechos humanos y medio ambientales atribuibles al sector privado ha sido la responsabilidad social empresarial o corporativa, con sus limitaciones respecto del tema que nos ocupa. Asimismo, diversas normas, principios y prácticas han sido desarrollados en el ámbito internacional y han propiciado experiencias exitosas; sin embargo, su carácter no vinculante y las crecientes denuncias sobre la impunidad en esta

³⁹ Los informes del primer y segundo periodos de sesiones del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, creado con el mandato de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante, están disponibles en

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/018/25/PDF/G1601825.pdf?OpenElement>

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/000/99/PDF/G1700099.pdf?OpenElement>

área avivaron el debate y la exigencia de establecer un mecanismo jurisdiccional para juzgar a las empresas que cometan dichos ilícitos.

Definitivamente, la constitución de un tribunal internacional con competencia para juzgar a las empresas que con su actividad violen derechos humanos es la apuesta más ambiciosa y sería un evento cúspide en el derecho internacional, como lo han sido el Estatuto de Roma o la configuración de los sistemas regionales de protección de derechos humanos.

El establecimiento de una entidad de este tipo será la conclusión de un largo proceso que se desarrolla actualmente en el seno de las Naciones Unidas, entidad que después deberá afrontar el desafío de la adopción, firma y ratificación del instrumento que le dé vida. Sin embargo, el debate ya está sobre la mesa y refleja el interés generalizado de proteger al ser humano a fin de no dejarle en estado de indefensión sea cual sea la violación a su dignidad y derechos e independientemente de quien la haya perpetrado en primera instancia.



ESTUDIOS DE PAÍS

Sentencias relevantes de derechos humanos y empresas en México

*Jorge Carlos Toledo Sauri**

SUMARIO: I. Introducción. II. Contexto histórico en el sistema jurídico mexicano. III. La inclusión de particulares como responsables de violaciones a derechos humanos. IV. La obligación empresarial de no discriminación. V. Proyectos mineros y energéticos en el ámbito jurisdiccional constitucional: el caso Monsanto. VI. Conclusiones.

I. Introducción

La actividad empresarial y su relación con la posible afectación de los derechos humanos de las personas es casi tan vasta como la que existe entre el Estado con los individuos y las colectividades. Entre otros, podemos encontrar los tópicos de migración, medio ambiente, desarrollo de energías alternas, discriminación laboral y una gran diversidad de cuestiones que escapan a la autonomía de la voluntad.

El desarrollo de la temática de los derechos humanos y las empresas en el presente capítulo se hará mediante un análisis de la actividad jurisdiccional en México, especialmente en los ámbitos federal y constitucional, para visualizar los alcances de la interpretación normativa y vinculante de la actividad empresarial en torno a los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el país es parte.

Para realizar lo anterior, se abordará en un primer momento el contexto de los derechos humanos en el funcionamiento normativo interno a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011,¹ como un elemento indispensable para la inclusión de nuevas temáticas interpretativas, especialmente con la inclusión y aplicación fáctica del derecho internacional de los derechos humanos.²

* Profesor e investigador en derechos humanos de la Universidad Marista de Mérida. Doctor en Derecho por la Universidad Marista de México y Maestro en Derecho Civil por la Universidad Autónoma de Yucatán. Mediador Certificado en el Estado de Yucatán con posgrado en Mediación por la Universidad de Barcelona, España. Socio fundador de la firma Toledo Sauri Abogados.

1 Publicada en el Diario Oficial de la Federación del 10 de junio de 2011.

2 México tiene una larga tradición en la firma de compromisos de tratados internacionales de derechos humanos, que si bien son vinculantes a la firma y ratificación de los mismos, en la práctica eran poco utilizados por todos los actores y operadores de justicia del país.

Asimismo, se tomará en cuenta la evolución de la interpretación de las obligaciones de los particulares de respetar los derechos humanos y su justiciabilidad en el ámbito jurisdiccional, la que derivó en las primeras sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación a su respeto en la actividad de las empresas, para realizar posteriormente un análisis de sentencias relevantes que permitirá vislumbrar un posible futuro de protección progresiva en la materia.

La finalidad se centra en identificar un panorama general de las obligaciones de las empresas, así como conocer los nuevos criterios de responsabilidad empresarial en derechos humanos en el ámbito jurisdiccional en México.

II. Contexto histórico en el sistema jurídico mexicano

La aproximación primitiva a la materia de derechos humanos y empresas podemos observarla a finales de la década de 1920 e inicios de la década de 1930. México firmó los primeros tratados internacionales de derechos humanos, especialmente en materia laboral, al mismo tiempo que en el Congreso de la Unión se discutía un tema posrevolucionario: la influencia de las empresas extranjeras en el bienestar social de un país.

A manera de ejemplo podemos citar la solicitud efectuada por el Ayuntamiento de Santa Ana, Sonora, al Congreso de la Unión el 26 de diciembre de 1932, respecto de la adición del artículo 11 constitucional en el sentido de restringir o suspender la garantía de libre tránsito a personas extranjeras en el territorio de la República.³ Concretamente, según manifiesta el diario de los debates, la tendencia de la iniciativa era impedir la influencia económica y social que traerían consigo la inmigración e industria chinas, señalándose:

Gran número de nuestras industrias, de nuestras fábricas y de nuestras haciendas, están, ciertamente, en poder de extranjeros de distintas nacionalidades, en toda la República. La raza amarilla controla casi en su totalidad, en determinados Estados, ciertas actividades comerciales y de oficios. Este hecho ha sido considerado como perjudicial para la prosperidad social y material de los lugares en que se desarrolla y hasta se ha llegado a alegar que es la causa de la miseria que en grandes centros de población padecen ciertas clases de personas que podrían desempeñar airosamente las actividades que desarrollan los extranjeros.

A lo que la Cámara de Senadores estableció:

Por otra parte, la personalidad revolucionaria de México en este continente y en el viejo, quedaría maculada con el hecho de acoger un prejuicio de color y de raza, y de eliminar de actividad humana dentro del país a la raza amarilla, que aún llena de prejuicios, es factor de producción y de trabajo. México debe tener

³ Cámara de Senadores, *Diario de los Debates* (Año 1, período ordinario, XXXV Legislatura, Tomo 1, Número 27); disponible en http://infosen.senado.gob.mx/documentos/DIARIOS/1932_08_15-1932_12_29/1932_12_16_O.pdf.

sus puertas abiertas para la humanidad y sostener este principio como postulado revolucionario y sin más condición que la de sujetarse, el que venga al país, a las leyes que nos rigen y sin perjuicio de fortalecer la autoridad que en materia de inmigración, como antes decimos, tiene la Secretaría de Gobernación.⁴

El Estado mexicano, en una visión posrevolucionaria, abrió sus puertas a la inversión bajo la condición de que sus actividades se sujetaran a la legislación nacional. Desde luego, la cuestión se enfocaba en lo meramente productivo y, sin embargo, se podía esclarecer un punto de contacto entre la producción humana y los derechos humanos por medio del derecho de igualdad y no discriminación a favor de los inversionistas extranjeros. Los derechos humanos como los conocemos hoy en día, se centraban en esos tiempos exclusivamente en los alcances que la Constitución del país otorgaba.

En la época actual, la reforma constitucional de 2011 estableció la puerta de entrada al derecho internacional de los derechos humanos en el sistema constitucional mexicano,⁵ estableciendo un impulso no únicamente jurídico, sino también psicológico en los actores del sistema jurisdiccional, para conocer y aplicar la materia no solo en un contexto jerárquicamente inferior, sino como parte de la protección constitucional. Esta reforma resulta de vital trascendencia para el desarrollo del análisis jurisdiccional de la obligación empresarial en derechos humanos, pues cabe resaltar que los opositores a la adopción de normas vinculantes de origen internacional respecto a las actividades empresariales argumentan que no existe una clara distinción entre las obligaciones de derechos humanos de los Estados y las responsabilidades de las empresas, así como que el derecho internacional de los derechos humanos sólo puede ser aplicable a los primeros, rechazando la idea que las empresas tienen obligaciones al respecto.⁶ No obstante, existen doctrinarios que afirman que la normativa internacional puede ser violentada por las empresas.⁷

Si bien la reforma fue recibida con gran optimismo por quienes trabajan en investigación, la academia, organizaciones gubernamentales y practicantes del Derecho, no podría decirse lo mismo de los operadores de justicia o de los órdenes materialmente jurisdiccionales, al menos no de quienes pudieron vislumbrar sus alcances en la actividad jurisdiccional. De la noche a la mañana, el operador materialmente jurisdiccional pasa de tener en su panorama de estudio una Constitución con unos pocos artículos, a otro en donde le colocaron súbitamente más de doscientos tratados internacionales y miles de páginas de *ratio decidendi* como pisos mínimos de aplicación en sentencias, opiniones consultivas, supervisiones de cumplimiento de sentencias y en general todo el contenido vinculante que encontramos en el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos, campo en el

4 *Idem.*

5 Orozco Sánchez, César Alejandro, *El derecho internacional de los derechos humanos y su recepción en México*, 2ª ed., México, UBIJUS, 2013, pp. 235-240.

6 Feeney, Patricia, 'Empresas y Derechos Humanos: La lucha por la rendición de cuentas en la ONU y el rumbo futuro de la agencia de incidencia', *SUR-Revista Internacional de Derechos Humanos*, No. 11, 2009, p. 182.

7 Ratner, Steven R., 'Corporations and Human Rights: a Theory of Legal Responsibility', *Yale Law Journal*, Vol. 111, 2001, p. 443.

cual el constitucionalismo mexicano se encontraba en pausa (o incluso en estado de coma) respecto a su aplicación jurisdiccional.

Actualmente es común e incluso natural afirmar que las nuevas interpretaciones de derechos humanos que se están desarrollando en México encuentran motivación en la reforma constitucional de 2011, lo que implicó una explosión argumentativa, sin una *vacatio legis* que permitiera razonar y entender los alcances que implicaba esta reforma que, a cinco años de distancia, comienza a tomar forma de manera regular y uniforme. A pesar de lo anterior, debe recordarse que la obligación de su aplicación ya existía en el ordenamiento interno, pues los tratados internacionales, una vez cumplidos sus requisitos formales y materiales, constituyen derechos humanos nacionales de fuente internacional, lo que implica su obligatoriedad y aplicabilidad en el ámbito interno.⁸

Las interpretaciones hechas de conformidad con la normativa internacional de derechos humanos han logrado un gran avance en la determinación de la uniformidad del desarrollo nacional con el internacional. El *big-bang* que implicó la reforma constitucional tuvo como resultado la globalización constitucional de los derechos humanos, es decir, una especie de presentación en sociedad del inicio de la aplicación formal de dicho *corpus iuris* internacional en México, a pesar de que la historia de su actuación en el derecho internacional de los derechos humanos se remonta a la creación de la Organización de las Naciones Unidas, al ser un Estado originario de la Carta de San Francisco de 1945.⁹

Los primeros tratados internacionales en esta área firmados o ratificados por México son de 1929 y versan sobre asilo, esclavitud, igualdad de la mujer y trata de personas.¹⁰ Respecto de otros tratados internacionales vinculantes –el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención Americana de Derechos Humanos–, el Estado mexicano presentó los respectivos instrumentos de adhesión los días 23 y 24 de marzo de 1981 y aceptó la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 16 de diciembre de 1998. Sin embargo, antes de 1995 no existe ningún precedente jurisprudencial que invoque o se fundamente en algún tratado internacional para otorgar una protección constitucional por la vía del amparo, instrumento idóneo para la protección de los derechos humanos de las personas.

8 Fix-Zamudio, Héctor, 'Protección jurídico constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en los ordenamientos de Latinoamérica' in Pérez Royo, Javier et al. (coords.), *Derecho constitucional para el siglo XXI: Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Tomo II, Pamplona, Thompson Aranzadi, 2006, pp.1727-1746.

9 Centro de Información de las Naciones Unidas, *Miembros de las Naciones Unidas*; disponible en <http://www.cinu.mx/onu/miembros/>

10 A manera de ejemplo, el Estado mexicano se adhirió a la Convención sobre Asilo de 1928 (publicada en enero de 1929); la Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Menores de 1921 (publicada en octubre de 1933); la Convención Relativa a la Esclavitud de 1926 (publicada en enero de 1933); la Convención Internacional relativa a la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad de 1933 (publicada en marzo de 1938); la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer de 1933 (publicada en abril de 1936); o bien, la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer de 1948 (publicada en enero de 1981). Nótese que la indicación de publicación es en el Diario Oficial de la Federación.

A pesar de la amplia gama normativa de protección de las personas con la que cuenta el Estado mexicano, las organizaciones internacionales han identificado que el problema no es propiamente regulatorio. Se coincide con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al afirmar que el reto del Estado mexicano “*es cerrar la brecha existente entre su marco normativo y la realidad que experimenta la norma que regula*”.¹¹

Una de las herramientas que más ha ayudado a combatir esta brecha en los últimos años es el sistema jurisdiccional, especialmente por los avances en los enfoques multidisciplinarios en el acceso efectivo a la justicia, por ejemplo, con la socialización del derecho en relación al conjunto de normas procesales de protección a los más desprotegidos en materia agraria, laboral¹² y actualmente en el desarrollo jurisdiccional de la relación entre los derechos humanos y la empresa. Así, los avances más importantes para visibilizar y reducir la brecha existente han tenido lugar en la vía jurisdiccional, pues es en ella donde la norma adquiere un efecto útil de interpretación. Si bien estos avances han sido paulatinos, podemos considerar que son un punto de partida o base para el desarrollo de la temática de los derechos humanos y las empresas.

La protección constitucional jurisdiccional fue –y parcialmente sigue siendo– monopolizada por el Poder Judicial Federal, por lo que la ausencia de un control difuso de control constitucional reducía la efectividad de protección de los derechos humanos. Podemos observar que entre la fecha de la firma de los primeros tratados internacionales de derechos humanos y el año 2010, únicamente se hace referencia a los tratados internacionales en 33 tesis y jurisprudencias:¹³ entre ellas, cerca del 50% fueron dictadas en 2010 y los precedentes restantes se iniciaron en 2003. La evolución es clara a partir de 2011, pues al día de hoy encontramos más de 500 precedentes jurisprudenciales en referencia a la Convención Americana de Derechos Humanos y más de 200 en relación a tratados internacionales sobre niñez. Lo anterior es indicativo de la íntima relación con la visión internacional que se ha desarrollado en México, así como de la recepción que se ha tenido del derecho internacional de los derechos humanos, como referentes indispensables en la presente investigación.

11 CIDH, *Situación de los Derechos Humanos en México*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/15, 31 de diciembre de 2015, pars. 3, 13, 181, 480, 507 y 537.

12 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, ‘La justicia y el constitucionalismo social’ in Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego (coords.), *Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo*, México, IIJ-UNAM, 2011.

13 De conformidad con el artículo 218 de la Ley de Amparo en México, la *tesis aislada* se conforma por un criterio relevante dictado en sentencia cuyo contenido no es de obligatoria aplicación, sino simplemente orientador. Por su parte la *jurisprudencia* se establece por reiteración de criterios, por contradicción de tesis y por sustitución. De conformidad con el artículo 217 de la Ley de Amparo, la jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para estas en tratándose de la que decreta el Pleno, y además para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los Juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales. Por su parte, la jurisprudencia que establezcan los Plenos de Circuito es obligatoria para los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de las entidades federativas y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales que se ubiquen dentro del circuito correspondiente. La jurisprudencia que establezcan los tribunales colegiados de circuito es obligatoria para los órganos mencionados en el párrafo anterior, con excepción de los Plenos de Circuito y de los demás tribunales colegiados de circuito.

De la misma manera, los temas de derechos humanos y empresas a nivel nacional han surgido a la par de la inclusión del derecho internacional de los derechos humanos. En esto se debe tomar en cuenta, especialmente, el papel desempeñado por el Sistema Interamericano con las audiencias temáticas,¹⁴ y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por las violaciones ocasionadas por las actividades de hospitales privados,¹⁵ mineras,¹⁶ petroleras,¹⁷ o incluso ganaderos¹⁸ y las afectaciones a los pueblos indígenas¹⁹ o tribales.²⁰ Ambas aportaciones han sido indispensables para la fundamentación de los temas que se desarrollan en el presente capítulo, especialmente en relación al conocimiento respecto a temas empresariales, a la obligación estatal y a los actos de particulares.

Por otra parte, el amparo rompió un muro que parecía inquebrantable: el concepto de autoridad y la protección horizontal de los derechos humanos.²¹ El fundamento se encuentra en el efecto útil de la protección a través de los mecanismos nacionales encargados de su garantía, en relación a los nuevos sujetos fácticos del derecho.

Hoy en día el derecho internacional se encuentra en ese mismo dilema que tuvo México. El paradigma que se presenta frente a él debe ser sorteado con los mismos argumentos con que lo hicieron los tribunales nacionales: centrando a la persona en el debate en el marco de la realidad en que vive para otorgar un efecto útil de protección, y no mediante principios soberanos. Es por lo anterior que deben tomarse en cuenta los instrumentos internacionales de derechos humanos, vinculantes o no.

En el caso de los instrumentos no vinculantes debe hacerse especial énfasis en los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, elaborados por el Representante especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie. A solicitud de la (ahora extinta) Comisión de Derechos Humanos

14 Entre otras, la CIDH ha celebrado las siguientes audiencias en relación con asuntos de derechos humanos y empresas: *Empresas, derechos humanos y consulta previa en América* (154 Periodo Ordinario de Sesiones); *Industrias extractivas y derechos humanos del pueblo Mapuche en Chile* (154 Periodo Ordinario de Sesiones); *Derechos humanos e industrias extractivas en América Latina* (154 Periodo Ordinario de Sesiones); *Denuncias sobre desplazamiento forzado y proyectos de desarrollo en Colombia* (153 Periodo Ordinario de Sesiones); *Impacto de las actividades de empresas mineras canadienses sobre los derechos humanos en América Latina* (153 Periodo Ordinario de Sesiones), y *Derechos humanos, desarrollo e industria extractiva en Colombia* (149 Periodo de Sesiones).

15 Corte IDH. *Caso Albán Cornejo v Ecuador*. Sentencia del 22 de noviembre de 2007. Serie C, No. 171.

16 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka v Surinam*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

17 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Kichwa de Sarayaku v Ecuador*. Sentencia del 27 de junio de 2012. Serie C, No. 245.

18 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek v Paraguay*. Sentencia del 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.

19 Corte IDH. Casos: *Comunidad Moiwana v Surinam*. Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C No 124; *Comunidad Indígena Xákmok Kásek v Paraguay*. Sentencia del 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214; *Comunidad Kichwa de Sarayaku v Ecuador*. Sentencia del 27 de junio de 2012. Serie C, No. 245.

20 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka v Surinam*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

21 La reforma del 2 de abril de 2013 publicada en el Diario Oficial de la Federación estableció que se podría solicitar el amparo en contra de actos de particulares.

(Resolución 2005/69),²² el Representante Especial desarrolló el Marco conceptual “Proteger, Respetar y Remediar”,²³ que se ha constituido en una guía esencial en el análisis de las normas vinculantes de derechos humanos y el deber ser de las empresas en su actividad.²⁴ Este ha sido complementado por los informes del Grupo de Trabajo para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, que se estableció al final de su mandato.²⁵

Por lo anterior debe considerarse el tema de derechos humanos y empresas como un deber de regulación y no únicamente como un esfuerzo voluntario. En tal sentido, la protección estatal efectiva de los derechos humanos se da mediante la prevención y la garantía. Resulta claro que su protección legislativa y ejecutiva se establece con un conocimiento previo de la problemática identificada y la creación de la norma protectora o de políticas públicas que se enfoquen en aspectos que impacten en la sociedad y que se encuentren desatendidos por la norma. Asimismo, debe considerarse que una justiciabilidad exitosa, especialmente en materia de derechos económicos, sociales y culturales, depende en gran parte del activismo judicial del llamado *juez de contexto social*,²⁶ para alcanzar la paz y la justicia entre todos los actores que influyen en la normativa interna.

Siendo que la regulación jurídica de los derechos humanos y las empresas continúa siendo una función principalmente estatal en los presentes tiempos,²⁷ deben vislumbrarse sus actuales alcances en materia jurisdiccional mediante el análisis de las sentencias más relevantes de la materia.

III. La inclusión de particulares como responsables de violaciones a derechos humanos

En el orden jurisdiccional constitucional de México se tomaba en consideración que la figura del amparo únicamente podría ejercerse en contra de autoridades que tuviesen la calidad de agentes estatales.²⁸ Actualmente, si bien es cierto que la inclusión de los particulares como autoridades

22 Comisión de Derechos Humanos, *Derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas comerciales*, E/ CN.4/RES/2005/69 (20 de abril de 2005).

23 Ruggie John G., ‘Business and Human Rights: The Evolving International Agenda’, *American Journal of International Law*, Vol. 101, 2007, p. 839.

24 Deva, Surya, ‘Guiding Principles on Business and Human Rights: Implications for Companies’, *European Company Law*, Vol. 9, 2012, p. 105.

25 Consejo de Derechos Humanos, *Derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas comerciales*, A/ HRC/RES/17/4 (6 de julio de 2011).

26 Pardo Rebolledo, Jorge Mario, ‘El papel de las Cortes Constitucionales en la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales’ in Cervantes Alcayde, Magdalena et al. (coords.), *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, IJJ-UNAM, 2014, pp. 151 y 152.

27 Cantú Rivera, Humberto Fernando, ‘Empresas y derechos humanos: ¿Hacia una regulación jurídica efectiva, o el mantenimiento del status quo?’, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIII, 2013, p. 340.

28 Tesis: Jurisprudencia (Común), Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Vol. 145-150, Sexta Parte, p. 366: AUTORIDADES. QUIENES LO SON, PARA LOS EFECTOS DEL AMPARO.

responsables en el amparo comenzó a evolucionar previo a la reforma de la Ley de Amparo,²⁹ en abril de 2013, esta incluyó la posibilidad de solicitar la protección de la justicia federal en contra de actos de particulares equiparables a los de una autoridad. Esto trae como consecuencia que las empresas pueden ser llamadas al juicio de amparo como autoridad responsable, siempre y cuando se determine que los particulares pueden violentar derechos humanos.³⁰

En este sentido, en la jurisprudencia nacional se han realizado interpretaciones jurisdiccionales muy importantes en la protección horizontal de los derechos humanos, íntimamente relacionadas con la actividad empresarial.³¹ Los primeros esbozos de la protección constitucional por medio del amparo contra particulares los encontramos en el amparo en revisión 2/2000, donde se abre la posibilidad de que ciertas garantías individuales vinculen tanto a las autoridades como a los gobernados³² al determinar la violación del derecho de privacidad en las comunicaciones telefónicas efectuadas entre la cónyuge y una tercera persona en un juicio de divorcio. La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia determinó que lo anterior instauraba un ilícito constitucional, pues de las normas constitucionales se desprenden principios universales dirigidos tanto a las autoridades como a particulares.³³ El presente criterio fue reiterado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia en 2013, reconociendo los límites a la actividad de particulares, aunque estableció que la inviolabilidad es oponible sólo frente a terceros ajenos a la comunicación.³⁴

En la sentencia de amparo directo en revisión 1621/2010, bajo la ponencia del Ministro Zaldívar Lelo de Larrea, se desarrolla de manera más amplia la teoría de la eficacia horizontal de los derechos humanos por actos de particulares, esencialmente de actividades de empresas, al señalarse que *debía*

29 Tesis: I.3o.C.739 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXX, agosto de 2009, p. 1597: DERECHOS FUNDAMENTALES. SON SUSCEPTIBLES DE ANALIZARSE, VÍA AMPARO DIRECTO INTERPUESTO CONTRA LA SENTENCIA DEFINITIVA QUE PUSO FIN AL JUICIO, EN INTERPRETACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN, AUN CUANDO SE TRATE DE ACTOS DE PARTICULARES EN RELACIONES HORIZONTALES O DE COORDINACIÓN.

30 El artículo 5º de la Ley de Amparo señala que los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos al dictar, ordenar, ejecutar o tratar de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omita el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas. Las funciones, indica la norma, deben estar determinadas por una norma general.

31 Al respecto, de manera complementaria a los desarrollos jurisprudenciales comentados en este artículo, véase Cantú Rivera, Humberto, 'The Mexican Judiciary's Understanding of the Corporate Responsibility to Respect Human Rights', *Business and Human Rights Journal*, Vol. 1(1), 2016.

32 Mijangos y González, Javier, 'El amparo en revisión 2/2000: una puerta hacia la incidencia de las garantías individuales en las relaciones entre particulares', *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, No. 14, 2003, p. 92.

33 Tesis: 2a. CLXI/2000, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XII, diciembre de 2000, p. 428: COMUNICACIONES PRIVADAS. LAS PRUEBAS OFRECIDAS DENTRO DE UN JUICIO CIVIL, OBTENIDAS POR UN GOBERNADO SIN RESPETAR LA INVOLABILIDAD DE AQUÉLLAS CONSTITUYE UN ILÍCITO CONSTITUCIONAL, POR LO QUE RESULTAN CONTRARIAS A DERECHO Y NO DEBEN ADMITIRSE POR EL JUZGADOR CORRESPONDIENTE.

34 Tesis: 1a./J. 5/2013 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XIX, Tomo I, abril de 2013, p. 357: DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS. SE IMPONE SÓLO FRENTE A TERCEROS AJENOS A LA COMUNICACIÓN.

*abandonarse la formulación clásica de los derechos fundamentales como límites dirigidos únicamente frente al poder público, debiéndose atender los actos de particulares.*³⁵

La base de estas afirmaciones resalta el espíritu de la temática del presente capítulo, al señalar que las relaciones de desigualdad *que se presentan en las sociedades contemporáneas, y que conforman posiciones de privilegio para una de las partes, pueden conllevar la posible violación de derechos fundamentales en detrimento de la parte más débil.*

La Primera Sala continúa afirmando que no se puede sostener de forma hegemónica y totalizadora sobre todas y cada una de las relaciones que se suceden de conformidad con el derecho privado, en el entendido que los derechos humanos, como contenido mínimo de todas las relaciones jurídicas en el ordenamiento, aplicado en su función subjetiva y objetiva, permiten determinar su función, alcance y desenvolvimiento para atender una posible colisión, ponderación y aplicación de derechos en forma multidireccional, alcanzando incluso la relación entre particulares.³⁶

IV. La obligación empresarial de no discriminación

La nueva interpretación constitucional en México, como se puede observar en la sentencia en análisis, ordena apartarse de la estricta aplicación de la *autonomía de la voluntad*,³⁷ reconociendo que es en los derechos humanos donde encuentran su límite, siendo oponibles los actos de particulares a los controles de constitucionalidad y convencionalidad.³⁸ Lo anterior es claramente aplicado en la sentencia del amparo en revisión 992/2014, donde la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determina la prohibición de la práctica de la discriminación en el ámbito empresarial, siendo sujeta de la protección del amparo y la justicia federal.

Previo juicio de ponderación y razonabilidad económico, sociológico y jurídico proyectado a los derechos fundamentales en el ámbito de la empresa, se reconoce la prohibición de discriminación en el mercado laboral como derecho del trabajador en un sentido *erga omnes*, es decir, de todo sujeto que

35 Tesis: 1a./J. 15/2012 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XIII, Tomo 2, octubre de 2012, p. 798: DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES. Si bien en el año 2009 el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito reconoce en el amparo directo 48/2009 la posibilidad de conocer actos de particulares en relaciones horizontales o de coordinación, no se analiza una relación intrapersonal de derechos humanos en sí, sino que descansa su interpretación en una teoría económica que escapa al análisis del presente artículo.

36 *Idem.*

37 La Primera Sala de la Suprema Corte entiende en la sentencia del amparo en revisión 992/2014 que la *autonomía de la voluntad* es un principio de rango constitucional conforme al que *las partes de una relación jurídica son libres para gestionar su propio interés y regular sus relaciones, sin injerencias externas.* Este principio se refleja en el derecho de propiedad y en la libertad de contratación.

38 Tesis: XI.1o.A.T.2 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XII, Tomo 3, septiembre de 2012, p. 1723: DERECHOS HUMANOS. CONSTITUYEN UN LÍMITE A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, Y SON OPONIBLES FRENTE A PARTICULARES EN UN PLANO DE HORIZONTALIDAD.

aspira serlo y por el simple hecho de ser persona, sin la necesidad de la solicitud del puesto de trabajo, pues la actualización de la discriminación surge del acto mismo de contratación.

En el referido amparo en revisión 992/2014, la Primera Sala reconoce en el capítulo que denomina *La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía de la voluntad* que en la esfera privada –que queda fuera del alcance de las normas constitucionales–, los individuos son libres de discriminar a la hora de seleccionar las personas con las que van a relacionarse. Sin embargo esta distancia se recorta en virtud de la “relación asimétrica” de los sujetos que participan, como una forma de medición en la incidencia de los derechos fundamentales. Ésta se ve acotada en razón de lo siguiente:

Cuanto mayor sea la desigualdad de facto entre los sujetos de la relación, mayor será el margen de autonomía privada cuyo sacrificio es admisible. Dicho de otro modo, cuanto menor sea la libertad de la parte débil de la relación, mayor es la necesidad de protección.³⁹

La sentencia versa desde luego sobre la violación de una norma *jus cogens*, como lo es el derecho de igualdad y no discriminación. Sin embargo, el parámetro de desigualdad de facto entre los sujetos de una relación está íntimamente ligado a la temática de los derechos humanos y las empresas, lo que podría dejar una puerta abierta para la judicialización por la vía del amparo de actos de particulares, como son las empresas transnacionales, en relación a la necesidad de protección especial para los individuos y comunidades frente a su actividad.

La Primera Sala llega a una conclusión en relación a la interacción de los derechos humanos con las empresas. Así fue integrado el tema al señalar en su estudio:

El caso que nos ocupa responde al segundo de los supuestos, por lo que **será necesario determinar la proyección de los derechos fundamentales en el ámbito de la empresa** y el papel que juega la libertad de contratación y, en particular, el haz de facultades con el que cuenta el patrón o empresario para determinar las condiciones de trabajo.⁴⁰

Derivado de las anteriores argumentaciones se creó la siguiente tesis aislada, que por su valor se transcribe en su literalidad:

DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL. RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS QUE COMO PERSONAS POSEEN LOS TRABAJADORES.

³⁹ Tesis: 1a. CDXXVIII/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 13, Tomo I, diciembre de 2014, p. 220: DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL. RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS QUE COMO PERSONAS POSEEN LOS TRABAJADORES.

⁴⁰ *Idem*; Énfasis añadido.

El ámbito de acción de los derechos fundamentales encuentra no sólo en la esfera de lo público su natural desarrollo, sino que se va trasladando al ámbito de lo privado, donde se ubica naturalmente a la empresa como el espacio en el que se desenvuelven las relaciones jurídicas entre los trabajadores y el empleador, con un elemento propio y esencial que no se da en otro tipo de relaciones jurídicas entre particulares y que coloca a la persona del trabajador bajo los poderes empresariales. Sólo a través del reconocimiento de que la empresa no es un espacio entregado única y soberanamente a la voluntad del patrón, es como los derechos fundamentales -tanto los propiamente laborales, como aquellos que ostenta el trabajador por el mero hecho de ser ciudadano- tienen cabida en este especial ámbito de la vida social. Sobre el particular, es preciso señalar que la actual Ley Federal del Trabajo, luego de la reforma implementada en el año 2012, ha dado un paso significativo en orden a reconocer expresamente la plena eficacia de los derechos fundamentales del trabajador en el plano de las relaciones laborales. Las normas claves en este aspecto son los artículos 2o., 3o., 56 y 133 de la ley, los cuales consagran el derecho a la no discriminación en el empleo y se encuentran en consonancia con el compromiso internacional adquirido por el Estado mexicano al suscribir el Convenio Internacional del Trabajo No. 111, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. En este sentido, a consideración de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, resulta indiscutible que, al menos desde la perspectiva del derecho laboral sustantivo, se va abandonando la vieja concepción contractualista que permitía justificar una visión de dos ciudadanías, conforme a la cual, la ciudadanía del trabajador (o de aquel que aspira a serlo), expresada en el ejercicio efectivo o, al menos, en la posibilidad de ejercicio de aquellos derechos fundamentales que le son propios más allá de su condición de contraparte en un contrato de trabajo, quedaba fuera del ámbito de la empresa y, por el contrario, se promueve y refuerza normativamente un nuevo enfoque de las relaciones en el mundo del trabajo que, sin obviar sus particularidades tradicionales, las complementa y revaloriza a partir del reconocimiento del trabajador como un sujeto dotado de derechos inherentes a su condición de persona.⁴¹

V. Proyectos mineros y energéticos en el ámbito jurisdiccional constitucional: El caso Monsanto

Para la jurisprudencia nacional resulta relevante la figura de la consulta previa, libre e informada a las comunidades indígenas, al ser reconocido como “un verdadero instrumento de participación”⁴² e incluso como un verdadero principio de derecho internacional público,⁴³ tomando en cuenta que los proyectos de desarrollo económico o actividades comerciales a gran escala que se llevan a cabo en las tierras y territorios en que viven las minorías, sin previa consulta, tienen efectos negativos.⁴⁴

41 Ídem.

42 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Kichwa de Sarayaku v Ecuador*. Sentencia del 27 de junio de 2012. Serie C, No. 245, par.186.

43 *Ibid*, par. 164.

44 Foro sobre Cuestiones de las Minorías, *Nota de la Experta independiente sobre cuestiones de las minorías, Sra. Gay McDougall, con respecto a las minorías y su participación efectiva en la vida económica*, A/HRC/FMI/2010/2 (10 de

Es necesario recordar que no existe ninguna disposición legislativa o reglamentaria en México que establezca la obligación de realizar una consulta previa a los pueblos indígenas cuando puedan existir impactos significativos en sus derechos como resultado de un proyecto de inversión o de desarrollo. La obligación de que el Estado realice un proceso de consulta previa, libre e informada a las comunidades indígenas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente es visible en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), al disponer que los pueblos indígenas deben participar de manera eficaz en los procesos de toma de decisiones que puedan afectar sus derechos e intereses.⁴⁵ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, ha reconocido que el instrumento de la consulta previa permite prevenir o evitar los riesgos que acarrearán las afectaciones a las comunidades indígenas en sus derechos humanos.⁴⁶

Esta problemática ha sido trasladada al ámbito jurisdiccional. Uno de los casos más recientes fue el relativo a las actividades que realizaría la empresa transnacional Monsanto en ciertos territorios indígenas del país. Por votación unánime, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación otorgó el amparo de la justicia federal a las comunidades de apicultores mayas en Yucatán y Campeche a través de diversos amparos en revisión, con el fin de suspender el otorgamiento de permisos para la siembra de soya transgénica al no haberse respetado los derechos de consulta previa, libre e informada de los quejosos.⁴⁷

Las sentencias señalan que para que un organismo genéticamente modificado pueda ser objeto de comercio, una vez aprobadas las etapas señaladas por la ley,⁴⁸ debe contar con un *permiso* que al efecto emita la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales (en adelante SEMARNAT), o en su caso, la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (en adelante SAGARPA). La empresa transnacional Monsanto presentó ante la Dirección General de Inocuidad Agroalimentaria, Acuícola y Pesquera de la SAGARPA una solicitud para la liberación al ambiente en etapa comercial de soya genéticamente modificada, resistente al herbicida *glifosato*, a lo que los quejosos se ampararon señalando como acto reclamado la expedición del permiso emitido por el Servicio Nacional de Sanidad Inocuidad y Calidad Agroalimentaria (en adelante SENASICA) y el dictamen de la SEMARNAT.

La defensa de la empresa Monsanto, como tercero interesado en el juicio de amparo, consistió, entre otros puntos, en la no afectación de sus actividades así como la interposición de diversos agravios

agosto de 2010), par. 28.

45 Organización Internacional del Trabajo, *Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales* (Convenio 169), art. 6.

46 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v Paraguay*, Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, pars.167, 168, 176.

47 Los juicios de amparo 241/2015, 270/2015 y 410/2015, presentados por las autoridades mayas de Campeche, estaban a cargo del ministro Fernando Franco González, mientras que los ministros Eduardo Medina Mora y Margarita Luna Ramos conocieron respecto a los recursos 498/2015, 499/2015, 500/2015 y 198/2015.

48 De acuerdo a la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados, artículo 55, fracción I, deben aprobarse las siguientes etapas: 1) experimental, 2) programa piloto y, 3) comercialización.

especialmente en materia de personalidad. Debe destacarse el agravio en el que se alega que los peticionarios no tenían un interés legítimo en el juicio promovido, al que la Segunda Sala determinó como fundado, aunque determinando que el interés del que gozaban era en realidad un interés jurídico, limitando desde luego el espectro de protección que pudo haber otorgado el amparo a las comunidades indígenas de las regiones afectadas.

Originalmente, el Juez de Distrito que conoció el caso, de manera especial el expediente 762/2012 seguido ante el Juzgado Segundo de Distrito en el estado de Campeche, decidió llevar a cabo un control de constitucionalidad *ex officio*, a fin de inaplicar la fracción V del artículo 73 de la abrogada Ley de Amparo que estipulaba la exigencia de acreditar necesariamente un interés, lo que a su consideración negaba toda posibilidad a los quejosos de hacer exigibles sus derechos difusos o colectivos.⁴⁹

A juicio del ministro Juan N. Silva Meza, la Segunda Sala debió tomar en cuenta esta *dimensión colectiva* del derecho de los pueblos indígenas a su territorio, ya que “de liberarse al ambiente en etapa comercial la soya genéticamente modificada, el impacto a las actividades de tipo económicas, sociales y culturales de la comunidad, afectaría a toda los miembros de dicha comunidad en su conjunto, y no únicamente a los intereses individuales de los que acudieron al juicio de amparo.”⁵⁰

Resulta por demás pertinente el análisis efectuado por el ministro Silva Meza, en virtud de que el propio amparo señala que el proyecto de Monsanto podría afectar los recursos naturales que sostienen la identidad cultural del grupo u otros derechos esenciales para su supervivencia como tal, en virtud de la íntima relación de estos pueblos con el medio ambiente y los recursos naturales donde desarrollan sus modos tradicionales de subsistencia. El sistema de protección analizado busca precisamente la protección de su existencia tradicional y de su única forma de vida, creencias y modos de subsistencia, lo cual constituye el vínculo cultural⁵¹ entre sus miembros⁵² que a su vez dota de identidad cultural a su comunidad.

A fin de cuentas, el objetivo tanto del artículo 2º constitucional como del Convenio 169 de la OIT como normas supremas, es salvaguardar la existencia de los pueblos indígenas como tales y su forma de vida,⁵³ con base en el principio de la libre determinación. Por ello resulta trascendental no intervenir

49 Conforme a los artículos 2º, Apartado B, fracción IX y 14 de la Constitución General; 6º, 7º y 15 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales, en relación con los artículos 33 de la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados y 27 del Reglamento Interior de la SEMARNAT, vigente al momento de la presentación de la solicitud

50 Voto concurrente del ministro Juan N. Silva Meza en el amparo en revisión 499/2015 dictado por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

51 *Declaración de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural*, preámbulo, 5º párrafo.

52 Comité de Derechos Humanos, *Observación general No. 22: El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (Art. 18)*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4 (27 de septiembre de 1993), par. 4.

53 OIT, Reclamación (art. 24) - MÉXICO - C169 - 1998 ---- Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por los Estados Unidos Mexicanos del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del art. 24 de la Constitución de la OIT por la delegación sindical D-III-57 sección XI del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Educación (SNTE), Radio Educación, GB.272/7/2, par. 42.

en la forma de organización de la comunidad indígena durante el proceso de consulta,⁵⁴ ya que dicha acción podría ser considerada como violatoria a su autodeterminación.

En conclusión, el interés legítimo era procedente por el carácter colectivo de los derechos indígenas, especialmente en cuanto al objetivo de la consulta previa, en razón de que, como lo ha reconocido el Comité de Derechos Humanos, la posibilidad de los Estados de realizar proyectos de desarrollo debe enmarcarse en relación a que estos no restrinjan de manera total el modo de vida de los pueblos indígenas,⁵⁵ pues la “supervivencia” no se refiere a la mera existencia física sino a la capacidad de preservar su identidad cultural, costumbres, tradiciones y los elementos claves de su cosmovisión.⁵⁶ Tal preservación únicamente se puede establecer de forma colectiva.

A pesar de la limitación en la protección por el desconocimiento del interés legítimo, la Segunda Sala determinó el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos del Estado mediante el reconocimiento a ser consultados, como una prerrogativa necesaria para salvaguardar la libre determinación de los pueblos indígenas en asuntos que puedan causar impactos significativos sobre su entorno.⁵⁷ Pero aún más importante, otorgó el amparo por la falta de consulta previa, determinando que la siembra de soya genéticamente modificada resistente al herbicida denominado *glifosato* constituye un proyecto de impacto significativo, debido a la *potencial afectación* que generarían las actividades de la empresa transnacional y que pueden resentir las comunidades indígenas involucradas, estableciendo la importancia de realizar un análisis previo a cualquier actividad de empresas transnacionales que pudiesen poner en riesgo los derechos humanos de las personas, en este caso respecto a las comunidades indígenas.

VI. Conclusiones

La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos desde la visión de los Principios Rectores elaborados por el profesor John Ruggie adquiere, aunque sea de forma inicial, un nuevo enfoque con las interpretaciones nacionales hechas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al limitar la actividad estatal y empresarial con el análisis de las afectaciones al medio ambiente que pudiesen propiciar con sus actividades, hasta determinar que la empresa puede ser responsable por violaciones de derechos humanos.

54 Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, *La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica* (30 de mayo del 2011), par. 25.

55 Comité de Derechos Humanos, *Länsmän v Finlandia* (Comunicación No. 511/1992), CCPR/C/52/D/511/1994 (8 de noviembre de 1994), par. 9.4.

56 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka v Surinam*. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172., par. 37.

57 La Segunda Sala se basa en el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los precedentes anteriores, bajo una hermenéutica progresiva, podrían llevarnos a concluir que los pisos mínimos de interpretación para determinar la responsabilidad del Estado no se centran simplemente en la omisión de actuar frente a violaciones de derechos humanos, sino que se trasladan al campo de establecer la responsabilidad del particular por las violaciones cometidas, lo que significa desde luego un avance sustancial en la búsqueda de la responsabilidad empresarial. El primer paso para su vinculación fue trasladar la obligación de prevenir la violación de derechos humanos al ámbito empresarial, para posteriormente determinar violaciones específicas, como lo fue el caso de la prohibición de no discriminación.

Si bien en el caso Monsanto no se estableció la responsabilidad directa de la empresa por violaciones a derechos humanos, sino que se otorgó el amparo por la falta de una consulta previa a la concesión de los permisos por parte del Estado, resulta destacable que la base de la determinación se centró en el *impacto significativo* debido a la *potencial afectación* que generarían las actividades de la empresa transnacional por la liberación al ambiente en etapa comercial de soya genéticamente modificada, resistente al herbicida *glifosato*. Consideramos que este es un precedente importante respecto de la actividad empresarial en relación con el medio ambiente sano y las posibles consecuencias para los derechos humanos que fueran afectados por sus actividades; sin embargo, la sentencia no tiene el alcance deseado en cuanto a los límites de la protección a través del interés jurídico en el amparo.

México ha realizado avances significativos en la interpretación jurisdiccional respecto a los derechos humanos en el ámbito de la actividad empresarial. Las sentencias analizadas en el presente artículo constituyen el cimiento de nuevas interpretaciones a favor de los derechos de las personas frente a las actividades empresariales, así como su límite en el territorio mexicano. La puerta hacia la vinculación empresarial en el ámbito de los derechos humanos ha sido abierta, y si bien el camino a recorrer es largo, comienza con grandes esperanzas para el futuro.

Hacer negocios en un país en conflicto armado: Análisis de la relación reciente entre empresas y derechos humanos en Colombia

Amanda Romero Medina y Mauricio Lazala***

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes y contexto. III. La empresa como actor en el conflicto. IV. Respuestas empresariales. V. Víctimas bajo el nuevo modelo militarizado. VI. El Representante Especial de la ONU y Colombia. VII. La implementación de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos en Colombia. VIII. Paz Colombia: Oportunidades, desafíos y preguntas.

I. Introducción

Basados en la perspectiva de años de trabajo del Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos (CIEDH), este capítulo analiza la situación de los impactos en los derechos humanos causados por la actuación de diversas empresas en el contexto del conflicto armado en Colombia. Ofrecemos algunas notas de contexto, un análisis de las empresas como actores del conflicto y las respuestas empresariales al mismo, para luego comentar la influencia que los mecanismos de la ONU en la materia han tenido en Colombia. Terminamos con una serie de oportunidades, desafíos y preguntas para las empresas que surgen a partir del proceso de paz actual, y las nuevas víctimas que han emergido en Colombia.

II. Antecedentes y contexto

Partimos de una distinción conceptual entre “violaciones” y “abusos” de derechos humanos, al considerar que, de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, son los Estados los llamados a cumplir con los deberes de proteger, promover y respetar los derechos de todas las personas que habitan el territorio bajo su jurisdicción, tanto desde un enfoque negativo (de abstenerse de injerencias en los derechos fundamentales), como positivo (de propender por el respeto de los derechos

* Investigadora y Representante Regional para Sudamérica del Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos, con sede en Bogotá (Colombia).

** Subdirector, Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos, con sede en Londres (Reino Unido).

humanos por medio de acciones específicas para garantizarlos). En ese sentido, son los Estados los responsables de las *violaciones* de derechos humanos contenidas en los instrumentos internacionalmente reconocidos en la materia. Sin embargo, múltiples actores no estatales, entre ellos las empresas, pueden, por supuesto, abusar los derechos humanos, cosa que de hecho ocurre cada minuto de cada día en alguna parte del mundo. Las empresas son consideradas responsables de infringir las normas nacionales e internacionales cuando no respetan, no reparan ni prevén sus impactos en las personas, las comunidades o los entornos en los que operan. Adicionalmente a ello, los Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos también llaman a las empresas a prevenir y mitigar los impactos negativos, y a promover el respeto por los derechos humanos.¹

Esta distinción es importante porque implica que cuando un tercero abusa los derechos humanos dentro de la jurisdicción de algún Estado, este no puede desligarse de su responsabilidad de hacerlos cumplir en relación al tercero. Pero también implica que las empresas tienen responsabilidades directas de respetarlos, independientemente de las obligaciones estatales.

Hecha esta aclaración, pasamos a analizar la situación de Colombia, cuya historia –al igual que la de otras naciones latinoamericanas– está llena de ejemplos de luchas sociales contra abusos empresariales. Estos abusos han estado a menudo vinculados a agentes gubernamentales o paraestatales, como ocurriera en 1922 con la *Tropical Oil Company*, o el famoso caso relatado por García Márquez en *Cien Años de Soledad*, de la “masacre de las bananeras”, donde murió un número indeterminado de trabajadores de la *United Fruit Company* en 1928. Desde entonces se cuentan por miles las experiencias de abusos laborales, de derechos civiles y políticos pisoteados y de destrucción del medio ambiente y las formas tradicionales de subsistencia, que marcaron gran parte del siglo XX y lo que va del XXI.

La diferencia con otros países de la región, sin embargo, es que esos abusos ocurrieron y ocurren en un contexto caracterizado por un conflicto armado interno que lleva más de medio siglo, entre organizaciones guerrilleras, por un lado, y las fuerzas armadas y policiales en colusión con grupos paramilitares de derecha, por el otro. ¿Cuáles son las implicaciones para el sector privado derivadas de ese contexto, en el cual las principales víctimas de infracciones al derecho internacional humanitario y de violaciones graves, masivas y sistemáticas de derechos humanos, que incluyen crímenes de lesa humanidad, ha sido y sigue siendo la población civil?

Hacer negocios en un contexto de conflicto armado interno es un reto mayúsculo para grandes empresas con recursos casi ilimitados, y lo es probablemente aún más para empresas medianas y pequeñas operando en las zonas de más alto riesgo. Sin embargo, este contexto también se presta para valiosas acciones positivas en favor de los derechos humanos, el medio ambiente y el Estado de derecho. Empresas públicas y privadas inevitablemente han jugado un papel activo en el conflicto colombiano,

¹ Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *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 (21 de marzo de 2011), Anexo, §13.

a veces apoyando a los actores del conflicto, a veces como sus víctimas, a veces contribuyendo a la construcción de la paz, pero raramente indiferentes a la coyuntura. Podemos resumir en cuatro puntos las principales dimensiones que nacen de las actividades empresariales en el marco del conflicto colombiano:

1. La primera dimensión es que, como se constata en otros países afectados por guerras, la población resulta vulnerada también en gran parte porque la economía sufre graves consecuencias. Colombia no escapa a esa situación; tanto las actividades empresariales como los empresarios y empresarias se convirtieron en objetivo militar de grupos guerrilleros, en especial de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), y del Ejército de Liberación Nacional (ELN), las dos principales fuerzas insurgentes del país. La última de éstas, en particular, ubicó a las empresas petroleras multinacionales y sus contratistas dentro de su agenda nacionalista, actuando contra ellas mediante extorsiones, secuestros, asesinatos, robo, quema de vehículos y, sobre todo, voladuras de oleoductos con artefactos explosivos. Esta práctica de destrucción de infraestructura clave para el funcionamiento normal de la economía fue adoptada, en general, por todos los grupos guerrilleros, responsables de atentados contra torres eléctricas, obras de construcción de hidroeléctricas y de extracción minera. Esta es una dimensión del problema que derivó, como veremos más adelante, en la sensación que experimentaron muchas empresas de ser las víctimas del conflicto armado, y en la configuración de modos de actuación empresarial respecto de los que el Estado se vuelca a respaldar, proteger y defender los intereses económicos casi sin reparo alguno y sin tener en cuenta las demandas de las poblaciones locales.
2. La segunda dimensión es que Colombia sigue de manera ejemplar las doctrinas político-económicas neoliberales dominantes en la década de 1990 en Latinoamérica. Las empresas transnacionales ampliaron su radio de acción debido a la aplicación de medidas para atraer la inversión extranjera, como por ejemplo la reducción de las tasas arancelarias, la firma de tratados de libre comercio y la reducción de impuestos corporativos, enfocadas particularmente en la explotación desmedida de los recursos naturales con fines de exportación. Sus efectos negativos sobre distintos sectores sociales y comunidades comenzaron a sentirse cada vez más, en especial sobre las poblaciones en condiciones más vulnerables: pueblos indígenas y afrodescendientes, mujeres, niños, desplazados o campesinos pobres.
3. La tercera dimensión es que muchas empresas se ven obligadas, o participan pasiva o activamente, en el conflicto armado. Hay casos de empresas multinacionales que han admitido en tribunales de justicia haber hecho pagos monetarios a grupos armados, tanto de la guerrilla como paramilitares. Mientras que estas empresas afirman que fueron obligadas a hacerlo, hay varios testimonios de excombatientes sobre “pagos de protección” hechos de forma voluntaria. Otras empresas y empresarios han hecho cabildeo activo en altas esferas políticas, generalmente a puertas cerradas, tomando partido en el conflicto armado. También hay varios casos de empresas que se han beneficiado de la apropiación de

terrenos que pertenecían a poblaciones desplazadas por el conflicto –por lo general afirmando haber hecho toda adquisición en estricto cumplimiento de la ley, mientras que muchas organizaciones de la sociedad civil denuncian un conocimiento previo del origen ilegítimo de dichas tierras.

4. Finalmente, la cuarta dimensión es que, en paralelo a lo descrito arriba, sectores urbano importantes y la élite empresarial en Colombia adoptaron narrativas sofisticadas que les permitían vincularse a negocios y oportunidades globales. En este marco surgirían iniciativas y políticas empresariales que irían más allá de la usual filantropía, bajo el lenguaje de “Responsabilidad Social Empresarial” (RSE), cuyos inicios pueden localizarse en las declaraciones de directivos de negocios en el umbral del siglo XXI, enmarcados en los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODS) y la promoción por las Naciones Unidas de la Red del Pacto Mundial. También se pueden mencionar las docenas de códigos de conducta, principios empresariales y compromisos de carácter voluntario establecidos por el sector privado en Colombia, desde Guías Colombia, el Comité Minero-Energético sobre Seguridad y Derechos Humanos, entre otros. Se puede decir que el sector empresarial estuvo siempre entre los más entusiastas y rápidos en adoptar medidas de RSE a nivel latinoamericano, algunos quizás como medida para “lavar” su imagen, deteriorada por graves incidentes y protestas sociales, y otras de modo legítimo, como expresión de voluntad de trabajar alrededor de la transparencia y formas éticas de comportamiento social.

III. La empresa como actor en el conflicto

Durante el período comprendido entre finales de la década de 1980 y a lo largo de los años noventa, la situación de violaciones y abusos de derechos humanos en Colombia alcanzó niveles insospechados y catastróficos. Una combinación de distintos factores, especialmente la degradación cívica progresiva y la utilización de métodos de lucha armada que pusieron en la mira a la población civil, en la que la expansión de los grupos paramilitares y las operaciones contrainsurgentes llevaron a una crisis humanitaria con efectos desproporcionados en las comunidades rurales, campesinas, indígenas y afrodescendientes, principalmente, provocaron cientos de miles de muertos, heridos, desaparecidos, amenazados, torturados y desplazados. Inevitablemente, toda empresa que opere en este contexto se ve involucrada en el conflicto de alguna forma u otra.

Una situación similar se registraba simultáneamente en otros lugares de África y Asia, en donde organizaciones de derechos humanos, como International Alert y Human Rights Watch identificaron casos en los que la violencia sociopolítica y los conflictos armados estaban íntimamente vinculados a acciones empresariales, específicamente de petroleras y mineras. Estas organizaciones y otras más han pedido repetidamente a los gobiernos de las casas matrices de las empresas involucradas que se

pronuncien para detener las graves violaciones que ocurrían en países como Nigeria (caso Shell y las ejecuciones de los “9 Ogoni”), o República Democrática del Congo (casos de “minerales de conflicto” y “diamantes de sangre”).

En el caso colombiano, las iniciativas y el lenguaje de RSE arribarían más tarde que en Europa y Norteamérica, pues el enfoque principal que adoptaron las empresas estaría más ligado a las propuestas de asumirse como víctima, por hallarse en medio de zonas de alto conflicto armado. Las circunstancias que caracterizaron este enfoque tienen como actores centrales, entre otros, a gobiernos de empresas cuyas casas matrices se vieron implicadas en riesgos asociados al conflicto y al Comité Internacional de la Cruz Roja.

En efecto, durante la década de expansión paramilitar y comisión de atrocidades por las partes en el conflicto, tras muchos años de intenso cabildeo, en 1997 la ONU decidió crear la primera oficina en el terreno del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en Colombia, con un mandato de ayudar a la sociedad civil y al gobierno a implementar medidas para detener las graves, masivas y sistemáticas violaciones de derechos humanos. Al mismo tiempo, el Estado abrió las puertas para que se incrementaran las inversiones extranjeras, sobre todo en industrias extractivas, la mayoría de ellas en regiones altamente militarizadas o controladas por el paramilitarismo.

Como dicen Guáqueta y Mantilla, el conflicto colombiano fue inicialmente poco escrutado internacionalmente, hasta que acusaciones por la presunta violación de derechos humanos relacionados con la actividad de empresas petroleras lo pusieron en el radar político de expertos y activistas. En octubre de 1998 el diario británico *The Guardian*, como producto de una investigación conjunta con el diario colombiano *El Espectador*, publicó un artículo sobre las denuncias contra BP en Colombia por su supuesta complicidad indirecta en el asesinato de civiles en Segovia a manos de la Brigada 14 del ejército (a la que apoyaba esta empresa). El artículo registró las declaraciones de una funcionaria de la Defensoría del Pueblo que dijo que la inversión desigual en seguridad (por parte de las petroleras) respecto de proyectos comunitarios, generaba más conflicto.² A continuación presentamos una selección de las demandas judiciales que se han presentado contra empresas por abusos de derechos humanos en el contexto del conflicto armado.

² Guáqueta, Alexandra y Mantilla, Giovanni, ‘¿Cómo manejar riesgos de seguridad y construir paz al mismo tiempo?’, *Revista EAN*, No.55, 2005, p. 42.

Tabla 1: Selección de demandas judiciales contra empresas por hechos ocurridos en Colombia³

Año	Empresa	Caso	Estado de la demanda
1990-2004	Chiquita	Pagos a paramilitares y guerrilleros responsables de crímenes de lesa humanidad en la zona bananera donde operaba la empresa	En el 2011 se consolidan varias demandas que son negadas en apelación en 2014 y 2015 en EE.UU. Pero otra demanda bajo la Ley de víctimas de tortura es admitida ante una Corte Federal de EE.UU. en 2016 y prosigue su curso
2001	DynCorp	Afectaciones en cultivos de campesinos por fumigaciones con glifosato en la frontera Colombia-Ecuador	Una Corte de Distrito de EE.UU. desestimó el caso en el 2013. Otro grupo de demandantes de Ecuador presentó otra demanda en EE.UU. que sigue su curso. La demanda de Ecuador vs Colombia ante la Corte Internacional de La Haya se resolvió por arreglo amistoso de las partes, que excluyó, en todo caso, a las víctimas
2001	Coca-Cola (y dos de sus embotelladoras, Bebidas y Alimentos y Panamco)	Complicidad en asesinatos, intimidaciones, amenazas y atentados de paramilitares contra sindicalistas de Sinaltrainal	Una Corte de apelaciones de EE.UU. desestimó todos los cargos en el 2009 y cerró el caso
2002	BP	Complicidad en tortura y secuestro por paramilitares a dirigente sindical Gilberto Torres en Casanare	En curso ante una corte en Inglaterra
2002	Drummond	Complicidad en el asesinato de tres sindicalistas de la industria minero-energética por paramilitares	En 2015 una Corte del 11° Distrito de EE.UU. negó las pretensiones de los demandantes. Un directivo de la empresa fue demandado ante la justicia colombiana, que en 2013 había condenado al director de una empresa contratista de Drummond por su participación en el asesinato. En marzo de 2016, la Corte Suprema de Justicia de EE.UU. rechazó un pedido de revisión por parte de las víctimas
2003	Occidental Petroleum (OXY) y Airscan (contratista de seguridad)	Ataque aéreo de las Fuerzas Militares en 1998, con presunta colaboración por parte de las empresas, contra civiles en Santo Domingo (Arauca), con saldo de 17 muertos y 25 heridos	Entre 2003 y 2015 las víctimas presentaron su caso ante Cortes de EE.UU. Todas las demandas fueron desestimadas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos <u>falló a favor de las víctimas</u> el 30 de noviembre de 2012*
2005	O CENSA (consorcio liderado por BP)	Daños a tierras de campesinos por construcción de oleoducto	Acuerdo extrajudicial entre la empresa y un grupo de demandantes en 2006. Un nuevo caso colectivo de otro grupo de demandantes ante una Corte de Inglaterra sigue su curso
2005	Nestlé	Complicidad en asesinato del dirigente sindical Luciano Romero	En 2015 una Corte de Suiza desestimó el caso presentado por el sindicato demandante; el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también lo desestimó el mismo año. Los demandantes lo presentaron ante la Corte Penal Internacional

Diversas organizaciones y centros de pensamiento consideran que no es coincidencia que durante los dos gobiernos del expresidente Álvaro Uribe Vélez (2002-2006 y 2006-2010) –en los cuales se implementó su política de “Seguridad Democrática”, dentro de las operaciones contrainsurgentes y

* Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259.

3 Fuente: Perfiles de demandas judiciales, Portal de Responsabilidad Legal Empresarial, CIEDH (algunas en proceso de actualización): <https://business-humanrights.org/es/responsabilidad-legal-empresarial-0/perfiles-de-demandas-judiciales/lista-completa-de-perfiles-de-demandas-judiciales>

antidrogas del Plan Colombia–, se hubieran incrementado las acciones militares y paramilitares, con graves consecuencias en la población.

Al mismo tiempo, a la par que se otorgaban concesiones para la operación de numerosos proyectos empresariales, en particular, agroindustriales (palma de aceite, banano, etc.), mineros (de oro y otros metales) y petroleros, y se firmaban acuerdos de libre comercio con varios países para promover la inversión extranjera, se recrudecían las hostilidades entre las partes en el conflicto armado.

El gobierno de Uribe aprobó la Ley 995 de 2005 (conocida como “Ley de Justicia y Paz”), que buscó la desmovilización, el desarme y la reincorporación de aproximadamente 30000 paramilitares. Este proceso redujo el nivel del conflicto en algunas regiones, pero muchos exparamilitares se reagruparon en las llamadas “Bacrim” (bandas criminales). El ejército da varios golpes militares duros a las guerrillas y se concreta el enfoque de proteger la infraestructura y las operaciones empresariales mediante contratos de seguridad entre las Fuerzas Armadas, la Policía y empresas públicas y privadas nacionales y multinacionales, aunque tuvieran otros contratos para su protección con empresas de vigilancia y seguridad privadas. Su efecto, en la práctica, sería la “militarización” de las empresas. Esto ocurre mediante la creación de acuerdos como los derivados del Plan Colombia que llevaron a la puesta en marcha de Batallones Viales y Energéticos, encargados de la protección de oleoductos, carreteras, puertos e infraestructura, y a través de bases militares, batallones y brigadas al servicio de las empresas.

IV. Respuestas empresariales

En un contexto de país con instituciones estatales débiles, generadoras de factores como regiones sin gobernabilidad y economías ilegales, y con el propósito de construir los parámetros bajo los cuales operarían unidades militares en la vigilancia y protección de los negocios petroleros y gasíferos, en 2003 se discute la creación del capítulo nacional de los Principios Voluntarios sobre Seguridad y Derechos Humanos.⁴ Muy pronto, otras empresas de los sectores minero y energético pidieron igualmente su ingreso, y el nombre de esta iniciativa cambiaría por el de Comité Minero Energético de Seguridad y Derechos Humanos (CME), que en la actualidad cuenta con 16 empresas nacionales

4 Hacen parte de esta iniciativa voluntaria los Gobiernos de Canadá, Colombia, Estados Unidos, Gran Bretaña, Noruega, Países Bajos y Suiza. Las ONG: Amnistía Internacional, Fund for Peace, Human Rights First, Human Rights Watch, IKV Pax Christi, International Alert, Oxfam, Pact, Partnership Africa-Canada y Search for Common Ground. Las empresas multinacionales: AngloGold Ashanti, Anglo American, Barrick Gold, BG Group, BHP Billiton, BP, Cerrejón, ConocoPhillips, ExxonMobil, Freeport, McMoRan Copper and Gold, Hem, Inmet Mining, Marathon Old, Newmont mining, Occidental Petroleum, RioTinto, Shell, Statoil, Talisman Energy y Total. Finalmente, en calidad de observadores: ICMM, IPIECA, el Comité Internacional de la Cruz Roja y el Centro de Ginebra para el Control Democrático de las Fuerzas Armadas, DCAF. Ver: <http://cmecolombia.co/>

y transnacionales,⁵ cuatro Embajadas,⁶ cinco organizaciones de la sociedad civil⁷ y ocho instituciones estatales y gubernamentales⁸ como miembros.

Así explica el CME los motivos que llevaron a la creación de los Principios Voluntarios:

¿Por qué surgen los Principios Voluntarios? En la década de 1980 se evidenció un incremento en las denuncias de violaciones de DDHH e infracciones al DIH asociadas con la operación de las empresas, particularmente de las industrias mineras y petroleras. Por tal motivo, las empresas y los gobiernos de sus países de origen decidieron que era necesario formular compromisos con base en un diálogo que incorporaría a la sociedad civil, en materia de DDHH y DIH.⁹

Paralelamente, desde 2006 se conformó la Fundación Ideas para la Paz (FIP), una iniciativa liderada por empresas y el gobierno. FIP es un centro de pensamiento e investigación que ha producido muchos materiales sobre el rol de las empresas en el conflicto y en la construcción de la paz. Entre otros, FIP propuso un documento denominado “Guías Colombia en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario”, que fue lanzado en 2010 gracias al apoyo del gobierno suizo.¹⁰ La iniciativa de Guías Colombia reúne a empresas que operan en el país, a organizaciones de la sociedad civil y al gobierno colombiano, con el propósito de contribuir al mejoramiento de la situación de derechos humanos y el DIH.

Estas dos iniciativas, las Guías Colombia y el CME, mantienen muchas similitudes y empresas miembros. Sin embargo, su diferencia radica en que la primera abarca también a empresas del sector no extractivo, mientras que la segunda solo incluye a empresas extractivas. Las Guías Colombia también abarcan un mayor número de temáticas, enfocándose en derechos y estándares laborales, mecanismos de quejas y reclamos, trabajo decente, uso y propiedad de las tierras, las relaciones entre empresas

5 Asociación Colombiana del Petróleo, Anglo Gold Ashanti, Anglo American, Ecopetrol, Equión, Isa, Isagén (parte de Brookfield), Oxy (Occidental Petroleum), Oleoducto Bicentenario, Pacific Rubiales Energy, Repsol, Vetra Energy, Cerrejón (parte de Anglo American, BHP Billiton y Glencore), Cámara de Comercio Colombo-Canadiense y Cerro Matoso (parte de Glencore).

6 Canadá, Estados Unidos, Gran Bretaña y Países Bajos (Holanda).

7 Centro Regional de Empresas y Emprendimientos Responsables, CREER (Institute for Human Rights and Business), Fundación Ideas para la Paz, Universidad Externado de Colombia, International Alert y Fundación País Libre.

8 Presidencia de la República, Vicepresidencia de la República, Ministerio de Defensa, Ministerio de Relaciones Extranjeras, Comando General de las Fuerzas Militares, Comando General del Ejército, Policía Nacional y Superintendencia de Vigilancia y Seguridad.

9 CME, *Principios Voluntarios*, disponible en <http://cmecolombia.co/principios-voluntarios/> (visitado el 3 de agosto de 2016).

10 Los miembros de Guías Colombia son: FIP (que actúa como Secretaría Técnica), instituciones estatales como: la Consejería Presidencial de Derechos Humanos, la Vicepresidencia de la República, la Agencia Presidencial para la Cooperación Internacional (APC) y empresas y asociaciones empresariales como: ABB, la Asociación Nacional de Industriales, AngloGold Ashanti, Bavaria (SABMiller), Coca-Cola, Ecopetrol, Empresas Públicas de Medellín (EPM), Indupalma, la Empresa de Energía de Bogotá, Nestlé, Pacific Rubiales energy, Palmares, Telefónica, Tipiel; y ONG como la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES), Corporación Sisma Mujer, Centro Regional CREER (IBHR), la Fundación Renacer, International Alert, la Red ProDePaz, la Red Colombiana del Pacto Global; y como observadoras: la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Para ver más: <http://www.ideaspaz.org/tools/guias-colombia>

y comunidades, la transparencia, el medio ambientales y el fortalecimiento institucional, además de temas de seguridad. Las Guías ofrecen lineamientos y herramientas que buscan orientar la operación empresarial de manera atenta a los derechos humanos y al DIH:

Lo que inicialmente se pensó como una adaptación de los Principios Voluntarios en Seguridad y Derechos Humanos dirigida al sector no extractivo, acompañada de aspectos relativos a las relaciones laborales, terminó transformándose en una iniciativa mucho más amplia de empresas y derechos humanos dirigida a todos los sectores económicos y en la que además se incluyen temas propios de la relación entre empresas y DIH (...) En este sentido, Guías Colombia recoge preocupaciones expresadas por todos sus miembros respecto a situaciones que se presentan en el contexto de las operaciones empresariales y se relacionan con el respeto y promoción de los derechos humanos (...) Es por esto que la iniciativa además de ampliar su alcance, retomó un referente más integral: el Marco de Proteger, Respetar y Remediar y sus Principios Rectores.¹¹

V. Víctimas bajo el nuevo modelo militarizado

Los derechos de las víctimas de abusos empresariales en un entorno complicado como el de Colombia, a causa del conflicto armado interno, configuran un terreno complejo. Una de las principales tendencias desde finales del siglo XX es la combinación de poderosos intereses económicos, muchos de ellos relacionados con actividades ilícitas, particularmente del narcotráfico, la expansión de cultivos de uso ilícito (coca y amapola), y la minería ilegal, junto con una postura de algunas empresas de invertir, producir y operar en zonas rurales de alta conflictividad. Mientras que varias empresas realizaban previsiones necesarias para evitar violaciones de los derechos fundamentales de la población, estableciendo mecanismos aptos de seguridad y derechos humanos como los mencionados anteriormente, se omitía (de modo deliberado o no) desarrollar acciones de diligencia debida para prevenir, investigar y mitigar o compensar por otros abusos cometidos con ocasión de sus operaciones, o por terceros vinculados a sus cadenas de valor y relaciones empresariales.

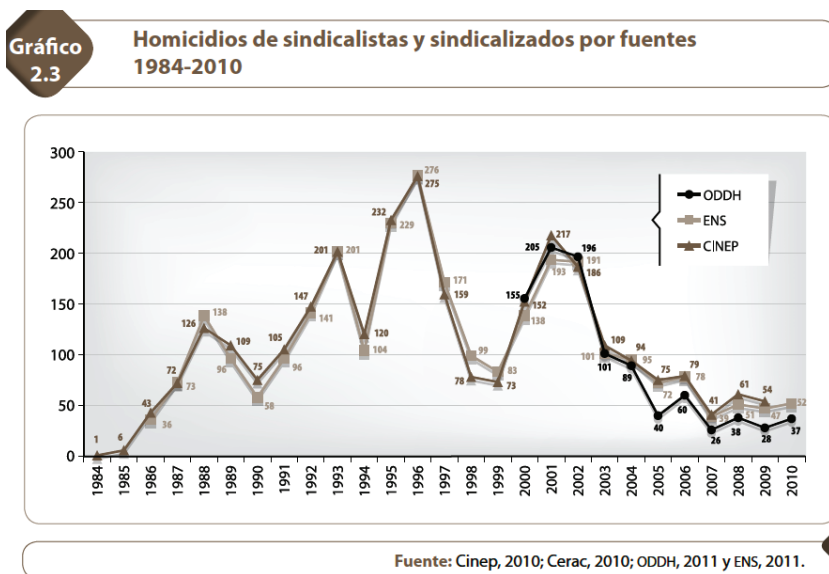
Esta situación ocurría y ocurre también en las ciudades, en donde organizaciones sociales, sindicales y de derechos humanos son objeto de ataques e intimidación. Estos ataques aumentaron durante el período de expansión de los paramilitares, en muchas ocasiones en colusión con la fuerza pública, políticos y funcionarios de empresas de diversos sectores de la producción, como propietarios de medios de comunicación, distribuidoras y embotelladoras de refrescos, mineras, petroleras, palmicultoras y empresas de la construcción. Aunque estos ataques y violencia contra actores de la sociedad civil bajaron con la desmovilización paramilitar, lamentablemente no cesaron. En el 2015, según Global

¹¹ Fundación Ideas para la Paz, *Guías Colombia*, disponible en <http://www.ideaspaz.org/tools/guias-colombia> (visitado el 3 de agosto de 2016).

Witness, 26 activistas fueron asesinados en Colombia por defender la tierra y el medio ambiente.¹² Según un informe de la Escuela Nacional Sindical, entre el 7 de abril de 2011 y el 31 de marzo de 2015 sindicalistas fueron víctimas de 1933 violaciones a la vida, la libertad y la integridad personal, entre las que contabilizan ataques y amenazas, que se tradujeron en 105 asesinatos.¹³

Así, mientras estudios del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo señalaban que en la primera década del presente siglo Colombia se convirtió en el lugar más peligroso para el ejercicio del sindicalismo (con 2863 muertes entre 1986 y 2010), las y los sindicalistas eran objeto de ataques por grupos armados ilegales, por la conexión que dichos grupos generaron al afiliarse, crear o participar en un sindicato (del sector público o privado), representando amenazas para la libre empresa:

Pero si bien la sola afiliación o las actividades más rutinarias del sindicalismo puede que no susciten la victimización por parte de los grupos armados irregulares, agresores individuales o cómplices, muchas acciones o tomas de posición de los sindicatos o de sus miembros sí la han suscitado, como: la insumisión a los poderes locales, formales o de hecho; la rebeldía; la afinidad con la oposición política; las acciones de vigilancia o veeduría; las acciones reivindicativas (huelgas laborales en sentido estricto o por otros motivos, paros cortos, marchas, denuncias).¹⁴



Fuente: Informe PNUD, 2011, p. 55.

12 Global Witness, *En terreno peligroso: el medio ambiente mortal de 2015: asesinato y criminalización de defensores de la tierra y el medio ambiente en todo el mundo*, 2016, p. 10, disponible en <https://business-humanrights.org/es/am%C3%A9rica-latina-informe-de-global-witness-se%C3%B1ala-que-en-2015-fueron-asesinados-al-menos-185-ambientalistas-los-primeros-lugares-en-la-regi%C3%B3n-los-ocupan-colombia-y-brasil#c138332> (visitado el 3 de agosto de 2016).

13 Agencia EFE, 'ONG denuncia en EE.UU. el asesinato de 105 sindicalistas en Colombia', *El Espectador*, 17 de abril de 2015, disponible en <http://www.elespectador.com/noticias/politica/ong-denuncia-eeuu-el-asesinato-de-105-sindicalistas-col-articulo-555633> (visitado el 3 de agosto de 2016).

14 PNUD Colombia, *Reconocer el pasado, construir el futuro. Informe sobre violencia contra sindicalistas y trabajadores sindicalizados 1984-2011*, Bogotá, PNUD, 2011, p. 141.

Si se acusa al sindicalismo en Colombia de estar politizado, este argumento es válido también para el sector empresarial; por ende, el PNUD recomendaba, entre otras cosas que

[S]e requiere de un compromiso conjunto de gobierno, sector empresarial, centrales sindicales y medios de comunicación para evitar la visión de estereotipo del sindicalista como guerrillero y para abstenerse de utilizar en el discurso esas equivalencias. Con este fin, se requiere de un gran pacto, incluso discursivo. En particular, el empresariado, a través de sus gremios (ANDI, SAC, Fenalco, Fedegán, entre otros), y el sindicalismo pueden contribuir a la concreción de ese pacto y a llevarlo al seno de las empresas.¹⁵

Cuando la estrategia paramilitar llegó a atentar contra diversos sectores de la vida nacional e infiltró distintos segmentos de la actividad social, como mencionamos arriba, el gobierno de Uribe promovió la desmovilización de las organizaciones paramilitares. En este proceso, la Corte Constitucional llamó la atención sobre la necesidad de incluir a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y delitos de lesa humanidad. A cambio, los paramilitares debían comprometerse a divulgar y reconocer en “versiones libres”, todos los delitos que hubieran cometido, para no ser excluidos de los beneficios de una forma de “justicia transicional” que les otorgaba a cambio un máximo de ocho años de prisión. Sin embargo, los máximos líderes paramilitares no han revelado toda la verdad, porque fueron extraditados a los Estados Unidos acusados de narcotráfico. Simultáneamente, el Estado debía comprometerse con la reparación, la verdad y la justicia para las víctimas, en especial de crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad, como desplazamiento forzado, desalojos y despojo violentos de sus bienes, en un país con más de seis millones de personas desplazadas internamente.

En ese contexto, se han conocido algunos casos que involucran a empresas directamente, por su colusión con grupos al margen de la ley, como los de Chiquita, Nestlé o Drummond, algunos de ellos ya investigados en sus países de origen o en Colombia (ver tabla más arriba). Por ejemplo, en el caso de Chiquita, la empresa pagó una multa millonaria en EE.UU. después de admitir pagos a una organización paramilitar que aparecía en el listado de organizaciones terroristas del gobierno estadounidense, pero las víctimas de esos paramilitares no han recibido ni un solo peso de esa multa.

Puede decirse que han sido las miles de acciones de tutela, y el papel de la Corte Constitucional, los dos factores que han caracterizado más la actuación judicial en relación con abusos empresariales directos o indirectos. En estas dos esferas judiciales se abordan los casos de manera más amplia, incluyendo la participación de directivos o empleados de empresas que han resultado directa o indirectamente responsables de dichos abusos.

Sin embargo, en medio de la asimetría de poder en Colombia —el segundo país más desigual de América Latina¹⁶ después de Honduras—, a inicios del primer gobierno de Juan Manuel Santos

¹⁵ *Ibid.*, p. 205.

¹⁶ Justo, Marcelo, ‘¿Cuáles son los países más desiguales de América Latina?’, *BBC Mundo*, 9 de marzo de 2016, disponible en http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/03/160308_america_latina_economia_desigualdad_ab (visitado el 3 de

(2010-2014) docenas de comunidades, principalmente indígenas, afrodescendientes y campesinas, denunciaron que sus tierras y territorios habían sido entregados en concesión a empresas, generalmente multinacionales. Las denuncias decían que las empresas poseían licencias mineras, petroleras y agroindustriales, sin haber cumplido con los procesos de consulta previa, libre e informada a los pueblos concernidos, lo cual se sumaba al despojo del territorio que tuvo lugar en las décadas precedentes.

Por consiguiente, una de las primeras decisiones del gobierno fue promover la aprobación de la Ley de Víctimas y Restitución de tierras (Ley 1448 de 2011), que, aunque no fue consultada previamente con los pueblos afectados, registró un importante desarrollo en los Decretos-Ley 4633 y 4635, y se ha convertido en una herramienta importante para las acciones de reclamación de derechos diferenciales de estos grupos étnicos.

VI. El Representante Especial de la ONU y Colombia

Cuando en 2005 el Consejo de Derechos Humanos de la ONU decidió nombrar a un Representante Especial para que se ocupara del tema de las relaciones entre las empresas y los derechos humanos, y dicho nombramiento recayó en el profesor de la Universidad de Harvard, John Ruggie, en muchos sectores surgieron expectativas por lograr un escenario de justicia en una perspectiva de derechos humanos para las víctimas de abusos empresariales.

Ruggie visitó la zona petrolera de Casanare, Colombia, en el 2007, para observar la formación de militares acerca de garantías fundamentales y derechos humanos. La invitación fue hecha por el ejército de Colombia y la empresa BP. Al cabo de la visita, Ruggie comentó que los Principios Voluntarios habían sido “implementados extensivamente a nivel local en Colombia”, con un impacto positivo en la “otrora notable Brigada 16”. Mientras tanto, dice un periodista de *Le Monde Diplomatique*, la Brigada 16 continuaba asegurando su “notoriedad” en Casanare; según un reporte de organizaciones de derechos humanos, soldados de esa brigada asesinaron a Ángel Camacho al lado del campo petrolero de Cupiagua, de la BP, el mismo mes de la visita de Ruggie.¹⁷

Una de las innovaciones metodológicas en el mandato de Ruggie consistió en el establecimiento de cinco proyectos piloto para analizar de qué modo se podían introducir mecanismos de quejas por vías no judiciales dentro de las operaciones empresariales, de modo que las víctimas acudieran a las empresas para solicitar reparaciones. Para ello, Ruggie seleccionó a empresas que operaban en diversos sectores y lugares del mundo, prestando también atención a sus conexiones con cadenas de suministro en terceros países, donde podían existir quejas contra la empresa por su irrespeto a los derechos humanos. Con los

agosto de 2016), citando un informe del Banco Mundial.

¹⁷ Montesinos Coleman, Lara, ‘Big Oil’s ethical violence’, *Le Monde diplomatique*, 10 de junio de 2015, disponible en <http://mondediplo.com/outsidein/big-oil-s-ethical-violence> (visitado el 3 de agosto de 2016).

hallazgos de esta experiencia elaboró un informe para la ONU. Entre los cinco casos, Ruggie seleccionó a Carbones del Cerrejón, empresa que opera la mina de carbón a cielo abierto más grande del mundo en La Guajira, Colombia.

Ya en 2005, Cerrejón había adoptado los Principios Voluntarios sobre Seguridad y Derechos Humanos.¹⁸ Posteriormente también daba la bienvenida pública a los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos. Por todo ello, Cerrejón creó (desde 2010) un mecanismo interno de quejas para la tramitación de casos acerca de los impactos de sus operaciones.¹⁹ De modo simultáneo, sus acciones de RSE se encausarían a través de fundaciones²⁰ que cumplen distintas misiones sociales en el entorno del departamento de La Guajira.

Según el mecanismo de quejas de Cerrejón, esta empresa habría recibido entre 2010 y 2014 un total de 1124 quejas, el 91% de las cuales correspondía a quejas de las comunidades respecto de temas como seguridad, salud y ambiente, 4% a cuestiones de seguridad y derechos humanos, 3% a derechos laborales y 2% a “otros”. Esta experiencia es significativa, pues no tiene precedentes en Colombia, y La Guajira es un departamento que ha sido afectado gravemente por el conflicto armado interno. A pesar de que Cerrejón reporta que 877 casos fueron cerrados (tramitados positivamente), 247 seguían en proceso y cuatro habían sido “trasladados” (el informe no indica a dónde), la conflictividad social alrededor de la mina continúa.

VII. La implementación de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos en Colombia

Un hecho notable en el fortalecimiento del enfoque sobre seguridad y derechos humanos lo constituyó el apoyo de diversos gobiernos extranjeros a las políticas de “Seguridad Democrática” del expresidente Álvaro Uribe (2002-2010), en las que no hubo una relación clara de solución –durante este período– a los problemas que enfrentaban individuos, comunidades, sindicatos o defensores(as) de derechos humanos por causa de las operaciones de las empresas.

18 Así lo presentó en el Foro sobre dichos Principios: Cerrejón, *The Voluntary Principles on Security and Human Rights at Cerrejón*, 2016, disponible en http://cmecolombia.co/wp-content/uploads/2016/04/Voluntary_Principles_in_Cerrejon_EN_WEB.pdf (visitado el 3 de agosto de 2016). Sólo la versión en inglés se encuentra disponible.

19 De acuerdo con su informe de sostenibilidad de 2014, Cerrejón explicaba que dicho mecanismo se ocupa de temas como: a) Comunidad; b) Derechos laborales; c) Derechos Humanos y Seguridad; d) Derechos Indígenas; e) Inversión social; f) Post-reasentamiento; g) Adquisición y administración de tierras. Cerrejón, *Informe de Sostenibilidad 2014*, disponible en http://www.cerrejon.com/site/Portals/0/Documents/pdf/informes_sostenibilidad/IS%202014.pdf (visitado el 3 de agosto de 2016).

20 Dichas fundaciones corresponden a un “sistema” creado por la empresa: Cerrejón, *Sistema de fundaciones Cerrejón*, disponible en <http://www.cerrejon.com/site/desarrollo-sostenible-•-responsabilidad-social-rse/sistema-de-fundaciones.aspx> (visitado el 3 de agosto de 2016).

Durante el primer período del gobierno de Santos (2010-2014) se aprobaron por unanimidad (junio de 2011) en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, coincidiendo con la inclusión en la agenda nacional de ese tema en las iniciativas empresariales existentes. En la medida en que la experiencia ganada en el terreno se consideró un paso adelante para la revisión del trabajo desarrollado hasta entonces, el marco de “Proteger, Respetar y Remediar” planteado por los Principios Rectores fue objeto, por ejemplo, de una reflexión sobre las mejores maneras de adoptarlos dentro del trabajo de la Red Colombiana del Pacto Mundial, mediante una serie de encuentros y debates ocurridos en el segundo semestre de 2011.

El gobierno daría a conocer igualmente la política pública del Plan Nacional de Derechos Humanos, el cual contó con la aprobación y participación de segmentos de la sociedad civil, las asociaciones empresariales e instituciones gubernamentales (el documento no fue avalado por las principales organizaciones sociales y de derechos humanos en razón a la continuación de los ataques contra defensoras y defensores en el país).

Entre 2011 y 2012, la Consejería Presidencial de Derechos Humanos, dependiente de la Vicepresidencia de la República en ese entonces, publicó los *Lineamientos para una política sobre derechos humanos y empresas* (2014), que recogían, en lo fundamental, los Principios Rectores de la ONU. Ese documento se consideró como un capítulo anexo al Plan Nacional de Derechos Humanos y, según fuentes oficiales, habría sido producto de consultas en todos los departamentos del país. Sin embargo, de nuevo, las organizaciones de base lo recibieron con escepticismo por no incluir las voces de las víctimas de abusos empresariales ni de las organizaciones más reconocidas de derechos humanos. A pesar de ello, a nivel latinoamericano Colombia era el país que más rápido avanzaba en la adopción de estándares internacionales de empresas y derechos humanos en las ramas oficiales.

Simultáneamente y bajo otros objetivos, el gobierno buscó la ampliación del espectro de los Principios Rectores de la ONU, en la medida en que inició un proceso tendiente a la inclusión del país como miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y, por tanto, se obligó a cumplir con las Directrices de esta organización. En estas se habían incorporado los Principios Rectores como parte de su marco de acción a finales de 2011. Mediante el decreto 1400 de 2012, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo creó el Punto Nacional de Contacto de la OCDE, localizado en esa dependencia y con funciones acordes con ese órgano, para la recepción de quejas circunscritas a empresas transnacionales.

En el segundo período del gobierno de Santos (2014-2018) se introdujo un cambio en el papel de la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, al ubicarla bajo una nueva dependencia asesora del Presidente, el “Ministerio del Posconflicto”. Esto hizo que la labor desarrollada durante su primer mandato alrededor de los Lineamientos sobre derechos humanos y empresas fuera considerada como

un insumo para el diseño de un Plan Nacional de Acción sobre empresas y derechos humanos (PNA), como se explica en el texto mismo:

En 2014 el gobierno de Colombia publicó los Lineamientos para una Política Pública de Derechos Humanos y Empresa, primer documento específico sobre este tema en Colombia, que fue elaborado en un proceso participativo nacional y territorial, de conformidad con la Estrategia Nacional de Derechos Humanos. Se realizaron talleres territoriales en Casanare, Huila, Norte de Santander, Bolívar, Antioquia y Valle del Cauca, dirigidos a dar a conocer esta temática a representantes de la sociedad civil, gobiernos locales y empresas de la región, y a debatir sobre los aspectos más relevantes. Otro insumo para los Lineamientos fue el documento de Conclusiones y Propuestas del diálogo sobre la aplicación de los Principios Rectores de Naciones Unidas, desarrollado en los grupos de trabajo multiactor del proyecto de Capacitación para el Diálogo sobre Empresas y Derechos Humanos. En el marco de estos procesos internos, Colombia fue la sede de actividades internacionales de intercambio de experiencias respecto a la implementación de los estándares sobre empresas y derechos humanos, como el Primer Foro Regional de América Latina y el Caribe sobre Empresas y Derechos Humanos en 2013, y el Diálogo Latinoamericano sobre la Implementación Nacional de los Marcos de Empresa y Derechos Humanos, en 2014.²¹

Dicho Plan fue lanzado por el Presidente el 10 de diciembre de 2015, durante la conmemoración del Día Internacional de los Derechos Humanos.²² Colombia se convirtió así en el primer país no europeo en adoptar oficialmente un PNA.

Sin embargo, a la fecha no se conocen mayores desarrollos prácticos que remedien abusos cometidos por empresas o diseñen medidas de prevención, investigación o sanción a casos que siguen ocurriendo. En un comunicado de la sociedad civil colombiana frente a la política pública sobre derechos humanos y empresa del Gobierno, dicen:

Las organizaciones (...) expresamos nuestra preocupación frente a la construcción de la política pública sobre Derechos Humanos y Empresa (DHyE) encabezada por la Consejería Presidencial de DDHH, y frente a la implementación de su principal instrumento: el Plan Nacional de Acción en Empresas y Derechos Humanos (...). Esta política pública, que en su esencia debería estar enfocada en atender y ofrecer soluciones efectivas ante la ocurrencia de violaciones de los DDHH de las comunidades asentadas en los territorios donde se implementan proyectos de extracción de recursos naturales y de inversión en cabeza de actores empresariales diversos, adolece de una serie de defectos estructurales que despiertan nuestra preocupación frente a las deficientes respuestas que ofrece el Estado en este sentido y, por tanto, motivan este comunicado (...).²³

21 Gobierno de Colombia, *Plan Nacional de Acción sobre derechos humanos y empresas*, 2015, p. 8.

22 Business & Human Rights Resource Centre, *Colombia: El Gobierno lanza el Plan Nacional de Acción sobre Derechos Humanos y Empresas*, disponible en <https://business-humanrights.org/es/colombia-el-gobierno-lanza-el-plan-nacional-de-acci%C3%B3n-sobre-derechos-humanos-y-empresas> (visitado el 3 de agosto de 2016).

23 Asociación Ambiente y Sociedad et al., *Comunicado de la sociedad civil colombiana frente a la política pública sobre Derechos Humanos y Empresa del Gobierno de Colombia*, 12 de julio de 2016, disponible en <https://business-humanrights.org/es/colombia-ong-expresan-preocupaci%C3%B3n-por-deficiente-respuesta-del-estado-a-abusos-por->

En especial, preocupa que los escasos logros del programa de restitución de tierras, en aplicación de la Ley de Víctimas, no alcanza siquiera a dialogar con los desafíos que se observan en el panorama de conflictos existentes. Entre otras cosas, esto es porque el Plan Nacional de Desarrollo²⁴ contiene disposiciones contrarias a los derechos a la participación, la decisión sobre prioridades de desarrollo y autonomía contempladas en normas nacionales e internacionales sobre los derechos de los pueblos étnicos, así como amenazas a las comunidades campesinas respecto de la declaratoria de baldíos nacionales para la aplicación de la reforma agraria.

Ante este panorama, se ha incrementado el litigio nacional e internacional de organizaciones locales que han llegado, por ejemplo, ante la Corte Constitucional, la cual se ha pronunciado a favor de la realización de procesos de consulta previa, libre e informada. Las pretensiones del gobierno de buscar su reglamentación suscitan múltiples interrogantes sobre sus efectos en la limitación del disfrute de este derecho que, en Colombia, es considerado fundamental, porque atañe a la vida y supervivencia de nuestras culturas ancestrales. Las decisiones de la Corte, en su mayoría suspenden títulos y concesiones, así como operaciones empresariales, hasta tanto no se efectúen los procesos de consulta con las comunidades afectadas.

Tabla 2: Algunos ejemplos de decisiones judiciales recientes

Año	Empresa	Tema	Instancia
2016	Pacific Exploration & Production y Ecopetrol	Falta de consulta previa, libre e informada a pueblos indígenas en Campo Rubiales	La Corte Constitucional suspendió la licencia de operación a Pacific Rubiales (la cual pasó a ser propiedad de Ecopetrol a partir de junio 2016)
2016	Pacific Exploration & Production y Ecopetrol	Daños causados por sismicidad en exploración en Campo Rubiales	Acción de grupo presentado ante Corte colombiana
2016	Cerro Matoso, parte de BHP Billiton	Contaminación con metales pesados a población indígena y vecina de la mina de níquel	Corte Constitucional ordenó a la empresa a pagar los exámenes médicos a la población
2016	Vetra Energy y otras empresas	Falta de consulta previa, libre e informada a pueblos indígenas y afrodescendientes en Huila, La Guajira, Meta y Putumayo	Decisión de la Corte Constitucional de suspender explotaciones petroleras, en respuesta a cinco acciones de tutela interpuestas por comunidades étnicas

empresas-pesar-del-plan-nacional-de-acci%C3%B3n-sobre-empresas-y-derechos-humanos (visitado el 3 de agosto de 2016).

²⁴ Varios artículos del Plan Nacional de Desarrollo han sido demandados ante la Corte Constitucional, por ser violatorios de normas nacionales y supranacionales de protección de los derechos humanos, dentro de lo que se denomina “Bloque de Constitucionalidad” (Art. 90 de la Constitución Nacional).

Otro tema a la orden del día son las consultas promovidas por autoridades locales, no indígenas ni afrodescendientes, que se oponen, por ejemplo, a actividades de minería a cielo abierto, exploración y explotación petrolera o grandes monocultivos industriales. En ese sentido, las tensiones entre quién tiene la decisión última respecto del uso del suelo y los bienes del subsuelo mantienen enfrentadas a instituciones estatales y pronostican un aumento en la conflictividad social.

VIII. Paz Colombia: posibilidades, desafíos y preguntas

Finalmente, queremos resaltar oportunidades y desafíos que presenta la coyuntura actual en Colombia alrededor de la refrendación de los acuerdos logrados en La Habana entre el Gobierno y la guerrilla de las FARC. Estos acuerdos representan una ventana de oportunidad única para avanzar en el tema de empresas y derechos humanos, pero al mismo tiempo formula múltiples desafíos y preguntas que requieren ser abordadas en el corto, mediano y largo plazos.

En primer lugar, la creación de escenarios como Empresas por la Paz²⁵ implica la apertura de posibilidades para que las empresas asuman posturas hacia la reconciliación, la inclusión laboral y la no estigmatización de las organizaciones sociales y los sindicatos. Esta iniciativa surge a partir de consultas que realizó en 2013 la red colombiana del Pacto Mundial. Las consultas multi-actor se materializaron en la creación de Empresas por la Paz, plataforma que se ha caracterizado por “*un gran compromiso de las Redes Locales como facilitadoras y catalizadoras del trabajo del sector privado para ser una fuerza transformadora que permita entornos seguros y sostenibles*”.

Han surgido otras iniciativas empresariales: En septiembre del 2014 se lanzó la campaña “Soy Capaz”, con la participación de 120 empresarios, iglesias, académicos y ONG. Soy Capaz buscaba sensibilizar a la sociedad colombiana sobre el papel del sector privado y de toda la población en implementar acciones que favorezcan la reconciliación y la paz, a través de cambiar los empaques de 180 marcas vistiéndolos de blanco por un tiempo corto.²⁶ Un gran número de gremios y empresas españolas con intereses en Colombia expresaron públicamente su apoyo al proceso de paz en marzo del 2015.²⁷ El premio “Emprender Paz: la apuesta empresarial”, desde su primera versión en 2008 ha reconocido a 32 empresas, fundaciones empresariales, gremios, asociaciones y cooperativas colombianas que

25 Red Pacto Global Colombia, *Business for Peace*, disponible en <http://www.pactoglobal-colombia.org/index.php/plataformas-mundiales/business-for-peace> (visitado el 3 de agosto de 2016).

26 Business & Human Rights Resource Centre, *Colombia: Para promover un ambiente favorable al proceso de paz con la insurgencia, más de 120 empresas privadas participan en campaña “Soy Capaz”*, disponible en <https://business-humanrights.org/es/colombia-para-promover-un-ambiente-favorable-al-proceso-de-paz-con-la-insurgencia-m%C3%A1s-de-120-empresas-privadas-participan-en-campa%C3%B1a-%E2%80%9Csoy-capaz%E2%80%9D> (visitado el 3 de agosto de 2016).

27 Radio Red, *Gremios y autoridades comerciales de España apoyan proceso de paz y posconflicto*, 3 de marzo de 2015, disponible en <http://www.radiored.com.co/noticias/internacional/gremios-y-autoridades-comerciales-de-espana-apoyan-proceso-de-paz-y-posconflicto-en-colombia/> (visitado el 3 de agosto de 2016).

se destacan por realizar acciones y programas destinados a beneficiar a poblaciones afectadas por el conflicto o en riesgo de serlo.²⁸

Todas estas iniciativas resaltan el gran interés empresarial en que los procesos de paz con las FARC tengan éxito. Un ambiente de paz es también bueno para hacer negocios, y la gran mayoría de las empresas claramente se benefician del respeto al Estado de derecho y a las libertades personales.

Pero estas iniciativas también presentan retos en cuanto a su alcance y ambición. Por ejemplo, ninguna de ellas ha discutido públicamente la necesidad de repensar las representaciones sobre la movilización social y las luchas sindicales, que han hecho algunas empresas al acusar a los trabajadores sindicalizados de ser extremistas u oportunistas vinculados con las insurgencias, poniéndolos así en riesgo máximo. Por otra parte, un proceso de paz requerirá de mayores inversiones por parte del Estado para poder cumplir con sus pasivos sociales y ambientales, en materia de salud, educación, trabajo, infraestructura y oportunidades para la mayoría de la población. Ello se debería traducir en la necesidad de incremento en los niveles de transparencia y rendición de cuentas de las empresas respecto a prácticas de elusión y evasión de impuestos, algo que las redes latinoamericanas de justicia tributaria vienen señalando de tiempo atrás (en especial respecto de empresas multinacionales del sector extractivo).

Mientras que algunas empresas han sido premiadas por incorporar a algunos excombatientes a sus nóminas de empleados, en un país con 30,000 paramilitares desmovilizados y decenas de miles de guerrilleros que ya lo han hecho o lo harán pronto, el esfuerzo que se necesita en la reintegración a la vida civil es mucho mayor. Tanto el Estado como las empresas tienen la responsabilidad de ofrecerles oportunidades para que la paz sea duradera.

Desde un punto de vista quizás más filosófico, la promoción de iniciativas empresariales para la construcción de la paz precisa del reconocimiento de que no solamente el modelo occidental de desarrollo es el único y verdadero, y que las comunidades originarias poseen conocimientos, saberes y modos de relación con la naturaleza que pueden aportar a combatir el cambio climático y el sostenimiento de la vida en el planeta.

Finalmente, un escenario de empresas por la paz deberá considerar seriamente dos aspectos centrales que jugaron (y aún juegan) un papel clave en la profundización del conflicto colombiano: En primer lugar, la necesidad de replantear los convenios (en su mayoría secretos) entre la fuerza pública y las empresas (en especial las de los sectores de infraestructura y extractivo), para garantizar la seguridad de sus operaciones. Si desaparecen las causas de la inseguridad y las amenazas contra las empresas, también deberán reducirse las medidas militares y policiales en ese campo, así como producirse la desmilitarización de las instalaciones empresariales y sus formas de relacionarse con las comunidades. Y, en segundo lugar, la importancia que tiene en estos momentos de construcción de memoria histórica,

²⁸ *Emprender Paz*, disponible en <http://www.emprenderpaz.org/> (visitado el 3 de agosto de 2016).

el reconocimiento de la responsabilidad directa de las empresas en abusos de derechos humanos, así como su complicidad indirecta con graves violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad cometidos por otros. Estos asuntos serán tratados por la Comisión de la Verdad establecida dentro del Marco Jurídico para la Paz, y es imperativo que las empresas responsables declaren lo que saben e hicieron.

De ese modo, surgen muchos desafíos y preguntas. La mayoría de discursos hasta ahora se han enfocado en asumir que lo que el país requiere es más inversiones para el proceso de reconstrucción del tejido social. Es indudable que en un país donde la pobreza es todavía enorme, se necesita mayor inversión de capital, pero esta tiene que estar acompañada de inversiones sociales y ambientales del mismo o mayor nivel. Muchos sectores empresariales están planteando esta necesidad como la oportunidad de llegar a zonas donde la presencia guerrillera les impedía acceder a los recursos naturales. Si este nuevo acceso es irracional y desmedido, se corre el riesgo de repetir los mismos patrones de despojo y violencia que crearon las condiciones para el conflicto armado actual.

Los Principios Rectores promueven la diligencia debida. En un contexto de posconflicto y reconstrucción, esta se vuelve una obligación aún más acuciante al respecto de inversiones y operaciones empresariales. Ante la crisis económica mundial, previo a la apertura de la inversión en Colombia, se deben abordar y superar las causas del conflicto. No ha habido procesos suficientes y profundos de verdad, justicia y reparación, no se han afrontado procesos de diálogo con otras guerrillas aún existentes (como el ELN), ni se han desmantelado los grupos neo-paramilitares y Bacrim, responsables de cientos de asesinatos de defensoras y defensores de derechos humanos en los últimos tres años.

Por tanto, la dinámica de empresas y derechos humanos en esta etapa que vive el país nos formula algunas interrogantes, entre ellas: ¿Querrían las empresas responsables invertir en un país que ofrezca condiciones de construcción real de la paz, aunque tengan que esperar un tiempo para hacerlo, y no de recrudescimiento y repetición de los mismos errores del pasado? ¿De qué modo se abordarán las responsabilidades judiciales de las empresas por los abusos pasados y actuales cometidos contra individuos y colectividades? ¿Se establecerán mecanismos independientes para implementar el Plan Nacional de Acción sobre derechos humanos y empresas, habida cuenta de la grave situación que están viviendo comunidades enteras en estos momentos? ¿Cómo garantizarle a las empresas un entorno seguro para invertir? ¿De qué modo la construcción de la paz reconoce el derecho a la protesta social, protege el derecho a la libre expresión, a la libertad de asociación y el derecho a defender los derechos humanos? ¿Cómo superar el discurso de la responsabilidad social empresarial y comenzar en la práctica a reconocer el nexo entre empresas y derechos humanos?

Derechos humanos y empresas en Brasil: ¿Avance por medio de la tragedia?

Ana Cláudia Ruy Cardia*

SUMARIO: I. Introducción. II. Derechos humanos y empresas: relación en la diversidad. A. Contextualización histórico-fáctica: la globalización en la sociedad posmoderna. B. La participación de las empresas transnacionales en el escenario globalizado. C. La actual relación entre las empresas y la necesidad de protección de los derechos humanos. III. Derechos humanos y empresas en la sociedad internacional: mecanismos actuales de protección. A. Los Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos y los Planes de Acción Nacional. B. El próximo paso: la elaboración de un tratado internacional sobre la materia. IV. Brasil ante el tema: ¿compromiso o negligencia? A. Brasil y la (no) adopción de los “Principios Ruggie”. B. La historia de violaciones de derechos humanos por empresas en Brasil y las posibles acciones y sanciones existentes. C. Tragedia reciente: el “accidente” ambiental en Mariana y sus consecuencias. V. ¿Avance por medio de la tragedia? VI. Conclusión.

I. Introducción

La necesidad de proteger los derechos humanos en la sociedad internacional posmoderna es apremiante, especialmente si se considera el actual estado de la globalización, en el que nuevos actores y sujetos de derecho internacional público interactúan. Es en este contexto fáctico que se encuentran las empresas transnacionales. Con un producto interno bruto superior al de muchos Estados del planeta, dichas entidades son una gran fuerza interventora en aquellos sujetos clásicos del derecho internacional y, consecuentemente, en la sociedad como un todo. Su poder económico es capaz de alterar el curso de las políticas públicas, tanto positiva como negativamente, pudiendo afectar así a los individuos. Justamente por ese motivo, se hace imperiosa la participación de las empresas transnacionales en la búsqueda por mayor protección a los derechos humanos en el curso de sus actividades.

* Abogada en São Paulo, Brasil. Magíster y doctoranda en Derecho de Relaciones Económicas Internacionales por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo (PUC-SP). Especializada en Derecho Internacional Público y Derechos Humanos por la Universidad de Copenhague, Dinamarca. Profesora de la Universidad Presbiteriana Mackenzie. Miembro del Núcleo de Estudios en Tribunales Internacionales de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo (NETI-USP). Miembro suplente del Comité de *Feminism and International Law* de *International Law Association* (ILA).

No obstante las iniciativas internacionales existentes –y que también serán objeto del presente estudio–, algunas dudas persisten: ¿cómo realizar efectivamente a nivel nacional las disposiciones de los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos por las empresas transnacionales? ¿Han recibido e incorporado los Estados dichos principios en sus ordenamientos jurídicos internos? ¿O acaso el avance en la protección de los derechos humanos en la sociedad internacional se da mediante la ocurrencia –cada vez más frecuente– de violaciones graves a los derechos humanos?

Este estudio demostrará, en su primera parte, la estrecha relación entre el proceso de globalización en la sociedad posmoderna y el ascenso de la importancia de las empresas transnacionales en ese escenario, relacionando dicha evolución a la necesaria protección a los derechos humanos frente a ellas. Luego, se analizará cómo ha evolucionado el tema en el siglo XXI en el escenario internacional, particularmente en relación a la principal iniciativa en ese tema, los Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos (en adelante los “Principios Rectores” o los “Principios Ruggie”), así como las embrionarias discusiones respecto a la elaboración de un tratado internacional sobre la materia.

En su aspecto específico, y en un intento de responder las indagaciones anteriores, en la tercera parte se analizará la historia de Brasil relativa al tema de derechos humanos y empresas, verificando qué posición ocupa este país respecto de los Principios Rectores y su implementación a nivel interno. Además, se analizará cómo ha enfrentado mediante la actividad de sus instituciones las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas transnacionales instaladas en su territorio, y en particular el caso de la reciente tragedia ambiental ocurrida en Mariana, Minas Gerais, donde destaca la responsabilidad directa de la empresa Samarco, una *joint venture* de la empresa brasileña Vale y la anglo-australiana BHP Biliton. Por medio del estudio de la respuesta estatal, será posible responder a la siguiente pregunta en la cuarta y última parte: ¿son las instituciones nacionales serias en el combate y la prevención a las violaciones de derechos humanos, o estamos avanzando por medio de la tragedia?

II. Derechos humanos y empresas: relación en la diversidad

Derechos humanos y empresas: Dos términos que, en un primer momento, parecen estrictamente opuestos, pero que, tras un breve análisis de sus contextos históricos y fácticos de surgimiento y expansión, parecen dialogar en forma cada vez más intensa. Por ello, se buscará analizar cómo se estableció tal relación, en especial demostrando la profundidad de sus niveles de interacción, justamente en virtud de la verificación internacional de graves violaciones a los derechos humanos derivadas de la actividad de las empresas transnacionales.

A. Contextualización histórico-fáctica: la globalización en la sociedad posmoderna

El fenómeno de la globalización se reveló, en los últimos dos siglos, como un proceso irreversible¹ en el escenario sociológico y jurídico posmoderno.² Impulsado e intensificado por el desarrollo tecnológico,³ que provocó una baja vertiginosa en los costos de transporte y comunicación (con su consecuente facilitación). Dicho contexto fue marcado también por el establecimiento de una gran red de comercio y de intercambios de todo tipo, provocando el intenso desarrollo de las relaciones económicas internacionales.⁴

Considerando la perspectiva unificadora de la globalización, se observa que las transformaciones no han ocurrido solo a nivel económico, sino que trajeron también fuertes impactos culturales, sociales, políticos y jurídicos para la sociedad internacional como un todo. Se verificó así el surgimiento de una verdadera sociedad cosmopolita global.⁵ Como resultado de lo anterior, cualquier situación ocurrida en una parte del planeta puede ser fácilmente conocida en otra parte, impactando directamente en la vida de los individuos a escala global. Es en ese momento que, según Zygmunt Bauman, la sociedad internacional pasa a una fase de posmodernidad (a la que denomina posmoderna o *líquida*), caracterizada por el consumo, conducida por el mercado, marcada por la relativización de la actuación de los Estados y por la consecuente privatización del orden.⁶ Es también esta la ocasión en que se denota la expansión cuantitativa y cualitativa de las empresas transnacionales, como se verá a continuación.

B. La participación de las empresas transnacionales en el escenario globalizado

Como se ha visto, la globalización económica ha alcanzado todos los ramos de las sociedades nacionales e internacional, provocando una fuerte desconexión territorial que resultó en la discusión sobre el papel del Estado como único sujeto clásico del derecho internacional. La creciente participación y capacidad de fusión entre las empresas transnacionales (con la consecuente ausencia de domicilio físico del capital), así como el intercambio cada vez más veloz de información, dieron lugar al surgimiento de poderes por parte de dichas entidades que terminaron trascendiendo la estructura de los Estados, volviéndose difíciles de controlar.

1 Bauman, Zygmunt, *A ética é possível num mundo de consumidores?*, Rio de Janeiro, Zahar, 2011, pp. 32-78.

2 Con relación a la posmodernidad en el derecho internacional, véase Casella, Paulo Borba, *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*, São Paulo, Quartier Latin, 2008.

3 Fredman, Sandra, *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, p. 40: “[...] globalization is the drive towards liberalization of trade and capital markets through the lifting of regulatory barriers. Facilitated by the explosion of information technology, globalization has led to the opening up of new trading markets as well as an unprecedented movement of capital across national boundaries”.

4 Tomuschat, Christian, ‘International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century: General Course on Public International Law’, *Collected Courses*, Vol. 281, 1999, pp. 9-438.

5 Giddens, Anthony, *Mundo em descontrolo*, Rio de Janeiro, Record, 2011, p. 28.

6 Bauman, Zygmunt, *O mal-estar da pós-modernidade*, Rio de Janeiro, Zahar, 1998.

Las empresas transnacionales son actualmente el producto directo de la liberación de la economía internacional,⁷ o como bien señala André-Jean Arnaud, consecuencia propia del proceso de globalización económica.⁸ Además de la influencia directa que ejercen sobre los Estados, tales entidades concurren igualmente para la formación del derecho internacional, ya que tienen poder para establecer contratos con los Estados con miras a la explotación de sus riquezas nacionales y de firmar con dichos sujetos verdaderos acuerdos para reglamentar determinadas transacciones económicas. Participan también activamente en procedimientos arbitrales internacionales, lo que sugiere el aumento de su importancia y de su impacto ante el derecho internacional posmoderno.⁹

Las empresas transnacionales tienen fines de lucro y obedecen la ley de los Estados en los que están constituidas, pero sus subsidiarias le deben obediencia a la legislación de los Estados en los que están instituidas. No obstante, influyen ampliamente en la política interna de los Estados en los que actúan, dado el contexto en el que están insertadas. Trabajan con una producción a gran escala, tienen una política global y obedecen las reglas de la economía mundial.¹⁰ Se sabe también que muchas veces su poder económico supera el producto interno bruto de los propios Estados en los que instalan sus subsidiarias. Entre las 100 economías globales más grandes del año 2000, 51 eran empresas, y 49 eran Estados.¹¹ Y, aún más, las 500 mayores empresas son responsables del control del 70% del comercio global, y son consideradas inversionistas internacionales primarias.

Esa influencia, cada vez más desproporcionada con relación a la actividad de los Estados, es lo que ha permitido que las empresas transnacionales violen derechos nacional e internacionalmente delimitados.

C. La actual relación entre las empresas y la necesidad de proteger los derechos humanos

El aumento de la influencia de las empresas transnacionales en la actividad de los Estados (como resultado de la expansión del fenómeno de la globalización en el escenario internacional) ha traído consecuencias graves para las comunidades de los Estados receptores de inversión, pese al notable

7 Reis, Henrique Marcello dos, *Relações econômicas internacionais e direitos humanos*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 158.

8 Según André-Jean Arnaud, las empresas transnacionales son las agentes centrales de la globalización de las relaciones económicas. Arnaud, André-Jean, *O direito entre a modernidade e a globalização: lições de filosofia do direito e do Estado*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 166.

9 Friedman, Wolfgang, *The Changing Structure of International Law*, Nueva York, Columbia University Press, 1964, pp. 221, 230-231.

10 Aguirre, Daniel, *The Human Right to Development in a Globalized World*, Aldershot, Ashgate, 2008, p. 7.

11 Anderson, Sarah y Cavanagh, John, *Top 200: the Rise of Corporate Global Power*, Institute for Policy Studies, 2000, disponible en <http://fwww.rojasdatabank.info/top200.pdf>. (visitado el 29 mayo 2014). Aguirre, al hacer un análisis histórico de la expansión de las empresas transnacionales alrededor del globo, afirma: "It is estimated that in 1970, there were 7,000 corporations. In 1993 there were 37,000 corporations, and, by 2003, 64,000 with 870,000 foreign subsidiaries." Aguirre, Daniel, *op. cit.*, p. 2.

crecimiento económico del que estos gozan. Violaciones a los derechos laborales de sus empleados, daños al medio ambiente y a la población habitante de las regiones cercanas a los proyectos empresariales al realizar grandes obras de infraestructura, son algunos de los hechos frecuentemente denunciados a las autoridades locales o revelados a la sociedad por organismos de la sociedad civil.¹²

Aguirre afirma que los efectos negativos de las empresas sobre la protección de los derechos humanos se subdividen en dos categorías: (i) la ocurrencia de violaciones en virtud de actos practicados directamente, por la propia empresa o mediante su actuación en conjunto con otros actores; y (ii) violaciones ocurridas como efecto de acciones realizadas indirectamente por las empresas transnacionales al llevar a cabo sus actividades.¹³

Para las empresas transnacionales, la falta de respeto a los derechos humanos involucra muchas veces la violación de derechos civiles y políticos; por ejemplo, la discriminación y el consecuente irrespeto de los derechos de las minorías o la prohibición de negociaciones colectivas por parte de sus empleados. Tampoco son raras las denuncias que involucran la realización de trabajos forzados en condiciones análogas a la esclavitud por parte de empleados de empresas subcontratadas en la cadena de producción.¹⁴ La dificultad de las empresas matrices para controlar las condiciones de trabajo a que están sometidos los empleados de sus proveedores es de extrema importancia en la evaluación del impacto real que las primeras tienen en la sociedad de los Estados receptores de inversión.

También se comprueba la existencia de violaciones a los derechos humanos en los casos en que las empresas, actuando en asociación con los Estados para la ejecución de obras de infraestructura con alto potencial de impacto socioambiental, no abren canales de consulta pública con las poblaciones que serán afectadas. Igualmente ocurren otras violaciones graves, como desalojos forzosos sin reparación alguna a las familias perjudicadas, o perjuicios importantes al medio ambiente en diversas comunidades alrededor del mundo.¹⁵

Otro factor que incrementa el impacto negativo de las empresas transnacionales con relación a la observancia y protección de los derechos humanos es su capacidad de movimiento, ya sea en lo que respecta a su entrada a Estados que notoriamente violan los derechos humanos, pero que cuentan con bajos costos de producción,¹⁶ o su huida de Estados en los que han cometido violaciones a los derechos humanos, a fin de no ser responsabilizadas por las cortes locales.¹⁷

12 Stiglitz, Joseph E, *Globalização: como dar certo*, São Paulo, Companhia das Letras, 2007, p. 303.

13 Aguirre, Daniel, *op. cit.*, pp. 4-5.

14 McBarnet, Doreen, 'Human Rights, Corporate Responsibility and the New Accountability' in Campbell, Tom y Miller, Seumas (Eds.), *Human Rights and the Responsibilities of Corporate and Public Sector Organisations*, Dordrecht, Kluwer, 2004, pp. 68-69.

15 Deva, Surya, *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business*, Londres, Routledge, 2012.

16 Arnaud, André-Jean, *op. cit.*, p. 24.

17 Bauman, Zygmunt, *Globalização: as consequências humanas*, Rio de Janeiro, Zahar, 1999, p. 134.

Los ejemplos mencionados aquí son escasos relatos de situaciones potencialmente graves que impactan a las personas y al medio ambiente, y que trascienden el debate sobre la real necesidad de proteger los derechos humanos frente a las empresas transnacionales. Fueron esas, por lo tanto, las situaciones que dieron pie a la discusión internacional sobre la creación de reglamentación específica para impedir las violaciones de derechos humanos por tales actores.

III. Derechos humanos y empresas en la sociedad internacional: mecanismos actuales de protección

La discusión sobre la elaboración de mecanismos internacionales que prevengan potenciales daños y sobre la remediación de violaciones graves de derechos humanos por las empresas transnacionales se remontan a la década de 1970, en el contexto de la Organización de las Naciones Unidas; otras organizaciones internacionales también se han centrado en la creación de normas de *soft law* para atender dicha situación.¹⁸

Sin embargo, no fue sino hasta 2011 que, en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas, se aprobaron los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos,¹⁹ que buscan garantizar su protección respecto a las actividades empresariales, no solo mediante la regulación estatal, sino también por parte de las propias empresas. Dicha norma, así como los despliegues derivados desde su creación, serán el objeto de estudio del presente capítulo.

A. Los Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos y los Planes de Acción Nacional

Presentados en el 2011 al Consejo de Derechos Humanos en el informe del Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie,²⁰ los Principios fueron oficialmente adoptados por consenso mediante la resolución 17/4,²¹ incorporando los parámetros “Proteger, Respetar y Remediar”, aplicables tanto a los Estados como a las empresas transnacionales.

18 Por ejemplo, las Directrices de la OCDE para las Empresas Multinacionales, la creación de la ISO 26000, entre otras normas. En ese sentido, ver Ruy Cardia, Ana Cláudia, *Empresas, direitos humanos e gênero: desafios e perspectivas na proteção e no empoderamento da mulher pelas empresas transnacionais*, Porto Alegre, Buqui, 2015. Véase también Cantú Rivera, Humberto Fernando, ‘Empresas y derechos humanos: ¿hacia una regulación jurídica efectiva, o el mantenimiento del *status quo*?’ , *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, 2013, pp. 313-354.

19 Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *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 (21 de marzo de 2011)

20 *Ibid.*

21 Consejo de Derechos Humanos, *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/RES/17/4 (16 de junio de 2011).

En su división son delimitados inicialmente los principios generales que deben ser reconocidos por todos los sujetos y actores contemplados en ellos; luego, los principios 1 a 10 establecen los deberes de los Estados con relación a la protección de los derechos humanos; los principios 11 a 24 delimitan la responsabilidad de las empresas en el respeto a los mismos derechos; y los principios 25 a 31 tratan del acceso a los mecanismos de reparación en caso de violaciones a los derechos humanos cometidas por las empresas en los Estados en los que están instaladas.

Es en el principio 9 donde se encuentra delimitada expresamente la necesidad que tienen los Estados de mantener un marco normativo nacional adecuado para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones en la materia, particularmente cuando firman acuerdos con otros Estados u otras empresas, lo que puede ocurrir, por ejemplo, en tratados y contratos de inversión. Se abre camino, con eso, a la implementación de planes nacionales de acción sobre los derechos humanos y la actividad de las empresas transnacionales, comprobándose la importancia del *soft law* en el establecimiento de una cultura de protección.

Respecto a los planes de acción nacional actualmente implantados en Estados como Holanda, Reino Unido o Dinamarca, es posible comprender la internalización de tales normas en el ámbito interno de los Estados como una de las garantías para la construcción del éxito de los Principios Rectores. La importancia de su implementación es tan urgente que, en el Foro de Empresas y Derechos Humanos de la ONU en 2015, gran parte de las discusiones giraba en torno al dilema de elaborar un tratado internacional sobre la materia y continuar implementando dichos planes. Se discutió además sobre las prácticas efectivas en el área, enfocándose específicamente en el deber de los Estados de proteger los derechos humanos, en la responsabilidad de las empresas de respetarlos y, especialmente, en la necesidad de contar con remedios efectivos para las víctimas.²²

B. El próximo paso: la elaboración de un tratado internacional sobre la materia

En un corto lapso, tras la creación de los Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos, se retomaron las discusiones para elaborar un tratado internacional (y por ende, vinculante) sobre la aludida temática. Tal iniciativa fue corroborada en la 26ª sesión del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, celebrada en junio de 2014, que tuvo como punto fuerte la elaboración de la resolución 26/9,²³ en la que se determinó por mayoría de votos²⁴ el

22 Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Background documents, submissions and statements*, disponible en <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Forum/Pages/Submissions.aspx> (visitado el 04 de abril de 2016).

23 Consejo de Derechos Humanos, *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*, A/HRC/RES/26/9 (26 de junio de 2014).

24 Votaron favorablemente los siguientes Estados: Argelia, Benín, Burkina Faso, China, Congo, Costa de Marfil, Cuba, Etiopía, India, Indonesia, Kazajstán, Kenia, Marruecos, Namibia, Paquistán, Filipinas, Rusia, Sudáfrica, Venezuela

establecimiento de un grupo de trabajo intergubernamental cuya misión es elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante que regule a las empresas transnacionales bajo el derecho internacional de los derechos humanos. Dicha resolución atendió a la gran demanda de la sociedad civil internacional, que buscaba garantizar más protección a los individuos y a las comunidades impactadas negativamente por las empresas transnacionales. El proyecto que inspiró el texto de esta resolución fue patrocinado por Bolivia, Cuba, Ecuador, Venezuela y Sudáfrica.

Considerando todas las etapas de negociación de un tratado y atendiendo a la redacción de la resolución del Consejo de Derechos Humanos que determinó la creación del mecanismo para su elaboración, se sabe que la concretización de esa medida no será inmediata. Aún más, observando la resistencia de los Estados económicamente más poderosos en el globo, como se pudo comprobar en la propia votación de la resolución 26/9, no se puede afirmar con claridad en este momento cuál será su alcance. Por ello, en las partes siguientes del presente estudio será dada especial atención a la necesaria implementación de un plan de acción nacional por parte del Estado brasileño, que observe estrictamente los Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos y que sea verdaderamente efectivo para cohibir abusos de esa naturaleza.

IV. Brasil ante el tema: ¿compromiso o negligencia?

Habiéndose estudiado en las dos primeras partes del presente capítulo los aspectos que impulsaron la necesidad de discutir a nivel internacional la protección de los derechos humanos por las empresas transnacionales, así como las iniciativas implementadas en la última década, se pasa al análisis del aspecto específico: cuál es el grado de involucramiento del Estado brasileño en el desarrollo de alternativas a la entonces existente normativa nacional de punición de empresas violadoras de derechos humanos.

Para dicho fin se hará un análisis crítico con base en ejemplos concretos de condenas judiciales por las violaciones a derechos humanos cometidas por empresas en este país. Para ello, además de los casos genéricos que serán mencionados, se estudiarán también los impactos de la reciente tragedia ambiental ocurrida en el estado brasileño de Minas Gerais en noviembre de 2015, para concluir si Brasil actúa en forma comprometida o negligente ante la imprescindible necesidad de protección a los derechos humanos frente a violaciones cometidas por empresas.

y Vietnam. Austria, República Checa, Estonia, Francia, Alemania, Irlanda, Italia, Japón, Montenegro, Corea del Sur, Rumania, Macedonia, Reino Unido y Estados Unidos votaron en contra, y Argentina, Botsuana, Brasil, Chile, Costa Rica, Gabón, Kuwait, Maldivas, México, Perú, Arabia Saudita, Sierra Leona y Emiratos Árabes Unidos se abstuvieron.

A. Brasil y la (no) adopción de los “Principios Ruggie”

Desde la adopción de los Principios Rectores de la ONU, el Estado brasileño se ha acercado lentamente a la posición de garantizar su implementación a nivel interno por medio de la creación de un plan nacional, como ha sido impulsado por el Grupo de Trabajo de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos. Al contrario, no sólo no ha implementado ningún marco normativo en este sentido –como se puede concluir de su abstención en las votaciones para la creación del grupo de trabajo intergubernamental ya discutido anteriormente–, sino que dichas posiciones demuestran, en un análisis inicial, su ausencia de compromiso en cuanto a la protección de los derechos humanos frente a las actividades de las empresas nacionales y transnacionales que actúan en el país.

Sin embargo, se espera que este escenario se modifique en los próximos años. Las discusiones para elaborar un plan de acción nacional que incluya la necesaria protección a los derechos humanos frente a las empresas en las actividades emprendidas en Brasil tuvieron inicio en febrero de 2016, cuando se realizó la Primera Conferencia Libre sobre Derechos Humanos y Empresas. Dicha conferencia, iniciativa de la Red Brasileña del Pacto Mundial,²⁵ contó con el apoyo del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD Brasil), del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) y de la Escuela de Derecho de São Paulo de la Fundación Getúlio Vargas (Edesp – FGV), además de representantes de 32 organizaciones, entre ellas empresas y organizaciones de la sociedad civil.²⁶

Dicho debate fue el primero realizado en el país sobre el tema y culminó con la redacción de un documento que será eventualmente incorporado a las discusiones de la cuarta edición del Programa Nacional de Derechos Humanos.²⁷ En dicho documento, se siguen algunas directrices para la creación de un plan de acción nacional sobre empresas y derechos humanos, tales como: (i) la necesidad de un proceso de elaboración participativo, en el que gobierno, empresas, sociedad civil y comunidades impactadas tengan voz, siendo tal proceso inclusivo y representativo desde su inicio; (ii) la necesidad de aclarar los roles y las responsabilidades de las empresas con relación a los derechos humanos en su cadena de valor, así como en su entorno; (iii) la necesidad de desarrollar instrumentos para la diligencia debida en derechos humanos y la difusión de buenas prácticas; y, (iv) la necesidad de coordinación por un grupo intergubernamental que garantice el diálogo con otras agencias del gobierno, grupos

25 Sobre el Pacto Mundial, véase Ruy Cardia, Ana Cláudia, *Empresas, direitos humanos e gênero: desafios e perspectivas na proteção e no empoderamento da mulher pelas empresas transnacionais*, Porto Alegre, Buqui, 2015.

26 Pacto Global Rede Brasileira, *Empresas participam da construção de políticas públicas em direitos humanos*, disponible en <http://www.pactoglobal.org.br/Artigo/216/Empresas-participam-da-construcao-de-politicas-publicas-em-direitos-humanos> (visitado el 4 de abril de 2016).

27 Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, *Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)*, Brasília, SEDH/PR, 2010, disponible en <http://www.sdh.gov.br/assuntos/direito-para-todos/programas/pdfs/programa-nacional-de-direitos-humanos-pndh-3> (visitado el 4 de abril de 2016).

representativos empresariales y sectoriales, organizaciones de la sociedad civil, víctimas y agencias especializadas de la ONU.²⁸

Todos esos cuestionamientos, tan necesarios para la efectiva protección de los derechos humanos frente a las empresas que actúan en Brasil, se encuentran en estado embrionario, por lo que en el presente estudio se analizarán los principales mecanismos existentes en el país en materia de prevención y, especialmente, de punición para aquellas entidades que, como resultado de sus actividades, participen directa o indirectamente en su violación.

Además, se analizarán casos específicos en que han ocurrido determinadas ofensas a los derechos humanos, así como sus consecuencias jurídicas. Y, frente a ese panorama, se estudiará con mayor profundidad la reciente tragedia ambiental ocurrida en noviembre de 2015 en el estado de Minas Gerais, analizando cuál es la posición del Estado brasileño respecto de la aplicación de su normativa existente en la punición de las empresas involucradas.

B. La historia de violaciones de derechos humanos por empresas en Brasil y las posibles acciones y puniciones existentes

Las empresas actuantes en Brasil que con sus actos atenten contra la dignidad humana o incurran en cualquier tipo de violación a los derechos humanos, ya sea de sus empleados o de las comunidades afectadas por sus actividades, pueden ser responsabilizadas por la vía civil, penal y administrativa.

En materia civil, podrán ser condenadas mediante una acción de responsabilidad civil.²⁹ Estas pueden originarse por actos ilícitos³⁰ o tener naturaleza objetiva, en la que no se analiza la acción culposa, sino solamente su resultado.³¹ En esa última categoría se encuadra la responsabilidad del empleador por sus empleados o agentes en el ejercicio de sus actividades o en razón de éstas.³²

La Constitución Federal Brasileña³³ prevé que las personas jurídicas respondan penalmente por infracciones practicadas contra el orden económico y el medio ambiente. La Ley n° 9.605/98,³⁴ por su parte, regula la punición penal (y también civil y administrativa) a las infracciones contra el medio

28 Ídem.

29 *Código Civil Brasileiro*. Art. 927: “Aquel que, por acto ilícito, cause daño a otros queda obligado a repararlo.”

30 *Código Civil Brasileiro*, Art. 186: “Aquel que, por acción u omisión voluntaria, negligencia o imprudencia, viole el derecho y cause daño a otros, aunque exclusivamente moral, comete acto ilícito.”

31 *Código Civil Brasileiro*, Art. 927: “Habrá obligación de reparar el daño, independientemente de culpa, en los casos especificados en la ley, o cuando la actividad normalmente desarrollada por el autor del daño implique, por su naturaleza, riesgo para los derechos de otros.”

32 Comisión Internacional de Juristas, *Acesso à Justiça: violação de direitos humanos por empresas. Brasil. Um projeto da Comissão Internacional de Juristas*, Ginebra, 2011.

33 Gobierno de Brasil, *Constituição Federal, artículo 170 y siguientes*.

34 Gobierno de Brasil, *Lei n° 9.605*, de 12 de febrero de 1998.

ambiente. Quiere decir, por lo tanto, que, penalmente, las empresas no son responsabilizadas por otras violaciones de naturaleza penal. Solo es permitida la criminalización de sus dirigentes y funcionarios que hayan cometido eventuales crímenes en nombre de aquellas entidades.

Administrativamente, la persona jurídica puede ser responsabilizada por medio de sanciones aplicadas en proceso conducido por la autoridad administrativa competente. Es en ese campo que existe la posibilidad de que las partes celebren Términos de Ajuste de Conducta (TACs), así como también Términos de Compromiso de Cese (TCCs).³⁵ Cabe recordar también que las decisiones de naturaleza administrativa pueden ser objeto de recurso por la vía judicial.³⁶

Finalmente, las empresas también pueden ser responsabilizadas por la justicia laboral por violaciones cometidas contra los derechos de sus empleados, siendo de aplicación, en este caso, los artículos de la Consolidación de las Leyes Laborales en conjunto con otras normas laborales nacionales e internacionales a las que Brasil se haya adherido. Lo mismo ocurre en lo concerniente a la aplicación del Código de Defensa del Consumidor.

En Brasil, las principales instituciones públicas judiciales de defensa a los intereses de las personas en casos de violación a sus derechos por empresas son el Ministerio Público (estatal o federal) y la Defensoría Pública (de los estados o de la federación). Dichas instituciones, con la intención de garantizar la protección a los derechos humanos, pueden emprender acciones judiciales típicas tales como *habeas corpus*, *habeas data*, mandatos de seguridad, acciones populares, acciones de control concentrado de constitucionalidad y acciones civiles públicas en el transcurso de los procesos de naturaleza civil, penal y administrativa antes mencionados.³⁷

Extrajudicialmente, las averiguaciones policiales también son importantes instrumentos de investigación, tanto en casos de naturaleza civil como penal. Ambas categorías atienden a las más diversas demandas, y también son de aplicación en acciones relativas a la defensa del medio ambiente. Los Términos de Ajuste de Conducta son igualmente de extrema relevancia en la prevención y reparación de lesiones a los intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos. Por medio de este instrumento también es posible fijar sanciones a los violadores, como multas, entre otras. Por último debe dársele seguimiento periódico a su cumplimiento.³⁸ Aún en el campo extrajudicial, las normas brasileñas garantizan también la fiscalización ministerial y por agencias reguladoras. Por ejemplo, a

35 En resumen, los Términos de Ajuste de Conducta, también conocidos como Compromisos de ajuste de Conducta, son acuerdos celebrados entre el Ministerio Público y los violadores de determinados derechos colectivos. Dicho instrumento tiene el objeto de dar término a cualquier situación ilegal cometida por agentes, entre los que se incluyen las empresas. Los acuerdos de esa naturaleza son celebrados extrajudicialmente, justamente en un intento de evitar la ocurrencia de acciones judiciales. Su previsión legal se encuentra en el artículo 5º, §6º de la ley n° 7.347 de 1985, que rige el procedimiento de la Acción Civil Pública.

36 Comisión Internacional de Juristas, *op. cit.*

37 Comisión Internacional de Juristas, *op. cit.*, pp. 19-32.

38 *Ibid.*, pp. 32-38.

nivel ambiental, el Estado cuenta con el Ministerio del Medio Ambiente, mientras que los aspectos laborales son regulados por el Ministerio del Trabajo y Empleo.³⁹

Considerando la realidad nacional sobre el tema, en los últimos años la justicia laboral ha condenado a grandes empresas de talla internacional, como la española Zara⁴⁰ y la holandesa C&A,⁴¹ por prácticas de trabajo en condiciones análogas a la esclavitud en sus unidades de producción. Además de estas, otras grandes transnacionales de origen brasileño dentro del ramo de la construcción con operaciones en el exterior, como las empresas del Grupo Odebrecht, han sido sujetas a proceso.⁴²

Además de los anteriores ejemplos, se puede mencionar el accidente provocado en el año 2000 por la Refinería de Duque de Caxias, propiedad de Petrobras, que causó el vertido de más de 1.3 millones de litros de petróleo en la bahía de Guanabara. En la época fueron enjuiciadas algunas acciones individuales y colectivas, pero hasta la fecha algunas de ellas se encuentran en fase de cumplimiento de sentencia, especialmente por la gran cantidad de recursos interpuestos por Petrobras que se encuentran actualmente en el Tribunal Superior de Justicia.⁴³

Respecto a lo mencionado arriba, Stiglitz⁴⁴ cree que una de las salidas efectivas para responsabilizar a las empresas transnacionales sería un mayor enjuiciamiento de acciones civiles públicas, tanto nacional como internacionalmente, en las que los consumidores perjudicados por las actividades negativas de las empresas transnacionales se reúnan en un único procedimiento judicial y así tener la suerte de lograr indemnizaciones más cuantiosas en caso de victoria. Dicha afirmación es una realidad en el escenario brasileño, ya que las acciones colectivas no solo atraen una mayor atención de la sociedad sobre los problemas comunes enfrentados como resultado de las violaciones cometidas por las empresas, sino también en virtud de su potencial celeridad de enjuiciamiento y de reparación de los daños sufridos. En las acciones colectivas también se discuten derechos más amplios que en las individuales, lo que permite una mayor garantía de protección a los derechos humanos y a los derechos fundamentales.⁴⁵

39 *Ibid.*, pp. 39-42.

40 Proceso nº 0001662-91.2012.502.0003, de la 3ª Vara do Trabalho de São Paulo. La sentencia de primera instancia que condenó a la empresa española Zara por mantener empleados en sus fábricas en condiciones análogas a la esclavitud fue dictada el 11 de abril de 2014.

41 Proceso nº AIRR-1179-08.2012.5.18.0006, juzgado por el Tribunal Superior do Trabalho. En el acuerdo en cuestión, la empresa holandesa C&A fue condenada a pagar R\$100.000,00 por el incumplimiento de normas laborales, por haber reducido a sus empleados a condición análoga a la de esclavos.

42 A ese respecto, es válida la actuación del Ministerio Público en materia de trabajo de Brasil a la empresa Odebrecht en virtud de la práctica de trabajo esclavo y de trata de personas en la construcción de fábricas de caña de azúcar en Angola. Ministério Público do Trabalho do Brasil, *MPT processa Odebrecht por trabalho escravo*, 18 de junio de 2014, disponible en http://portal.mpt.gov.br/wps/portal/portal_do_mpt/comunicacao/noticias/conteudo_noticia/lut/p/c4/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hH92BPJydDRwN_E3cjA88QU1N3L7OgMC93I_2CbEdFAAovLRY!/?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/wps/wcm/connect/mpt/portal+do+mpt/comunicacao/noticias/grupo+odebrecht+e+p rocessado+em+rs+500+milhoes (consultado el 29 de septiembre de 2014).

43 Comisión Internacional de Juristas, *op. cit.*, pp. 76-77.

44 Stiglitz, Joseph E., *op. cit.*, pp. 328-330.

45 Sobre esta cuestión, véase la conclusión del informe elaborado por la Comisión Internacional de Juristas respecto del acceso a la justicia en casos de violaciones a los derechos humanos por empresas: Comisión Internacional de Juristas, *op. cit.*, pp. 80-82.

Del breve estudio de las normas de aplicación, así como de algunas situaciones fácticas en las que efectivamente se utilizaron, se constata que, no obstante que la normativa nacional cuenta con mecanismos legales de protección a los individuos por posibles violaciones a sus derechos, debido a muchas lagunas o a la burocrática actuación del Poder Judicial se continúa permitiendo que graves violaciones a los derechos humanos permanezcan impunes o sean sancionadas de forma insuficiente y desproporcionada respecto del poder económico de las personas jurídicas consideradas en el caso.

Con base en esa estructura normativa será analizada a continuación la reciente tragedia ambiental ocurrida en Brasil en la que participaron empresas nacionales y transnacionales, y se hará una evaluación crítica de la protección legal e institucional a los derechos humanos por parte del Estado brasileño frente a la actuación empresarial en el país.

C. Tragedia reciente: el “accidente” ambiental en Mariana y sus consecuencias

El cinco de noviembre de 2015, ocurrió el colapso de la presa de desechos de “Fundão”, localizada en el municipio de Mariana, ciudad histórica del estado brasileño de Minas Gerais. La presa, propiedad de la empresa Samarco, una *joint venture* de la empresa brasileña Vale y la anglo-australiana BHP Billiton, establecida en 1977,⁴⁶ hacía parte de un conjunto de presas con otras dos, Santarém y Germano.

Este acontecimiento afectó la vida de cerca de tres millones de personas en la región: fueron desalojadas aproximadamente trescientas familias, y se causó la muerte y desaparición de más de veinte personas. Asimismo, en el municipio de Bento Rodrigues fueron destruidas el 80% de las casas. Se estima que el vertido se elevó a 62 millones de metros cúbicos de lama tóxica provenientes de la minería.

Lo ocurrido en Mariana una de las mayores tragedias de esa naturaleza (es dos veces más grande que el segundo peor accidente del tipo, ocurrido en 2014 en la mina de Mount Polley, en la Columbia Británica, Canadá), ya que el vertido de desechos alcanzó la cuenca del río Doce, que cruza los estados de Minas Gerais y Espírito Santo y desemboca en el océano Atlántico. Sus consecuencias ambientales fueron diversas; por ejemplo, se observó un cambio en el cauce del río Doce, lo que podría generar modificaciones en su patrón de inundación, y por consecuencia más problemas. Causó también la contaminación del agua y la muerte de peces y especies de la flora que lo habitaban. El vertido de desechos en el océano Atlántico causará daños aún mayores que los estimados hasta hoy, porque afectará también al ecosistema marino. Los daños ambientales aumentan en la medida que los desechos avanzan en el océano, al igual que en la medida en que la lama se asienta en los lugares por donde pasó, impermeabilizando los suelos atingidos y, consecuentemente, ampliando su acidez.

⁴⁶ Información disponible en el sitio web de la empresa Samarco. *Sobre a Samarco*, disponible en <http://www.samarco.com/institucional/a-empresa/> (visitado el 08 de abril de 2016).

No se pueden olvidar tampoco sus implicaciones económicas. La contaminación de las aguas del río Doce provocará no solo el desabastecimiento de la región al afectar la agricultura, las industrias siderúrgica y metalúrgica y el comercio de las regiones afectadas, sino también trae consigo complicaciones para la población cuya subsistencia depende de la pesca.⁴⁷

En un intento inmediato de reparar los daños, se tomaron medidas judiciales y extrajudiciales. A nivel judicial, se iniciaron acciones civiles públicas y de indemnización. Extrajudicialmente, Samarco fue multada con 300 millones de reales por daños ambientales por la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable (SEMAD) y por el Instituto Brasileiro del Medioambiente y de los Recursos Naturales Renovables (IBAMA),⁴⁸ y fue suspendida su licencia ambiental. Además, el Ministerio Público de Minas Gerais y el Ministerio Público Federal celebraron un Término de Compromiso Socio-ambiental Preliminar con dicha empresa,⁴⁹ por lo cual tuvo que depositar una caución de mil millones de reales para garantizar la ejecución de medidas de prevención, contención y reparación de los daños.⁵⁰

Tanto la Policía Civil de Minas Gerais como la Policía Federal y los respectivos ministerios públicos iniciaron investigaciones tras el colapso de la presa de Fundão. La Fiscalía del municipio de Mariana también inició averiguaciones respecto a la protección de los derechos humanos de las personas desalojadas.⁵¹ En el transcurso de las investigaciones se constató, sin embargo, que no se consultó a la población residente en las regiones afectadas sobre los posibles impactos ambientales, lo cual por ende les impidió participar en la elaboración de políticas públicas y en la fiscalización de las actividades gubernamentales de protección al medio ambiente. Resulta evidente la completa negligencia empresarial respecto de la salud y la seguridad de la población local, así como también en lo relativo a la protección ambiental.

La acción civil pública iniciada a finales de 2015 por la “Advocacia-Geral da União” y por los estados de Minas Gerais y Espírito Santo contra las empresas Samarco, Vale y BHP, en la que el Gobierno

47 IBAMA, *Laudo Técnico Preliminar: Impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais*, 2015.

48 IBAMA, *Mineradora Samarco é multada em R\$250 milhões por catástrofe ambiental*, disponible en <http://www.ibama.gov.br/publicadas/samarco-e-multada-em-r250-milhoes-por-catastrofe-ambiental>, (visitado el 08 de abril de 2016).

49 *Termo de Compromisso Socioambiental Preliminar*, disponible en http://www.pres.mpf.mp.br/anexosNoticia/ID-002834__TERMO%20SAMARCO.pdf (visitado el 07 de abril de 2016).

50 Ministério Público do Estado de Minas Gerais, *MPMG e MPF assinam Termo de Compromisso Preliminar com a Samarco, garantindo montante mínimo de R\$1 bilhão para tutela ambiental emergencial*, disponible en <https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/mpmg-e-mpf-assinam-termo-de-compromisso-preliminar-com-a-samarco-garantindo-montante-minimo-de-r-1-bilhao-para-tutela-ambiental-emergencial.htm#Vw6fkfkrJD9> (consultado el 07 de abril de 2016).

51 Guilherme Paranaíba, ‘Onze inquéritos apuram responsabilidades pelo rompimento de barragem da Samarco’, *Estado de Minas*, 29 de noviembre de 2015, disponible en http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2015/11/29/interna_gerais,712489/onze-inqueritos-apuram-responsabilidades-pelo-rompimento-de-barragem-d.shtml (visitado el 27 de mayo de 2016).

brasileño requirió el pago de 20 mil millones de reales en indemnizaciones para la reparación,⁵² concluyó en marzo de 2016 con un acuerdo mediante el que las empresas tendrán que desembolsar aproximadamente 4,4 mil millones de reales en los tres primeros años posteriores a la tragedia, que se destinarán a la recuperación ambiental de las áreas impactadas. Conforme al acuerdo, esta suma será ajustada en los años subsecuentes, y podría llegar a alcanzar el monto solicitado en la acción civil pública.⁵³ Sin embargo, el Ministerio Público Federal lo consideró perjudicial para las víctimas, ya que sus términos favorecían única y exclusivamente a las empresas, sin la debida consideración a ellas, además de que tampoco se llevaron a cabo las consultas contempladas en el texto.⁵⁴ Una posición semejante fue asumida por organizaciones de la sociedad civil.⁵⁵ Independientemente de lo anterior, se prevé la presentación de un gran número de acciones judiciales que serán iniciadas por las personas físicas o jurídicas que se vieron afectadas por el desastre.

Además de las acciones judiciales nacionales, se iniciaron acciones colectivas en los Estados Unidos en virtud de la violación de la Ley de Valores Mobiliarios de ese país (*Securities Exchange Act*) por parte de la empresa brasileña Vale, con el argumento de que jamás informó a sus accionistas extranjeros sobre los eventuales riesgos existentes en las presas de Mariana durante el año 2015. Al contrario, habría afirmado a la propia Comisión de Valores Mobiliarios (*U.S. Securities and Exchange Commission*) que operaba en las presas bajo un serio control de los riesgos y la salud ambiental, así como también que los minerales depositados no contenían elementos químicos tóxicos.⁵⁶

Todas las acciones intentadas para condenar a Samarco, Vale y BHP Billiton por daños graves al medio ambiente demuestran que los proyectos empresariales de desarrollo económico deben ser acompañados de rigurosos procesos de *debida diligencia* y de fiscalizaciones periódicas, ya sea por parte de sus dirigentes o por órganos nacionales de control ambiental y de protección a los derechos humanos. Es inadmisibles que el desarrollo económico impida o limite la protección al medio ambiente y a los derechos de las personas directamente afectadas por la actuación empresarial. Esa fue, inclusive,

52 *Petição inicial da Ação Civil Pública com pedido de antecipação de tutela ajuizada pela União Federal e pelos estados de Minas Gerais e Espírito Santo contra a Samarco, Vale e BHP*, Processo nº 69758-61.2015.4.01.3400.

53 VALE, Samarco, Vale e BHP Billiton assinam acordo com a União e governos de Minas Gerais e do Espírito Santo, disponible en <http://www.vale.com/samarco/PT/Paginas/samarco-vale-bhp-billiton-assinam-acordo-uniao-governos-minas-gerais-espírito-santo.aspx?gclid=CICw3aupjMwCFQFkgodRsUEkQ> (visitado el 08 de abril de 2016).

54 Ministério Público Federal, *Ministério Público questiona acordo entre União, Estados de MG e ES, Samarco, Vale e BHP Biliton*. disponible en <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/nota-a-imprensa-2013-ministerio-publico-questiona-acordo-entre-uniao-estados-de-mg-e-es-samarco-vale-e-bhb-billiton> (consultado el 08 de abril de 2016).

55 Justiça Global, *Organizações e movimentos da sociedade civil repudiam acordo assinado entre mineradoras Samarco/Vale/BHP e os Poderes Públicos*, disponible en <http://global.org.br/programas/organizacoes-e-movimentos-da-sociedade-civil-repudiam-acordo-assinado-entre-mineradoras-samarcovalebhp-e-os-poderes-publicos>, (visitado el 08 de abril de 2016).

56 *Ação Coletiva por violação da Lei Federal de Valores Mobiliários* (Class Action Complaint for violations of the Federal Securities Law), disponible en <http://www.dandodiary.com/wp-content/uploads/sites/265/2015/12/valecomplaint.pdf> (consultado el 08 de abril de 2016).

la conclusión del informe elaborado por el Grupo de Trabajo de la ONU sobre empresas y derechos humanos como resultado de su visita a Brasil del 7 al 16 de diciembre de 2015.⁵⁷

Se concluye así que la tragedia ambiental ocurrida en el municipio de Mariana, Minas Gerais, no fue accidental, sino el producto de una actuación negligente de la empresa Samarco, que contando con los permisos necesarios de los órganos ambientales brasileños (también condescendientes con tal práctica), no actuó conjuntamente con las poblaciones aledañas, y no siguió con la *debida diligencia* necesaria el desarrollo de los trabajos de almacenamiento de minerales en las presas de Fundão, Santarém e Germano.⁵⁸

V. ¿Avance por medio de la tragedia?

Del breve análisis de los mecanismos judiciales y extrajudiciales de los que dispone el Estado brasileño para la protección de los derechos humanos y del medio ambiente, se denota que las instituciones, pese a su seriedad, no han logrado gran éxito en la reducción de las violaciones cometidas por las empresas asentadas en el país. Las actuaciones ministeriales y las de las agencias reguladoras muchas veces esconden los intereses empresariales de sus propios miembros –por lo que conceden licencias y permisos sin una verdadera fiscalización por su parte. En el ámbito extrajudicial, pese a la importancia de los Términos de Ajuste de Conducta, se constata que los valores negociados son insuficientes respecto a los daños provocados. Con eso se pone en duda la credibilidad de dichos acuerdos; la principal crítica es que favorecen a las empresas y no a la sociedad.

En el ámbito judicial, pese a las innumerables acciones existentes para la defensa de los intereses colectivos, la morosidad del Poder Judicial brasileño termina por hacer que los derechos invocados sean olvidados a lo largo del tiempo, lo que neutraliza la posición de las empresas en el escenario nacional y deja sin garantías las indemnizaciones debidas a las personas afectadas.

Aún más, considerando que Brasil aún no ha implementado los Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos, cualquier control por parte del Estado en la realización de procedimientos de *debida diligencia* se dificulta. Ante tal situación, no habrá una verdadera fiscalización hasta que las actividades empresariales sean sometidas a auditorías serias que busquen la prevención de daños a su personal, las personas afectadas por sus actividades y al medio ambiente.

⁵⁷ Office of the High Commissioner for Human Rights, *Statement at the end of visit to Brazil by the United Nations Working Group on Business and Human Rights*, 16 de diciembre de 2015, disponible en <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16891&LangID=E> (consultado el 9 de abril de 2016). El informe del Grupo de Trabajo por su visita al país fue presentado en la 32ª sesión del Consejo de Derechos Humanos: Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas acerca de su misión al Brasil*, A/HRC/32/45/Add.1 (12 de mayo de 2016).

⁵⁸ Postura semejante fue adoptada en un comunicado de prensa emitido por los relatores especiales de la ONU sobre medio ambiente y residuos tóxicos: Office of the High Commissioner for Human Rights, *Brazilian mine disaster: "This is not the time for defensive posturing" – UN rights experts*, 25 de noviembre de 2015, disponible en <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16803&LangID=E> (visitado el 7 de abril de 2016).

Para volver aún más incierto el escenario de inseguridad de la población respecto de la actividad empresarial puramente lucrativa, el Senado Federal –ante la actual crisis económica por la que pasa el país– en agosto de 2015 lanzó la “Agenda Brasil”, que contiene algunas determinaciones de modificar los marcos legales tradicionales que, en su visión, constituyen barreras al desarrollo económico del país.

Entre las modificaciones pretendidas, se encuentran: (i) la revisión y la implementación del marco jurídico del sector de minería para atraer inversiones productivas; (ii) la revisión de los marcos jurídicos que regulan los territorios indígenas con la finalidad de compatibilizarlos con las actividades productivas; (iii) la revisión de la legislación sobre licencias para inversiones en la zona costera, áreas naturales protegidas y ciudades históricas, para incentivar nuevas inversiones productivas; (iv) la eliminación de visas de entrada al país para mercados estratégicos, con miras a estimular el desarrollo turístico aprovechando el tipo de cambio monetario favorable, y la realización de mega eventos; (v) la simplificación de los trámites de las licencias para la construcción de equipos e infraestructura turística en ciudades históricas, zonas costeras y unidades de conservación, mejorando la atracción de inversiones; (vi) la aceleración de los procesos para el otorgamiento de licencias ambientales para obras de infraestructura; (vii) la simplificación de los procedimientos para la obtención de licencias ambientales, con la consolidación o codificación de la legislación del sector (que, en las palabras del mencionado documento, es compleja y muy dispersa), entre otras medidas.⁵⁹

En lo descrito, se confirma la negligencia del Estado brasileño respecto a la protección de los derechos humanos ante las actividades desarrolladas por las empresas en el país. Igualmente, se observa una total ausencia (o en el mejor de los casos, una presencia incipiente) de foros en los que se discuta la efectiva implementación de los Principios Rectores, así como también la aquiescencia del Gobierno y de las instituciones judiciales brasileñas hacia sus actividades, lo que permitiría que tragedias como la que tuvo lugar recientemente en Mariana, sigan ocurriendo en nuestro territorio.

En tal sentido, avanzamos insatisfactoriamente en la efectiva protección de los derechos humanos ante la actividad de las empresas; por ello, hasta que un verdadero marco protector sea implementado, la posibilidad de que ocurran nuevas desgracias seguirá existiendo.

VI. Conclusión

El presente estudio tuvo como objetivo presentar un panorama internacional de la protección de los derechos humanos ante la actividad de las empresas transnacionales. Se pudo comprobar la relación intrínseca entre la protección de los derechos fundamentales y las consecuencias de la intensificación de las actividades empresariales, así como también el crecimiento de su influencia sobre los Estados, considerados como sujetos clásicos del derecho internacional público. La creciente importancia de tales

⁵⁹ Senado Federal, *Agenda Brasil*, disponible en <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/08/12/agenda-brasil> (consultado el 08 de abril de 2016).

actores permite afirmar que su elevación doctrinaria a la categoría de sujetos del derecho internacional es meramente una cuestión de tiempo.

Se observaron también los recientes esfuerzos a nivel internacional en el intento de llamar la atención de los Estados hacia la necesaria actuación preventiva y de sanción respecto de las actividades desarrolladas por las empresas en sus territorios. La creación de los Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos, así como las recientes discusiones sobre la elaboración de un tratado internacional, confirman la necesidad de analizar el tema y hacer de él una realidad ante la sociedad internacional actual.

Enseguida, se evaluó la posición de Brasil, y se concluyó que no tiene una participación activa en los foros internacionales de discusión en este campo, y que tampoco actúa firmemente para internalizar los “Principios Ruggie”. Y, pese a que las instituciones gubernamentales, administrativas y judiciales brasileñas poseen mecanismos de sanción de eventuales abusos, estos se muestran insuficientes e ineficientes en manos de la burocracia nacional que más bien se aboca a hacer efectivos los intereses individuales en detrimento de los de la colectividad.

Se hizo también un breve análisis de la tragedia ambiental ocurrida en 2015 en Mariana, –cuya responsabilidad corresponde a la empresa Samarco. En este caso se comprobó que las medidas tomadas llevaron, en cierto grado, a favorecer a la empresa sin garantizar el respeto a los derechos de las poblaciones afectadas. Tal negligencia ya existía antes del hecho, en vista de que las comunidades jamás fueron consultadas, las licencias ambientales se emitieron sin un análisis de la verdadera situación ambiental a nivel local, y tampoco se desarrollaron procesos de *debida diligencia* por parte de las empresas involucradas; además, los documentos elaborados jamás fueron verdaderamente fiscalizados por el Gobierno brasileño ni se les dio seguimiento por las comunidades locales.

Esta situación calamitosa no pasó desapercibida a los ojos de las autoridades internacionales. El Grupo de Trabajo de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos, en el informe posterior a su visita de diciembre de 2015, concluyó que la práctica brasileña ante tales acontecimientos trágicos jamás se construye en asociación con las comunidades afectadas, sino que es impuesta por las instituciones gubernamentales a los menos favorecidos. Y, aún con la situación descrita en dicho documento, denigrante para el Estado, sus instituciones han adoptado decisiones y comportamientos que se oponen diametralmente a la efectiva protección a los derechos humanos, como quedó comprobado con la “Agenda Brasil” presentada por el Senado Federal, por ejemplo.

Caminamos en sentido contrario a la protección a los derechos humanos y a favor de un desarrollo desenfrenado e irresponsable. El incipiente avance se da por medio de la tragedia, como resultado de situaciones (no) accidentales y de la (ir)responsabilidad de las empresas nacionales y transnacionales. La pregunta que se hace, por lo tanto, es hasta cuándo la tragedia será la madre del desarrollo en Brasil.

Tratados de libre comercio y protección de derechos humanos: los casos de la explotación minera en El Salvador y Costa Rica

*Stéphanie Gervais**

SUMARIO: I. Introducción. II. Teoría del enfriamiento regulatorio. III. Estudios de casos. A. *Pacific Rim Cayman LLC v. El Salvador*. B. *Infinito Gold Ltd. v. Costa Rica*. IV. Análisis. V. Conclusión.

I. Introducción

La extracción minera es una inversión de alto riesgo, con costos impredecibles asociados a los cambios de política, tales como la nacionalización y el aumento de la regulación por los gobiernos anfitriones. En América Latina, muchos gobiernos han reconocido las demandas de las organizaciones de la sociedad civil (OSC) de cancelar los contratos de extracción y cambiar sus códigos de minería para defender los derechos humanos y las normas ambientales. Los acuerdos de inversión firmados por un país en el que está constituida una compañía extractiva y un país receptor de la inversión, con los incentivos ofrecidos a los inversionistas, dan un sentido de seguridad sobre sus demandas y sobre las condiciones de reparto de los beneficios obtenidos de la extracción de minerales.

Estos acuerdos, que pueden adoptar la forma de tratados bilaterales de inversión (TBI) o capítulos de inversión en tratados de libre comercio (TLC), a menudo contienen cláusulas que mandatan a los gobiernos a compensar a la empresa si los cambios políticos resultan en una pérdida de beneficios para el proyecto de inversión. Con más de 3160 tratados de inversión entre países de todas las regiones y niveles de desarrollo económico, los gobiernos que han firmado tratados con este tipo de cláusulas deben sopesar los costos de implementación de políticas que apoyan los derechos humanos y ambientales. Si los tribunales de arbitraje de inversión deciden que las nuevas políticas implementadas por un gobierno rompen los compromisos acordados en un tratado, emitirán un laudo arbitral que lo obliga a indemnizar al inversionista. Los laudos en cuestión, que oscilan entre varios millones y miles de

* Maestra en Asuntos Internacionales y candidata a Doctora en Antropología con especialización en Economía Política por Carleton University (Canadá); una versión preliminar de este artículo apareció en Andreassen, Bard A. y Vinh, Vo Khanh (eds.), *Duties Across Borders: Advancing Human Rights in Transnational Business*, Cambridge, Intersentia, 2016, bajo el título “Investment Treaties and Human Rights. Reflections from Mining in Latin America”.

millones de dólares, pueden tener el efecto de disuadir a los gobiernos de intervenir en proyectos de inversión que supuestamente violan los derechos humanos.¹

Hay muchos motivos para el surgimiento de conflictos entre las políticas de derechos humanos y los acuerdos de inversión. Un ejemplo común en casos recientes es la aplicación de una moratoria por parte del gobierno anfitrión cuando se prevé que las actividades de extracción minera causarán violaciones de derechos humanos. La extracción de metales a gran escala, por ejemplo, supone el riesgo de causar daño a la salud humana, contaminar las fuentes de agua y tierras de cultivo, además de que entran en conflicto con los derechos de autodeterminación de los pueblos indígenas.² Los inversionistas que han obtenido títulos de propiedad (o autorizaciones de exploración) para buscar depósitos, pero a quienes posteriormente se les negaron las licencias de extracción necesarias para comenzar las operaciones, pueden reclamar que es una forma de expropiación por parte del gobierno y una violación del tratado de inversión.

Las afirmaciones de violación de un tratado pueden presentarse en los casos en que dicha denegación se basa en el incumplimiento de una evaluación del impacto ambiental y social del proyecto, de conformidad con los requisitos legales internos para obtener los permisos de extracción. Dado que muchos acuerdos de inversión contienen cláusulas para proteger a los inversionistas contra la expropiación indirecta asociada a la denegación de permisos, estos inversionistas lanzan acciones de arbitraje contra el Estado para recibir compensaciones por la pérdida de los beneficios previstos. Cuando estas dos obligaciones legales están en conflicto –la obligación de respetar los tratados de inversión, por un lado, y hacer cumplir los tratados de derechos humanos como es requerido por la legislación nacional, por el otro–, los Estados tienen la opción de defender su derecho a regular frente a los tribunales de arbitraje o dar marcha atrás a estas políticas, como sugiere la teoría del “enfriamiento regulatorio” (*‘regulatory chill’* en inglés), con el fin de evitar los altos costos asociados con las acciones legales.³

En años recientes, las Naciones Unidas crearon el mandato del Representante Especial sobre las empresas y los derechos humanos para formular recomendaciones a los gobiernos y las empresas dirigidas a equilibrar la necesidad de proteger los derechos humanos y a la vez mantener climas propicios para la inversión. Durante su mandato, el Representante Especial desarrolló los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos,⁴ en torno a los que se estableció un Grupo de

1 Suda, Ryan, ‘The Effect of Bilateral Investment Treaties on Human Rights Enforcement and Realization’ in De Schutter, Olivier (ed.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford, Hart, 2006; Anderson, Sarah et al., *Mining for Profits in International Tribunals*, Washington, D.C., Institute for Policy Studies, 2011.

2 FIDH, *Large-scale Mining in Ecuador and Human Rights Abuses: The Case of Corriente Resources Inc.*, 2010.

3 Tienhaara, Kyla, ‘Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science’ in Brown, Chester y Miles, Kate (eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

4 Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *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 (21 de marzo de 2011).

Trabajo para supervisar su difusión y aplicación. Un eje central de dichos Principios es el deber del Estado de proteger contra las violaciones de derechos humanos cometidas por terceros, como las empresas comerciales. Para ello, se les recomienda que conserven un espacio político adecuado para implementar los mecanismos de protección,⁵ aunque, por desgracia, no se les proporciona orientación sobre la forma de aplicar las políticas de derechos humanos sin violar las cláusulas de tratados de inversión ya vigentes, especialmente considerando que los procedimientos de arbitraje para resolver estos conflictos van en aumento.

Este capítulo examina los casos de Estados centroamericanos que tratan de aplicar políticas de derechos humanos en el sector extractivo en línea con los Principios Rectores de la ONU, para entender el impacto que los acuerdos internacionales de inversión están teniendo en su cumplimiento. Aunque el estudio de la teoría del *enfriamiento regulatorio* se aplica comúnmente a las políticas ambientales, esta investigación reúne las políticas ambientales y de salud en el marco internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, notoriamente consolidado por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en lo sucesivo PIDESC). Es un intento de cerrar la brecha entre la concepción común de que los derechos humanos implican exclusivamente los civiles y políticos y la nueva tendencia observada en algunos países latinoamericanos que los han ligado en sus nuevas constituciones a la protección del medio ambiente. Como región, América Latina da una muestra importante de los impactos de la minería en los derechos humanos a partir de ejemplos como los de los gobiernos de Colombia, Costa Rica, Bolivia y Ecuador, quienes de forma explícita han legitimado constitucionalmente la defensa de los derechos de la naturaleza y de los recursos naturales como forma de asegurar el respeto al derecho humano a la salud. Esto expande la comprensión de los efectos sobre la salud humana de esta actividad económica, de la que muchos países dependen para alcanzar un mayor nivel de desarrollo económico.

Las políticas dirigidas a la preservación de un medio ambiente limpio –tales como la prohibición de las formas de minería contaminante– se interpretan como un intento de proteger los derechos a la salud, a un nivel de vida adecuado, al agua y otros derechos específicos, particularmente en los casos bajo estudio en el presente capítulo. En estos se prueba la hipótesis de que los acuerdos internacionales de inversión (AII) obstaculizan la aplicación de las políticas de derechos humanos, lo que provoca un enfriamiento regulatorio. Dadas las dificultades para predecir los motivos detrás de las decisiones políticas, uno no puede asumir que los AII por sí mismos llevan a los gobiernos anfitriones a abstenerse de aplicar legislaciones compatibles con la protección de los derechos humanos. Por el contrario, la evidencia de que los AII influyen en la legislación es más convincente cuando se presentan casos de arbitraje para resolver disputas sobre las políticas nacionales y los acuerdos de inversión. En la medida que la amenaza al gobierno de que tenga que pagar un laudo a la empresa se vuelve más creíble, el carácter contradictorio de los acuerdos de inversión y las políticas de protección de derechos se hace

5 *Ibid.*, §9.

más visible. Por lo tanto, para estudiar el efecto de los AII, este capítulo analiza un par de casos en los que las políticas ya están en vigor y examina si los gobiernos se abstienen de implementarlas tras el comienzo de procedimientos arbitrales por los inversionistas.

II. Teoría del enfriamiento regulatorio

La teoría del enfriamiento regulatorio es la más utilizada para documentar el impacto de los tratados de inversión sobre las políticas nacionales ambientales y de derechos humanos.⁶ En la literatura actual existe evidencia tanto de apoyo como de rechazo a esta. Por un lado, sus defensores consideran que las políticas de derechos humanos en los sectores de inversión extranjera han estado fuertemente limitadas por los tratados de inversión. Por otro lado, sus oponentes sostienen que dichos tratados no suponen una amenaza a la protección de las facultades de regulación de los Estados anfitriones, ya que están dentro de su derecho soberano de hacerlo.⁷

Un enfriamiento regulatorio es un fenómeno por el cual se afirma que “renunciar a la legislación ambiental y social que podrían afectar negativamente el valor de la inversión extranjera es necesario para evitar una posible responsabilidad”.⁸ Comúnmente se entiende que, de forma preventiva, los Estados evitarán la adopción de leyes que limiten a un sector económico con el fin de atraer la inversión. Sin embargo, es difícil atribuir esta decisión a un acuerdo de inversión, a menos que la amenaza de responsabilidad jurídica sea creíble. En este sentido, el enfriamiento se observa en los casos en que las políticas ya se encuentran vigentes o se expresan como una intención de los gobiernos; sin embargo, hay muchos retos empíricos para analizar los impactos de tratados de inversión en políticas que aún no han sido adoptadas. Un caso muy popular para ilustrar este fenómeno es el de la legislación contra la minería en Indonesia, que fue derogada tras las amenazas de procedimientos arbitrales por parte de cerca de 150 empresas mineras, en virtud de los tratados de inversión bilaterales y multilaterales del país.⁹ En ese caso particular, sería difícil sostener que los tratados de inversión no influyeron en la decisión gubernamental de derogar la ley que prohíbe la minería como reacción ante la importante amenaza financiera para el Estado.

6 Mann, Howard, *International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities*, IISD, 2008; Neumayer, Eric, ‘Do Countries Fail to Raise Environmental Standards? An Evaluation of Policy Options Addressing “Regulatory Chill”’, *International Journal of Sustainable Development*, Vol. 4(3), 2001, pp. 231–244; Suda, Ryan, *op. cit.*; Tienhaara, Kyla, ‘What You Don’t Know Can Hurt You: Investor-State Disputes and the Protection of the Environment’, *Developing Countries Global Environmental Politics*, Vol. 6(4), 2006..

7 Coe Jr., Jack J. y Rubins, Noah, ‘Regulatory Expropriation and the Tecmed Case: Context and Contributions’ in Weiler, Todd (ed.), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Londres, Cameron, 2005; Fry, James D., ‘International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law’s Unity’, *Duke Journal of Comparative International Law*, Vol. 9, 2009.

8 Gross, Stuart G., ‘Inordinate Chill: BITs, Non-NAFTA MITs, and Host-State Regulatory Freedom – An Indonesian Case Study’, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 24(3), 2002, p. 893.

9 Tienhaara, Kyla, ‘What You Don’t Know...’, *op. cit.*

De acuerdo con la teoría del enfriamiento regulatorio, una vez que la amenaza de un procedimiento arbitral se hace creíble, los gobiernos modifican sus políticas para corregir la supuesta causa por la que los inversionistas reclaman un incumplimiento. La razón fundamental para derogar políticas o leyes que afectan al sector minero se deriva del miedo a enfrentar los costos exorbitantes de indemnizaciones y honorarios legales. Los gobiernos asumen que están en desventaja y tienen un mayor riesgo de ser sujetos a responsabilidad por varias razones. Una causa directa de preocupación es la interpretación de las cláusulas convencionales por parte de los paneles de arbitraje, que históricamente han fallado principalmente a favor del inversionista. Un estudio empírico de las resoluciones de los tribunales de arbitraje encontró un sesgo sistémico en vista de que favorecen la posición de los inversionistas y, aún más, si provienen de un país occidental.¹⁰ Tras un análisis de 140 tratados de inversión, el estudio muestra que los tribunales de arbitraje adoptan sistemáticamente una interpretación expansiva de varias cláusulas, a favor del reclamante, mientras que los abogados de arbitraje han adoptado un enfoque restrictivo del derecho internacional cuando se trata de los derechos humanos.¹¹

Existe una tendencia recurrente en las cláusulas de los tratados de inversión que se oponen a la aplicación de políticas de derechos humanos, en términos de que inhiben la capacidad del Estado de cambiar las condiciones reguladoras de un proyecto de inversión.¹² Entre estas cláusulas, las que aumentan principalmente el riesgo para el Estado anfitrión son las de ‘estabilización’, las restricciones de ‘expropiación’, las cláusulas de ‘no discriminación’, las normas de ‘trato justo y equitativo’ y de ‘trato de nación más favorecida’.¹³ Los inversionistas lo acusan de incumplirlas cuando los contratos son cancelados, se busca una mejora de las normas ambientales o se inician procedimientos penales contra ellos en tribunales nacionales. En algunos casos, el lenguaje limita claramente los cambios en las regulaciones nacionales, mientras que en otros, la formulación vaga de estas cláusulas permite una mayor libertad de interpretación, dificultando para los Estados el cálculo de riesgos en torno a su aceptación de procedimientos arbitrales.¹⁴

Aunque el lenguaje de estas cláusulas evidentemente plantea obstáculos en torno a la regulación aplicable a la inversión extranjera, se dice que los Estados “enfrian” sus políticas sólo cuando los inversionistas presentan reclamaciones a tribunales de arbitraje o cuando amenazan con hacerlo.¹⁵

10 Van Harten, Gus, ‘Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration’, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 50(1), 2012.

11 Eberhardt, Pia y Olivet, Cecilia, *Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers Are Fuelling an Investment Arbitration Boom*, Bruselas, Corporate Europe Observatory/Transnational Institute, 2012, p. 48.

12 Anderson, Sarah et al., *op. cit.*; Brown, Julia G., ‘International Investment Agreements: Regulatory Chill in the Face of Litigious Heat?’, *Journal of Legal Studies*, Vol. 3(1), 2013; Gross, Stuart G., *op. cit.*; International Finance Corporation, *Stabilization Clauses and Human Rights*, Washington, D.C., World Bank Group, 2008; Kriebaum, Ursula, ‘Privatizing Human Rights: The Interface Between International Investment Protection and Human Rights’ in Reinisch, August y Kriebaum, Ursula (eds.), *The Law of International Relations: Liber Amicorum Hanspeter Nauhold*, La Haya, Eleven International Publishing, 2007, pp. 165–189; Mann, Howard, *op. cit.*; Suda, Ryan, *op. cit.*

13 Anderson, Sarah et al., *op. cit.*

14 Brown, Julia G., *op. cit.*, p. 5.

15 Tienhaara, Kyla, ‘Regulatory chill... *op. cit.*

Para poder hacer estas amenazas, los tratados de inversión deben contener cláusulas que permitan a los inversionistas eludir los tribunales nacionales y presentar reclamaciones directamente ante los tribunales de arbitraje internacional. Las prácticas actuales y las interpretaciones habituales de los tratados por parte de dichos tribunales son desfavorables para permitir a los Estados cumplir con las leyes de interés público en los proyectos de inversión.¹⁶ Los tres tribunales más comunes que tienen este procedimiento de arbitraje son la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Este último ha sido objeto de un informe reciente de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), que esboza las preocupaciones generales del sistema legal de inversión.¹⁷

Los recursos financieros necesarios para que un país puede defenderse en el procedimiento de arbitraje a menudo son un elemento disuasorio contra las políticas de interés público que puedan entrar en conflicto con las cláusulas de inversión. Por ejemplo, algunos inversionistas han presentado demandas en las que se reclaman hasta cien mil millones de dólares al Estado anfitrión y algunos laudos han sido tan altos como el de dos mil millones en el caso de *Occidental Petroleum v. Ecuador*. La amenaza del costo de estos procedimientos aparece como el principal obstáculo a la aplicación de políticas de derechos humanos que puedan afectar los proyectos de inversión, especialmente para los Estados pequeños que se enfrentan a grandes empresas multinacionales.¹⁸ Aunque los costos legales pesan tanto sobre los inversionistas como sobre los Estados, cuando una empresa multinacional demanda a un país en vías de desarrollo, la ventaja está usualmente de su lado porque cuenta con mayores recursos financieros y experiencia legal. Incluso cuando los países no son multados o el caso es rechazado por el tribunal arbitral, los gastos propios del procedimiento pueden llegar a ser hasta de diez millones de dólares.¹⁹

El riesgo de tener que pagar dichos laudos se incrementa por la práctica común de los paneles de arbitraje de no tener en cuenta las motivaciones que están detrás de las políticas implementadas por los Estados anfitriones. Esto es el motivo de una segunda preocupación, dado que no se garantiza que la defensa presentada por los gobiernos para justificar sus decisiones de política será valorada de la misma manera que los alegatos de los inversionistas, ya que fácilmente puede ser desechada por el panel arbitral al no considerarla relevante. Aunque la mayoría de los tratados exigen una coherencia entre sus políticas de inversión y el marco jurídico interno de un país, los procedimientos de arbitraje pueden concluir que los Estados tienen razones válidas para violarlos en nombre del interés público y decidir no conceder el laudo a los inversionistas. Desafortunadamente, ciertos estudios han demostrado que, en muchos casos, los tribunales no dan la consideración debida a las razones que motivan las

16 UNCTAD, *Reform of Investor-States Dispute Settlement: In Search of a Roadmap*, 2013.

17 *Ibid.*

18 *Ibid.*, p. 3.

19 Paulsson, Jan, 'Moral Hazard in International Dispute Resolution', *ICSID Review*, Vol. 25(2), 2010.

decisiones políticas cuando se refieren a la protección de los derechos humanos o a cuestiones de moralidad pública.²⁰ Los críticos apuntan a la falta de experiencia en el panel de arbitraje en materia de políticas de derechos humanos como prueba de que no deben pronunciarse sobre su validez.²¹

Sobre la base de este análisis, los gobiernos anfitriones pueden ser penalizados por hacer cumplir políticas de derechos humanos en los sectores relacionados con la inversión extranjera. Por tanto, ¿qué impacto tiene esto sobre la voluntad de los gobiernos? Una suposición general es que los tratados de inversión crean un enfriamiento regulatorio, ya que los países se abstienen de adoptar regulaciones a favor de los derechos humanos por el temor a los costos asociados a las demandas presentadas por los inversionistas. Estas consideraciones han llevado a que en los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos se mencionen estos efectos de los tratados de inversión sobre la capacidad de regulación del Estado. En concreto, el autor de los Principios Rectores, John Ruggie, recomienda que: “Los Estados deben mantener un marco normativo nacional adecuado para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos cuando concluyan acuerdos políticos sobre actividades empresariales con otros Estados o empresas, por ejemplo a través de tratados o contratos de inversión.”²² Ruggie sostiene que “los términos estipulados en acuerdos internacionales de inversión pueden restringir la capacidad de los Estados para aplicar plenamente nuevas leyes en materia de derechos humanos, o exponerlos, en caso contrario, al riesgo de arbitrajes internacionales vinculantes.” Esta mención en los Principios Rectores demuestra un apoyo a la teoría del enfriamiento regulatorio, no sólo por parte de académicos, sino también por importantes organizaciones de gobernanza internacional.

III. Estudios de casos

América Latina es la región con el mayor número de arbitrajes relacionados con el sector extractivo: actualmente representan el 51% de los casos ante el CIADI. En respuesta a estos numerosos procedimientos, muchos gobiernos latinoamericanos han desafiado muy claramente la legitimidad de las demandas interpuestas por los inversionistas mineros extranjeros. Las políticas que se derivan de estas posturas son parte de una tendencia más amplia en la región de favorecer la protección al medio ambiente y los derechos humanos, más que a las inversiones extranjeras en el sector minero, como se documenta en los casos que a continuación se analizan. Aunque la relación entre el medio ambiente y los derechos humanos carece de claridad en el derecho internacional desde una perspectiva global, ciertos gobiernos han consolidado principios de derechos humanos con la protección del medio

20 Suda, Ryan, *op. cit.*

21 UNCTAD, *op. cit.*

22 Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *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 (21 de marzo de 2011), §9.

ambiente en sus constituciones. Esto les hace más fácil afirmar que los proyectos mineros peligrosos son una amenaza a los derechos humanos y al interés público, y les permite retener o cancelar contratos de explotación si no cumplen con los requisitos ambientales. Estos estudios de casos examinan el proceso de regulación del sector minero para analizar cómo los procedimientos de arbitraje impactan la dirección de las políticas públicas en relación con la protección de los derechos humanos.

A. Pacific Rim Cayman LLC v. El Salvador

Una gran porción del territorio de El Salvador, un país relativamente pequeño, se encuentra en el cinturón del oro de América Central. Los depósitos minerales se encuentran cerca de las principales cuencas hidrográficas del país, como el río Lempa, habitadas por densas comunidades agrícolas que conforman el segundo sector del empleo más alto.²³ Durante la última década, estas tierras han sido reclamadas por los inversionistas extranjeros para explotar estos depósitos, entre ellos por la empresa minera canadiense *Pacific Rim*, a la le fueron vendidos los títulos de propiedad aunque posteriormente debía obtener un permiso de explotación para abrir una mina.

En 2006, dos años después de que la compañía solicitó permisos para su proyecto “El Dorado”, en el distrito de Cabañas, le fue rechazado el título por incumplimiento de los requisitos ambientales.²⁴ Las preocupaciones respecto de los impactos ambientales fueron expresadas por un gran número de grupos de la sociedad civil de todo el país, que se organizaron en para protestar contra este proyecto y otros similares.²⁵ La oposición a la mina se deriva del conocimiento de que las comunidades sufren cada vez más por los impactos negativos de este tipo de minería en la salud. Los grupos estaban defendiendo sus derechos al agua, a un medio ambiente saludable y a la vida, que consideraban en peligro. Algunas organizaciones internacionales de desarrollo también compartieron estas preocupaciones y publicaron informes que ilustran cómo el aumento de la actividad minera en el país deteriora otros sectores más sostenibles, como la agricultura y el turismo ecológico, que duran más que una mina.²⁶

A partir de esto, surgieron conflictos entre las comunidades y al interior de ellas, entre las personas que se oponían a la minería y las que la apoyaron y le dieron la bienvenida a los ingresos adicionales y los nuevos empleos. Dado que algunos grupos comenzaron a presionar al gobierno para prohibir la minería a partir de 2009, los líderes opositores se convirtieron en blanco de ataques, y algunos de ellos fueron torturados y asesinados. Este fue el caso de Marcelo Rivera, quien dirigió una campaña contra el proyecto de *Pacific Rim* por medio de la Asociación de Amigos de San Isidro Cabañas (ASIC), quien,

²³ World Bank, *Employment in Agriculture*, 2010.

²⁴ ICSID, *The Republic of El Salvador's Preliminary Objections Under Articles 10.20.4 and 10.20.5 of CAFTA*, Case No. ARB/09/12, 4 de enero de 2010, p. 5.

²⁵ Terra Network Chile, ‘Salvadoreños marchan contra la explotación minera’, 27 de julio 2008.

²⁶ Oxfam America, ‘Central American Mining Could Undermine Economic Wellbeing’, 11 de marzo de 2009, disponible en <http://www.oxfamamerica.org/press/central-americanmining-could-undermine-economic-well-being/>

tras su desaparición, fue encontrado su cuerpo con señales de tortura.²⁷ Dos miembros del Comité Ambiental de Cabañas, Ramiro Rivera y Dora Alicia Recinos Sorta, también fueron asesinados a balazos la misma semana. Recinos Sorta, embarazada de ocho meses, recibió un disparo en presencia de su hijo de dos años, que resultó lesionado.²⁸ Las noticias de estos homicidios provocaron reacciones en las comunidades vecinas y las OSC internacionales, que pidieron al gobierno que los investigara.

Estos hechos y los impactos relacionados con la mina son refutados por la empresa, contra la que no se interpusieron acciones judiciales respecto de las acusaciones de su involucramiento en los asesinatos. En cuanto a los impactos ambientales, la compañía también sostiene que esta mina “excede las normas ambientales aplicables en Canadá y Estados Unidos”,²⁹ aunque ni la validez de esta ni de otras afirmaciones es objeto de esta investigación, y tampoco son pertinentes para el examen de la teoría del enfriamiento regulatorio. Más bien, lo que importa es la percepción del gobierno sobre cuestiones de derechos humanos que influyen en sus decisiones de política para proteger a las personas y comunidades contra las violaciones o prevenirlas. En este caso, se ha identificado claramente que este proyecto de inversión amenaza a los derechos humanos, al considerar que la minería no se puede desarrollar sin poner en peligro el medio ambiente y la salud de la población.³⁰ Así, se ha expresado en declaraciones públicas la intención de emitir una moratoria a la minería y de negar permisos de exploración.³¹ Aunque no hay forma de determinar si el discurso del gobierno tiene puramente la intención de ganar capital político, este compromiso de poner la protección del medio ambiente y, en particular, el derecho al agua potable por encima de intereses de inversión, ha perdurado en el curso del procedimiento de arbitraje.³²

En la década de 2000, cuando *Pacific Rim*, entre otras empresas, comenzó a aumentar la exploración minera en el país, los sucesivos gobiernos de la Alianza Republicana Nacionalista (ARENA) apoyaron la inversión extranjera en el sector minero.³³ Sin embargo, el presidente Antonio Saca le retiró los permisos de exploración a la empresa y emitió una prohibición *de facto* a proyectos mineros futuros debido a la presión de las comunidades y la creciente impopularidad de ARENA. Esto permitió que el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales (MARN) le negara los permisos a *Pacific Rim* con base en los riesgos ambientales y de salud pública.³⁴

27 Human Rights Watch, ‘El Salvador: Investigate Killing of Community Leader’, 8 de agosto de 2009, disponible en <http://www.hrw.org/news/2009/08/07/el-salvador-investigate-killing-community-leader>

28 Inter Press Service, ‘El Salvador: Activists Link Mining Co. to Murders’, 27 de enero de 2010, disponible en <http://www.ipsnews.net/2010/01/el-salvador-activists-link-mining-co-to-murders/>.

29 Globe and Mail, ‘Statement Filed in Arbitration Case Against El Salvador; PacRim Seeks Damages of US \$315 Million’, 1 de abril de 2013, disponible en <http://bit.ly/18XTGkp>.

30 CISPES, ‘Release: Salvadoran President Reiterates Opposition to Mining Projects’, 13 de enero de 2010, disponible en <http://bit.ly/1c09bsw>.

31 CDHAL, ‘Press Release: Salvadoran President: “My Government Will Not Authorize any Mining Extraction Projects”’, 13 de enero de 2010, disponible en <http://cdhal.org/en/newspaper/2010-01-13/salvadoranpresident-my-government-will-not-authorize-any-mining-extraction>.

32 Aljazeera America, ‘World Bank tribunal threatens El Salvador’s development’, 22 de abril de 2014, disponible en <http://goo.gl/Y42MJy>.

33 Inter Press Service, ‘El Salvador: Activists Link Mining Co. to Murders’, 27 de enero de 2010, disponible en www.ipsnews.net/2010/01/el-salvador-activists-link-mining-co-to-murders/.

34 Gallagher, Kevin, ‘Stop Private Firms Exploiting Poor States’, *The Guardian*, 5 de febrero de 2010.

Esta política se solidificó cuando Mauricio Funes ganó la presidencia en 2009 postulado por el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN). En su campaña, Funes presentó una plataforma minera alternativa y desde que llegó al poder se continuaron negando nuevos permisos, de manera que no existen operaciones activas por el momento.³⁵ Sin embargo, todavía está pendiente la aprobación de la ley de moratoria en la Asamblea Legislativa. Grupos como la Mesa Nacional frente a la Minería Metálica (Mesa Nacional) siguen pidiendo una ley real que garantice una base jurídica para la prohibición de la minería en el país.³⁶

En 2009, *Pacific Rim* recurrió a un arbitraje internacional mediante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones en el marco del capítulo de inversión del Tratado de Libre Comercio de Centroamérica (TLC) entre Estados Unidos y Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y, más recientemente, la República Dominicana. Aunque Canadá no tiene un acuerdo de inversión con El Salvador ni es parte en el TLC, la empresa puso en marcha este procedimiento por medio de su filial en las Islas Caimán a la que le cambió su nacionalidad a los Estados Unidos, un país que sí lo es.³⁷

La compañía afirmó que la prohibición *de facto* de la minería es ilegal y violatoria de varios artículos del capítulo de inversiones del TLC, entre ellos, los siguientes: 10.3 sobre trato nacional; 10.4 sobre trato de nación más favorecida; 10.5 sobre nivel mínimo de trato; y, 10.7 sobre expropiación e indemnización. Al inicio del proceso, *Pacific Rim* buscaba una indemnización de 75 millones de dólares por su incumplimiento, pero la subió recientemente a 315 millones³⁸ al presentar su escrito sobre el fondo tras cuya revisión el tribunal se pronunciará al respecto.

Por su parte, el gobierno inicialmente presentó objeciones basadas en los artículos 10.20.4 y 10.20.5 del TLC centroamericano, que estipulan que tiene el derecho de cuestionar los méritos de la controversia, es decir, los hechos del caso.³⁹ Al ser rechazadas,⁴⁰ argumentó que la empresa no tenía competencia para iniciar la acción y que abusó del proceso al emplear su filial estadounidense en las Islas Caimán.⁴¹ No obstante, en 2012 el tribunal rechazó esta objeción y sostuvo que la compañía estaba en su derecho de presentar la acción.⁴²

35 Karunanathan, Meera, 'El Salvador Mining Ban Could Establish a Vital Water Security Precedent', *The Guardian*, 10 de junio de 2013.

36 America Economía, 'ONG salvadoreña insiste ante Parlamento que apruebe una ley contra la minería', 22 de julio de 2013, disponible en <http://bit.ly/18HaXff>.

37 ICSID, *The Republic of El Salvador's Memorial Objections to Jurisdiction*, Case No. ARB/09/12, 3 de agosto de 2010, p. 1.

38 Globe and Mail, 'Statement Filed in Arbitration Case against El Salvador; PacRim Seeks Damages of US \$315 Million', 1 de abril de 2013, disponible en <http://bit.ly/18XTGkp>.

39 ICSID, *The Republic of El Salvador's Preliminary Objections under Articles 10.20.4 and 10.20.5 of CAFTA*, Case No. ARB/09/12, 4 de enero de 2010.

40 ICSID, *Decision on the Respondent's Preliminary Objections under CAFTA Articles 10.20.4 and 10.20.5*, Case No. ARB/09/12, 2 de agosto de 2010.

41 ICSID, *El Salvador's Objections under ICSID Rule 41(1)*, Case No. ARB/09/12, 3 de agosto de 2010.

42 ICSID, *Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections*, Case No. ARB/09/12, 1 de junio de 2012, p. 35.

A pesar de la falta de apoyo de las instituciones legales de inversión internacional en la interpretación de los tratados solicitada por los países demandados,⁴³ El Salvador parece bastante seguro de su derecho a prohibir la minería con el fin de proteger los derechos humanos. Aún más, debido a que otras resoluciones no orientan a los gobiernos sobre cómo equilibrar los intereses tanto de inversión como de derechos humanos,⁴⁴ se ven obligados a elegir la protección de uno sobre el otro.

En este caso, muchos elementos hacen pensar que las regulaciones y las políticas adoptadas fueron alineadas con la obligación de defender los derechos humanos. Ya sea porque el estudio de impacto ambiental de la empresa no cumplió con la regulación pertinente o bien por la movilización de la comunidad en contra del proyecto, el gobierno tiene el derecho de cancelar o abstenerse de asignar permisos de extracción, de conformidad con el Código de Minería en vigor. Por lo menos, el contexto en el que han surgido estas políticas debe ser tomado en cuenta por los tribunales de arbitraje.⁴⁵ Puesto que los paneles de arbitraje en organizaciones como el CIADI no están obligados a tomar en cuenta estos argumentos al considerar que no tienen suficiente experiencia en la materia, el gobierno de El Salvador posiblemente sospechará que se favorece a los inversionistas, no a los Estados.⁴⁶

La decisión de El Salvador de seguir negando permisos a la empresa indica que no está actuando según la teoría de enfriamiento regulatorio como consecuencia de un acuerdo de inversión vigente. Más allá del acuerdo de inversión en sí, la prueba de la eficacia de este instrumento o teoría jurídica es el procedimiento de arbitraje iniciado por los inversionistas, mediante el cual buscan disuadirlo de retener títulos de la compañía y declarar una moratoria en el ámbito minero. A pesar de los elevados costos para el gobierno y del riesgo de perder en el procedimiento arbitral, el uso del capítulo de inversiones del TLC por parte de la empresa para pedir una indemnización no ha servido como elemento disuasorio frente a la adopción de políticas de derechos humanos.

B. Infinito Gold Ltd. v. Costa Rica

El proyecto minero Crucitas se encuentra en el norte de Costa Rica, a siete kilómetros del río San Juan, una de las más vastas vías navegables en América Central. En su investigación sobre la oposición local a la mina de oro a cielo abierto, DaSilva documenta la percepción de los potenciales impactos negativos del proyecto sobre las comunidades cercanas y la biósfera local.⁴⁷ Según grupos ecologistas internacionales, su implementación requeriría la destrucción de doscientas hectáreas de

43 UNCTAD, *op. cit.*, p. 10.

44 Wells Sheffer, Megan, 'Bilateral Investment Treaties: A Friend or Foe to Human Rights?', *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 39(3), 2011, p. 502.

45 Suda, Ryan, *op. cit.*

46 Tienhaara, Kyla, 'Regulatory chill...', *op. cit.*, p. 12.

47 DaSilva, J.M., 'Silence is Golden: An Exploration of Local Opposition to A Canadian Gold Mine Project in Costa Rica', Tesis de Maestría en Salud Pública, Faculty of Health Sciences, Simon Fraser University, 2007.

selva tropical, y se corre el riesgo de contaminar las fuentes de agua de treinta y dos comunidades con el drenaje ácido de las balsas de residuos.⁴⁸ Las comunidades también han expresado su preocupación por la posible escasez de agua, ya que –según el Movimiento Mundial por los Bosques– la mina requerirá en una hora la cantidad que utiliza una familia en veinte años.⁴⁹

Algunos problemas de salud causados por la utilización del drenaje ácido en las minas a cielo abierto, relacionados con la exposición al arsénico y al plomo, son el colapso del sistema nervioso y la aparición de enfermedades respiratorias, por ejemplo.⁵⁰ Algunos investigadores también han señalado efectos sociales y culturales negativos, como el desplazamiento de las comunidades y la interrupción de su relación cultural con la tierra.⁵¹ Las OSC también han expresado su preocupación por los impactos sobre la alimentación y la agricultura en las tierras de cultivo.⁵²

Ciertas inquietudes de la comunidad en torno a la protección de su derecho a un medio ambiente sano, conforme al artículo 50 de la Constitución de Costa Rica, son el resultado de experiencias negativas anteriores. Un ejemplo comúnmente citado es el de Bellavista, una mina de oro a cielo abierto que cerró en 2007 luego de que unos deslizamientos de tierra causaron una contaminación de cianuro y destruyeron un bosque cercano junto con una planta de procesamiento.⁵³ Debido a que la mina de oro Crucitas está diseñada de una manera similar, las comunidades y los grupos ecologistas han organizado campañas en su contra para detener el proyecto.⁵⁴

En respuesta, el gobierno de Costa Rica ha adoptado posiciones diferentes en las sucesivas administraciones presidenciales, y no hay homogeneidad de criterios entre los poderes Ejecutivo y Judicial. En primer lugar, el gobierno del presidente Miguel Rodríguez Echeverría expidió un permiso de exploración inicial a *Infinito Gold* en diciembre de 2001. Después de su elección, en 2002, Abel Pacheco emitió una prohibición presidencial de minas a cielo abierto y declaró que prefería que su país sea un líder ambiental que un “enclave de petróleo o minero”⁵⁵. Sin embargo, ese mismo año la Sala Constitucional dictaminó que a proyectos como Crucitas no debería aplicársele la prohibición si se expidieron licencias antes de la suspensión.⁵⁶ Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, en

48 *Ibid.*, p. 16.

49 *Ibid.*, p. 22.

50 International Cyanide Management Institute, ‘Use of Cyanide in the Gold Industry’, 2009, disponible en http://www.cyanidecode.org/cyanide_use.php.

51 Isla, Ana, ‘A Struggle for Clean Water and Livelihood: Canadian Mining in Costa Rica in the Era of Globalization’, *Canadian Woman Studies*, Vol. 21(4), 2002.

52 Earthworks y Oxfam America, ‘Dirty Metals: Mining, Communities and the Environment’, Report 2004, disponible en http://www.earthworksaaction.org/files/publications/NDG_DirtyMetalsReport_HR.pdf

53 Sherwood, Dave, ‘Mine Disaster at Miramar: A Story Foretold’, *The Tico Times News*, 18 de enero de 2008, disponible en <http://bit.ly/18oQAW9>.

54 DaSilva, J.M., *op. cit.* p. 34.

55 Lovgren, Stefan, ‘Costa Rica Aims to Be 1st Carbon-Neutral Country’, *National Geographic*, 7 de marzo de 2008, disponible en <http://news.nationalgeographic.com/news/2008/03/080307-costarica.html>.

56 DaSilva, J.M., *op. cit.*, p. 19.

diciembre de 2004 determinó anular la licencia de explotación por su contraposición al artículo 50 de la Constitución.⁵⁷

En julio de 2005 la empresa presentó una solicitud preliminar para poner en marcha un procedimiento de arbitraje en el CIADI en reclamo de 240 millones de dólares, como lucro cesante, y 36 millones más por los gastos e interés compuesto. La retiró⁵⁸ dos meses más tarde, porque la Secretaría Técnica Nacional Ambiental de Costa Rica (SETENA) aprobó la evaluación de impacto ambiental y permitió que el proyecto avanzara.

Al poco tiempo de asumir la presidencia Oscar Arias estableció la “paz con la naturaleza”, una iniciativa nacional dirigida a detener la degradación del medio ambiente y, en 2007, la zona aledaña a Crucitas fue añadida a la Reserva de la Biósfera de la UNESCO. A pesar de estas políticas ambientales, el 13 de octubre de 2008 el Presidente levantó la prohibición de la minería a cielo abierto por la vía de un decreto ejecutivo, respaldando así la confirmación de la concesión de explotación minera con la aprobación del estudio de impacto ambiental, revisado en abril de ese mismo año.⁵⁹ En la primera etapa del proyecto, que también fue declarado de “interés público”, fue destruido el bosque.⁶⁰ Una semana más tarde, el 21 de octubre, la Corte Constitucional ordenó suspenderlo por esta afectación.⁶¹ Poco después, el Fiscal General de Costa Rica inició una investigación sobre las acusaciones de que la fundación del presidente Arias habría recibido una donación de \$200,000 dólares por parte de Infinito Gold.⁶²

En noviembre de 2010, durante el gobierno de Laura Chinchilla, la Asamblea Legislativa restauró la prohibición de nuevas minas a cielo abierto. Sin embargo, en julio de ese año, una comisión gubernamental presentó un estudio que afirmaba que la derogación de la concesión de explotación de *Infinito Gold* en Crucitas le costaría al gobierno 1.7 mil millones de dólares en procedimientos de arbitraje internacional, ya que sería necesario compensarla por la pérdida anticipada de ingresos. La compañía mantiene que no entregó cifras para dicho estudio; sin embargo, había calculado un nuevo monto para la adjudicación porque no anticipó que sería revocada.⁶³ El estudio de la comisión gubernamental apoyó la decisión del Poder Legislativo de aplicar la moratoria solo a nuevos proyectos,

57 *Ibid.*, p. 25.

58 Business News Americas, ‘Vannessa secures Crucitas enviro permit’, 1 de septiembre de 2005, disponible en <http://bit.ly/1bJ7AWi>

59 Infinito Gold Ltd, ‘Management’s Discussion and Analysis’, 21 de diciembre de 2009, disponible en <http://www.infinitogold.com/i/pdf/2009-Dec31-MDA.pdf>.

60 Schmidt, Blake, ‘Arias’ Mine Decree Being Scrutinized in Costa Rica’, *Eco Americas*, Vol. 11(1), 2008.

61 Infinito Gold Ltd, ‘Management’s Discussion and Analysis’, 30 de septiembre de 2008, disponible en http://www.infinitogold.com/i/pdf/2008-09-30_MDA.pdf.

62 The Costa Rica News, ‘Former President Oscar Arias Trial Pending on Canadian Documents’, 17 de abril de 2013, disponible en <http://thecostaricanews.com/former-president-oscar-arias-trialpending-on-canadian-documents/15206>.

63 McDonald, Mike, ‘Costa Rica Says it would Have to Pay \$1.7 Billion to Annul Mining Concession’, *The Tico Times News*, 28 de julio de 2010, disponible en <http://bit.ly/1jUQZCi>.

permitiendo que Infinito Gold mantuviera la concesión.⁶⁴ El Ejecutivo, por medio de un comunicado del vicepresidente Alfio Piva, decidió dejar la decisión a la Corte de Apelaciones Administrativas.

El 24 de noviembre de 2011 la Sala Civil y Administrativa de la Corte Constitucional (Sala I) anuló nuevamente la concesión⁶⁵ al encontrar que tanto esta como el decreto de “interés público” emitido por el presidente Arias eran ilegales.⁶⁶ Mientras se revisaba su apelación, *Infinito Gold* paralelamente demandó por difamación al profesor Jorge Lobo, de la Universidad de Costa Rica, autor de un documental titulado *El Oro de los Tontos* relativo al proyecto Crucitas, y pidió un millón de dólares como indemnización. La demanda fue desechada el 9 de noviembre de 2012.⁶⁷

El 4 de abril de 2013, *Infinito Gold* hizo su última petición para el restablecimiento de la concesión por parte del gobierno y le notificó que iniciaría un nuevo procedimiento de arbitraje si esto no sucedía antes del 4 de octubre de ese año. En respuesta, el 19 de junio de 2013, por tercera y última vez, la Sala Constitucional de la Corta Suprema de Justicia (Sala IV) rechazó la apelación a la anulación de la concesión hecha por la Sala I del Tribunal Contencioso Administrativo en noviembre de 2011.⁶⁸ En una conferencia de prensa, el ministro de Ambiente, René Castro, dijo que esta sentencia “mejora el perfil ecológico de nuestra nación”, afirmando que “no queremos la minería a cielo abierto en nuestro país”.⁶⁹ La presidenta Chinchilla había hecho declaraciones similares en abril diciendo que el caso Crucitas se había resuelto a favor de las comunidades cercanas.

Como se mencionó anteriormente, *Infinito Gold* notificó en dos ocasiones sobre su intención de iniciar un procedimiento de arbitraje mediante el CIADI en nombre de su filial, Industrias Infinito S.A., contra el gobierno de Costa Rica por sus presuntas violaciones al acuerdo con Canadá para la promoción y protección de las inversiones. La última notificación, del 4 de abril de 2013, fue formulada de conformidad con el artículo 12 del Foreign Investment Protection and Promotion Agreement (FIPA)⁷⁰, un acuerdo de protección de inversiones extranjeras que contiene las mismas cláusulas que la mayoría de los tratados bilaterales de inversión con respecto a los cambios de las políticas internas que conduzcan a un aumento de los costos de las operaciones o a una expropiación. En vigor desde

64 Reuters, ‘Costa Rica Lawmakers Vote to Ban Open-pit Mining’, 9 de noviembre de 2010, disponible en <http://reuters/1jUTip5>

65 Reuters, ‘Costa Rica Court Annuls Infinito Gold Concession’, 24 de noviembre de 2010, disponible en <http://reuters/1cr1ned>

66 McDonald, Mike, ‘C.R. court: ‘No’ to gold mine’, *The Tico Times News*, 26 de noviembre de 2010, disponible en <http://goo.gl/7QluC0>

67 Lobo, Jorge, ‘Mining Company Fails to Silence Critic’, *Canadian Association of University Teachers*, 9 de noviembre de 2012, disponible en http://www.cautbulletin.ca/en_article.asp?ArticleID=3552.

68 El Nuevo Siglo, ‘Plan minero de Infinito Gold en Costa Rica no va’, 19 de junio 2013, disponible en <http://bit.ly/JcLikP>

69 Arias, L. ‘Infinito Gold to move forward with billion-dollar lawsuit against Costa Rica’, *The Tico Times News*, 19 de junio de 2013, disponible en <http://bit.ly/ISBaNH>

70 Infinito Gold Ltd, ‘Notice of Breach of the Agreement Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Costa Rica for the Promotion and Protection of Investment’, 4 de abril de 2013, disponible en www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3016.pdf.

1999, dos años antes de que la subsidiaria de *Infinito Gold* obtuviera su permiso de exploración de Crucitas, el artículo 2 del acuerdo establece que Costa Rica otorgará a inversionistas canadienses un “trato justo y equitativo de acuerdo con los principios del derecho internacional”.⁷¹ Los artículos 7 y 8 contienen requisitos sobre las compensaciones por pérdidas y las reglas contra la expropiación. El artículo 12 permite a los inversionistas presentar reclamaciones por violaciones ante tribunales de arbitraje internacionales. En su demanda basada en este acuerdo, la empresa argumenta que la anulación de la concesión minera equivale a una expropiación por parte del gobierno,⁷² buscando una indemnización por los ingresos futuros perdidos y los gastos, que ascienden a aproximadamente un billón de dólares, según estimaciones de la compañía.

En 2005 el gobierno respondió rápidamente al enterarse del inicio del procedimiento de arbitraje en el CIADI para reinstaurar la concesión minera del proyecto; sin embargo, ahora parece estar respondiendo de manera diferente a como lo hizo cuando recibió la última notificación de *Infinito Gold*. En cuanto a la primera solicitud presentada al CIADI, el director ejecutivo de la compañía, Jesús Carvajal, indicó que “este tipo de presión ayudó a SETENA a resolver el problema”: se aceleró la emisión de licencias ambientales debido a la amenaza de enfrentarse a una demanda legal costosa.⁷³ Pero poco después del aviso de intención de iniciar un procedimiento de arbitraje, tanto los poderes Judicial como Ejecutivo anularon permanentemente la concesión. En respuesta, la portavoz de la compañía, Yokebec Soto, declaró que la compañía “continuará con la demanda de un billón de dólares, la más grande en contra del gobierno de Costa Rica de hoy y en la historia del país”; agregó que la empresa solo se irá “una vez pagada toda su inversión y dinero perdido durante los procesos legales retardados en contra de los intereses de la minería de oro”.⁷⁴

Siguiendo la hipótesis del enfriamiento regulatorio, la amenaza de la empresa de emprender acciones legales contra el gobierno ante un tribunal de arbitraje internacional en busca de más de un billón de dólares, debió impedir que se implementaran políticas de derechos humanos y ambientales en relación con el proyecto minero. Sin embargo, el Presidente apoyó las últimas resoluciones judiciales para detenerlo definitivamente y se niega a conceder la licencia de explotación, a pesar de los enormes costos legales de los procedimientos de arbitraje. Por lo tanto, este caso lleva a cuestionarse sobre la existencia de un enfriamiento regulatorio en relación con el tratado de inversión entre Canadá y Costa Rica. De las dieciocho políticas relacionadas con el proyecto Crucitas desde la expedición del permiso de exploración en 2001, once son a favor de los derechos humanos y políticas ambientales para detener

71 WIPO, *Agreement between Canada and Costa Rica for the Promotion and Protection of Investment*, 1998, disponible en <http://bit.ly/1bJ7uOu>.

72 *Infinito Gold Ltd*, ‘Notice of Breach of the Agreement Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Costa Rica for the Promotion and Protection of Investment’, 4 de abril de 2013, disponible en www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3016.pdf.

73 *Business News Americas*, ‘Vannessa secures Crucitas enviro permit’, 1 de septiembre de 2005, disponible en <http://bit.ly/1bJ7AWi>

74 *The Costa Rica News*, ‘Infinito Industries: The Most Important Law Suit Against Costa Rica’, 22 de julio de 2013, disponible en <http://bit.ly/1j1o8OO>

el proyecto minero y siete al proyecto de inversión. A pesar de la aparente falta de coordinación en el gobierno ante este asunto y del vaivén de sus decisiones, la decisión final, que posee mayor peso, está decididamente contra el proyecto. Más importante aún, las políticas introducidas a partir de las nuevas solicitudes de arbitraje de la compañía han sido de apoyo a los derechos humanos.

IV. Análisis

A pesar de que en los casos examinados los gobiernos defienden firmemente las políticas de derechos humanos que entran en conflicto con los intereses de inversión extranjera, el establecimiento de una jerarquía o primacía entre las dos áreas del derecho internacional ha sido ampliamente debatida. Ante ellos, cabe argumentar que aunque se trata de dos marcos jurídicos distintos, tanto las normas de derechos humanos como las de inversiones internacionales están en el ámbito de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

El artículo 30 de la Convención de Viena establece una orientación con respecto a los tratados en conflicto. Aunque muchas escuelas de pensamiento lo han interpretado, a la letra dice que “el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior”. En este caso, el tratado anterior es el PIDESC y el posterior es el acuerdo de inversión. Para aportar complejidad, este tratado anterior solo se aplica si ambas partes son firmantes.⁷⁵ Por ejemplo, los Estados Unidos aún no han ratificado el PIDESC, lo que implica que si un Estado anfitrión, que sí lo ha hecho, señala un conflicto de interpretación de los tratados entre este y un acuerdo de inversión, se impondrían las normas del acuerdo de inversión del que ambos países son parte.

Esto, sin embargo, no implica que el PIDESC es nulo y no pueda ser utilizado por los países anfitriones para defender sus políticas. Usando el lenguaje de la mayoría de los AII, la inversión debe ser acorde con la legislación interna, que incluye normas internacionales de derechos humanos ratificadas por el Estado anfitrión.⁷⁶ Con base en esta cláusula de “legalidad” se puede eludir la aplicación de la Convención de Viena, en vista de que el propio acuerdo de inversión asume el marco legal del Estado anfitrión. A pesar de estos argumentos jurídicos, la probabilidad de que los inversionistas obtengan laudos favorables es mucho mayor que la de los Estados anfitriones, debido, entre otros factores, al asimétrico poder en el litigio⁷⁷ y a que los paneles arbitrales pueden optar por no tener en cuenta los argumentos de derechos humanos presentados por estos. Esto es especialmente problemático si no se anticipó una violación de derechos humanos relacionada con un proyecto regulado por el Estado, pero aún más cuando los inversionistas han sido acusados penalmente en el país anfitrión.

⁷⁵ Desierto, Diane A., ‘Conflict of Treaties, Interpretation, and Decision-Making on Human Rights and Investment During Economic Crises’, *Transnational Dispute Management*, Vol. 10(1), 2013, p. 10.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 11.

⁷⁷ Van Harten, Gus, *op. cit.*.

Por otra parte, las recientes modificaciones constitucionales en América Latina plantean nuevos retos para la aplicación de las decisiones de los tribunales de arbitraje. Aunque el retiro del CIADI no es retroactivo, la Constitución de Bolivia, por ejemplo, impide la ejecución de las sentencias con ese carácter.⁷⁸ Este argumento jurídico, sin embargo podría ser cuestionado por los inversionistas y la falta de cumplimiento de las decisiones del CIADI podría ser llevada a la Corte Internacional de Justicia.⁷⁹ Otras consecuencias relacionadas con el comercio y los préstamos externos del país son la desconfianza resultante de la retractación de sus compromisos con los inversionistas, así como la adhesión a otros tratados en tela de juicio. A pesar de estos riesgos, sigue existiendo una tendencia en los Estados de refutar o rechazar los laudos arbitrales, lo cual nos lleva a creer que la amenaza que representan los litigios arbitrales es poco creíble desde la perspectiva de los gobiernos anfitriones.

V. Conclusión

Este capítulo se ha basado en la evidencia de los casos de El Salvador y Costa Rica para examinar la contradicción entre las políticas de derechos humanos y las disposiciones de los tratados bilaterales de inversión, que da lugar a costosos procedimientos de arbitraje tanto para los Estados como para los inversionistas. No obstante, los resultados de este análisis muestran que los procedimientos de arbitraje no necesariamente son una herramienta legal suficientemente fuerte para disuadir a los gobiernos de aplicar sus políticas de protección ambiental y de derechos humanos. Como se ha visto, ambos Estados centroamericanos han implementado políticas a favor de los derechos humanos en el sector minero a pesar de la existencia de acuerdos de inversión, e incluso, cuando se iniciaron los procedimientos de arbitraje, los cuestionaron públicamente y adoptaron legislaciones al respecto.

La dirección actual de la política en los casos descritos requiere un análisis más matizado del impacto de los acuerdos internacionales de inversión sobre la regulación ambiental y de derechos humanos en el sector minero. Este permitiría la ampliación de la teoría de enfriamiento regulatorio y hasta su diferenciación respecto de lo que se puede denominar como una *congelación regulatoria*. La segunda tiene una interpretación particularmente estrecha y solo sería verificable cuando los Estados anfitriones retiren completamente las políticas disputadas por los inversionistas. Sin embargo, un enfriamiento puede documentarse simplemente cuando surgen conflictos entre las obligaciones dicotómicas del gobierno, lo que lo obliga a ser más prudente en sus decisiones de política pública. En este sentido, estos casos no demuestran la presencia de un congelamiento regulatorio; por el contrario, el efecto de enfriamiento se ve más en el conflicto en curso entre los inversionistas y el Estado, que implica un gran costo financiero y de reputación para estos países de bajos ingresos. Esta frialdad

78 Viteri Torres, Cristina, ‘Withdrawal of State’ Consent to ICSID Arbitration, Perspectives from the Bolivian and Ecuadorian cases’, *Transnational Dispute Management*, Vol. 6(4), 2009, p. 33.

79 Desierto, Diane A., *op. cit.*, p. 14.

también envía un mensaje a los países vecinos, en el sentido de que si no conceden a los inversionistas los privilegios que les corresponden en virtud de los acuerdos de inversión, podrían sufrir graves consecuencias.

Aunque no parece que estos procesos causen un congelamiento regulatorio en el espacio de la política pública, sí crean obstáculos para los gobiernos comprometidos con los derechos humanos debido a sus altos costos. La pregunta se convierte entonces en si los acuerdos internacionales de inversión pueden generar el impacto contrario y disuadir a los gobiernos anfitriones de asignar permisos de exploración a empresas extranjeras. Hasta que estos casos de arbitraje hayan finalizado, es difícil sacar conclusiones precisas; aún más, a medida que más casos de este tipo sean presentados, los resultados de este estudio necesariamente se actualizarán conforme a las resoluciones emitidas. En efecto, es posible que un enfriamiento regulatorio surja solo si los tribunales arbitrales imponen un gran costo financiero a los gobiernos, creando así un incentivo para que respeten las disposiciones en materia de inversión, o bien, se abstengan de suscribir tratados con países desarrollados.

En conclusión, ante una mayor atención a las violaciones de derechos humanos en el sector de la minería, los inversionistas y los gobiernos anfitriones deben colaborar para revisar la aplicación de las políticas que podrían ser impactadas, de manera que no se genere un resultado negativo para ambas partes. Para superar los obstáculos que presenta el marco actual, las organizaciones competentes tienen que proporcionar una guía para equilibrar los deberes del Estado respecto de las obligaciones de inversión y las de derechos humanos, particularmente si ya se han firmado tratados o si existen procedimientos de arbitraje en curso. De la misma forma, una guía que permita a los inversionistas diferenciar entre un trato discriminatorio y la legislación nacional de buena fe sería de suma utilidad para generar una mayor certidumbre jurídica, tanto para los Estados como para las empresas.

El derecho a la identidad cultural de las nacionalidades indígenas y el paradigma del desarrollo modernizador de la política económica. Análisis de casos del Ecuador

*Rodrigo Varela Torres**

SUMARIO: I. Introducción. II. Contexto de la política económica ecuatoriana en la Amazonía y el austro ecuatoriano. A. El territorio colonizado. B. Los efectos de la economía política de extracción de recursos naturales. C. La perspectiva de género que le falta a la política económica. III. La identidad cultural y la consulta previa frente al paradigma del desarrollo modernizador. A. Derechos en tensión y el paradigma del desarrollo modernizador. B. Contenido esencial de la consulta previa frente a las actividades de extracción de recursos naturales. C. El consentimiento previo y la identidad cultural de los pueblos indígenas frente a la implementación de actividades de extracción de recursos naturales. IV. Análisis de casos. A. Los Waorani. a. Los Waorani y su relación con la civilización. b. La ruptura de las instituciones sociales de los Waorani. c. La petrolera Maxus y su intervención en el territorio Waorani. B. Frente de mujeres defensoras de la Pachamama. a. El Frente de mujeres defensoras de la Pachamama y el proyecto minero Río Blanco. b. La parroquia de Molleturo. c. Derechos en tensión con el proyecto Río Blanco. V. Conclusiones.

I. Introducción

En este artículo tengo la intención de visibilizar la violación de derechos colectivos a los pueblos y nacionalidades indígenas; específicamente me referiré a la vulneración del derecho a la identidad cultural que sufren en el Ecuador como producto de las actividades de las empresas que se dedican a la extracción de recursos naturales no renovables, a la luz del *corpus juris de los derechos humanos*.

Abordaré igualmente las consecuencias de los conflictos socioambientales en los pueblos indígenas y, específicamente, en las mujeres como parte de las actividades que desarrollan las empresas. En ese

* Delegado de la Defensoría del Pueblo de Ecuador en Monterrey, México. Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Especialista Superior en Derechos Humanos por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador; y candidato a Máster de la Maestría Profesional en Derechos Humanos y Exigibilidad Estratégica con mención en Litigio Estratégico, también por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

sentido, se debe considerar cómo los proyectos empresariales pueden afectar sus derechos cuando el Estado no cumple con sus obligaciones y cómo la resistencia de las mujeres indígenas busca solucionarlas. Además, esta mirada implica atender sus necesidades desde sus intereses y desde su lucha.

La identidad cultural está amenazada por la falta de garantías al derecho a la consulta previa, libre e informada y, en los casos que amerita, al derecho al consentimiento previo, libre e informado. Los Estados son los llamados a proteger estos derechos y no deberían ser las empresas las que generen acciones para consultar a los pueblos indígenas y, menos aún, para obtener su consentimiento. Además, el Estado debe adoptar un deber especial de protección que garantice los derechos colectivos en los casos que, por la actividad, sea necesario el consentimiento, cuando este no se haya obtenido. En este contexto, el Estado tiene responsabilidad frente a las acciones de las empresas; esta es mayor cuando no se ha logrado el consentimiento del colectivo para el desarrollo de las actividades en las causales determinadas en el derecho internacional de los derechos humanos.

Desde esta perspectiva, abordaré contextualmente los conflictos socioambientales en la Amazonía del Ecuador y la provincia del Azuay suscitados por la implementación de políticas económicas de extracción de petróleo, en el primer caso, que ha afectado a pueblos indígenas como los Waorani; y, en el segundo, de extracción de minerales como el cobre. En este último, el Frente de Mujeres Defensoras de la Pachamama ha tenido un rol importante para visibilizar las afectaciones que sufren las mujeres desde un feminismo indígena centrado en la idea de la madre naturaleza.

Luego, analizaré los derechos a la autodeterminación, la diversidad cultural y al desarrollo de los colectivos indígenas que deben salvaguardarse mediante los procesos de consulta y obtención del consentimiento. Estos derechos se encuentran en tensión, en un contexto en el que se implementa una política de extracción de recursos naturales no renovables con miras a establecer un modelo de desarrollo modernizador. Finalmente, me referiré a dos casos: la nacionalidad Waorani y el Frente de Mujeres Defensoras de la Pachamama. En el primero, abordaré los efectos de la presencia de la empresa petrolera Maxus en la identidad del pueblo indígena; en el segundo, los efectos de la falta de consulta previa sobre los derechos de las mujeres indígenas en la provincia del Azuay, lo que genera tensiones en otros derechos, como los de alimentación, agua y la naturaleza.

El estudio de la problemática enunciada me permitirá concluir en la necesidad de que la normativa nacional e internacional incluya los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos y los Objetivos de Desarrollo Sostenible con una perspectiva de género, enfocada en los derechos de las mujeres indígenas. También, permitirá evidenciar la necesidad de que los Estados implementen acciones y medidas específicas para impedir que las empresas violen los derechos colectivos y, específicamente, los derechos humanos de las mujeres indígenas, así como para exigir a las empresas que alineen sus actividades al respeto de los derechos colectivos con un enfoque de género.

II. Contexto de la política económica ecuatoriana en la Amazonía y el austro ecuatoriano

A. El territorio colonizado

Tanto en la Amazonía como en el austro ecuatoriano existen ecosistemas distintos pero biodiversos. En la primera, se encuentra lo que comúnmente se denomina como selva tropical; por ejemplo, en el centro sur amazónico, compuesto por las provincias de Pastaza y Morona Santiago, hay una zona de gran biodiversidad y riqueza cultural. Posee uno de los bosques primarios más extensos, que cubre cerca de los tres millones de hectáreas, y es el territorio de siete nacionalidades indígenas: kichwa, shuar, achuar, sapara, waorani y andoa, que conviven con el pueblo mestizo.¹

En la región del austro ecuatoriano, en el Azuay, hay grandes extensiones de páramo y es una fuente importante de agua para la provincia y la costa ecuatoriana. Molleturo, una de sus parroquias, cerca de Cuenca, tiene una superficie de 1331 km² y, por su situación geográfica, en ella se observan diferentes pisos ecológicos.

Las afectaciones a los derechos de los colectivos indígenas que habitan estos espacios se producen en un contexto de intervención del Estado ecuatoriano con una política económica que incursiona en sus territorios para la extracción de recursos naturales no renovables, como petróleo, oro o cobre.

Para reseñar este período en la Amazonía, habría que referirse a lo que sostiene la Organización Juvenil Comuna Amazónica, para la que “[l]a historia [...] de la Amazonía en particular, es una historia basada en el saqueo y el extractivismo iniciado hace 500 años en el coloniaje con la fiebre del oro, la canela, la quinina y el caucho, y continuado en la actualidad con el nuevo coloniaje de las transnacionales imperialistas de la minería, el petróleo, la madera, el agro-negocio, el despojo, tráfico y acaparamiento de tierras, entre otros. [...] [L]a Amazonía constituye su principal fuente de materia prima con la que acumulan su riqueza y su ganancia, forjada sobre la destrucción de nuestros bosques y fuentes de aguas, sobre el genocidio cultural y el sojuzgamiento en la pobreza de nuestros pueblos amazónicos.”²

B. Los efectos de la economía política de extracción de recursos naturales

Cuando me refiero a las afectaciones no solo hago hincapié en los efectos de la contaminación producida por la extracción de minerales y petróleo, sino también en el proceso de transformación cultural que conlleva el desarrollo propuesto por el Estado, con la presencia de empresas petroleras y mineras en ambas regiones.

1 Organización Juvenil Comuna Amazónica, ‘Lucha y resistencia anti extractivista en la región centro Sur de la Amazonía Ecuatoriana’ in *¿Por qué nos oponemos a la megaminería?*, Publicaciones LatiCe, 2013, p.6.

2 *Ibid.*, p. 7.

Por la forma impositiva en la que se da esta transformación cultural se viola el derecho a la identidad cultural de los pueblos y nacionalidades indígenas. Es impositiva porque destruye y contamina el territorio donde se encuentran los elementos esenciales para que se reproduzca la cultura y se garantice la continuidad histórica de los pueblos y nacionalidades. Por ejemplo, contamina el agua de consumo y la tierra de cultivo. Destruye los bosques que pertenecen a su espacio vital donde recolectan los frutos y plantas medicinales, encuentran los materiales para sus artesanías, cazan y se encuentran con los espíritus de la selva.³

Por esta razón, es necesario implementar mecanismos de prevención, protección y reparación, como el uso del estudio de impacto ambiental y social y el plan de manejo ambiental que deben adoptarse e implementarse con participación de las comunidades indígenas.

Por otra parte, se evidencia que en el proceso se culpa a las culturas indígenas, sus costumbres y tradiciones de la exclusión de las mujeres indígenas, las brechas en la igualdad de género y la pobreza en las familias indígenas, mientras que paralelamente se impone el paradigma del desarrollo modernizador como la alternativa a esta problemática, sin detenerse a analizar que este es justamente el que la profundiza,⁴ además de deteriorar su identidad cultural. Aunado a lo anterior, este modelo de desarrollo conlleva un aumento de divisas con efectos en el tipo de cambio y, en general, aumenta las brechas de la desigualdad, la violencia de género y afecta la competitividad de otros sectores de la economía, como el agrícola o el manufacturero.⁵

Sin embargo, sus defensores argumentan que es la mejor opción para lograr el crecimiento económico, generar empleos, aumentar el ingreso de los Estados para la implementación de políticas sociales, mejorar la infraestructura y desarrollar la industrialización.⁶ Otro paradigma importante que se impone con el modelo de referido es el de la utilidad de los terrenos. En el caso de las provincias amazónicas, sus territorios fueron considerados baldíos que había que aprovechar para producir. Así, nació la necesidad de crear ciertas políticas enfocadas en lograr su rentabilidad y, entre las acciones que se pusieron en marcha, se impulsó la colonización para civilizarlas, concibiendo a la Amazonía como territorio de nadie, donde el Estado debía asentar a su población para hacerlo parte de la nación. En esta primera fase de colonización se hizo el primer cambio del uso del suelo, donde el espacio selvático fue dedicado a la agricultura y la ganadería con la correspondiente ampliación de la frontera agrícola y ganadera, puesto que estas fueron las acciones que implementaron las familias que colonizaron provincias como Orellana y Sucumbíos.

3 *Ibid.*, pp. 11-12.

4 Valladares de la Cruz, Laura R., 'Los derechos humanos de las mujeres indígenas. De la aldea local a los foros internacionales', *Alteridades*, No. 35, 2008, p. 50.

5 *Ibid.*

6 Pol, Cristina, Varela, Rodrigo y Cordero, David, *Malos negocios. Análisis de los convenios de compensación entre comunidades y empresas petroleras*, Quito, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos INREDH, 2010, p. 17.

En una fase posterior jugó un papel importante el hallazgo de petróleo, que implicó otro cambio del uso de suelo para concesionar a las empresas para su exploración y explotación, actividad que desplazó a la agricultura y la ganadería. En todo caso, la idea que persiste es que la Amazonía es un territorio baldío, cuyos habitantes se encuentran sumidos en la pobreza, por lo cual deben implementarse políticas que generen recursos y les permitan superarla. Lo que no se evidencia es que tales habitantes son pueblos indígenas que tienen su propia visión del desarrollo, y para quienes la selva es el lugar en el que encuentran refugio y alimentos y viven su espiritualidad.

La situación es diferente en el Azuay, una provincia con grandes territorios dedicados a la agricultura, ganadería y otras actividades del campo. Y entre los grupos dedicados al campo se encuentra la población indígena.

Dichas actividades tienen dificultades para mantenerse desde que el Estado ecuatoriano implementó su política económica para intervenirlos con la minería. Así, se empezaron a aprobar otras actividades, como la extracción de minerales del subsuelo, entre ellos el cobre.

Lo esencial en el caso del austro es que la economía se enfoca en la importancia de los recursos naturales no renovables y deja de lado los intereses de las comunidades campesinas para las que la ganadería y la agricultura, principalmente el cultivo de alimentos, les proporcionan los ingresos necesarios para su subsistencia. Para ello, necesitan agua; sin embargo, al entrar la minería, gran parte del líquido se emplea en esa actividad.

Al igual que en el caso anterior, parece que la implementación del modelo de desarrollo modernizador es necesaria porque las actividades mencionadas no producen los suficientes ingresos para combatir la pobreza; además, la minería estaría llamada a transformar la economía nacional, no únicamente a un sector de la población. En contraste, en ambos casos se observa una afectación a ciertos derechos colectivos de los pueblos indígenas, especialmente a su identidad cultural; en el caso de la provincia del Azuay, también se reclama la violación a la soberanía alimentaria y al derecho al agua.

Estos derechos son puestos en riesgo por la presencia de las empresas y, más aún, porque no se adoptaron medidas de prevención. Por tal motivo, es necesario analizar la responsabilidad del Estado, que tiene competencia para definir la política económica de un país pero debe prever acciones y mecanismos para garantizar que no se violen los derechos humanos, y reparar y sancionar en el caso de que esto ocurra.

C. La perspectiva de género que le falta a la política económica

Debe considerarse que las afectaciones repercuten de forma diferente en las mujeres indígenas, razón por la cual es importante que cualquier mecanismo de prevención y reparación integral que se

prevea, considere los aspectos especiales que surgen cuando las violaciones son cometidas en contra de las mujeres.

Así, es importante referirse a cómo el Frente de Mujeres Defensoras de la Pachamama ha definido su activismo frente a la extracción de recursos naturales. Para ellas, la contaminación tiene efectos adversos para sus familias, lo cual les resulta evidente porque su espacio, en un inicio, estuvo circunscrito a la vida privada, al cuidado de sus familias. Este espacio tuvieron que compartirlo con su activismo político para reclamar el derecho al agua en condiciones saludables.⁷

Asimismo, otra de sus principales preocupaciones es que la contaminación que provoca la minería afecta a los animales domésticos y sus cosechas, lo que las amenaza profundamente porque corren riesgo sus espacios de vida y se puede profundizar la pobreza que suele traer consigo la minería.⁸ En ese sentido, se observa otra tensión respecto de cómo el Estado ecuatoriano podría alcanzar uno de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, específicamente el primero, referido a poner fin a la pobreza, aunque a primera vista podría justificar el desarrollo de proyectos de extracción de recursos naturales en términos del discurso de que genera empleos.

Sin embargo, la implementación de acciones para erradicar la pobreza debe acompañarse también de otros mecanismos para una mejor repartición de la riqueza. Esto incluso considerando que, como lo sostiene Naciones Unidas, “La pobreza va más allá de la falta de ingresos y recursos para garantizar unos medios de vida sostenibles”.⁹ Esto implica un sinnúmero de acotaciones, entre ellas que es necesario que el Estado genere tales medios de vida; en ese sentido, el análisis tendría que centrarse en cómo se ejecutan las acciones para que luego de la extracción de recursos naturales, las comunidades indígenas tengan la capacidad suficiente para salir adelante, especialmente si los existentes en su territorio han sido afectados.

En consecuencia, el desarrollo económico modernizador debe observar estas situaciones para que la política económica adopte los mecanismos de protección a los derechos colectivos desde una perspectiva de género, de forma que la actividad extractiva no contribuya a la profundización de la pobreza en las zonas que interviene.

7 Solano Ortiz, Lina, ‘Derechos violados, resistencia, criminalización. El rol de las mujeres defensoras de la Pachamama en el conflicto por el proyecto minero Río Blanco’ in *¿Por qué nos oponemos a la megaminería?*, Publicaciones LatiCe, 2013, pp. 46-47.

8 *Ibid.*, pp. 47-48.

9 Organización de las Naciones Unidas, *Objetivo 1: Poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo*, disponible en <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/poverty/> (visitado el 20 de julio de 2016).

III. La identidad cultural y la consulta previa frente al paradigma de desarrollo modernizador

A. Derechos en tensión y el paradigma de desarrollo modernizador

Como se mencionó en el capítulo anterior, la política económica implementada en la Amazonía y en el austro ecuatoriano implica la adopción de un paradigma de desarrollo modernizador que hasta cierto punto no ha sido consultado ni ha obtenido el consentimiento de los pueblos y nacionalidades indígenas. Para efectos de este artículo, me referiré a que no se han garantizado los derechos a la consulta y consentimiento a la nacionalidad Waorani y a las comunidades que forman parte del Frente de Mujeres Defensoras de la Pachamama.

Este desarrollo modernizador, que viene de la mano con la implementación de la industria extractiva de recursos naturales, afecta el territorio y la identidad cultural de los colectivos indígenas, cambia el uso de la tierra, sus instituciones económicas y sociales y repercute en otros derechos –como el de la naturaleza o el derecho al agua. Por ese motivo, es esencial referirse al derecho a la consulta y al consentimiento previos como procesos para proteger otros derechos colectivos, así como la autodeterminación y participación de los pueblos indígenas frente a los cambios estructurales que devienen con la implementación de la extracción de recursos.

Es imprescindible establecer que las empresas tienen un rol fundamental para proteger los derechos de las comunidades indígenas en el marco de sus actividades, por lo que deben someterse a su escrutinio. Por otra parte, la Constitución de la República del Ecuador reconoce el derecho a desarrollar actividades económicas, de forma individual o colectiva, “[...] conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.”¹⁰

Este derecho se encuentra en concordancia con lo que establecen los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Así, por ejemplo, el Principio 11 establece que “Las empresas deben respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación.”¹¹ En consecuencia, el Estado debe sancionar a una empresa si no actúa conforme al principio de responsabilidad social y ambiental, según lo establecido en los Principios de Maastricht respecto de la responsabilidad estatal derivada de los actos y omisiones de actores no estatales que actúan por instrucciones o bajo su dirección o control, o que estén facultados por este para ejercer atribuciones del poder público y que actúen en esa capacidad.¹²

10 Constitución de la República del Ecuador, artículo 66 numeral 15.

11 Representante Especial del Secretario General sobre los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *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 (21 de marzo de 2011), Anexo, §11.

12 *Principios de Maastricht sobre las obligaciones extraterritoriales de los Estados en el área de los derechos económicos, sociales y culturales*, §12.

Por esta razón, y como se verá más adelante, las empresas deben analizar si el Estado ha garantizado los derechos a la consulta y consentimiento previo de los pueblos indígenas al inicio de la extracción de recursos naturales, como una forma de respetar los derechos humanos al evitar que sus propias actividades provoquen consecuencias negativas sobre los derechos colectivos y como un mecanismo para prevenirlas y mitigarlas.¹³

B. Contenido esencial de la consulta previa frente a las actividades de extracción de recursos naturales

En este apartado me referiré al contenido esencial de la consulta previa, libre e informada que se encuentra reconocida en la Constitución de la República del Ecuador y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

Este derecho se encuentra consagrado en la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 57 numeral 7, el cual la establece como un derecho colectivo:

Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: / [...] 7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.

Este derecho se encuentra también en uno de los instrumentos internacionales que ha suscrito el Estado ecuatoriano, el Convenio 169 de la OIT; de él se desprende que los Estados deben garantizarlo. Al interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos a la luz de lo establecido en el Convenio 169, la Corte Interamericana de Derechos Humanos definió los elementos que constituyen el derecho a la consulta previa y los casos en los cuales los Estados deben buscar el consentimiento previo.

En este sentido, la Corte realiza una interpretación teleológica y sistemática, considerando que la Convención Americana de Derechos Humanos es un instrumento vivo que se nutre de otros textos vigentes con finalidades similares. Como contenido esencial de los derechos, planteó que es el determinable con razonabilidad, que no los desnaturaliza y permite un ejercicio razonable de un

¹³ Representante Especial del Secretario General sobre los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *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 (21 de marzo de 2011), Anexo, §13.

derecho, que una vez que se ha definido en lo concreto se constituye en absoluto, inexcusable, no puede dejarse de lado por razones utilitarias y debe ajustarse con relación a otros bienes jurídicos.¹⁴

Así, el contenido esencial del derecho a la consulta debe ubicarse entre sus facultades o posibilidades de actuación que corresponden a los intereses jurídicamente protegibles:

- i) Se observa que existe un derecho a ser consultados cuando se trate de planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles en la dimensión ambiental o cultural. En consecuencia, el territorio y la identidad cultural de los pueblos indígenas son los intereses jurídicamente protegibles.
- ii) La participación en los beneficios de estos proyectos también constituye una facultad de los pueblos indígenas, que se relaciona con la protección del territorio e identidad como bienes jurídicos protegibles.
- iii) La Constitución se refiere a la obligatoriedad y oportunidad con la que la autoridad competente debe realizar la consulta, lo que está relacionado a su carácter previo, como elementos sin los cuales se desnaturalizaría al derecho. Igualmente, la libertad implica que no debe existir coerción, o uso de la fuerza; y la de información significa que deben darse a conocer los beneficios y perjuicios que ocasionarán las actividades dentro de los territorios de los pueblos indígenas.

En definitiva, si una empresa quiere realizar una actividad de extracción de recursos naturales no renovables en un territorio indígena debe observar que previamente el Estado, por intermedio de la autoridad competente, haya garantizado el derecho a la consulta previa, puesto que su ejercicio protege el territorio y la identidad cultural de los colectivos que pueden verse afectados. Asimismo, la empresa debe considerar la participación de los colectivos afectados en los beneficios que produzca su actividad.

Para abundar más en el contenido esencial del derecho a la consulta previa es necesario referirse a la línea jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el caso Saramaka contra Suriname hasta Sarayaku contra Ecuador. Para la Corte, los Estados tienen un deber convencional de garantizar la aplicación previa de ciertas salvaguardias a la exploración o extracción de los recursos naturales que se encuentran en el subsuelo dentro de los territorios ancestrales de los pueblos indígenas, de forma que no causen la denegación a la subsistencia del pueblo como tal. En definitiva, para la Corte, los bienes jurídicos que protege la consulta previa también son su territorio e identidad cultural.

Las salvaguardias que se identifican son las siguientes: a) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta, especialmente en los casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala; b) la realización de un estudio de impacto ambiental; y c) compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales, de manera que se constituya en una justa indemnización conforme a lo que establece el artículo 21 de la Convención Americana de

14 Serna, Pedro y Toller, Fernando, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 47.

Derechos Humanos, y de acuerdo con lo que la comunidad determine y resuelva según sus costumbres y tradiciones.¹⁵ Si no se aplican estas salvaguardas, para la Corte se desnaturaliza el derecho a la consulta previa, puesto que no protege los bienes jurídicos mencionados.

La Corte profundiza en el tema y se refiere al consentimiento previo, libre e informado que los Estados deben obtener mediante la consulta realizada de acuerdo con sus costumbres y tradiciones, cuando se trate de planes de desarrollo o inversión a gran escala y que el impacto sea mayor.¹⁶ A lo anterior, se suman los criterios del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas: i) en el caso que el proyecto provoque el traslado del pueblo o comunidad fuera de sus tierras tradicionales; y ii) en el caso que se almacenen o viertan desechos tóxicos en las tierras del pueblo o comunidad indígena.¹⁷

El contenido esencial del derecho a la consulta y consentimiento previos demuestra su importancia como garantía para evitar los procesos de transformación forzosa de la identidad cultural de los colectivos indígenas y que se afecten sus territorios y recursos naturales. Más aún, el consentimiento como derecho se vuelve un objetivo del derecho a la consulta previa, puesto que ambos generan una protección frente a los efectos sustantivos que puedan ocasionarse a los derechos de los pueblos indígenas que afecten su supervivencia física y cultural como tales.¹⁸

Además, en las actividades para las que es necesario obtener el consentimiento y el colectivo no lo ha dado, pero el Estado necesita realizarlas, está obligado a salvaguardar los derechos colectivos específicos del pueblo o nacionalidad indígena que se afectarían con esta decisión.

C. El consentimiento previo y la identidad cultural de los pueblos indígenas frente a la implementación de actividades de extracción de recursos naturales

Se evidencia que en el derecho internacional de los derechos humanos existe una regla general en términos de que los proyectos extractivos en los territorios indígenas deben contar con el consentimiento previo, libre e informado bajo las condiciones examinadas en el acápite anterior. Para ello, es necesario que el Estado les reconozca su derecho al territorio que debe estar sujeto al derecho consuetudinario de

¹⁵ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párrafo 157; Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrafo 154.

¹⁶ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrafo 134.

¹⁷ Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, A/HRC/12/34 (15 de julio de 2009), §47.

¹⁸ Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, *Observaciones sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas de Guatemala en relación con los proyectos extractivos, y otro tipo de proyectos, en sus territorios tradicionales*, A/HRC/18/35/Add.3 (7 de junio de 2011), §41.

cada pueblo, con o sin título oficial de propiedad. Igualmente, este debe incluir la demarcación de las zonas y recursos de importancia cultural y religiosa, lo que toma en cuenta también la importancia para su bienestar físico, el desarrollo de sus prácticas culturales, la participación y la libre determinación.¹⁹

En consecuencia, para garantizar los derechos a la identidad cultural y territorio frente a la actividad de terceros, es primordial el ejercicio del derecho a la consulta previa; al garantizarlo, debería tenerse por objetivo lograr el consentimiento, aún para los casos en que este no sea obligatorio.²⁰ En esto coincido plenamente con James Anaya, quien fue Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas.

La obligatoriedad del consentimiento como regla general es de vital importancia por el carácter invasivo de la extracción de los recursos naturales, especialmente cuando se realiza en el territorio indígena.²¹ Es el Estado y no las empresas el que debe generar los procesos de consulta y consentimiento, por el mismo hecho de que deben ser previos a la adopción de decisiones. En ese sentido, estoy en desacuerdo con lo que manifiesta James Anaya respecto de que las empresas también podrían ser garantes de este derecho.

Debe recordarse que en el Ecuador los recursos naturales son considerados estratégicos; el Estado tiene el dominio de los que se encuentran en el subsuelo y previo a extraerlos una empresa privada debe obtener una concesión. En el caso del petróleo, el Estado ecuatoriano realiza las denominadas rondas petroleras. A mi parecer, esta norma debe utilizarse para proteger los recursos naturales mas no para desconocer el derecho al territorio de los pueblos y nacionalidades indígenas. Si el Estado ecuatoriano implementase mecanismos de protección a los derechos a la consulta y al consentimiento, debería generar estos procesos antes de autorizar concesiones a las empresas; de no hacerlo, podría entenderse que la decisión de explorar o de explotar en el territorio indígena está tomada. Esto implica que las empresas privadas por responsabilidad social no deberían concursar si no se han garantizado previamente la consulta y el consentimiento.

Por otra parte, en etapas posteriores, la empresa debe garantizar la participación en procesos y actividades como el estudio de impacto ambiental, el plan de manejo ambiental, el reparto de utilidades, la implementación de estructura que podría afectar al territorio e identidad cultural, así como a la autodeterminación y participación del pueblo indígena afectado, con el objeto de tener una aprobación social, sentar las bases de una relación positiva y contribuir a la estabilidad del proyecto.²²

19 Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, *Las industrias extractivas y los pueblos indígenas*, A/HRC/24/41 (1 de julio de 2013), §§26, 28.

20 *Ibid.*, §27.

21 *Ibid.*, §28.

22 *Ibid.*, §29.

Visto de esta manera, el consentimiento cumple su función de salvaguardar los derechos colectivos, razón por la cual debe ser otorgado libremente, con información suficiente y entendible y en condiciones justas. Esto implica que el consentimiento no es un simple sí a una decisión predeterminada y tampoco es un mecanismo que trata de validar un acuerdo desfavorable para la población afectada.²³

Por otro lado, debe destacarse que el derecho al consentimiento no es ilimitado de tal forma que no admita excepciones. Como se había mencionado, estas caben cuando no se desnaturaliza al derecho, esto sería, cuando no se afectan la identidad y el territorio. Solo en esos casos puede limitarse la aplicación de la regla general. Una primera situación es cuando el Estado, después de un análisis exhaustivo, concluye que las actividades extractivas no afectarán sustancialmente a los pueblos indígenas en el ejercicio de sus derechos, aunque se realicen dentro de sus territorios.²⁴ Considero que, para llegar a esta conclusión, el Estado debe agotar el ejercicio del derecho a la consulta previa y mantener una constante garantía de los derechos de participación de los colectivos. Incluso, las empresas deben considerar en sus planes de manejo ambiental esta participación constante para asegurar que sus actividades no afectarán su identidad cultural, autodeterminación y territorio, considerando que la extracción de recursos de forma industrial es de por sí nociva.

Otra situación en la cual no es necesaria la garantía del consentimiento previo es si el Estado determina que la actividad extractiva impondrá limitaciones permitidas a los derechos colectivos, bajo estrictos criterios de necesidad y proporcionalidad, con un fin público válido y en observancia del marco general de respeto de los derechos humanos;²⁵ esto es, que la limitación esté determinada por la ley, respete las obligaciones internacionales de derechos humanos, no sea discriminatoria y sea estrictamente necesaria para garantizar el reconocimiento y respeto a los derechos y libertades de las demás personas y para la satisfacción de necesidades justas y apremiantes en una sociedad democrática.²⁶ Una tercera situación es cuando los pueblos indígenas no dan su consentimiento y el Estado desea realizar el proyecto de extracción dentro del territorio del colectivo. En estos casos existe una carga de prueba para el Estado, que debe demostrar que la actividad no limitará ningún derecho o que, en todo caso, la limitación es válida.²⁷

Bajo estas condiciones el Estado puede limitar los derechos colectivos; sin embargo, como se había mencionado antes, la titularidad sobre los recursos naturales que exigen los Estados no debe utilizarse para desconocer el derecho al territorio de los pueblos indígenas, aunque como producto de la expropiación se indemnice y compense justamente. En estos casos, debe observarse si la limitación

²³ *Ibid.*, §30.

²⁴ *Ibid.*, §31.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Asamblea General, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, A/RES/61/295 (13 de septiembre de 2007), art. 46.2.

²⁷ Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, *Las industrias extractivas y los pueblos indígenas*, A/HRC/24/41 (1 de julio de 2013), §33.

responde a una finalidad pública válida en el marco de los derechos humanos y no se trata únicamente de intereses comerciales o de la generación de ingresos, puesto que las actividades de extracción de recursos persiguen objetivos principalmente privados.²⁸

Luego, debe observarse que la limitación sea necesaria y proporcional con la finalidad identificada. Para Anaya, esto es difícil cuando se trata de actividades extractivas en los territorios indígenas y que no cuentan con su consentimiento. Al realizar este análisis de necesidad y proporcionalidad deben considerarse todos los derechos que pueden afectarse y que menoscabarían la supervivencia de los pueblos indígenas.²⁹

Asimismo, en los casos en que los pueblos indígenas han otorgado su consentimiento, mencioné que no es un simple sí o una fórmula de aceptación de la viabilidad de un proyecto, puesto que al dar libremente el consentimiento a proyectos extractivos este debe sujetarse a condiciones que protejan sus derechos. En estos casos se presume que las limitaciones al ejercicio de sus derechos son admisibles y que estos no se ven infringidos.³⁰ En definitiva, el resultado de los procesos de consulta no es únicamente informar sobre el proyecto a realizarse, sino coordinar con el pueblo indígena los mecanismos efectivos para garantizar sus derechos colectivos, de forma que no se afecten su identidad cultural ni su territorio.

En este orden de ideas, en el caso que no se otorgue el consentimiento, o incluso cuando sea dado de forma previa, libre e informada, el Estado tiene la obligación de respetar y proteger los derechos colectivos y asegurarse de que se mantengan las salvaguardias correspondientes. Debe adoptar medidas tendientes a reducir o compensar las limitaciones que estos sufran, implementando mecanismos como las evaluaciones de impacto, medidas de mitigación, compensaciones y la participación en los beneficios mediante procesos que consideren la autodeterminación e identidad cultural del colectivo indígena.³¹ No coincido con que estas medidas deben adoptarse únicamente cuando no hay el consentimiento; sin embargo, estoy de acuerdo con Anaya en que cuando este no se da en las condiciones antes dichas y el Estado comienza el proyecto de extracción, debe someterse su decisión a la revisión judicial para verificar la constitucionalidad y convencionalidad en la limitación de los derechos colectivos.³²

Finalmente, es importante que las empresas no inicien las actividades de extracción mientras no se hayan garantizado los procesos de consulta y consentimiento previos y, si tienen dudas acerca de la constitucionalidad y convencionalidad de las limitaciones a los derechos, deben actuar con diligencia, poniendo incluso a consideración de la revisión judicial este tipo de decisiones.

28 *Ibid.*, §35.

29 *Ibid.*, §36.

30 *Ibid.*, §33.

31 *Ibid.*, §38.

32 *Ibid.*, §39.

Como había mencionado, considero que no deben ser las empresas quienes tengan a su cargo los procesos de consulta o consentimiento, puesto que esto supondría que se intenta garantizar el derecho cuando la decisión ya está tomada y únicamente se requiere el cumplimiento de una formalidad. En todo caso, las empresas deben mantener un constante proceso de participación que les permita actuar con diligencia frente a las violaciones de derechos humanos que puedan cometer en la implementación de sus actividades.

IV. Análisis de casos

A. Los Waorani

a. Los Waorani y su relación con la civilización

La nacionalidad Waorani habita en las regiones amazónicas, entre ellas en la provincia de Orellana. Esta nacionalidad ha sufrido cambios en su identidad cultural por diversas intromisiones en su territorio. Inicialmente fueron las de los misioneros religiosos que, con autorización estatal, fundaron un protectorado denominado Instituto Lingüístico de Verano Traductores de la Biblia Wycliffe S.A. (en lo sucesivo ILV), cuya relevancia se debe a que empezaron a transformar profundamente sistema económico al establecer una relación de dependencia que trajo consigo el desarraigo de sus territorios.

Este mecanismo, que hace parte de la política económica relativa al modelo de desarrollo, fue adoptado por el gobierno de José María Velasco Ibarra en los años cincuenta. El propósito del ILV era conocer el idioma Waorani e implantar la religión evangélica en este pueblo.³³ Este mecanismo no se aparta de la idea colonialista de civilizar a los salvajes que viven en un territorio baldío e incorporarlos a la civilización. Para ello, era necesario que el ingreso de misioneros fuera acompañado de otras medidas, como el traslado de migrantes para colonizar y hacer producir la tierra y el recurso a los militares.³⁴

Posteriormente, esta política debía adoptar otros mecanismos, entre ellos la colaboración mutua entre el ILV y las empresas petroleras, como lo señala Cabodevilla al indicar que en los años noventa, los misioneros colaboraron con la empresa Maxus para la firma de un “acuerdo de amistad, respeto y apoyo mutuo” en Kihuaró con la organización Waorani,³⁵ para que esta no fuera un inconveniente para el desarrollo de sus actividades. Es decir, se desarrolló un plan de pacificación y de evangelización que tenían en común el establecimiento de una relación asistencialista.³⁶

³³ Rivas Toledo, Alex y Lara Ponce, Rommel, *Conservación y petróleo en la Amazonía Ecuatoriana. Un acercamiento al caso huaorani*, Quito, EcoCiencia/Abya-Yala, 2001, p 28.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*, p. 31.

³⁶ *Ibid.*, p. 26, 31, 32.

Estos planes profundizaron el cambio en la identidad cultural de los Waorani, quienes de vivir de la selva pasaron a establecerse alrededor de los campos petroleros³⁷ y se constituyeron en mano de obra para las empresas, lo cual socavó su resistencia ante la invasión a su territorio.

En consecuencia, se puede entender que las decisiones del Estado ecuatoriano que posibilitaron el ingreso de misiones religiosas, colonos, militares y empresas petroleras son parte de un proceso de desaparición y desintegración de la nacionalidad Waorani, acompañado de fenómenos como la asimilación cultural, aculturación, transfiguración étnica, etnocidio y deculturación.³⁸

b. La ruptura de las instituciones sociales de los Waorani

Esta situación implicó la ruptura y suspensión de algunas instituciones sociales como la guerra intertribal, la religión animista, las ceremonias religiosas que incluían cantos, bailes y consumo de chicha, la poligamia, la medicina tradicional, ritos ancestrales y economía de caza y recolección. También se les impusieron otras instituciones, como la religión evangelista protestante, la monogamia y la economía de mercado.³⁹

Otra institución social que resultó afectada fue la medicina ancestral. Esta ruptura provocó que los colectivos desconfiaran en sus conocimientos y crearan la necesidad de recurrir a la medicina occidental, razón por la cual no existiría una oposición de los individuos Waorani para entregar sus fluidos sanguíneos a quienes suponen que les ayudarán a combatir enfermedades desconocidas para ellos, como la polio. Asimismo, como la necesidad del Estado fue económica, no previó mecanismos de prevención de salud para las comunidades, que pasaron a depender ampliamente de las petroleras y las misiones religiosas.

Aquí es donde resulta evidente la ausencia del Estado en la región amazónica, y especialmente en los territorios concesionados. Al no garantizar los derechos básicos a las comunidades, como la salud, el agua y la educación, le dejó un gran margen de acción a las empresas petroleras para suplirlo.

c. La petrolera Maxus y su intervención en el territorio Waorani

El caso de la petrolera Maxus es uno de los tantos relacionados con la implementación de actividades extractivas petroleras en la Amazonía ecuatoriana que han ocasionado graves afectaciones a la identidad cultural de los pueblos y nacionalidades indígenas. Los Waorani desconocían las amenazas

37 Rival, Laura M., *Transformaciones huaorani. Frontera, cultura y tensión*, Quito, Abya-Yala, 2015, p. 111.

38 Rivas Toledo, Alex y Lara Ponce, Rommel, *op cit.*, p. 18.

39 *Ibid.*, p. 33.

que surgirían de la actividad petrolera; para las personas indígenas, las empresas les entregaban cosas nuevas y atractivas en la forma de obsequios o servicios⁴⁰ y, con ellos, se estructuraron una relación de dependencia y una economía de mercado que, al inicio, pudo haberse visto como un trueque por parte de la nacionalidad Waorani. En apariencia, existió un acuerdo básico entre indígenas y empresas petroleras; sin embargo, los Waorani no dieron su consentimiento sin condiciones para la extracción petrolera dentro de su territorio, puesto que no entendían lo que esto implicaba y desconocían las consecuencias para su futuro y su plan de vida.⁴¹

Así como se reestructuraron y desaparecieron algunas instituciones sociales, también se impusieron otras, como la propiedad privada. La presencia de las empresas petroleras significó el aprendizaje de este concepto por los Waorani, puesto que en su cosmovisión lo que conocían era el reparto mutuo de los bienes personales. Al no entenderlo, pensaron que podían utilizar los bienes de las empresas petroleras y fueron denunciados por asalto o robo a los campamentos.⁴² Esto implicó que se configurara un imaginario social en el que los Waorani fueron definidos como salvajes por su falta de respeto a la propiedad privada y otras instituciones sociales. Probablemente esto impuso una relación de violencia entre indígenas y petroleras.

En ese contexto, Maxus perfeccionó un plan de desarrollo socioeconómico y cultural con la comunidad Waorani dirigido a terminar con las tensiones y empezar a establecer relaciones pacíficas. El plan incluía la estrategia de mostrarse como una empresa que cumple y que tiene la capacidad de adoptar decisiones consensuadas respecto al desarrollo indígena.⁴³ Con miras a cumplirlo, reunió a los sectores religioso, social y estatal para organizar los programas relacionados con la salud, la educación y el desarrollo comunitario. Su éxito posiblemente se debió a la incapacidad estatal y de otras organizaciones sociales para presentar productos concretos a los Waorani, que no lo objetaron aunque no intervenía el Estado.⁴⁴

Sus características principales eran: i) centrarse en reducir la condición marginal del pueblo indígena, su aislamiento físico y la carencia de bienes y servicios públicos en el territorio que habitan; y ii) basarse en una concepción de que era un pueblo postrado e ignorante al que había que sacar de esa situación para incorporarlo a la economía moderna y dotarle de infraestructura de salud, educativa y de otros servicios para que accedieran a los parámetros de la modernidad.

Maxus apuntó a una estrategia centrada en una política de autogestión y desarrollo comunitario, con el fin inicial de evitar el proteccionismo y dependencia. Acotaron la planificación a tres condiciones de

40 Narváez Q., Iván, *Huaorani – Maxus: Poder étnico vs. Poder transnacional*, Quito, Ed. Porvenir, 1996, pp. 38-39.

41 *Ibid.*

42 *Ibid.*, p. 38.

43 *Ibid.*, pp. 41, 63.

44 *Ibid.*

la supervivencia de la cultura, que son el territorio, la salud y los procesos educativos–culturales.⁴⁵ En definitiva, aunque el deseo de la empresa fuera evitar el proteccionismo y dependencia, el mismo hecho de suspender las instituciones económicas de los Waorani implica una afectación grave a su identidad cultural. Considero que esta planificación produjo un tipo de asimilamiento de la nacionalidad a la sociedad occidental. Maxus aprovechó el proceso que iniciaron las misiones religiosas y la ausencia del Estado, que no adoptó verdaderas políticas de protección al territorio e identidad de este colectivo.

En este punto, cabe destacar que las actividades de Maxus no fueron sometidas a consulta previa, libre e informada; los Waorani ni siquiera decidieron sobre su ingreso al territorio. Esto ha provocado graves consecuencias en su identidad cultural y ha profundizado la desigualdad de género y la relativa a la profundización de la pobreza dentro del colectivo. En tal sentido, es necesario que el Estado establezca las formas de reparación de la identidad cultural de la nacionalidad y sancione a las empresas que incumplieron sus obligaciones en relación a los derechos humanos de los pueblos indígenas.

B. Frente de Mujeres Defensoras de la Pachamama

a. El Frente de Mujeres Defensoras de la Pachamama y el proyecto minero Río Blanco

El Frente de Mujeres Defensoras de la Pachamama es una organización civil conformada por mujeres campesinas en las provincias de Azuay, Zamora y Morona Santiago. Esta organización nace por la necesidad de defender el derecho al agua como un recurso fundamental para la vida. Ellas han intentado construir algunas estrategias de defensa de sus derechos como mujeres y para sus familias frente a la explotación minera en sus territorios. Así, comenta Lina Solano, dejaron el espacio doméstico y empezaron a participar en el espacio público como parte del ejercicio de su derecho a la resistencia contra el impacto que tiene la minería sobre la calidad y cantidad del agua y en la salud de sus familias.⁴⁶ Para desarrollar su activismo han tenido que ampliar sus conocimientos y conceptos sobre los ecosistemas, la relación entre la naturaleza y los seres humanos, las nociones de impactos ambientales y sociales y de la pobreza que se vive junto con la implementación de estas actividades extractivas.⁴⁷

Uno de los proyectos mineros contra el que han defendido sus derechos es el denominado Río Blanco, en la parroquia de Molleturo, provincia del Azuay. Este es de gran interés nacional⁴⁸ y, de acuerdo

45 *Ibid.*, p. 66.

46 Solano Ortiz, Lina, *op. cit.*, pp. 46-47.

47 *Ibid.*, pp. 47-48.

48 Se prevé que la extracción de oro sea de alrededor de 665.000 onzas y plata de 4 millones de onzas con una mina subterránea y utilizando el sistema de lixiviación con cianuro. (Ver datos oficiales del proyecto).

con lo que manifiestan, las concesiones se entregaron sin que mediaran procesos de información ni de consulta previa.⁴⁹

El Frente de Mujeres Defensoras de la Pachamama considera de gran importancia el ecosistema que se afectaría con el proyecto minero en el páramo andino, en el Macizo del Cajas, declarado por la UNESCO como Zona de Reserva de la Biósfera en mayo de 2013,⁵⁰ y el bosque protector Molleturo-Mollepongo del parque nacional Cajas y su área de amortiguamiento.⁵¹

El páramo es un ecosistema en el que abunda el agua; la importancia a nivel mundial de este tipo de reservorios es reconocida por la convención RAMSAR relativa a los humedales de relevancia internacional que constituyen el hábitat de aves acuáticas. Por ello, los Estados, incluido el ecuatoriano, se comprometieron a protegerlos.⁵²

En el páramo andino del caso se encuentran varias lagunas. Según la organización, son Yatahuayco, Sunincocha, Luspa, Patul, Larga y Playas Encantadas. En ellas nacen algunos ríos importantes que se dirigen a la costa ecuatoriana para desembocar en el océano Pacífico, que pertenecen al sistema de microcuencas, subcuencas y cuencas del país.⁵³

b. La parroquia de Molleturo

Molleturo se encuentra a cincuenta kilómetros de Cuenca, capital de la provincia de Azuay; es una parroquia rural con una superficie de 1331 km² y una población total de 7166 habitantes según el censo de 2010. La población está repartida en 71 comunidades en las zonas de la cordillera y de la costa.

La ubicación de la parroquia le permite gozar de diferentes pisos ecológicos y una gran biodiversidad. Su población se dedica a pequeñas y medianas actividades agropecuarias. Su producción es variada y, de acuerdo a lo que sostiene Lina Solano, “[...] mantienen la soberanía alimentaria abasteciendo mercados locales de importantes sectores de las provincias de Azuay, Guayas y El Oro. Por tanto, de desarrollarse el proyecto minero Río Blanco, una extensa zona de producción agropecuaria sería impactada [...]”.⁵⁴ En la zona andina se produce el maíz, frejol, mellocos, camote y hortalizas que son vendidas a los mercados de Naranjal, en la costa, y Cuenca, en la sierra. Las comunidades localizadas en la zona costanera producen cacao, plátanos y frutas de clima cálido, que son productos de exportación. En

49 Solano Ortiz, Lina, *op. cit.*, p. 30.

50 *Ibid.*

51 *Ibid.*

52 Secretaría de la Convención de Ramsar, *Manual de la Convención de Ramsar*, 6a edición, 2013, p. 6.

53 Solano Ortiz, Lina, *op. cit.*, p. 32.

54 Solano Ortiz, Lina, *op. cit.*, p. 36.

definitiva se observa que existe un uso agrícola del suelo que puede cambiarse con la minería, incluso considerando que ambas actividades necesitan agua para su producción.

c. Derechos en tensión con el proyecto Río Blanco

El proyecto minero tiene una misión importante: demostrar que su actividad no afectará estos cuerpos de agua y, específicamente, al páramo, aplicando el principio de prevención y observando lo establecido en la convención RAMSAR. Frente a esta situación el Estado tiene el rol primordial de controlar que no se provoquen graves consecuencias a los derechos de la naturaleza, el ambiente y los derechos de las comunidades que viven en el sector y aprovechan los recursos existentes. Sin embargo, de acuerdo a la organización, la actividad minera provocaría diversas afectaciones:

- i) A la laguna Yantahuayco, porque de aquí se tomaría parte del agua para la extracción de metales.
- ii) Al río Blanco, puesto que en su cabecera, sobre la quebrada del río Migüir, se colocaría el depósito de relaves.
- iii) Se disminuiría el flujo del río El Chorro al afectarse a los ríos tributarios por la captación de agua para la construcción y operación de la mina.
- iv) Se contaminaría el río Canoas por las descargas de agua de mina tratada que se depositarían en la quebrada Migsihuigsi.⁵⁵

Lina Solano afirma, sobre la base de la información del propio estudio de impacto ambiental de Río Blanco, que se prevé el uso de seis litros de agua por segundo para la construcción y operación del proyecto,⁵⁶ lo que implicaría violaciones a los derechos de la naturaleza. Adicionalmente, señalan que las comunidades de Molleturo no fueron informadas ni se les consultó antes de concesionar el proyecto minero ni luego que pasó de empresa a empresa.⁵⁷

En este caso se evidencia la necesidad de que la industria extractiva de minerales en el proyecto Río Blanco sea sometida a consulta para salvaguardar los derechos de los colectivos. La dificultad es que no todas las comunidades afectadas pertenecen a un pueblo indígena; sin embargo, la Constitución de la República del Ecuador prevé el derecho de participación activa y la consulta previa ambiental para este tipo de casos, aunque no el ejercicio del derecho al consentimiento previo, que es un derecho colectivo cuyo sujeto titular son los pueblos y nacionalidades indígenas. La participación activa (artículo 395, numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador) y la consulta previa ambiental (artículo

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 32-33.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 34.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 33.

398 de la Constitución de la República del Ecuador) también deben prever salvaguardias para otros derechos humanos –como el agua, el ambiente sano y la naturaleza–, las que deben implementarse mediante procesos de participación activa, que consideren las particularidades de cada comunidad y de cada ecosistema frente a los impactos ambientales durante la planificación, ejecución y control de toda actividad.

La misma Constitución en el inciso final del artículo 398 establece que si del proceso de consulta se desprende la existencia de una oposición mayoritaria de la comunidad, la decisión sobre si procede o no la ejecución del proyecto debe adoptarse mediante resolución motivada de la instancia administrativa superior. En ese caso, se deben prever la necesidad y proporcionalidad frente a la limitación de derechos; asimismo, debe identificarse si dicha limitación está establecida por la ley y responde a una finalidad en el marco de los derechos humanos.

Finalmente, las empresas que realizan las actividades de extracción de recursos deben actuar diligentemente para que no se vulneren los derechos de las comunidades y que, en el caso de una vulneración, puedan responder inmediatamente.

V. Conclusiones

Se evidencia la necesidad de que el Estado sea quien garantice los derechos colectivos de los pueblos indígenas, especialmente en lo que se refiere al ejercicio de los derechos a la consulta y consentimiento previos frente a las actividades de extracción de recursos naturales. En ese sentido, las empresas deberían abstenerse de iniciar operaciones cuando estos no se han garantizado, por su particular importancia para salvaguardar su identidad cultural y territorio.

Esta abstención de las empresas tiene su fundamento en los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, en el sentido de que deben respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos (principio 12), evitar que sus actividades provoquen consecuencias negativas, y tratar de mitigarlas o prevenirlas como parte de sus operaciones (principio 13).⁵⁸

⁵⁸ En el informe de 2013 del Grupo de Trabajo de la ONU sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales respecto a los impactos de las empresas sobre los pueblos indígenas, se desarrolla una guía sobre la aplicación de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos donde se reconoce el deber de protección del Estado frente a las violaciones de derechos humanos cometidas por agentes privados, como parte de sus compromisos asumidos convencionalmente, y de proteger a los pueblos indígenas y garantizar su derecho al consentimiento libre, previo e informado. Asimismo, se refiere a la responsabilidad empresarial de respetar los derechos de los pueblos indígenas, que implica que las empresas tienen una obligación de abstenerse de desarrollar acciones que atenten contra sus derechos, reparar o contribuir a la reparación de los derechos violados por su actividad empresarial, y la disponibilidad de asumir compromisos para contribuir al disfrute de derechos de las comunidades locales. Asamblea General, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/68/279 (7 de agosto de 2013), §§7-11, 18-21.

Por otro lado, el ejercicio del derecho a la consulta y consentimiento le posibilita al Estado encontrar alternativas que salvaguarden los derechos colectivos de las poblaciones indígenas; incluso, podría generar mecanismos para que la extracción de recursos favorezca la erradicación de la pobreza en lugar de profundizarla, como parte de una participación activa que fortalezca la autodeterminación de los colectivos para que generen sus propios planes de vida.

Adicionalmente, los procesos de consulta y consentimiento deben considerar la participación de las mujeres y la afectación a la naturaleza como parte del territorio indígena o independiente de este. Es necesario que la participación involucre a las mujeres indígenas para que no se profundice la brecha de género y se escuchen cuáles son los problemas que podrían enfrentar ante la implementación de actividades extractivas de recursos naturales.

Es necesario considerar que el empleo no es la única forma de combatir la pobreza, puesto que, como se desprende del primer Objetivo de Desarrollo Sostenible, se deben garantizar medios de vida sostenibles, que perduren después de que termine la extracción de recursos.

Asimismo, el Estado debe generar mecanismos para que la conducta de las empresas se apegue al respeto a los derechos humanos. Como consecuencia, deben ser responsables ante las violaciones a los derechos humanos de los pueblos indígenas y los derechos de la naturaleza. Por ello, los procesos para obtener la licencia ambiental no deben constituir meras formalidades; en su lugar, deben prever mecanismos que realmente prevengan la violación de derechos sociales, ambientales y de la naturaleza, con un enfoque de género.

¿Los Principios Rectores salvarán al Perú? La debida diligencia en las actividades extractivas de hidrocarburos en la Amazonía peruana

Gustavo Zambrano Chávez*

Sumario: I. Introducción. II. Una producción que apunta a ir en crecimiento. III. Pueblos indígenas y extracción petrolífera. IV. Repensar la actividad extractiva de los hidrocarburos desde los Principios Rectores. V. Conclusiones.

I. Introducción

El Perú es un tablado sobre el que se ha venido montando una progresiva tensión entre la actividad extractiva, la movilización social y la sostenibilidad medioambiental. Uno podría llegar a pensar que esta tensión ha sido provocada por ciertos antagonismos relacionados a cómo se ha dado el crecimiento de las economías latinoamericanas. Así, se destaca, por un lado, el aumento de la renta de un país sostenida en la extracción de recursos naturales –basada en el *boom de los commodities*– y, por otro, las preocupaciones vinculadas a impactos ambientales severos que este tipo de actividades generan en poblaciones locales, las que paradójicamente no se han visto directamente beneficiadas de este incremento económico. En este escenario se producen discrepancias profundas en la manera como se establecen los lazos de convivencia entre las empresas extractivas y los entornos poblacionales cercanos a sus actividades.

Tal coyuntura se logra evidenciar en discursos que defienden la necesidad de extraer recursos naturales al considerarlo como eje central de la economía de un país, los que contrastan con las preocupaciones de una gran parte de la población que se reconoce como afectada negativamente por este tipo o modelo de desarrollo. Dichos discursos además suelen estar detrás del debate público y son la base sobre la que se toman decisiones de gobierno. Pero no son espontáneos: se han ido armando a partir de información oficial dirigida de cierta manera para explicar la actuación estatal concentrada en el crecimiento a partir de la explotación de los recursos naturales.

* Investigador *senior* del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Magíster en Business Ethics por la Universidad de Linköping (Suecia).

Para entender dichos discursos en el caso peruano, es primordial tener en cuenta que los recursos naturales extraídos, aún son un pilar de nuestra economía.¹ Por un lado, tenemos el rol que cumplen los recursos mineros cuya extracción se ha constituido en el sostén e impulsor principal del buen clima económico que el Perú ha tenido durante los últimos años, sin descontar con ello nuestra propia historia. De allí que el mundo nos identifique como “Perú, país minero”.² Por el otro lado, los recursos marinos, forestales, pero sobre todo los hidrocarburos –en específico, gas y petróleo–, son utilizados, fundamentalmente, como insumo esencial para la elaboración de combustibles.

De manera preliminar podemos asegurar que la explotación de recursos mineros y de hidrocarburos ha ido en aumento durante el *boom extractivo* de los últimos años. Esto ha servido para justificar que nuestro modelo de desarrollo se sostenga fundamentalmente en esa lógica y, por ambas razones, se justifica la forma en que se llevan a cabo estas actividades y quienes las critican son acusados de oponerse al desarrollo del país.

A pesar de las tensiones, las Naciones Unidas bregan por incorporar los derechos humanos en la cadena de negocio de las actividades extractivas. En el caso peruano, no hacerlo podría significar la profundización de la tensión social, sobre todo cuando colisionan con los intereses de los pueblos indígenas en la Amazonía. En el presente documento veremos de qué manera una actividad –que apunta a crecer– debe considerar incorporar las lógicas de los derechos humanos, sobre todo cuando busca realizar sus actividades en territorios indígenas. Para ello, en primer lugar, mostraremos evidencia que demostraría el impulso a la industria del gas y el petróleo para incrementarla, sobre todo en la zona amazónica; en segundo lugar, cómo ese impulso a la exploración y posterior extracción podrían colisionar con los derechos de los pueblos indígenas. Para finalizar, reflexionaremos sobre la necesidad de incorporar las lógicas y el discurso de la debida diligencia en el marco de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos³ (también conocidos como “Principios de Ruggie”), en un país en el que aún queda mucho por hacer en pos de alcanzar compromisos de política en derechos humanos y empresas.

1 Según el Sistema de Información Económica del INEI (ver <http://www.inei.gob.pe/estadisticas/indice-tematico/economia/>) el sector extractivo en el Perú al año 2013 aportaba 81 670 millones de soles al PBI, lo que significaba el 17,9% del total del indicador. Además, de ello, este sector aporta al 44,6% del total de las exportaciones del país, según INEI también (ver <http://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/evolucion-de-las-exportaciones-e-importaciones-diciembre-2014.pdf>). Para mayor información, también ver SNMPE, “Impacto Económico de la actividad minera en el Perú” en <http://www.snmpe.org.pe/informes-y-publicaciones-snmpe/impacto-economico-de-la-actividad-minera-en-el-peru.html> (visitados el 5 de junio de 2016)

2 Ministerio de Energía y Minas, *Perú: País Minero*, disponible en http://www.minem.gob.pe/_detalle.php?idSector=1&idTitular=159&idMenu=sub149 (visitado el 5 de junio de 2016)

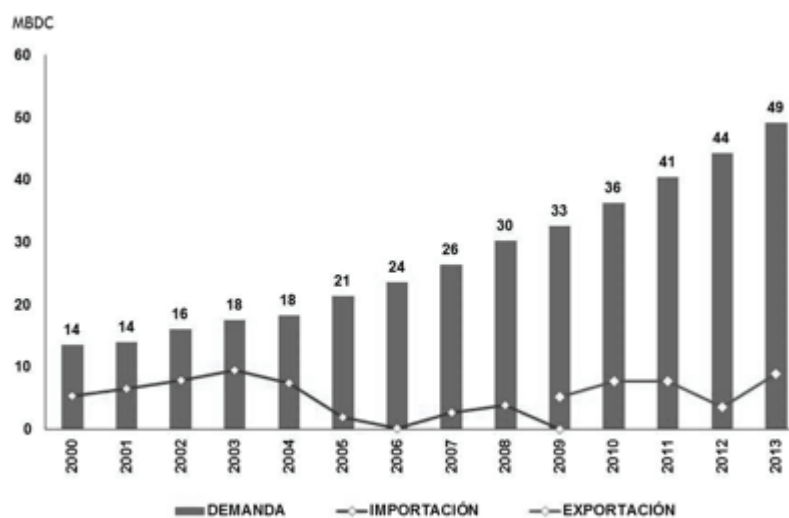
3 Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, A/HRC/17/31 (21 de marzo de 2011).

II. Una producción que apunta a crecer

La Dirección General de Eficiencia Energética (en adelante DGEE) del Ministerio de Energía y Minas (en adelante MINEM) y el Plan Energético Nacional 2014-2025 (en adelante PEN 2014-2025), coinciden en señalar que entre 2000 y 2013, el consumo final de energía en el Perú aumentó de forma significativa. Esta situación ha sido progresiva y se ha concentrado principalmente en el diésel (28%), la electricidad (19%) y la leña (10%); los sectores que lo centralizan son transporte (42%), residencial comercial (27%) e industrial (19%). Durante el mismo periodo, y en relación al consumo específico de productos derivados de los hidrocarburos, hubo un incremento progresivo en este mercado (sobre todo de diésel y gas LP), con mayor énfasis a partir de 2006.⁴ Cabe resaltar que junto con el aumento en el consumo de productos derivados del petróleo, hubo un incremento en su demanda. Así, entre 2000 y 2013, de acuerdo con la DGEE, la demanda nacional total de combustibles líquidos fue de 215 mil barriles diarios (en adelante MBD); de este total, el GLP tuvo una demanda de 49 MBD, mucho mayor que los años anteriores (41 MBD en 2011 y 44 MBD en 2012). Por otra parte, la demanda de diésel fue de 102 MBD ese mismo año, lo que también significó un incremento en su uso (94 MBD en 2011 y 98 MBD en 2012). Pero este aumento no es espontáneo. De acuerdo con la Sociedad Peruana de Hidrocarburos (en adelante SPH) se debería a que desde la última década en el Perú viene cambiando la demanda de combustibles líquidos: el kerosene está siendo sustituido por el gas LP, el diésel y residual por gas natural y gas LP (principalmente en el sector industrial), y las gasolinas por GLP (y en menor medida por gas natural) en el sector transporte⁵.

Gráfica 1

Evolución de la demanda nacional de GLP (MBD)



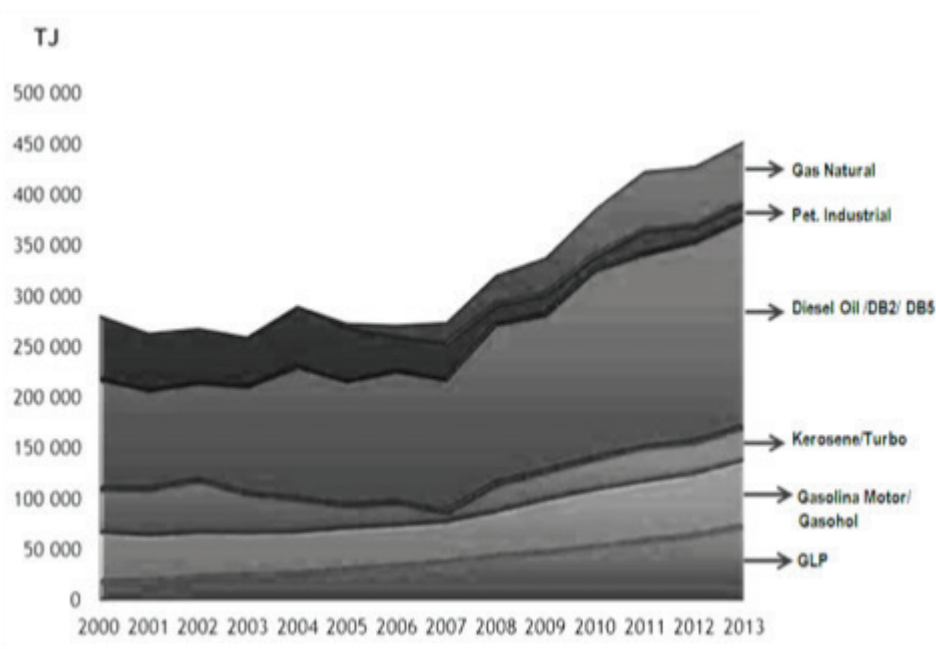
Fuente: MINEM, ADUANET, Plan Energético Nacional 2014-2025

4 Dirección General de Eficiencia Energética, *Plan Energético Nacional 2014-2015*, Lima, Ministerio de Energía y Minas, 2014, p. 36.

5 Sociedad Peruana de Hidrocarburos, *Libro Blanco de los Hidrocarburos*, Lima, Sociedad Peruana de Hidrocarburos, 2013, p. 38.

Lo anterior permite afirmar que existe un aumento estable en el consumo de productos derivados de hidrocarburos en el Perú, lo que en otras palabras significaría además un crecimiento en la demanda nacional de estos productos. Esto se ha consolidado mediante una creciente participación de la producción nacional del gas natural en el mercado.

Gráfica 2
Evolución del consumo final de hidrocarburos por producto 2000-2013



Fuente: Plan Energético Nacional 2014-2025, Dirección General de Eficiencia Energética - MINEM (2014)

Este crecimiento en el consumo de los hidrocarburos también se observa en la región latinoamericana. En el caso del gas, de acuerdo con cifras proporcionadas por el *BP Statistical Review of World Energy* del 2015, entre 2000 y 2014 es el consumo que más ha crecido en el Perú –en proporción– cuando se compara con otros países de la región (de 0.4 a 7.2 BMC). Sin embargo, el consumo –en cantidad– en otros países sigue siendo mucho más alto en ese mismo lapso: Argentina (de 37.9 a 47. 2 BMC), Venezuela (28.4 a 39.8 BMC) o Brasil (18.8 a 39.6 BMC) han consumido mucho más gas que Perú; lo que nos hace ser un mercado reducido en comparación con otros de la región.⁶

⁶ British Petroleum, *Statistical Review of World Energy*, junio de 2015, disponible en <https://www.bp.com/content/dam/bp/pdf/energy-economics/statistical-review-2015/bp-statistical-review-of-world-energy-2015-full-report.pdf> (visitado el 5 de junio de 2016)

Cuadro 1
Consumo de gas (BMC)

	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Argentina	37.9	40.4	41.8	43.9	44.4	43.2	43.3	44.7	47.0	47.7	47.2
Brasil	18.8	19.6	20.6	21.2	29.9	20.1	26.8	26.7	31.7	37.3	39.6
Chile	8.7	8.4	7.8	4.6	2.7	3.1	5.3	5.4	4.9	4.9	4.8
Colombia	6.4	6.7	7.0	7.4	7.6	8.7	9.1	8.8	9.8	10	10.9
Ecuador	0.3	0.3	0.4	0.5	0.4	0.5	0.6	0.5	0.7	0.6	0.6
Perú	0.9	1.5	1.8	2.7	3.4	3.5	5.4	6.1	6.8	6.6	7.2
Trinidad y Tobago	14.7	16.3	21.2	21.9	21.3	22.2	23.2	23.3	22.2	22.4	22.0
Venezuela	28.4	27.4	31.5	36.2	34.3	32.8	29.6	29.7	31.6	31.0	39.8
Otros países y Centro América	3.0	3.4	3.9	4.4	4.7	5.0	5.4	5.8	7.0	7.9	7.9
TOTAL	119.0	124.0	136.0	142.7	143.7	139.1	148.6	152.1	161.7	168.4	170.1

Fuente: BP Statistical Review of World Energy, junio del 2015. Elaboración propia.

En el caso del petróleo, a pesar del aumento del consumo a nivel nacional, tampoco está al nivel que el de otros países de la región. El *BP Statistical Review of World Energy* del 2015 señala que el consumo total de barriles de petróleo por día en el Perú durante 2014 fue de 231 (MBD), cifra que si bien es mucho mayor que la que teníamos hace diez años (152 MBD), es mucho menor en comparación con otros países vecinos, como Colombia (310 MBD) o Ecuador (259 MBD), que también mostraron un aumento.⁷

Cuadro 2
Consumo de petróleo (MBD)

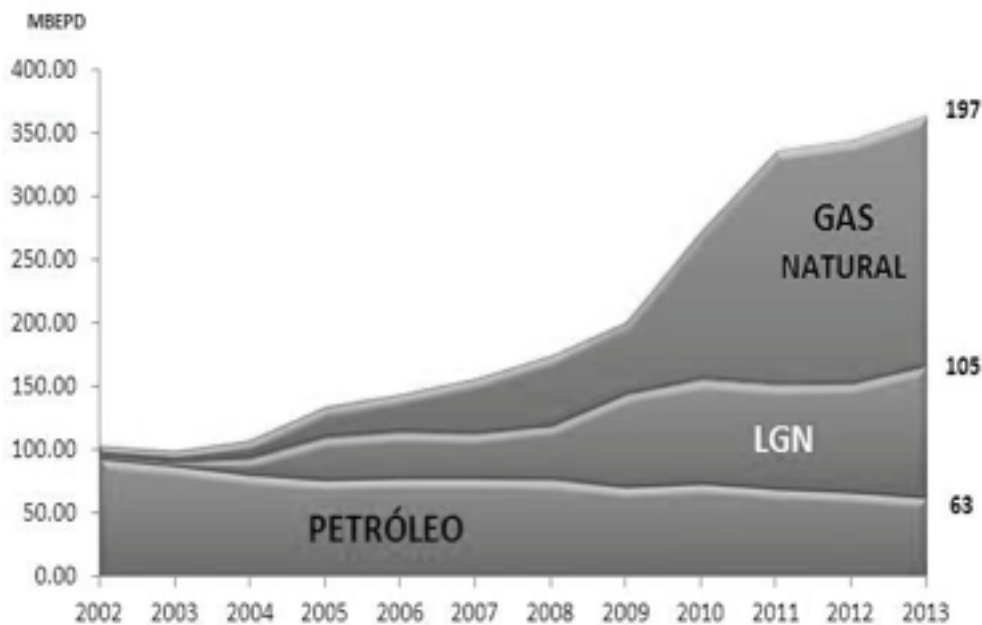
	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Argentina	425	449	471	523	535	527	589	609	630	670	662
Brasil	2050	2108	2139	2297	2452	2486	2701	2653	2860	3048	3229
Chile	244	250	278	358	372	367	329	327	359	357	355
Colombia	228	237	236	234	251	232	258	263	297	298	310
Ecuador	155	169	180	183	188	191	220	226	233	247	259
Perú	152	152	147	153	172	178	189	203	213	228	231
Trinidad y Tobago	25	26	29	34	37	35	39	34	32	34	34
Venezuela	545	606	668	640	716	727	690	832	761	825	824
Otros países y Centro América	1235	1218	1238	1250	1189	1187	1204	1221	1213	1206	1221
TOTAL	5058	5214	5384	5672	5911	5930	6220	6454	6599	6913	7125

Fuente: BP Statistical Review of World Energy, junio del 2015. Elaboración propia.

⁷ *Ibid.*

Pero concentrémonos en lo que pasa dentro de las fronteras peruanas. Hay algo que debemos destacar dentro de este contexto regional y son las marcadas diferencias entre el consumo, la demanda y la producción del gas y del petróleo. Por un lado, el consumo y la demanda de gas y sus derivados han aumentado progresivamente desde 2004. Esto ha venido acompañado de una mayor producción nacional gracias a la entrada en operaciones del proyecto de extracción del gas de Camisea. Esto no sucede con el petróleo: consumo y demanda han aumentado, pero la producción nacional ha disminuido sustancialmente. En cifras generales, aumentó el consumo total de ambos hidrocarburos pero solo la producción nacional de gas está en consonancia con el incremento y, de acuerdo con la Dirección General de Hidrocarburos (en adelante DGH) del MINEM, la de petróleo se ha reducido considerablemente desde hace más de diez años (Cuadro 3).

Gráfica 3
Producción de Hidrocarburos



Fuente: PEN 2014-2025 - Dirección General de Eficiencia Energética del MEM (2014).

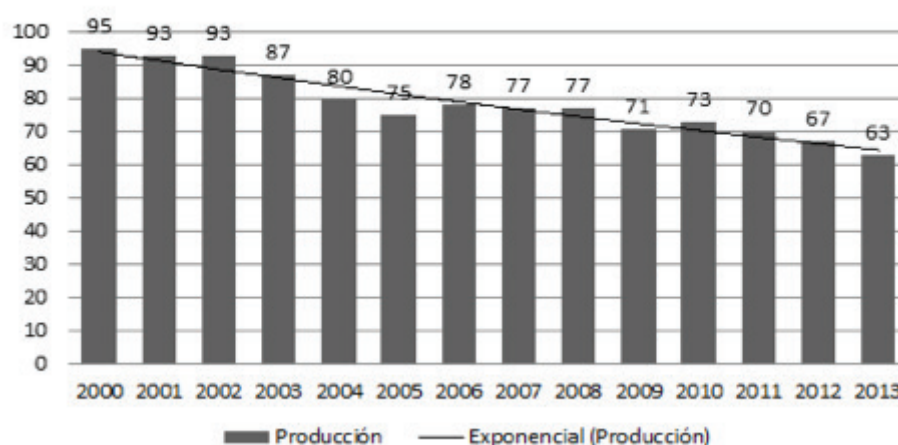
Cuadro 3
Producción nacional de hidrocarburos (MBD)

Tipo de hidrocarburo	Miles de barriles por día													
	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Petróleo crudo	92.6	87.1	80.0	75.3	77.5	77.3	76.7	68.8	72.6	68.8	66.7	62,8	69.3	58
Líquidos GN	4.1	4.1	14.2	35.9	38.1	36.7	45.8	74.2	84.4	83.0	86.2	106.1	103.4	91.4
TOTAL	96.7	91.2	94.2	111.2	115.6	114.0	122.5	145.2	157.0	151.8	152.9	168.9	172.7	149.4

Fuente: MINEM, Dirección General de Hidrocarburos 2015

En 2015 la producción nacional total de gas y petróleo fue de 149.4 MBD. De esta, solamente la producción de líquidos de gas natural correspondió a 91.4 MBD, cuando en el 2002 fue de 4.1 MBD, lo cual demuestra ese incremento sustancial –a pesar de que la de 2014 y 2013 fue mucho mayor– (Cuadro 3). Pero no pasa lo mismo con la producción de petróleo crudo: mientras que en 2002 fue de 92.6 MBD, en 2014 bajó a 69.3 MBD y a 58 MBD en 2015, cantidades mucho menores que hace diez años.

Gráfica 4
Evolución de la Producción de Petróleo Crudo en el Perú 2000 – 2013



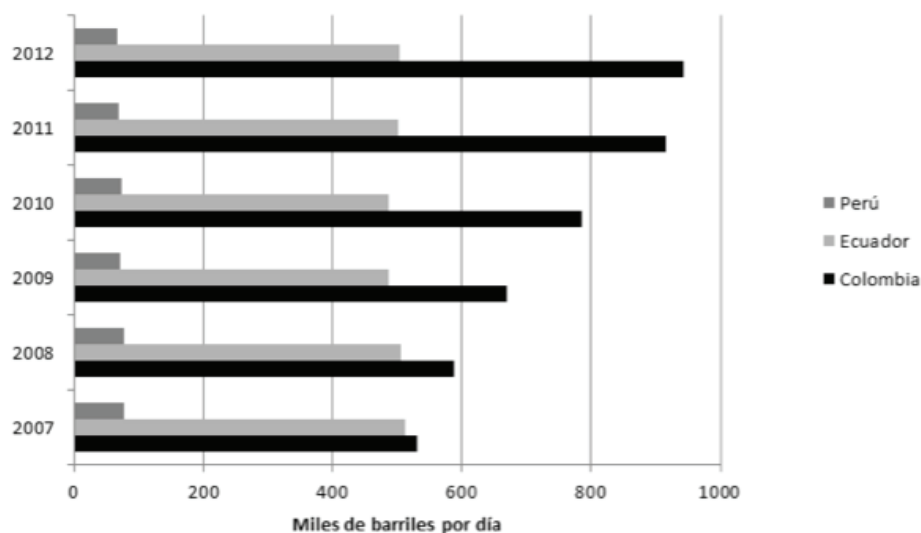
Fuentes: PERUPETRO, MINEM

Es importante mencionar que, décadas atrás, la mayor cantidad de petróleo se producía en la selva amazónica y es la que más ha disminuido. De acuerdo con cifras de PERUPETRO, en 2003, la producción nacional fue de 87.5 MBD, de los cuales 57.9 provenían de dicha zona; en contraste, en

2015, la producción nacional fue de 58.0 MBD y solamente 22.3 MBD corresponde a esa región;⁸ es decir, a diferencia de hace quince años, la producción total de petróleo se ha reducido críticamente en la selva amazónica.

Este retroceso se debería a que han disminuido la exploración y, por ende, la explotación. De acuerdo con la DGEE del MINEM, hay dos razones principales: (i) las demoras en la obtención de los permisos para las inversiones en pozos de exploración y explotación; y, (ii) la obtención de la licencia social⁹ de las poblaciones que habitan en las zonas aledañas.¹⁰ Esta situación -de acuerdo con el PEN 2014-2025- ha llevado a importar aproximadamente 90 MBD para abastecer a las refinerías, acentuando con ello la condición de país deficitario de petróleo crudo. La producción nacional es incapaz de satisfacer la demanda interna de combustibles y es posible aseverar que está estancada frente a la del gas, lo cual nos hace menos competitivos que Colombia y Ecuador (Gráfica 5).

Gráfico 5
Comparación de la producción de petróleo entre Perú, Colombia y Ecuador 2007-2012



Fuente: Sociedad Peruana de Hidrocarburos (SPH).

8 PERUPETRO, *Estadística Petrolera 2015*, Lima, PERUPETRO, 2015.

9 Para efectos del presente artículo, la *licencia social* puede entenderse como la aceptación de las comunidades locales cercanas a la realización de una actividad extractiva (como puede ser por ejemplo la minería), que permita la reducción del riesgo de que la operación no se realice. Está más allá de la responsabilidad social corporativa, ya que implicaría asumir una posición respetuosa de los derechos de terceros, e inclusive hay quienes afirman que el concepto exige la aceptación de las comunidades aledañas para la realización del proyecto. Sobre este concepto, véase de forma general Morrison, John, *The Social License*, Londres, Palgrave MacMillan, 2014.

10 Dirección General de Eficiencia Energética, *Plan Energético Nacional 2014-2015*, Lima, Ministerio de Energía y Minas, 2014, p. 52.

Sin embargo, de acuerdo con la SPH, uno podría preguntarse si esa baja se debería –por un lado– a que no se cuenta con las suficientes reservas para extraer y luego producir, o –por otro– a si las reservas actuales se vienen terminando. Ocurre que en el caso de los hidrocarburos, debería existir una relación directa entre lo que se tiene y lo que se produce (capacidad para aprovechar de manera eficiente el recurso). Por ello, la SPH se pregunta si nuestra disminución en la producción nacional se debe a que tenemos menos reservas.¹¹

Para abordar este punto, primero hay que aclarar qué entendemos por reservas. Se conoce como reservas de hidrocarburos a las cantidades de petróleo o gas que son comercialmente recuperables. En otras palabras, que se pueden extraer. Dentro de este grupo existen *reservas probadas*,¹² *probables*¹³ y *posibles*,¹⁴ es decir, recursos petrolíferos o gasíferos descubiertos y comercializables, en tanto existen las condiciones para extraer el recurso.¹⁵

Cuadro 4
Reservas de Hidrocarburos al 31 de diciembre del 2014

Tipos de hidrocarburos	Reservas		
	Probadas	Probables	Posibles
Petróleo, MMSTB*	683	362	386
Líquidos del gas natural, MMSTB	727	289	249
Total hidrocarburos líquidos, MMSTB	1410	652	634
Gas natural, TCF**	14.63	6.44	4.83
Total Derivados del petróleo, MMSTB	3847	1726	14329

* MMSTB Millones de barriles de petróleo fiscalizado a condiciones estándar

** TCF Trillones americanos de pies cúbicos

Fuente: Dirección General de Hidrocarburos (DGH).

11 Sociedad Peruana de Hidrocarburos, *op. cit.*, p. 29.

12 Cuando hablamos de *reservas probadas* nos referimos a las cantidades de petróleo o gas que, mediante un análisis de datos geológicos y de ingeniería de yacimientos explorados, se pueden estimar con un alto grado de confianza como recuperables comercialmente en las actuales condiciones económicas. Es la reserva que tiene mayor certeza para su extracción. En las áreas donde hay reservas probadas se perforan pozos de desarrollo, con el objeto de avanzar en la explotación racional del yacimiento dentro del área que ha sido aprobada. Dirección General de Hidrocarburos, *Libro anual de Reservas de hidrocarburos – Resumen Ejecutivo*, Lima, Ministerio de Energía y Minas.

13 Las *reservas probables* son aquellas cantidades de recurso a una fecha dada, en áreas cercanas a yacimientos probados, y determinadas por medio de estudios geológicos y de ingeniería de yacimientos. En las áreas de reservas probables se perforan pozos confirmatorios. *Ibid.*

14 Las *reservas posibles* hacen referencia a la cantidad estimada de hidrocarburos a una fecha dada, que podría existir en formaciones identificadas por medio de estudios geológicos y de ingeniería, pero que aún no han sido verificadas. En las áreas de reservas posibles, se perforan pozos de exploración, con el objeto de verificar las posibles acumulaciones de hidrocarburos entrapadas en una estructura geológica. *Ibid.*

15 Sociedad Peruana de Hidrocarburos, *op. cit.*, p. 24.

Para efectos del análisis, nos centralizaremos en las reservas probadas, es decir, aquellas donde existe un alto grado de confianza para su extracción. La DGH (Cuadro 5) ha estimado que las reservas probadas de petróleo al 31 de diciembre del 2014 en el Perú (682 681 MSTB) son menores en 58 538 MSTB que las del 2013 (741.2 MSTB); en el caso del gas líquido, las reservas probadas de 2014 (14.63 TCF) son menores en 0.42 TCF cuando se las compara con las de 2013 (15.05 TCF). A la fecha del presente documento, no se cuenta aún con cifras oficiales para el 2015.

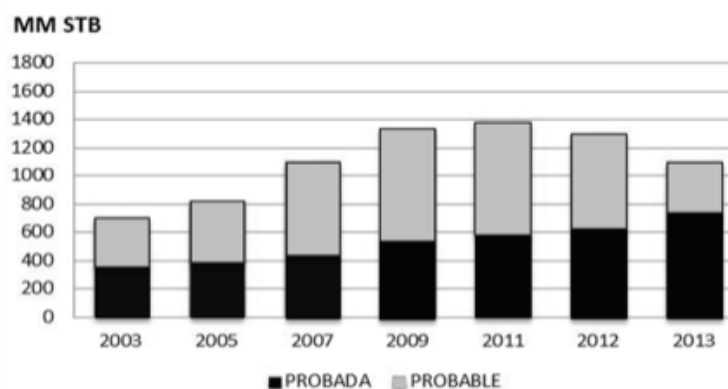
Cuadro 5
Reservas probadas de Hidrocarburos

Año	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Petróleo MBLs	323.4	399.6	374.0	352.5	379.3	382.8	415.8	447.5	532.6	530.9	582.03	579.2	632.9	741.2	683
Líquido de GN MBLs	582.2	579.8	578.8	577.0	717.9	695.4	681.5	674.1	658.2	631.7	657.97	626.99	789.8	875.7	727
GN TCF	8.65	8.72	8.715	8.72	11.48	11.93	11.84	11.82	12.2	12.0	12.4	12.7	15.4	15	14.63

Fuente: Sociedad Peruana de Hidrocarburos (SPH) 2014; Dirección General de Hidrocarburos 2015. Elaboración propia

Sobre la base de lo anterior, se puede afirmar que de acuerdo con el sector minero energético peruano, mientras las reservas probadas han ido en aumento, no ocurre lo mismo con las reservas probables (Gráfica 6); es decir, aquellas cantidades de recurso que a una fecha dada, y en áreas cercanas a yacimientos probados, y determinadas por medio de estudios geológicos, podrían convertirse en reservas que se puedan extraer. Así, nuestro total de reservas de petróleo (la suma de las probadas y las probables) que podrían ser explotadas, está decreciendo.

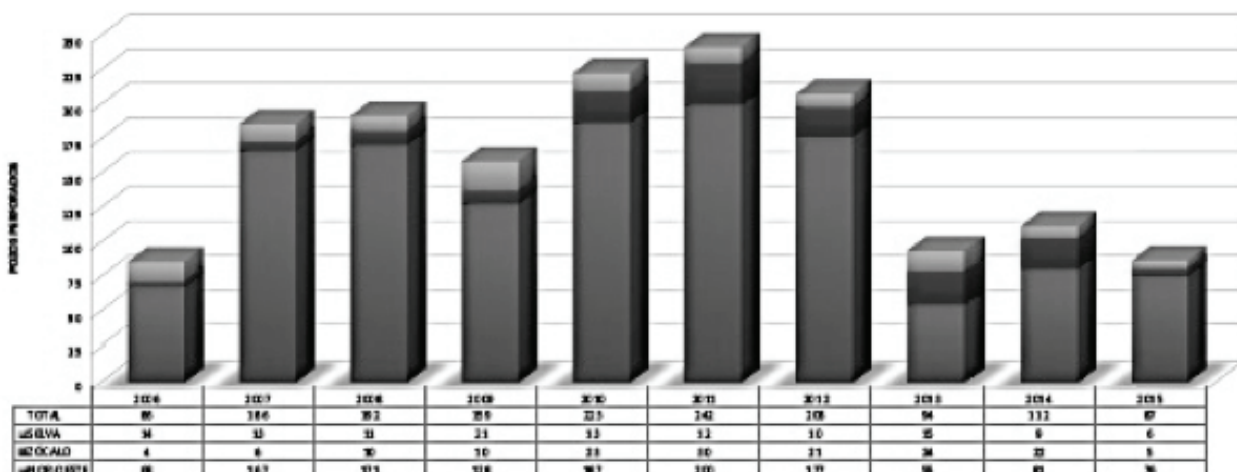
Gráfico 6
Reservas probadas y probables de petróleo



Fuente: Dirección General de Eficiencia Energética del MEM (2014).

Cabe resaltar que este número de reservas son el resultado de exploraciones realizadas.¹⁶ Es decir, para confirmar las cantidades de petróleo a extraer, hay que explorar y una vez se tiene certeza al respecto, se pueden explotar. A más exploraciones, más perforaciones. De acuerdo con PERUPETRO,¹⁷ en 2015 se perforaron 87 pozos para exploración, desarrollo y confirmatorios. 76 en la costa Noroeste y cinco en el zócalo no fueron exploratorios (en 2014 se perforaron 22 pozos de desarrollo) y de los seis de la selva, cuatro sí lo fueron. Sin embargo la cantidad de pozos perforados hoy en día es mucho menor que la de hace solo cinco años; por ejemplo, en 2011 fueron 242. En este asunto se debe resaltar que a más perforaciones de exploración, más probabilidades de tener certeza sobre posibles reservas tanto de gas como de petróleo. Por ello, si exploramos menos, estas no se podrán cuantificar y habrá menos posibilidades de extraer los recursos.

Gráfico 7
Pozos perforados por zona geográfica 2005-2014



Fuente: PERUPETRO 2015

Así, en el Perú, hay que explorar y perforar más, eso aumentaría la producción y la industria lograría satisfacer progresivamente la demanda interna de combustible.

Como consecuencia, en el Perú se configura un discurso coherente y además sostenido en evidencias sobre la necesidad de generar un mayor nivel de producción de hidrocarburos, en especial, del petróleo. Este discurso se convierte en lo oficial, sobre todo para explicar la realización de este tipo

¹⁶ *Ibid.*, p. 25.

¹⁷ PERUPETRO, *Estadística Petrolera 2015*, Lima, PERUPETRO, 2015.

de actividades como política del Estado, en especial si el objetivo es aumentar las exploraciones en la región amazónica. Ahora, dado que existe un escenario propicio para incrementar la actividad extractiva de hidrocarburos, es necesario revisar de qué manera esta puede compatibilizar sus objetivos con los Principios Rectores de la ONU. En el Perú, a pesar de los esfuerzos que se vienen haciendo en derechos humanos, no existe aún un panorama favorable para promoverlos como parte de la línea de negocios en las empresas, en especial cuando se trata de los grupos de interés externos (comunidades locales, Estado, medio ambiente). Sin embargo, tal coyuntura no niega la importancia del tema y, sobre todo, de seguir insistiendo en repensar esta actividad extractiva desde un marco de principios que permitan generar condiciones para la convivencia.

III. Pueblos indígenas y extracción petrolífera

En el Perú habitan 54 pueblos indígenas de acuerdo con el Ministerio de Cultura; de este total, cincuenta de ellos viven en la Amazonía. Esta diversidad cultural supone que el Estado debe no solo establecer políticas que garanticen su continuidad sino, además, asegurar el ejercicio de sus derechos de acuerdo con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Frente a esta realidad, ¿cuál ha sido el rol de las actividades de extracción del gas y del petróleo?

En primer lugar hay que decir que la historia de la actividad petrolera con los pueblos indígenas no ha sido siempre pacífica, sino que ha estado marcada por graves afectaciones al ambiente en una relación tensa (el pasado). En segundo lugar, (el presente) la exploración y explotación de hidrocarburos en la selva se siguen realizando en territorios indígenas. Si consideramos ambos puntos, entonces concluimos que los antecedentes históricos negativos dificultan el establecimiento de relaciones de convivencia e interacción sostenidas en el diálogo; asimismo, se mantienen dinámicas verticales que acentúan la desconfianza. En este escenario, donde se observan dos tipos de realidades y formas distintas de concebir la naturaleza y relacionarse con ella, se suscitan tensiones entre las actividades extractivas y los pueblos que mantienen formas de vida colectiva que no van a ser beneficiadas directamente por aquellas. Por ello, consideramos necesarias dos cosas: (i) que en los discursos institucionalizados desde el aparato estatal de promoción de la inversión se tome en consideración la realidad de los pueblos indígenas peruanos en un marco de respeto de los derechos humanos; y, (ii) que la actividad de exploración y explotación del gas y del petróleo (que puede ir en aumento en la Amazonía), respete los derechos humanos de los pueblos indígenas según lo establecido en los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, en especial los Principios Rectores.

Cabe resaltar que marcamos esta diferencia entre la promoción de la actividad y su realización, porque en el Perú la actividad extractiva de los hidrocarburos (como de casi todas las actividades

de extracción de recursos naturales, incluyendo la minería) no es realizada por el Estado sino que es ejecutada por empresas privadas, principalmente transnacionales extranjeras.

Para evidenciar de qué manera se pueden afectar y luego qué hacer para prevenir los impactos negativos de la extracción de hidrocarburos en el ejercicio de los derechos humanos y en las condiciones de vida de los pueblos indígenas, presentaremos dos situaciones en las que estas últimas se relacionan con la actividad extractiva y viceversa, en el marco de la promoción de la inversión. La primera se vincula con los pueblos indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial (en adelante PIACI). La segunda con los procesos de consulta previa de lotes de hidrocarburos. Luego de ello, en el siguiente apartado plantearemos la necesidad de repensar la actividad desde los Principios Rectores de las Naciones Unidas en tanto condición para promover no solo el respeto de los derechos humanos de los pueblos indígenas, sino el diálogo (intercultural).

Con relación al caso de los PIACI, en primer lugar debe decirse que en la Amazonía del Perú está comprobada su existencia. Los territorios por donde se desplazan se encuentran protegidos mediante la figura de las reservas indígenas que requieren de un alto nivel de gestión en campo con una articulación multisectorial y multinivel. Además, garantizar sus condiciones especiales de vida plantea una serie de exigencias relacionadas con la manera como se deben gestionar.¹⁸

En el Perú existen cinco reservas para pueblos indígenas en situación de aislamiento:¹⁹

- Murunahua, 481 560 ha. de extensión.
- Mashco Piro, 768 848 ha. de extensión.
- Isconahua, 275 665 ha. de extensión.
- Reserva a favor de los Pueblos Indígenas en Aislamiento del Departamento de Madre de Dios (Mashco Piro, Yora y Amahuaca), 829 941 ha. de extensión.
- Reserva a favor de los grupos étnicos Kugapakori, Nahua, Nanti y otros, 456 672,73 ha. de extensión.

Sin embargo, hay evidencia de su existencia en otras partes de la Amazonía peruana, por ejemplo, vestigios de sus zonas de paso en algunas áreas naturales protegidas, como los parques nacionales Sierra

18 El Perú es uno de los pocos países que cuenta con una legislación especializada sobre PIACI. Haciendo eco de recomendaciones de organismos internacionales para la protección de los pueblos indígenas, el 24 de abril de 2006 se publicó la Ley 28736 para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial. Con posterioridad, en 2007 se aprobó su reglamento contenido en el Decreto Supremo 008-2007-MIMDES.

19 Estas cinco reservas territoriales se encuentran en un proceso de adecuación, procedimiento establecido en la Segunda Disposición Final de la Ley 28736, y Primera Disposición Complementaria y Transitoria de su Reglamento, Decreto Supremo 008-2007-MIMDES. Dicho procedimiento consiste en adaptar al marco legal vigente estas reservas, con el fin de que adquieran la condición de reservas indígenas.

del Divisor (cerca de la frontera con el Brasil), Cordillera Azul y el Manu. Asimismo, hay zonas donde al culminar estudios antropológicos se tendrían pruebas al respecto y se podría proponer la creación de nuevas reservas. Por ello, no se puede afirmar que los PIACI únicamente habitan las reservas creadas por el Estado peruano, sino que se desplazan por otras zonas de la Amazonía. La coincidencia con la actividad extractiva puede entonces suceder. Así, si bien no se puede realizar actividades de extracción de recursos naturales en ellas, no se descarta que las empresas de hidrocarburos tengan que tomar una serie de precauciones cuando se presume su existencia, sobre todo cuando no estamos en estos lugares de protección.

La exploración y explotación de hidrocarburos impacta en las condiciones de vida de estos pueblos, por lo que esta actividad empresarial no puede ser ajena a esta realidad. Frente a lo anterior, el Estado ha establecido una serie de mecanismos que apuntan principalmente a evitar los contactos no deseados.²⁰ Por ello, si la intención es aumentar la exploración y, con ello, las perforaciones en las áreas donde estos pueblos se desplazan o realizan sus actividades culturales, se podría producir un impacto. Por tanto, será necesario incrementar las acciones de prevención para evitar tanto dichos contactos no deseados como posibles enfrentamientos. Ante esto, ¿de qué manera se debe planificar la actividad extractiva desde un enfoque respetuoso de los derechos humanos, para que esta no se convierta en una constante presión en los territorios de estos pueblos? ¿Basta con seguir la ley nacional?

Por otro lado, revisaremos de qué manera se ejerce el derecho a la consulta previa. Mediante la Resolución Ministerial 350-2012-MEM/DM del MINEM se aprobaron los procedimientos administrativos en los que corresponde consultar en el campo de la exploración de hidrocarburos. En esta norma se señala que para el procedimiento administrativo que supone la dación de un decreto supremo que aprueba la suscripción del contrato de exploración y explotación de lotes de petróleo y gas, corresponde realizar un proceso de consulta previa. De acuerdo con PERUPETRO esos contratos comprenden la realización de diversas actividades. Por ejemplo, cuando se realizan exploraciones, la geología de campo, las sísmicas, las perforaciones y las perforaciones de desarrollo; cuando se trata

²⁰ Por ejemplo, en el caso de los Estudios de Impacto Ambiental (en adelante EIA) en materia de hidrocarburos, estos deben incorporar un Protocolo de Contingencia Antropológica (en adelante PCA) cuando se presuma la existencia de PIACI en las inmediaciones donde se realizará el proyecto. Tales protocolos deben establecer las consideraciones y procedimientos para prevenir, minimizar, mitigar y/o controlar las acciones que puedan poner en riesgo o vulnerar los derechos a la vida, integridad, salud y autodeterminación de los PIACI. Los PCA se elaboran además tomando en cuenta lo establecido en la Resolución Viceministerial 005-2014-VMI-MC, que aprueba la Directiva “Lineamientos para la elaboración del plan de contingencia previsto en el Reglamento para la protección ambiental en las actividades de hidrocarburos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 015-2006-EM, en lo referido a los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial - Plan de Contingencia Antropológico (PCA)”. Otras normas que vale la pena mencionar son las siguientes: Resolución Ministerial 797-2007-MINSA, Guía técnica: relacionamiento para casos de interacción con indígenas en aislamiento o contacto inicial reciente; Resolución Ministerial 798-2007-MINSA Guía técnica: atención de salud a indígenas en contacto reciente y en contacto inicial en riesgo de alta mortalidad; Resolución Ministerial 799-2007-MINSA Norma técnica de salud: prevención, contingencia ante el contacto y mitigación de riesgos para la salud en escenarios con presencia de indígenas en aislamiento y contacto inicial; Resolución Ministerial 240-2015-MC, que aprueba el “Protocolo de actuación ante el hallazgo, avistamiento o contacto con pueblos indígenas en aislamiento y para el relacionamiento con pueblos indígenas en situación de contacto inicial”; Resolución Viceministerial 012-2014-VMI-MC que aprueba la Directiva 004-2014-VMI-MC “Normas, pautas y procedimientos que regulan las autorizaciones excepcionales de ingreso a las reservas indígenas”; Resolución Viceministerial 008-2013-VMI-MC que aprueba la Directiva 001-2013-VMI-MC “Normas, pautas y procedimientos para el registro de los pueblos indígenas en situación de contacto inicial y el registro de reservas indígenas”.

de explotación, la instalación de baterías y las facilidades para la producción.²¹ Por su tipo, se ha considerado que afectarían directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas así como sus condiciones de vida.

En el Perú se desconoció por muchos años la obligación del Estado de consultar aduciéndose que era necesario aprobar una ley, la que fue propuesta tras los hechos de violencia ocurridos cerca de la ciudad de Bagua, en 2009, pero aunque fue aprobada por el Pleno del Congreso de la República en 2010, no fue promulgada. Su promulgación se dio en 2011, en los inicios de un nuevo gobierno. Se trata de la Ley 29785 del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, que desarrolla su contenido, principios y procedimiento. El 3 de abril de 2012, se publicó su Reglamento mediante el Decreto Supremo 001-2012-MC.

Hasta el momento de la redacción del presente artículo, en el Perú se han realizado doce procesos de consulta previa en el sector de los hidrocarburos.²² Con ellos se ha tratado de recoger la mayor cantidad de propuestas de los pueblos indígenas para incorporarlas en el contrato de licitación como parte de las actividades que luego tendrán que realizar las empresas que se hagan de los lotes. Por ello, de establecerse más lotes, se realizarán más consultas que buscarán obtener la licencia social para extraer el recurso.

No es sencillo. Los pasivos ambientales de la actividad y la poca confianza de los pueblos indígenas hacia los actores estatales vinculados a la extracción de recursos naturales son parte de este escenario, al igual que las dificultades para alcanzar acuerdos, sobre todo cuando no se garantiza que no se generarán los impactos del pasado. Ejemplo de esto son el discurso y las exigencias alrededor del proceso de consulta previa del denominado Lote 192 en la región Loreto durante 2014. Este lote histórico no solo representa la posibilidad de aumentar las reservas del país (17% del crudo se produce ahí, extrayéndose 11 MBD en sus 16 pozos), sino que está rodeado de pasivos ambientales derivados de más de cuarenta y cinco años de actividad extractiva que hasta el momento no se han remediado. Así, el proceso de consulta para una nueva licitación ha sido condicionado varias veces a la remediación de esos pasivos, una exigencia completamente justa: no se puede aprobar la continuidad de la actividad extractiva si esto no se garantiza.

Finalmente, las consultas que se realicen significarán que –dependiendo del tipo de acuerdos que se alcancen– los pueblos indígenas podrían tener un mayor involucramiento en las actividades de extracción del petróleo. Pero, más allá de esto, nuestra preocupación está en que la consulta cumpla con su rol de garante de los derechos de los pueblos indígenas. Si se consulta sin respetar los estándares nacionales e internacionales, apuntando a cumplir el procedimiento administrativo antes que a generar el diálogo y sin remediar pasivos, se tendrán procesos acabados en contextos donde no habrá la confianza

21 PERUPETRO, *Portal institucional*, disponible en <http://www.perupetro.com.pe/wps/wcm/connect/perupetro/site> (visitado el 5 de junio de 2016).

22 *Ibid.*

necesaria para que el ingreso de las empresas se dé con cierta legitimidad. En esa línea, además, si como resultado de las consultas no se recogen todas las expectativas de los pueblos indígenas, las empresas que se hagan de los lotes no podrán reconocer desde dónde empezar a interactuar con ellos. Las consultas son más que un procedimiento administrativo. Suponen que el Estado establezca canales de diálogo con los pueblos indígenas para generar confianza hacia la actividad, de tal forma que se conviertan en una garantía para las empresas que debe empalmar con una mirada de respeto hacia los derechos humanos.

IV. Repensar la actividad extractiva de los hidrocarburos desde los Principios Rectores

¿De qué manera incorporar el discurso de los derechos humanos en la línea de negocio de las empresas de hidrocarburos? ¿Cómo y de qué manera deben actuar para prevenir la vulneración de los derechos humanos de terceros y, con ello, respetarlos? Desde una lógica de prevención, uno de los retos actuales en derechos humanos y empresas extractivas es conseguir que sus actividades se basen en el respeto de los derechos humanos de terceros mediante la incorporación de herramientas técnicas adecuadas a su trabajo, de tal forma que sepan cómo y de qué manera actuar. Pero, ¿qué es lo que deben incorporar en su trabajo?

Lo primero que se debe recordar es que el hecho de que las empresas tengan un rol que cumplir en derechos humanos no significa que suplan al Estado. Pero, aunque no se les pueda exigir el mismo tipo de actuaciones, si les corresponde saber de qué manera su actividad se relaciona con los derechos humanos y, sobre todo, de qué manera deben comportarse para cooperar en la manutención de niveles de respeto y garantía que efectivamente aporten al ejercicio de derechos humanos según los estándares internacionales. A manera de ejemplo, podemos decir que una empresa extractiva quizás tenga poco que ver con el cumplimiento del derecho al vestido de una persona, pero es innegable que, debido a la actividad que realiza, puede tener injerencias (mayores o menores) en el disfrute de derechos como la propiedad, el medio ambiente o la vida de las personas o de ciertas personas (las vinculadas a su entorno), como son los pueblos indígenas. Sin embargo, al no estar en el mismo contexto de obligaciones que los Estados, las empresas afrontan la necesidad de reconocer su rol específico y su nivel de compromiso para una adecuada garantía y respeto de los derechos humanos.

Empecemos esta labor de identificación. Por un lado cabe aclarar que la extrapolación de las obligaciones de derechos humanos hacia las empresas viene generando cada vez mayor interés por conocer qué son y cómo incorporarlos en la cadena del negocio para realizar sus actividades en el marco de su respeto y garantía.²³

²³ Comisión Andina de Juristas, *Empresas y Derechos Humanos. Aplicando la responsabilidad social empresarial con un enfoque de Derecho*, Lima, CAJ, 2007.

Para contar con un mayor nivel de precisión en el debido conocimiento de los derechos para su respeto hay que tomar en cuenta los reconocidos en los instrumentos internacionales, a los que se debe acudir en primer lugar. El siguiente paso es reconocer el contenido delimitado de ellos. Al tener claridad sobre lo que significa un derecho humano y en qué consiste se sabe qué es lo que se debe respetar partiendo de la premisa de que las obligaciones empresariales no serán las mismas de los Estados. En tal sentido, los Estados tienen sus propias obligaciones en derechos humanos y, a la vez, buscan que la actuación empresarial, como la de cualquier otro actor social, no los afecte. Por su parte, las empresas deben tener en cuenta que lo que hagan no debe afectarlos.

Así, no tiene obligaciones en sentido estricto como los Estados, pero sí alcances o aspectos que tendrían que ser incorporados a la realización del negocio. Estos alcances –tomando en cuenta lo previamente señalado– requieren identificar qué parte del contenido del derecho humano está vinculada con la línea de negocio de la empresa y las relaciones con sus grupos de interés para identificar lo que tiene que hacer, incorporar este aspecto y plasmarlo en acciones concretas. Con lo anterior podemos afirmar que las empresas tendrán que actuar dentro de un conjunto de alcances que se desprenden del contenido y las obligaciones de derechos humanos mediante marcos operativos cuyas consecuencias permitirán afirmar que efectivamente los están respetando.

Para la identificación se deben considerar todos los instrumentos de derechos humanos que obligan a cada Estado y, entre ellos, incluir los que aunque no plantean obligaciones en sentido estricto, contienen lineamientos éticos útiles, como pautas para la actuación de los Estados y de las empresas. Entre estos últimos se cuentan los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos de las Naciones Unidas, cuyo objetivo es que se eviten afectaciones negativas como efecto de la actuación empresarial.²⁴ Para ello, se les propone que asuman estos Principios Rectores como parte de sus normas internas.

Los Principios Rectores guían a las empresas para saber qué es lo que deben hacer para respetar los derechos humanos y, como consecuencia, aportar al cumplimiento de las obligaciones estatales de garantía y protección. A manera de resumen, la gráfica 8 nos ayuda a reconocer qué es lo que deben de hacer las empresas respecto a los derechos humanos en la lógica de estos Principios:

²⁴ Salmón, Elizabeth (coord.), *La progresiva incorporación de las empresas multinacionales en la lógica de los derechos humanos*, Lima, IDEHPUCP, 2012.

Gráfica 8
Objetivos de los Principios Rectores para con las empresas

Evitar	<ul style="list-style-type: none"> • Deben evitar que sus actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos. Para ello deben tener muy clara la relación que puede existir entre lo que hacen y cómo lo hacen y los derechos humanos, para ver cuándo y cómo serían afectados.
Hacer frente	<ul style="list-style-type: none"> • Deben hacer frente a las consecuencias negativas que sus actividades provoquen sobre los derechos humanos de terceros. Implicará no solamente reconocerlas sino también asumir su responsabilidad.
Prevenir	<ul style="list-style-type: none"> • Deben tratar de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionados con sus operaciones o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlas.
Contar con instrumentos de gestión	<ul style="list-style-type: none"> • Deben contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias.

Elaboración propia

A partir de lo anterior, lo que tenemos es un enfoque a tomar en consideración para integrarlo en las prácticas empresariales, para nuestro caso de los hidrocarburos en el Perú, que como hemos visto, pueden incrementarse y con ello generar impactos en las condiciones de vida de los pueblos indígenas. Además, el respeto de los derechos humanos exigirá (i) evitar y prevenir posibles afectaciones a los derechos humanos de terceros, (ii) responder a las consecuencias de las afectaciones generadas, y (iii) contar con instrumentos que evidencien este compromiso de actuación.²⁵ Así se podría no solo realizar la actividad, sino ir reparando (en un sentido tanto simbólico como fáctico) la memoria negativa que se tiene de ella.

Sobre la debida diligencia de las empresas, deberá instalarse un proceso dirigido a identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos de terceros. Esto último resulta sustancial a la hora de repensar una actividad como la extracción de los hidrocarburos en el Perú. Este proceso se puede resumir en la Gráfica 9:

²⁵ Respecto a este último punto, los Principios Rectores señalan que tales políticas y procedimientos deben incluir un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos, un proceso de diligencia debida para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordar su impacto en ellos, así como procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas que les hayan provocado o contribuido a provocar. Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, *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 (21 de marzo de 2011), principio 15.

Gráfica 9

Pautas a seguir como parte del proceso que las empresas deben desarrollar para saber qué hacer en materia de derechos humanos



Elaboración propia

Al momento de diseñar este proceso, se debe identificar las posibles consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa ha provocado o contribuido a provocar con sus actividades o que se relacionen con sus operaciones, plantear acciones de prevención y mitigación y señalar la manera como se va a responder frente a ello. Además, este proceso debe ser continuo, porque los riesgos para los derechos humanos pueden cambiar con el tiempo, en función de la evolución de las operaciones y el contexto operacional de las empresas.

Luego de presentar este marco desde los Principios Rectores y apuntando a repensar la industria de los hidrocarburos en el Perú, existe un punto de inflexión que debemos resaltar: estamos presentando una reflexión acerca de cómo incorporar los derechos humanos y, en específico, las obligaciones de respetar del pilar 2 de los Principios Rectores de la ONU en la cadena de negocio de la extracción de hidrocarburos en el Perú, de tal manera que no se afecten los derechos de los pueblos indígenas ni sus condiciones de vida. Pero ello no pasa únicamente por sostenerlo y exigirlo, sino por operativizarlo. En otras palabras, para repensar la industria primero se debe repensar el discurso de los derechos humanos desde la mirada de las empresas.

Dado que los códigos de las empresas se sostienen en cuestiones técnicas y medibles y el discurso de los derechos humanos no necesariamente funciona bajo la misma lógica, pensar en una comunicación directa entre ambos aspectos puede resultar iluso. Frente a ello, y desde una lógica de prevención y no de persecución, se esperaría que los Principios Rectores sean aplicados por las empresas al momento de diseñar sus planes de negocio, lo que requiere entender el respeto a los derechos humanos en casos concretos por medio de la utilización de indicadores de actuación y medición y, sobre todo, de planificación. De lo que se trata es de la necesidad de mecanismos y herramientas cada vez más prácticos y especializados para incorporarlas al trabajo de las empresas, operativizando los derechos humanos en la interacción de códigos o, dicho en otros términos, asumir los derechos humanos en el discurso y práctica de la empresa.

Esto demanda pensar más en prevenir y menos en perseguir. Los Principios Rectores apuntan a establecer condiciones para un trabajo adecuado y respetuoso de los derechos humanos; no plantea –necesariamente- la sanción por las afectaciones. En ese sentido, hablamos de una cada vez mayor incorporación de discursos pro derechos humanos desde las empresas que permitan replantear actuaciones y actividades, justamente para evitar afectaciones. Pero ello no pasa únicamente por exigir desde un lado de la balanza, sino por proponer y cooperar en que ello efectivamente se consiga. Por lo mismo, no solo se trata de establecer políticas de derechos humanos en las empresas, sino de aterrizar en la elaboración de indicadores, guías y capacitaciones que se diseñen y luego se implementen desde una lógica de derechos humanos en este ámbito. Ambos discursos no deben verse como incompatibles.

V. Conclusiones

El presente texto ha tenido como objetivo esencial visibilizar una problemática que podría traer consecuencias socioambientales en el futuro, perjudicar los derechos colectivos de los pueblos indígenas amazónicos peruanos y profundizar las tensiones sociales existentes en el país. En este escenario, se está solidificando un discurso oficial en formación dirigido a intensificar la exploración y explotación del petróleo en la Amazonía peruana, de manera que se revierta la tendencia al decrecimiento de la producción observado en los últimos años. En tal sentido, se ha visto que en el Perú hay un desencuentro entre la *producción nacional – demanda – consumo* del petróleo; este se evidencia a la luz de las cifras de producción de petróleo en la selva (o región amazónica peruana) y se podría afirmar que el retroceso en el total se debe a la baja en la región mencionada. Frente a esta situación se plantea la necesidad de ampliar las perforaciones, es decir, aumentar la exploración, con miras a cuantificar las reservas de petróleo y, como consecuencia, extraerlo, con el consabido aumento de la producción.

En ese escenario, se destaca como un reto lograr compatibilizar la expansión de la presencia de la industria extractiva petrolífera en la región con las condiciones de vida de los pueblos indígenas. Para ello, es necesario que el discurso que la promueve tenga en cuenta sus derechos sobre el territorio potencialmente explotable. Al respecto, en el texto se resaltan dos situaciones consideradas claves: en primer lugar, habrá que tener en cuenta las condiciones de vida de los pueblos indígenas en situación de aislamiento y contacto inicial; y, en segundo lugar, el respeto a los acuerdos alcanzados en los procesos de consulta previa en lotes de hidrocarburos, tanto en los emprendidos como en aquellos por emprender. Asimismo, se hizo mención de los marcos normativos existentes para garantizar los derechos de estos pueblos y el análisis tendiente a compatibilizarlos con la posible expansión de la industria petrolera en la Amazonía peruana.

El punto de quiebre está en repensar –como lo hemos denominado– el trabajo de esta industria desde la lógica de los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos, no porque sea complicado o difícil sino porque no se trata solamente de la necesaria argumentación para

lograr este objetivo, sino por la necesidad de considerar la operativización del discurso de derechos humanos en las lógicas de las empresas. Si lo que se tiene como espíritu de los Principios Rectores es que sus actividades respeten los derechos humanos, estas deberán ser diseñadas, planificadas, pensadas desde ese punto de vista. No se trata solo de exigir, sino de introducir la lógica de los derechos humanos en sus técnicas de gestión. Dada la importancia del asunto, acentuada por los Principios Rectores y las dificultades prácticas en una industria en posible expansión, se debe actuar junto con las empresas para identificar las formas y dinámicas de actuación que cumplan con dichos Principios.

Es altamente recomendable introducir estas consideraciones y profundizarlas en los debates públicos y privados, en vista de que los pueblos indígenas amazónicos han experimentado históricamente las consecuencias socioambientales de la extracción de petróleo, las que no deberían continuar sufriendo ante la expansión de los marcos institucionales y normativos que resguardan sus derechos colectivos.

En definitiva, las industrias del gas y del petróleo en el Perú pueden crecer porque el mercado interno lo demanda, lo que puede afectar los derechos de los pueblos indígenas. Frente a esta situación, no solamente hay que exigir el cumplimiento de los derechos humanos, sino también operativizar estas exigencias en acciones específicas para este tipo de actividad económica. El trabajo recién empieza.

La complicidad corporativa en las violaciones de derechos humanos: ¿una innovación en la justicia transicional de Argentina?

Leigh A. Payne* y Gabriel Pereira*

SUMARIO: I. Introducción. II. Justicia transicional y complicidad corporativa: por qué y cuándo. III. Justicia transicional y complicidad corporativa: dónde y cómo. IV. Explicando la relación entre justicia transicional y complicidad corporativa. A. Complicidad directa en la violencia criminal. B. Violaciones del derecho laboral. C. Financiación de la represión. D. Negocios ilegales. V. Conclusión: Argentina como innovación o excepción en justicia transicional y complicidad corporativa. VI. Epílogo: ¿Las comisiones de la verdad como una nueva forma de justicia transicional?¹

I. Introducción

“Democracia o corporaciones”, eran las palabras que aparecían en carteles y grafitis el 26 de marzo de 2014 en Argentina, en la conmemoración del golpe de 1976. Esas palabras reflejan los esfuerzos que el país ha emprendido para hacer responsables a las empresas por su papel en el accionar represivo del régimen militar. No sería sorprendente que Argentina, como líder mundial innovador en materia de justicia transicional,² sumara la responsabilidad civil corporativa al conjunto de sus logros. La interrogante que subyace en este ensayo, no obstante, es si otros países podrán seguir el ejemplo de Argentina, o si los factores que determinan los procesos de responsabilidad corporativa en ese país son únicos e intransferibles a otros contextos. Así, este trabajo explora los esfuerzos de Argentina en un marco comparativo, e intenta también construir un vínculo teórico que conecte la rendición de cuentas por complicidad corporativa con el campo más amplio de la justicia transicional.

* Profesora de Sociología y Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Oxford, St. Anthony’s College.

** Investigador Postdoctoral del Departamento de Sociología de la Universidad de Oxford.

1 Una versión previa de este artículo apareció bajo el título Payne, Leigh A. y Pereira, Gabriel, ‘Accountability for Corporate Complicity in Human Rights Violations: Argentina’s Transitional Justice Innovation?’ in Verbitsky, Horacio y Bohoslavsky, Juan Pablo (Eds.), *Outstanding Debts to Settle: The Economic Accomplices of the Dictatorship in Argentina*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 29-44; traducido del inglés por María M. Delgado.

2 Lessa, Francesca, Payne, Leigh A. y Pereira, Gabriel, ‘Overcoming Barriers to Justice in the Age of Human Rights Accountability’, *Human Rights Quarterly*, Vol. 37(3), 2015.

Para cumplir con estos objetivos, planteamos y abordamos las siguientes preguntas: *¿Por qué y cuándo* la rendición de cuentas corporativa debería convertirse en un nuevo enfoque dentro de la justicia transicional? *¿Dónde y cómo* se producen estas innovaciones en la justicia de transición? Concluimos con algunas reflexiones sobre los factores que contribuyen a que se logren las metas de la justicia transicional mediante la rendición de cuentas por complicidad corporativa. Las respuestas a estas preguntas se basan en nuestra investigación transnacional sobre la rendición de cuentas por complicidad corporativa, en un contexto comparativo y con enfoque particular en Argentina.³

II. Justicia transicional y complicidad corporativa: por qué y cuándo

Tradicionalmente, la justicia transicional se ha centrado en el comportamiento de los Estados y sus socios directos como autores de violaciones de derechos humanos. No obstante, la definición de justicia transicional y su práctica no han excluido a los actores no estatales como objetivos de la rendición de cuentas. La justicia transicional, por lo tanto, podría ampliarse para incluir la responsabilidad civil empresarial por su complicidad en las dictaduras y conflictos armados internos, tal como se argumenta en este ensayo.

La justicia transicional ha sido definida como una respuesta a “las violaciones sistemáticas o generalizadas de los derechos humanos (...) [en] reconocimiento a las víctimas y para promover posibilidades de paz, reconciliación y democracia.”⁴ No hay nada en la definición y en el propósito de la justicia transicional que impida la inclusión de las empresas, siempre que hayan participado en el uso *sistemático o generalizado* de la represión, y que el fin de la rendición de cuentas corporativa promueva los objetivos de la justicia transicional.

Más aún, en la práctica los agentes no estatales han sido incluidos en los mecanismos de justicia transicional. Aliados civiles del aparato estatal, como escuadrones de la muerte o grupos paramilitares en Perú y El Salvador, han sido objeto de comisiones de la verdad y juicios. También fuerzas rebeldes o revolucionarias que luchan contra el Estado, como en Guatemala y Sudáfrica, han sido objeto de políticas

3 Nuestra investigación transnacional sobre la responsabilidad civil por complicidad corporativa forma parte de dos proyectos más amplios: el proyecto “Alternative Accountabilities for Past Human Rights Abuses” dirigido por las Profesoras Leigh Payne y Kathryn Sikkink, y el proyecto “Corporations and Human Rights Database”, dirigido por la Prof. Leigh Payne y la Dra. Tricia Olsen. El Dr. Gabriel Pereira integra ambos proyectos. Queremos reconocer el generoso apoyo recibido de varias fuentes. El National Science Foundation (Grant No. 1228519) y el Arts and Humanities Research Council (Grant No. AH/K502856/1) apoyaron nuestro proyecto “Alternative Accountabilities for Past Human Rights Abuses.” La British Academy y el Leverhulme Trust, así como el John Fell OUP Research Fund No. 121/482, aportaron fondos para un estudio piloto sobre derechos humanos y empresas en América Latina y para crear la “Corporations and Human Rights Database.” La Universidad de Denver, a través de los fondos PROF, Faculty Research Fund e Internationalization Grants, fueron también instrumentales para los esfuerzos de recolección de datos sobre América Latina. También estamos en deuda con Kathryn Babineau y Laura Bernal-Bermúdez por su investigación para este proyecto. Agradecemos también a Juan Pablo Bohoslavsky, Tricia Olsen y Horacio Verbitsky por sus comentarios a una versión anterior de este trabajo.

4 Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), ‘¿Qué es la Justicia Transicional?’, 2009, disponible en <http://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional> (consultado el 1 de junio de 2016).

de justicia transicional. El enjuiciamiento de un sacerdote en Argentina y de un médico en Uruguay por su participación en la tortura son dos ejemplos más de inclusión de agentes civiles (no estatales) en este ámbito. La Comisión de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica investigó a organizaciones religiosas y a empresas por su complicidad con el régimen de apartheid. En otras palabras, la justicia transicional incluye implícitamente a fuerzas no estatales dedicadas a la violación sistemática y generalizada de los derechos humanos. Por lo tanto, incluir la complicidad empresarial en la justicia transicional significa reconocer la participación de las empresas en las violaciones sistemáticas y generalizadas de los derechos humanos llevadas a cabo por los Estados y los cuasi Estados durante las dictaduras y los conflictos armados internos.

El *por qué* de incluir la complicidad corporativa en la justicia transicional radica en la importancia de hacer responsables a las empresas por su participación en las violaciones de los derechos humanos y, de este modo, promover los objetivos de la justicia transicional: paz, reconciliación y democracia. La paz depende de la garantía de no repetición; si las empresas que directa o indirectamente participan en violaciones de derechos humanos ven aumentar sus costos financieros o en reputación, aumentará la posibilidad de disuadir su complicidad en el futuro. La reconciliación depende del conocimiento y el reconocimiento de las violaciones del pasado; la verdad sobre la participación de las empresas en la violencia las hace responsables de remediar y reparar los daños causados. Por último, el avance de la democracia depende del respeto a los derechos humanos, la protección contra las violaciones y la reparación cuando ellas se cometan; los principios de respeto, protección y reparación son tanto deberes de las empresas como responsabilidades de los Estados.⁵ Así, la responsabilidad corporativa es consistente con los objetivos de la justicia transicional de avanzar la justicia, la reparación, la verdad y las garantías de no repetición⁶.

Cuándo incluir la complicidad corporativa como parte de la justicia transicional depende del involucramiento directo o indirecto de las empresas públicas, privadas o mixtas en el régimen autoritario o en la violencia. Aunque se puede considerar inmoral hacer negocios con regímenes autoritarios o represivos o con ejércitos en guerra, y lucrar con esos negocios, el foco de la justicia transicional es la conducta ilegal. Maassarani identifica cuatro categorías útiles de comportamiento empresarial que van más allá de lo inmoral y constituyen conducta ilegal: (1) empresas criminales conjuntas; (2) asociación para la violencia; (3) instigación a la violencia con conocimiento de los resultados; y (4) adquisición o lucro mediante ventas o servicios, a sabiendas de que contribuyen a la violencia, aunque no haya necesariamente intención criminal⁷. Cuando las empresas se involucran en uno o más de estos cuatro

5 Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Empresa y derechos humanos; nuevas medidas para la puesta en práctica del marco "proteger, respetar y remediar"*, A/HRC/14/27 (9 de abril de 2010).

6 Sandoval, Clara, Filippini, Leonardo y Vidal, Roberto, 'Linking Transitional Justice and Corporate Accountability' in Michalowski, Sabine (ed.) *Corporate Accountability in the Context of Transitional Justice*, Londres, Routledge, 2013.

7 Maassarani, Tarek F., 'Four Counts of Corporate Complicity: Alternative Forms of Accomplice Liability Under the Alien Tort Claims Act', *New York University Journal of International Law & Politics*, Vol. 38, 2005, pp. 39–65.

tipos de actividades, deben asumir su responsabilidad por la violencia cometida por el Estado, y por lo tanto caen dentro de las competencias de la justicia transicional.

Algunos sostienen que cuando la legislación sobre responsabilidad civil es suficiente, no es necesaria la justicia transicional ni una ‘clase especial de justicia’ para juzgar la complicidad de las empresas. Sin embargo, esta no es una forma excepcional de justicia:⁸ los juicios civiles y penales pueden formar parte de las herramientas de la justicia transicional para satisfacer las demandas de las víctimas en términos de justicia, reparación, conocimiento de la verdad y garantías de no repetición⁹. Incluir la responsabilidad por complicidad corporativa dentro de la justicia transicional implica reconocer la conducta excepcional de las empresas, no una forma excepcional de justicia. Cuando la violencia perpetrada en el pasado por el Estado, o su magnitud, no hubieran sido posibles sin el respaldo empresarial; cuando las empresas proporcionaron legitimidad a la violencia y capacidad para llevarla a cabo; y cuando contribuyeron (a sabiendas) a perpetrarla directa o indirectamente, fueron más allá de los negocios “sucios” para entrar en el terreno legal de los abusos corporativos –cada vez más reconocidos en la legislación internacional, así como en las leyes sobre responsabilidad civil de muchos países.

En efecto, las propias empresas han comenzado a reconocer su obligación de cumplir con los principios de respeto, protección y reparación. Las normas de conducta de las empresas –vigentes desde los años setenta, y en expansión a través de acuerdos voluntarios internacionales– incorporan estos conceptos, en particular en los Principios Rectores de la ONU. Las empresas y los sectores de la industria, en respuesta, han incorporado cada vez más los derechos humanos en sus estatutos o asociaciones voluntarias. Estos acuerdos no vinculantes tienden a actuar preventivamente como directrices para evitar costosas demandas o campañas críticas; pero no constituyen condiciones por las que las empresas tendrán que rendir cuentas si cometen atrocidades.

El argumento para incluir la responsabilidad corporativa en la justicia transicional es el reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos: las empresas no están por encima de la ley. También proporciona a las víctimas y a los Estados herramientas para promover la justicia, la verdad, la reparación y las garantías de no repetición. No se trata solamente de castigar a las empresas por su comportamiento pasado, sino también de construir un futuro democrático sobre una base sólida de respeto y protección a los derechos humanos y de reparación cuando sean violados.

8 Teitel, Ruti G., *Transitional Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

9 Farah, Youseph, ‘Toward a Multi-Directional Approach to Corporate Accountability’ in Michalowski, Sabine (ed.) *Corporate Accountability in the Context of Transitional Justice*, Londres, Routledge, 2013.

III. Justicia transicional y complicidad corporativa: dónde y cómo

Los mecanismos tradicionalmente asociados a la justicia transicional (juicios y comisiones de la verdad) han sido utilizados en todo el mundo para hacer frente a la complicidad corporativa. No obstante, en relación con los procesos judiciales, se han añadido al paquete de herramientas nuevos tipos de juicios civiles, que son una especie de mecanismo de ‘rendición de cuentas alternativa’.

No queremos exagerar al señalar hasta qué punto se ha avanzado a nivel mundial en incluir la complicidad corporativa en la justicia transicional. Nuestro estudio preliminar sobre justicia transicional y complicidad empresarial en 116 países que salieron de un conflicto armado o un régimen autoritario desde 1970, revela que solo una pequeña fracción –17– ha enfrentado la complicidad empresarial. Esos 17 países representan a todas las regiones del mundo, lo que sugiere que las innovaciones podrían estar propagándose. Sin embargo, es igualmente posible –como analizamos en nuestras reflexiones finales– que estos esfuerzos no se expandan y continúen siendo un fenómeno excepcional en la justicia transicional.

Nuestro análisis de cómo la justicia transicional abordó la complicidad de las empresas en estos casos revela una nueva tendencia. Por un lado, los mecanismos no judiciales, en particular las comisiones de la verdad, han sido utilizados en varios países (como se discute en el epílogo de este capítulo). Por otro lado, también se han multiplicado los mecanismos judiciales, aunque en el caso de complicidad corporativa los juicios de naturaleza civil han superado a los de naturaleza penal.¹⁰ En nuestro estudio preliminar sobre responsabilidad civil por complicidad corporativa en el mundo, encontramos un total de 61 juicios, la mayoría de ellos en curso. De éstos, alrededor de dos tercios son civiles (39 juicios, o 64 por ciento) en comparación con un tercio de los casos, que son penales (22 juicios, o 36 por ciento). Esta tendencia está representada en la Tabla 1.

¹⁰ Por “juicios civiles” nos referimos a cualquier proceso en el que personas, grupos, empresas y/o el Estado son juzgados por violaciones de derechos humanos en un *tribunal civil*. Usamos el término “civil” como opuesto a penal y a militar. Así, incluimos en nuestra definición los juicios en los que los demandantes buscan reparación por daños cometidos por individuos, grupos, empresas y/o el Estado. Por “reparación por daños” nos referimos a indemnización económica y otras formas no financieras de reparación.

Tabla 1
Justicia transicional y complicidad corporativa: estudio transnacional

Juicios penales			
REGIÓN (países)	Nacional	Extranjero	Internacional
ÁFRICA (3)	1 (R. D. de Congo)	3 (R. D. de Congo) 1 (Liberia)	1 (Ruanda)
AMÉRICAS (2)	14 (Argentina) 1 (Chile)		
ASIA (1)	1 (Myanmar)		
EUROPA			
MEDIO ORIENTE Y NORTE DE ÁFRICA			
TOTAL (6)	17	4	1
Juicios civiles			
REGIÓN (países)	Nacional	Extranjero-ATS	Extranjero
ÁFRICA (4)	1 (R. D. de Congo)	1 (R. D. de Congo) 1 (Marruecos) 5 (Nigeria) 10 (Sudáfrica)	
AMÉRICAS (1)	4 (Argentina)	1 (Argentina)	
ASIA (3)		2 (Indonesia) 2 (Myanmar) 1 (Papua N. Guinea)	1 (Myanmar)
EUROPA (1)		1 (Croacia)	
MEDIO ORIENTE Y NORTE DE ÁFRICA (2)		8 (Irak) 1 (Siria)	
TOTAL (11)	5	33	1

Fuente: Corporations and Human Rights Database (CHRD)^{11/12}.

11 La *Corporations and Human Rights Database* (CHRD – <http://chrproject.com>) incluye hasta ahora solo el proyecto piloto enfocado en América Latina. La unidad de análisis es la acusación de abuso corporativo (CAA, por sus siglas en inglés). Un equipo de estudiantes de posgrado codificó cada CAA documentada en el sitio web Business and Human Rights Resource Centre (BHRRC), un repositorio de denuncias de violaciones de derechos humanos cometidas por empresas en todo el mundo desde 2000 hasta el presente. Este archivo ha sido usado en proyectos académicos, legales y de políticas públicas, debido a su eficiencia en documentar el abuso denunciado y la respuesta. Por ello constituye un buen punto de partida para observar los cambios en las violaciones a lo largo del tiempo.

12 Luego de haberse publicado la versión en inglés de este trabajo en el 2015, los autores han iniciado dos nuevos proyectos apoyados tanto por el Economic and Social Science Research Council Impact Acceleration Account y la Open Society Foundation. Estos proyectos han permitido la identificación de nuevos casos (siete casos más en Colombia, un caso

La elección de este mecanismo no tradicional de justicia transicional se observa tanto en los litigios transnacionales como nacionales.¹³ Su uso más común ha sido en los juicios civiles contra empresas en el extranjero¹⁴. De ellos, casi todos (33 de los 39 casos) se hicieron recurriendo al Alien Torts Statute (ATS), una ley que permite a los ciudadanos extranjeros buscar justicia en los tribunales estadounidenses por violaciones cometidas fuera de los Estados Unidos. De hecho, más de la mitad de todos los juicios penales y civiles de nuestra base de datos (54 por ciento) recurrieron al ATS.

Estos casos se concentran en tres países: Sudáfrica, Nigeria e Irak. Ocho de los casos son relativos a la era del apartheid sudafricano. Por ejemplo, en una demanda colectiva los querellantes argumentaron que, al venderle automóviles y computadoras al gobierno, las compañías contribuyeron e indujeron a violar el derecho internacional. También el grupo de apoyo a las víctimas Khulumani utilizó los tribunales de Estados Unidos y el ATS para juzgar crímenes corporativos de la época del apartheid.

Los pueblos Ogoni de Nigeria presentaron una demanda contra Shell por colaborar con los militares y la policía del régimen autoritario en el asesinato de activistas políticos. Dos grupos de defensa de los derechos humanos con sede en EE.UU. utilizaron el ATS para llevar adelante casos contra Shell y otros acusados de crímenes de lesa humanidad, incluyendo ejecución sumaria, tortura, tratos inhumanos, arrestos y detención arbitraria. A pesar de los intentos de Shell de que los casos fueran desestimados, se fijó la fecha del juicio. Justo antes de que comenzara, la empresa aceptó pagar 15,5 millones de dólares de indemnización. El caso ha sido reconocido “como un hito en el movimiento para hacer responsables a las empresas en materia de derechos humanos.”¹⁵ Más adelante en este ensayo analizamos el caso *Kiobel* presentado posteriormente contra Shell y resuelto por la Suprema Corte de EE.UU., que tuvo un impacto negativo en el uso del ATS para reparar a las víctimas de abusos corporativos.

más en Chile, y la actualización de los procesos judiciales que se llevan a cabo en Argentina). No obstante la evidencia proporcionada por estos casos, el argumento presentado en este ensayo no se modifica.

13 A pesar de haberse creado dos tribunales penales *ad hoc* para Yugoslavia y Ruanda, y de la creación de la Corte Penal Internacional por el Estatuto de Roma de 1998, encontramos solo un caso de juicio internacional. Como era de esperarse, dada la naturaleza de los organismos internacionales de derechos humanos, se trata de un juicio penal. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda procesó y condenó a tres empresarios en un conocido caso mediático por incitar directa y públicamente al genocidio de 1994. En el caso *Fiscalía vs. Nahimana, Barayagwiza y Ngeze*, se les acusó de haber sido los autores intelectuales de una campaña mediática para insensibilizar a la población hutu e incitarla a asesinar a la población tutsi. Ferdinand Nahimana y Jean-Bosco Barayagwiza eran miembros influyentes del “Comité de Iniciativa” que fundó *Radio Télévision Libre des Mille Collines* (RTLM), una estación de radio que de julio de 1993 a julio de 1994 emitió mensajes virulentos presentando a los tutsis como enemigos, y a los miembros de la oposición hutu como sus cómplices. Hassan Ngeze era el propietario, fundador y editor de la revista *Kangura*, que se editó entre 1990 y 1995 y era muy leída en todo el país. *Kangura* difundió mensajes de odio, caracterizando a los tutsis como enemigos que querían subvertir el sistema democrático y hacerse con el poder para sí. El 28 de noviembre de 2007, una Corte de Apelaciones absolvió a los acusados de una serie de delitos, pero los encontró culpables de incitación pública para cometer genocidio. Véase Kagan, Sophia, ‘The ‘Media Case’ before the Rwanda Tribunal: The Nahimana et al. Appeal Judgment’, *The Hague Justice Portal*, 24 de abril de 2008, disponible en www.haguejusticeportal.net/index.php?id=9166 (consultado el 22 de noviembre de 2014).

14 Por “juicios en el extranjero” o “litigio en el extranjero”, nos referimos a procesos judiciales que tuvieron o están teniendo lugar en un país diferente al país donde ocurrieron las violaciones de derechos humanos.

15 Centro para los Derechos Constitucionales, “Factsheet: The Case Against Shell”, 16 de junio de 2009, disponible en <http://ccrjustice.org/learn-more/faqs/factsheet%3A-case-against-shell-0> (consultado el 22 de noviembre de 2014).

Los ocho casos relativos a la complicidad corporativa y los abusos de derechos humanos en Irak también involucran el ATS. En un caso, las familias de trabajadores de una compañía estadounidense de servicios petroleros en Irak afirman que sus pasaportes fueron confiscados y fueron traficados para trabajar en una base aérea de EE.UU., resultando asesinados en el camino. La mayor parte de los otros casos involucran acciones judiciales por tortura y detenciones ilegales sin proceso judicial.

Aunque los casos de complicidad corporativa en Sudáfrica, Nigeria e Irak se basan en el ATS, tres de los cuatro casos relacionados con atrocidades cometidas en la República Democrática del Congo (en adelante RDC) no se están llevando a cabo en este país ni en Estados Unidos, sino en Alemania, Suiza y Canadá. En el cuarto caso, tres empleados de la compañía minera Anvil fueron absueltos de complicidad en crímenes de guerra por un tribunal militar de la RDC. En Alemania, Olof von Gagern, un alto directivo del Grupo Danzer, podría ser procesado por complicidad en las violaciones de derechos humanos cometidas por la policía y el ejército congoleños durante un ataque contra la aldea de Bongulu en el norte de la RDC en 2011. En Suiza hay una denuncia penal contra la empresa Argor-Heraeus S.A. por beneficiarse de materias primas extraídas a través de crímenes de guerra y saqueo durante un conflicto armado entre 2004 y 2005. Por último, en un tribunal canadiense se presentó una demanda colectiva contra Argor-Heraeus S.A. por su complicidad en violaciones de derechos humanos al proporcionar apoyo logístico al ejército congoleño que violó, asesinó y brutalizó a la población del pueblo de Kilwa en 2004.

También se ha utilizado el litigio en cortes locales para juzgar la complicidad empresarial.¹⁶ El 36 por ciento de los casos tuvieron lugar en tribunales nacionales. Argentina ha sido el líder en estos casos. Ningún otro país ha ido tan lejos ni ha innovado tanto en materia de justicia transicional. Quizás por eso no sorprende que la responsabilidad civil corporativa sea otra innovación de este campo en Argentina. En nuestra investigación preliminar, más de la mitad de los casos penales (64 por ciento) y casi un tercio de todos los casos penales y civiles (31 por ciento) ocurrieron u ocurren en Argentina. Además, en ese país observamos un uso innovador del derecho para encontrar formas de hacer que las empresas rindan cuentas por su complicidad en abusos de derechos humanos del pasado. A este respecto, aunque la mayoría de los juicios son penales (14 de 19), se abrieron juicios civiles como un mecanismo alternativo para enfrentar la complicidad empresarial. Encontramos cuatro juicios de este tipo.

En suma, esta breve reseña de dónde y cómo se utilizó la justicia transicional en los casos de responsabilidad corporativa sugiere que ninguna región está exenta de estos esfuerzos. También muestra que las innovaciones en justicia transicional –particularmente el uso de juicios civiles– han acompañado el avance de la rendición de cuentas corporativa. Sin embargo, el número de países involucrados, la cantidad de casos incluidos y los pocos resultados de dichos casos, sugieren que la responsabilidad civil por complicidad corporativa podría ser considerada una innovación o una anomalía en el avance de la

¹⁶ Por “litigio nacional” o “juicios nacionales” nos referimos a los procesos judiciales que tuvieron o tienen lugar en el mismo país donde ocurrió la violación de derechos humanos.

justicia transicional. Un estudio a profundidad de Argentina –de acuerdo a nuestro estudio preliminar, el país que ha llegado más lejos en incluir la complicidad corporativa dentro de este campo– nos permitirá considerar los factores que pueden hacer avanzar o frustrar el proceso.

IV. Explicando la relación entre justicia transicional y complicidad corporativa

Argentina ofrece un buen foco para el estudio de la justicia transicional y la complicidad corporativa, ya que ha utilizado el abanico más amplio de formas de investigación judicial en el mayor número de casos, de acuerdo con nuestro estudio preliminar. Casi todos los demás países (13 de los 17) que incluyeron la complicidad empresarial en la justicia transicional utilizaron un solo tipo de mecanismo; y ninguno utilizó cuatro. Además, Argentina está investigando veinte casos de complicidad corporativa, en comparación con los ocho casos relacionados con hechos sucedidos en Irak (el país que ocupa el segundo lugar) y que son investigados en tribunales de Estados Unidos.

La comparación entre Irak y Argentina muestra que no podemos considerar los avances en justicia transicional como un indicador preciso de cuáles serán los países con más probabilidad de incluir la rendición de cuentas corporativa en sus procesos de justicia transicional. Mientras Argentina ha llegado más lejos en esta materia, Irak no ha iniciado procesos de este tipo. La lista de países incluidos en nuestro análisis va de los que tienen un alto nivel de rendición de cuentas (Argentina, Chile, Ruanda) a los que no han tenido ninguna rendición de cuentas por violaciones del pasado (Brasil, Costa de Marfil, Kenia, Liberia, Nigeria).

Uno de nuestros argumentos sobre las “rendiciones de cuentas alternativas” podría explicar el fenómeno de Irak. Nuestra hipótesis es que los países con menos capacidad para avanzar en los procesos penales debido a obstáculos legales o políticos, pueden adoptar en cambio mecanismos alternativos de rendición de cuentas, tales como los juicios civiles, la justicia consuetudinaria, los procesos de reparación y las investigaciones. Como se mencionó anteriormente, tendríamos una explicación en forma de U, en la cual la responsabilidad corporativa, como la pieza faltante en la justicia transicional, se introduce como una alternativa al mecanismo tradicional de la acción penal o como culminación de esa estrategia para incluir a acusados de la sociedad civil junto a los estatales.

La descripción en forma de U desafía aún más los factores que hemos utilizado para explicar por qué los países caen en un extremo o en el otro del proceso continuo de impunidad-rendición de cuentas. Para explicar la existencia de rendición de cuentas, consideramos la importancia de cuatro factores: demanda de la sociedad civil, liderazgo judicial, presión internacional y ausencia de actores con capacidad de veto.¹⁷ Como mencionamos anteriormente, países con un alto nivel de impunidad con respecto a los crímenes de lesa humanidad resultan líderes en términos de responsabilidad corporativa. No obstante,

¹⁷ Lessa, Francesca, Payne, Leigh A. y Pereira, Gabriel, *op. cit.*

algunos de los países líderes en términos de rendición de cuentas para los crímenes estatales también son líderes en responsabilidad corporativa. Como se ve, introducir la rendición de cuentas empresarial desafía nuestro propio modelo explicativo.

Sin embargo, cuando desagregamos los factores explicativos para mirar solo la responsabilidad civil empresarial, emergen algunos patrones. Consideramos tres grandes grupos. En primer lugar, los que se benefician de los procesos internacionales innovadores. El recurso a tribunales extranjeros o internacionales para hacer rendir cuentas a las empresas explica 14 de los 17 casos de países. Allí donde los vínculos internacionales encuentran maneras de llevar los casos fuera del país, los esfuerzos de rendición de cuentas avanzan. La presión internacional para juzgar casos en tribunales internacionales o extranjeros emerge de organizaciones no gubernamentales internacionales y sus vínculos locales.

Queda fuera de este grupo la segunda categoría de explicaciones para las innovaciones ocurridas en Brasil, Costa de Marfil y Kenia. En el espectro de la rendición de cuentas estatal, estos tres países están en el extremo de la impunidad. Tampoco tienen casos en tribunales internacionales. En este caso, cuando no sea posible hacer rendir cuentas al Estado, puede ser viable juzgar los abusos empresariales. Ello ofrece un tipo de rendición de cuentas alternativa que distribuye la responsabilidad por los abusos del pasado entre una serie de actores estatales y de la sociedad civil.

Por otro lado, los casos internacionales a menudo no necesariamente implican la obtención de justicia. La decisión sobre el caso *Kiobel* de la Suprema Corte de EE.UU. ha debilitado aún más la ya dudosa ventaja del ATS.¹⁸ No está claro, por lo tanto, que los países cuyos casos son juzgados en los EE.UU. o en otros tribunales civiles extranjeros se beneficien de estos procesos. Argentina ofrece un ejemplo: el país tuvo solo un caso en tribunales de Estados Unidos, y la Suprema Corte estadounidense lo desestimó a principios de 2014. Los demandantes Bauman et al –un grupo de 23 ciudadanos y ciudadanas argentinas– acusaron a Daimler Chrysler AG (ahora conocida como Daimler) y su filial, Mercedes Benz Argentina, de cooperar con las fuerzas de seguridad del régimen militar para secuestrar, torturar y detener ilegalmente a ocho empleados de la compañía y matar a otros nueve, todos considerados activistas y dirigentes sindicales. Siguiendo a *Kiobel*, la Suprema Corte desechó el caso por considerar que no había suficiente vinculación entre las violaciones de derechos humanos y la rama de la compañía en EE.UU. como para justificar la competencia de los tribunales de Estados Unidos en el caso.

Así, confiar en los vínculos para llevar casos ante los tribunales internacionales o extranjeros no es muy prometedor para hacer avanzar la justicia transicional y la rendición de cuentas corporativa. En cambio, sostenemos que la vía idónea puede ser apoyarse en los casos nacionales innovadores que han incluido la responsabilidad corporativa como la pieza que faltaba en sus procesos de justicia transicional.

¹⁸ Para un análisis detallado de este caso, véase Cantú Rivera, Humberto, 'The *Kiobel* Precedent and its Effects on Universal Jurisdiction and the Business & Human Rights Agenda', *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Vol. 30, 2014.

En este grupo de países, las empresas son reconocidas como corresponsables de los crímenes de lesa humanidad, y por lo tanto tan responsables como los Estados en el proceso de verdad y justicia. En lugar de constituir la primera etapa de la justicia transicional, o su etapa en el extranjero, esta es la última fase, ya que afirma que el fundamento de la paz, la reconciliación y la democracia sostenibles está en la adopción de prácticas de derechos humanos a nivel del Estado y de la sociedad civil. La consigna de “nunca más” se dirige no solo a los grupos armados, sino también a quienes los apoyaron a nivel de la sociedad civil.

En este marco, algunos actores judiciales juegan un rol de liderazgo clave para encontrar formas de vencer los obstáculos jurídicos que bloquean la obtención de justicia. También es probable que sea necesario un contexto político propicio para contrarrestar la influencia de las empresas en los planos económicos, sociales y políticos de un país.

Es ese el caso de Argentina. Debemos reconocer que este país es único en cuanto a encontrar el camino para superar los obstáculos a la rendición de cuentas sobre los crímenes de lesa humanidad cometidos en el pasado. Pocos países han implementado el vasto conjunto de mecanismos de justicia transicional utilizados por Argentina. Sin embargo, sus innovaciones han mostrado lo que es posible alcanzar en cuanto a la rendición de cuentas por complicidad corporativa. Del mismo modo, el análisis de los avances logrados por Argentina en este terreno ofrece modelos –al igual que sus avances anteriores en la responsabilidad del Estado por las violaciones del pasado– que pueden ser adaptados a otros contextos; sobre todo en los que la rendición de cuentas corporativa es el primer paso de la justicia transicional, o donde los países buscan un complemento nacional a sus esfuerzos internacionales para enfrentarla.

Nuestro análisis preliminar de los juicios contra la complicidad de las empresas en Argentina revela cuatro modelos que se podrían adaptar a otros lugares, y que se superponen con los criterios legales de Maassarani, aunque con distinto nombre: (1) complicidad directa en la violencia criminal; (2) violaciones del derecho laboral; (3) financiación de la represión; y (4) negocios ilegales. A continuación analizamos estas categorías e ilustramos cada una con algunos ejemplos de los veinte casos en curso en los tribunales argentinos.

A. Complicidad directa en la violencia criminal

Un grupo de altos ejecutivos de varias empresas enfrentan procesos penales por su presunta participación en violaciones de derechos humanos.¹⁹ El caso emblemático de esta categoría es el juicio de 2012 a los directores corporativos del ingenio Ledesma, en Jujuy. La empresa es acusada

¹⁹ Además de los casos de Ledesma, Mercedes-Benz y Ford Motor Company analizados aquí, ejecutivos de las siguientes compañías están siendo juzgados actualmente por su participación directa en violaciones de derechos humanos: Techint, Atarsa, Minera Aguilar S.A., Loma Negra, La Veloz del Norte y Acindar.

de ser cómplice de los hechos conocidos como “Noche del Apagón”, ocurridos entre el 20 y el 27 de julio de 1976. Se estima que unos 400 trabajadores, estudiantes y profesionales fueron secuestrados, torturados, asesinados y desaparecidos durante este incidente. Cuatro policías fueron detenidos por su participación en la represión. Alberto Lemos y Carlos Pedro Blaquier, dos de los más altos directivos de Ledesma, fueron acusados por la implicación directa de la empresa en violaciones de derechos humanos, incluyendo el suministro de los camiones utilizados para secuestrar a los trabajadores. Además, la empresa es acusada de haber provocado el apagón, cortando la electricidad para facilitar la operación militar. Incluso permitió a las fuerzas armadas establecer un centro clandestino de detención, el Escuadrón 20, en sus terrenos. Como resultado de su participación en estos abusos, los directivos de la empresa tienen prohibido salir del país mientras dure la investigación.²⁰

Los altos directivos de dos fabricantes de automóviles –Mercedes Benz y Ford Motor Company– también han sido investigados por violaciones de derechos humanos. Los cargos contra Mercedes Benz incluyen la creación de una lista negra de trabajadores que eran miembros del comité sindical interno de la empresa y luego fueron secuestrados. La acción penal se abrió en 2002, pero hasta ahora no ha habido procesamientos.²¹ En octubre de 2013, un tribunal de apelaciones confirmó los cargos contra tres ejecutivos de Ford Motor Company (Pedro Muller, Guillermo Galarraga y Héctor Francisco Jesús Sibilla) por crímenes de lesa humanidad. Los tres están acusados y bajo arresto domiciliario por haber ayudado al aparato represivo a secuestrar y torturar ilegalmente a sindicalistas, proporcionando sus nombres, documentos de identidad, fotografías y domicilios. Los militares secuestraron a dos docenas de trabajadores sindicalizados de la planta de Ford para ser torturados, interrogados y enviados a cárceles militares. La fianza se fijó en 142.000 dólares.²²

Estos casos ilustran situaciones en las que la magnitud de la violencia no habría sido posible sin la participación corporativa. Las empresas están acusadas de haber contribuido directamente a la violencia; así, al hacerles responsables de su conducta se busca ofrecer a las víctimas indemnización y reparación, elevar el costo de las violaciones de derechos humanos, avanzar en normas de justicia y promover la no repetición. Además, el uso de la acción penal es consistente con la convicción de la justicia transicional de que el modelo de enjuiciamiento es el medio más eficaz para lograr estos objetivos.

La posibilidad de hacer rendir cuentas a los directivos de estas empresas parece ser el resultado de dos factores vinculados: son compañías grandes y de alto perfil que han sido asociadas con delitos especialmente graves y bien conocidos. El ejemplo argentino sugiere que este tipo de casos pueden resonar más que otros porque hay más información en el ámbito público, las empresas son reconocibles,

20 Dandan, Alejandra, ‘Blaquier procesado por la represión dictatorial’, *Página 12*, 16 de noviembre de 2012, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-207963-2012-11-16.html> (consultado el 23 de mayo de 2016).

21 Redacción, ‘Corte de EEUU rechazó demanda contra automotriz por desaparecidos’, *Ámbito*, 14 de enero de 2014, disponible en <http://www.ambito.com/724383-corte-de-eeuu-rechazo-demanda-contra-automotriz-por-desaparecidos> (consultado el 18 de mayo de 2016)

22 Aunque Muller es ciudadano checo, los otros dos acusados son argentinos: ‘Juicio oral por crímenes de lesa humanidad en “La Perla”’, *Centro de Información Judicial*, sin fecha.

y las violaciones son particularmente aberrantes. Su visibilidad puede así enviar un mensaje no solo a otras filiales de la multinacional o del sector industrial, sino a todas las compañías sobre los riesgos legales, financieros y de reputación que conlleva asociarse con regímenes autoritarios y actores armados violentos.

B. Violaciones del derecho laboral

El uso creativo de la legislación laboral en el litigio por causas de responsabilidad corporativa en Argentina es un modelo que podría ser replicado en otros lugares. En estos casos, las empresas han sido acusadas de no proteger la seguridad de sus trabajadores. En febrero de 2012 en el caso “Ingegnieros”, la Cámara de Apelaciones del Trabajo desestimó el argumento de prescripción en la demanda de indemnización presentada por María Gimena Ingegnieros, hija de Enrique Roberto Ingegnieros, por la desaparición de su padre durante la dictadura cívico-militar. La demandante alegaba que la firma Techint S.A., como coautora del delito de desaparición ocurrido en terrenos de la empresa, debía pagarle una indemnización. La compañía negó tal afirmación, y sostuvo además que la ley de seguridad laboral bajo la cual se presentó el caso tiene un plazo de prescripción de dos años, el cual ya se había agotado. La Cámara de Apelaciones rechazó ese argumento, afirmando que las normas de prescripción no se aplican a las reclamaciones de indemnización vinculadas a crímenes de lesa humanidad.²³

El caso SIDERCA, presentado por Ana María Cebrymsky (esposa de Óscar Orlando Bordisso) en abril de 2007, que llegó hasta la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, sigue una lógica similar. Bordisso desapareció en 1977, cuando salía del trabajo. En 1995 su esposa reclamó una indemnización a su empleador –SIDERCA– amparándose en el derecho laboral argentino: sostuvo que la ley de seguridad laboral del país obligaba a la empresa a proteger a su marido al entrar y salir del lugar de trabajo. La empresa rechazó la reclamación y argumentó en su contra con base en la prescripción. El tribunal de primera instancia aceptó la demanda contra la compañía. En la apelación, la empresa volvió a perder ante la Suprema Corte Provincial, que ordenó otorgar una indemnización a la viuda de Bordisso.

Estos casos ilustran un uso innovador de la legislación laboral en la justicia transicional en este tipo de procesos judiciales, al combinar legislación nacional y derecho internacional de los derechos humanos para reconocer la obligación de las empresas de respetar y proteger los derechos humanos y reparar los abusos. La importancia del liderazgo judicial en la vinculación entre la legislación nacional e internacional es crucial para el éxito de los casos, que podrían haber sido fácilmente desestimados mediante la aplicación normal de los plazos de prescripción en la seguridad laboral. Las familias de trabajadores podrían usar este vínculo innovador para los crímenes de lesa humanidad en otros

²³ Diario Judicial, ‘Se le vino la noche a empresas donde hubo desaparecidos’, *Diario Judicial*, 15 de febrero de 2012, disponible en <http://www.diariojudicial.com/nota/29572> (consultado el 18 de mayo de 2016).

países donde líderes y activistas sindicales murieron o desaparecieron debido a la complicidad de sus empleadores, así como en procesos penales que pudieran enfrentar obstáculos debido a restricciones particulares en materia probatoria. Aunque se trate de tribunales civiles, el uso del derecho internacional permite reconocer el crimen de lesa humanidad y la responsabilidad de la empresa en la comisión del delito, así como proporcionar algún tipo de reparación a las familias de las víctimas.

C. Financiación de la represión

Argentina también ha investigado casos en que las empresas han colaborado financieramente con el aparato represivo de la dictadura en actividades económicas ilegales. En 2009, un grupo de víctimas de violaciones de derechos humanos llevó el caso Ibáñez a un tribunal civil para investigar la complicidad de los bancos en crímenes de lesa humanidad. El grupo alegó que los bancos financiaron al régimen de facto, lo cual facilitó la comisión de violaciones graves de los derechos humanos contra la población civil. Según el caso Ibáñez, las grandes sumas de los préstamos concedidos al régimen militar sostuvieron, intensificaron y aumentaron su aparato represivo.

Un caso similar fue llevado a los tribunales en 2010. Fue presentado por Martín Garramone, hijo de un desaparecido en Argentina, contra el Citibank y el Bank of America. Garramone argumentó que los préstamos de los bancos a la dictadura fueron cruciales para sus abusos de los derechos humanos, y reclamó el derecho a conocer la verdad sobre los vínculos entre las corporaciones y la desaparición de su padre. Garramone citó un informe preparado por Juan Pablo Bohoslavsky (un experto argentino sobre deuda externa y derechos humanos del Consejo de Derechos Humanos de la ONU), el cual demuestra que los bancos eran conscientes de que los fondos transferidos a la Argentina serían utilizados para apoyar la infraestructura represiva e ilegal. El caso está en sus primeras etapas; el tribunal aún tiene que decidir si es competente para asumirlo bajo la legislación procesal.²⁴

Los casos de esta categoría abordan la cuestión crucial de la financiación del aparato estatal ilegal. El tema va más allá de las oportunidades de inversión de una empresa: se trata del conocimiento de que esos fondos eran utilizados para financiar actividades ilegales. La violencia del Estado no habría sido posible sin el patrocinio corporativo. Además, la rendición de cuentas por complicidad financiera ofrece una oportunidad para brindar reparación a las víctimas. Más aún, elevar el costo de financiar la represión puede disuadir la complicidad corporativa a futuro.

Por otro lado, estos casos son muy difíciles de ganar. Los dos casos mencionados están ‘congelados’ debido a una serie de tecnicismos legales. No obstante, han contribuido a llamar la atención sobre la complicidad del sector bancario con la dictadura cívico-militar; esto al menos tiene un efecto positivo

²⁴ InfoJus, ‘Investigan el rol de dos bancos en el apoyo económico a la dictadura’, 9 de Septiembre de 2013, disponible en <http://infojusnoticias.gov.ar/nacionales/investigan-el-rol-de-dos-bancos-en-el-apoyo-economico-a-la-dictadura-1438.html> (consultado el 23 de mayo de 2016).

para el conocimiento de la verdad y, potencialmente, eleva el precio de la reputación para los bancos involucrados.

D. Negocios ilegales

En otro creativo giro legal, los tribunales argentinos han empezado a investigar la implicación de las empresas en transacciones comerciales ilegales. El caso Papel Prensa es ilustrativo, ya que se refiere a acontecimientos posteriores a la muerte de David Gaiver, propietario de la fábrica de papel de diario Papel Prensa, en un accidente aéreo en 1976. Gaiver tenía presuntos vínculos con el movimiento guerrillero urbano Montoneros que luchaba contra la dictadura.²⁵ Después de su muerte, los herederos de la empresa –la esposa de Gaiver (Lidia Papaleo) y unos meses más tarde su hermano (Isidoro Graiver)– fueron amenazados y presionados para venderla a FAPEL (Fábrica Argentina de Papel). FAPEL posteriormente la vendió a los tres principales diarios leales al régimen militar (La Nación, Clarín y La Razón), asegurando así su monopolio sobre la producción de noticias durante la dictadura. El proceso penal se encuentra en sus primeras etapas, y la investigación se encuentra virtualmente congelada.²⁶

Un segundo caso judicial se refiere a la relación entre las violaciones de derechos humanos y el lavado de dinero. En el caso Vildoza, varios militares y civiles son acusados de adquisición ilegal de bienes inmuebles de personas detenidas ilegalmente, para venderlos luego a particulares y empresas conectadas con los militares. A la investigación iniciada por el Ministerio Público Fiscal y querellantes particulares, se incorporó la Unidad de Información Financiera, agencia estatal encargada de investigar las actividades de lavado de dinero. La controversia en torno al caso es si una ley contra el lavado de dinero que entró en vigencia en 2004 podría aplicarse a un delito de los años setenta. Esto se ha resuelto mostrando que las ganancias derivadas de la venta de los bienes inmuebles continúan beneficiando a los individuos que inicialmente se apropiaron de ellos.

Estos casos de transacciones ilegales revelan las conexiones estrechas que existían entre el sector privado y el régimen autoritario. La dictadura no solo no controló las transacciones comerciales, sino que su aparato represivo facilitó, participó y se lucró con la venta de bienes robados y con prácticas monopólicas. Llamar la atención sobre la actividad económica ilegal debilita la imagen del régimen y de las empresas, incluso entre aquellos que de otro modo podrían apoyar las violaciones de derechos humanos bajo el pretexto de la seguridad nacional. No existe ninguna justificación para estos delitos

25 La guerrilla urbana Montoneros fue uno de los movimientos clandestinos de izquierda más importantes durante los años setenta en Argentina.

26 Redacción, 'Para Fresneda, la causa de Papel Prensa se encuentra "cajoneada"', *Télam*, 19 de enero de 2014, disponible en <http://www.telam.com.ar/notas/201401/48677-para-fresneda-la-causa-de-papel-prensa-se-encuentra-cajoneada.html> (consultado el 18 de mayo de 2016).

económicos. Al empañar la reputación de las empresas, estos casos elevan el costo de cometer violaciones de derechos humanos, aún si no llegan a terminar en procesos penales.

V. Conclusión: Argentina como innovación o excepción en justicia transicional y complicidad corporativa

El impacto de estos casos en términos de resultados de justicia real es limitado. Mientras que los casos de derecho laboral han otorgado alguna reparación a las familias de las víctimas, los otros se han estancado en los tribunales y puede que nunca concluyan en una sentencia condenatoria. Una lección para aprender del caso argentino es que los juicios civiles, que tienen requisitos probatorios más bajos, son más propensos a progresar que los penales. Sin embargo, los obstáculos para juzgar la complicidad corporativa son altos, incluso en un entorno político y judicial propicio como el de Argentina.

Pero el impacto no puede medirse solo en la realización de juicios. En nuestro trabajo anterior hemos mostrado que los procesos judiciales no necesariamente imparten justicia.²⁷ Otros estudios han argumentado también que los veredictos de culpabilidad no son los únicos medios para medir el impacto de la justicia transicional. El proceso de construcción judicial de la verdad que emerge de la investigación tiene como resultado la rendición de cuentas corporativa en la forma de costos de reputación. Al denunciar a ciertas empresas bien conocidas –Ledesma, Ford, Mercedes-Benz, Volkswagen, Bank of America, Citibank, Techint y otras–, se les asocia con prácticas inescrupulosas, incluso sin que haya veredictos de culpabilidad. A pesar de que las grandes corporaciones pueden ser capaces de absorber campañas negativas en los mercados locales, la apertura de estos juicios puede exponerlas a campañas globales en su contra.

Argentina juega así un papel fundamental en la relación entre justicia transicional y responsabilidad civil corporativa. Por un lado, es un caso solitario en la exploración de tantos tipos diferentes de mecanismos de justicia transicional. Por otro, ha demostrado ser un ejemplo innovador, dando forma a diferentes modelos de responsabilidad corporativa y combinando creativamente la legislación laboral y comercial con el derecho internacional de los derechos humanos –un modelo que podría ser utilizado en otros lugares. Ese proceso es probable que se formalice cuando la unidad especial de la Fiscalía de la Nación presente en 2014 su proyecto para abordar los delitos económicos, incluyendo la participación empresarial en crímenes de lesa humanidad durante la última dictadura.

Como pionera, Argentina ha enfrentado desafíos particulares. En primer lugar, está llevando adelante estos casos en el vacío, sin experiencia previa o modelos de otros países. Además, al igual que en otros contextos, se enfrenta al veto de los actores corporativos. La mayor parte de los casos que ha asumido involucran a empresas que siguen teniendo mucho poder en la sociedad. Algunas de ellas

²⁷ Lessa, Francesca, Payne, Leigh A. y Pereira, Gabriel, *op. cit.*,

son transnacionales (como Ford y Mercedes Benz), y otras son grandes empresas nacionales (como el Grupo Clarín). Incluso un contexto político propicio para el avance de la justicia transicional como el de los últimos años en Argentina, podría no ser suficiente para hacer avanzar estas demandas.

Allí donde estos casos han avanzado, Argentina presenta un modelo interesante en la conjunción de agencias con diferente experticia. Los casos tradicionales de justicia transicional han involucrado principalmente al Ministerio Público y la Secretaría de Derechos Humanos. En algunos de los casos de complicidad corporativa mencionados anteriormente (Papel Prensa y Vildoza) se involucró la Unidad de Información Financiera. Además, el Estado ha proporcionado a la Fiscalía información valiosa para el desarrollo de las investigaciones; es el caso de Papel Prensa, en el que la Unidad de Información Financiera elaboró un informe sobre la presunta participación del Grupo Clarín en la venta ilegal de la fábrica y en la desaparición y tortura de personas. Tentativamente, el involucramiento de una amplia gama de agencias estatales –judiciales y no judiciales– podría ser un factor que facilite el surgimiento de procesos de rendición de cuentas. Sin embargo, esto es solo una conclusión tentativa, y sería necesario realizar más investigación en ese ámbito.

VI. Epílogo: ¿Las comisiones de la verdad como una nueva forma de justicia transicional?

Después de escribir este ensayo, hemos concluido un estudio sobre las comisiones de la verdad como mecanismo de rendición de cuentas por la complicidad corporativa. De los 38 informes finales de comisiones de la verdad que pudimos leer y analizar, encontramos que 16 –la mitad– incluían no solo referencias a la complicidad empresarial en violaciones de los derechos humanos, sino incluso los nombres de empresas concretas involucradas en dichas violaciones. Solo nueve, sin embargo, incluían algún tipo de recomendación para la rendición de cuentas, y ni una sola pedía su enjuiciamiento.²⁸

Algunas evidencias sugieren que las comisiones de la verdad pueden ser un nuevo mecanismo para abordar la responsabilidad empresarial. La Comisión Nacional de la Verdad de Brasil (2012) es considerada como innovadora en las investigaciones sobre complicidad corporativa, a pesar de que nuestra investigación muestra que ello ocurrió con más frecuencia de lo que se cree. También Colombia está considerando incluir la complicidad de las empresas en el conflicto armado en su propuesta de comisión de la verdad. Argentina, aunque ya incluía la complicidad corporativa en su comisión de la verdad de 1983 –la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP)– y nombraba a once empresas por su posible participación en atrocidades contra los derechos humanos,²⁹ posteriormente innovó con tres mecanismos más para el conocimiento de la verdad: la Comisión

28 Payne, Leigh A., ‘Truth Commissions and Corporate Complicity’ (Ensayo no publicado), 2015.

29 Las once empresas son: Acindar, Astarsa, Astillero Mestrino, Astillero Sánchez, Caja Nacional de Ahorro y Seguro, Carlos Calvo S.R.L., Empresa de Investigaciones de San Luis, Ford Motor Company, Ledesma, Pavón S.A. y Terrabusi.

Nacional de Valores (CNV) contrató a tres académicos para investigar y revelar al público su complicidad pasada con la dictadura³⁰; los nuevos propietarios de una empresa entregaron su archivo a la Fiscalía de la Nación, presumiblemente para evitar cualquier conexión con los responsables de complicidad con las violaciones del pasado; y en noviembre de 2015, el Parlamento aprobó una ley nombrando una nueva comisión de la verdad para investigar específicamente la complicidad empresarial en la pasada dictadura cívico-militar.

Estas tendencias en la justicia transicional pueden reflejar un paso en la dirección correcta para llamar la atención sobre la complicidad corporativa en las dictaduras recientes y los conflictos civiles. Nuestra preocupación, sin embargo, es que estos nuevos esfuerzos, al igual que los 16 que los precedieron, sigan siendo invisibles para el público en general. Este tipo de mecanismo tibio de señalar responsabilidades puede no hacer diferencia alguna en cuanto al objetivo de elevar el costo de la complicidad en el futuro, o de construir una cultura de derechos humanos en el seno del sector empresarial y la sociedad en general.

³⁰ Perosino, M.C., Nápoli, B. y Bosisio, W.A., *Economía, política y sistema financiero: la última dictadura cívico-militar en la CNV*, Buenos Aires, Comisión Nacional de Valores, 2013.



ESTUDIOS TEMÁTICOS

Buscando la reconciliación: Planes de Acción para lograr la transición

Paloma Muñoz Quick*

SUMARIO: I. Introducción. II. Rendición de cuentas empresarial. A. Planes de Acción de empresas y derechos humanos. III. Transición hacia la rendición de cuentas empresarial. A. Verdad. B. Justicia. C. Reparación. D. Reformas institucionales. IV. Buscando el fin de la transición a través de planes de acción nacional. V. Conclusión.

I. Introducción

Este capítulo explora los vínculos entre los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos¹ (en adelante PR o Principios Rectores) y la justicia transicional en países de América Latina, por medio de la elaboración de planes de acción nacionales (en lo sucesivo PAN).

Cuando los países latinoamericanos salieron de dictaduras militares y comenzaron procesos de justicia transicional hace treinta años, la rendición de cuentas empresarial no era una prioridad. El interés de estos nuevos gobiernos democráticos fue buscar un equilibrio entre justicia y paz, con el fin de no poner en peligro la estabilidad política de estas nuevas democracias.² Los que apoyan esta visión afirman que en tal período de cambio, el paradigma del derecho internacional no es aplicable dadas las circunstancias excepcionales que enfrentan los Estados. La paz se debe buscar en primer lugar, incluso a expensas de la justicia.³ Los procesos penales se limitan a los que cometieron los crímenes más graves, para permitir que la sociedad avance. La responsabilidad empresarial, los delitos económicos, las violaciones de los derechos económicos y sociales y los conflictos que involucran el acceso a la

* Asesora y Experta en América Latina del Departamento de Derechos Humanos y Desarrollo del Instituto Danés de Derechos Humanos; Maestría en Asuntos Internacionales y Derechos Humanos por la Universidad de Columbia.

1 Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *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 (21 de marzo de 2011).

2 Carranza, Rubén, 'Transitional Justice, Corporate Accountability, and Learning from the Global South', *James G. Stewart*, 28 de abril de 2015, disponible en <http://jamesgstewart.com/transitional-justice-corporate-responsibility-and-learning-from-the-global-south/> (visitado el 18 de junio de 2016).

3 Sandoval, Clara, Filippini, Leonardo y Vidal, Roberto, 'Linking Transitional Justice and Corporate Accountability' in Michalowski, Sabine (ed.), *Corporate Accountability in the Context of Transitional Justice*, Londres, Routledge, 2013, p.15

tierra y los recursos naturales, por lo tanto, han sido tradicionalmente considerados como temas de segundo plano.⁴ Por otra parte, los países en procesos de transición están a menudo en un estado de colapso económico, por lo que el trabajo de las empresas se considera fundamental para el progreso económico. El resultado ha sido que las empresas y sus directivos no han sido procesados a cambio de sus contribuciones a la recuperación económica.⁵

Sin determinar la responsabilidad de todos los actores que fueron cómplices de las dictaduras que imperaron en América Latina, la verdad de lo ocurrido durante estos procesos históricos comunes y los conflictos de la región ha sido parcial; tampoco ha dado cuenta de todas las causas de fondo ni de quienes se beneficiaron de ellas. En la medida en que las empresas jugaron un papel en la comisión de violaciones de los derechos humanos, su continua impunidad dificulta el objetivo de obtener la justicia y en definitiva la reconciliación. En varios de los países afectados por regímenes que han violado los derechos humanos con la ayuda, complicidad y beneficio de empresas o civiles, las víctimas y una gran parte de la sociedad han sentido insatisfacción con esa situación debido a que las ven como responsables. Por ejemplo, el 24 de marzo de 2012, durante la marcha anual y las actividades realizadas con motivo del trigésimo sexto aniversario del golpe militar en Argentina, el principal aspecto denunciado fue la conexión de grupos económicos con el golpe de Estado y el régimen militar que se mantuvo en el poder durante siete años. Al mismo tiempo que diversas figuras emitían discursos críticos ante las personas manifestantes, en una pantalla se proyectaban los nombres de las empresas cómplices de la dictadura.⁶

El proceso social vivido en Argentina se encuentra en concordancia con lo que varios expertos creen que debería ocurrir en el resto de la región desde el punto de vista de la justicia transicional. Cristián Correa, del Centro Internacional de Justicia Transicional, anteriormente miembro de la Comisión Valech de Chile, reconoce que el rol de las empresas en las violaciones a los derechos humanos se debe abordar en el mediano o largo plazo, con iniciativas y esfuerzos alternativos que deberían ser considerados como parte de un proceso más amplio de transición.⁷

Es justamente este fenómeno el que se ha visto manifiesto en diversos países de la región. Según Rubén Carranza, se puede observar una evolución desde una postura que se centra exclusivamente en la transición política y en violaciones de la integridad física, a reconocer que los conflictos y la represión no pueden ser desvinculados de los actores económicos cómplices en las violaciones o que se han beneficiado de ellas.⁸

4 Carranza, Rubén, *op. cit.*

5 Sandoval, Clara, Filippini, Leonardo y Vidal, Roberto, *op. cit.*, p. 15

6 Payne, Leigh A. y Pereira, Gabriel, 'Corporate Complicity in Dictatorships', disponible en http://www.sbs.ox.ac.uk/sites/default/files/Skoll_Centre/Docs/essay-payne.pdf (visitado el 18 de junio de 2016).

7 Entrevista a Cristián Correa, Centro Internacional de Justicia Transicional, Nueva York, abril de 2016; en el archivo de la autora.

8 Carranza, Rubén, *op. cit.*

En consecuencia, en el caso de Colombia vemos que se ha buscado establecer estos vínculos incluso durante el conflicto con las guerrillas y en anticipación al escenario posconflicto.⁹ Argentina, Chile y Brasil han comenzado a buscar la responsabilidad penal individual y empresarial en los delitos económicos¹⁰ y las violaciones de derechos humanos cometidos en los periodos dictatoriales. Hay observadores que piensan que en el caso de estos últimos países, la transición ya ha terminado –es decir, han vuelto a la democracia existente décadas atrás y han vivido procesos transicionales con comisiones de la verdad y rendición de cuentas estatal por violaciones graves de derechos humanos. Pero es evidente y notorio que, a pesar de eso, no han logrado el objetivo final de estos procesos: la reconciliación.

Sin abordar el rol de todos los actores responsables y los abusos constantes que persisten hoy gracias a los cambios estructurales que muchas economías de América Latina experimentaron bajo las dictaduras, es imposible comprender a cabalidad lo sucedido en su conjunto y, mucho menos, cambiarlo. Por lo tanto, es necesario cambiar el paradigma de lo que se entiende por proceso de transición. Según Cristian Correa, una visión amplia y de largo plazo es necesaria para desmontar todas las estructuras y reparar las violaciones del pasado.¹¹ Así podremos entender la realidad y abordarla comprendiendo el proceso en su conjunto, en el terreno: protestas y polarización en Argentina, Brasil y Chile, y su relación con los altos niveles de corrupción, la desigualdad estructural y la impunidad empresarial –una consecuencia directa de las dictaduras. Es importante, por lo tanto, recordar que la justicia transicional no es un tipo de justicia especial, sino una manera de conseguir justicia en diversos contextos en los que el rol de las empresas se puede y se debe abordar mediante otras iniciativas y esfuerzos, como parte de procesos más amplios de transición.¹²

En este capítulo se propone que los planes de acción nacionales (PAN) que implementan los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos de la ONU, son una herramienta útil y flexible para abordar el rol empresarial en países donde ha existido represión o conflicto, ya sea en casos donde han sido cómplices de las violaciones o se han beneficiado de manera directa o indirecta de la represión o conflicto. Implementando medidas que buscan la verdad de lo sucedido en el pasado, la justicia en casos de complicidad jurídica, la reparación y las reformas institucionales necesarias para asegurar la no repetición de los abusos empresariales, los PAN permiten a los Estados abordar una amplia gama de acciones que profundizan la transición.

A fin de entender cómo la implementación de los Principios Rectores a través de los PAN puede abordar los impactos de las empresas en los derechos humanos en contextos transicionales, primero

9 Gobierno de Colombia, *Plan de Acción de Derechos Humanos y Empresas*, 2015, disponible en <http://www.derechoshumanos.gov.co/Prensa/2015/Documents/Plan%20Nacional%20de%20Accion%20DDHH%20Empresa.pdf> (visitado el 18 de junio de 2016).

10 Carranza, Rubén, *op. cit.*

11 Entrevista a Cristián Correa; en el archivo de la autora.

12 *Ibid.*

es necesario analizar la relación entre la definición de la responsabilidad empresarial y el marco de los Principios Rectores con el de la justicia transicional.

II. Rendición de cuentas empresarial

Los PAN han surgido de un impulso global creciente que busca establecer una gobernanza corporativa respetuosa de los derechos humanos. En la práctica, el derecho internacional no obliga formalmente a que las empresas se hagan responsables por sus impactos sobre estos, dejando un vacío normativo en el que las multinacionales, especialmente, pueden violar los derechos humanos con impunidad en los países con instituciones o marcos legales débiles. Si bien este vacío vinculante sigue siendo una deuda del derecho internacional, existen mecanismos no vinculantes –como los Principios Rectores– y vinculantes –como la responsabilidad civil y contractual– que pueden ayudar a determinar la existencia de una responsabilidad empresarial.

La evolución hacia una gobernanza corporativa más fuerte se percibe sobre todo en la adopción unánime de los Principios Rectores en 2011 por el Consejo de Derechos Humanos. Hoy, este marco no vinculante que, sin embargo, está basado en el derecho internacional, constituye el marco autoritativo global sobre el tema. Dicho marco, desarrollado por el Representante Especial para el Secretario General de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos y las empresas transnacionales, John Ruggie, contiene 31 principios que se basan en tres pilares: el deber de los Estados de proteger contra los abusos cometidos por las empresas; la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos mediante la debida diligencia para identificar, prevenir, mitigar y remediar las consecuencias negativas derivadas de los abusos o impactos de su actividad, dando cuenta de la forma en que cumplen con esta responsabilidad; y, el acceso a la reparación para las víctimas.

Los Principios Rectores nos ayudan a evaluar la rendición de cuentas empresarial en contextos de transición. Además, establecen que la responsabilidad empresarial abarca todos los derechos humanos incluidos en los dos pactos internacionales de 1966 (de derechos civiles y políticos y económicos, sociales y culturales) y en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo. En la práctica, es posible observar un vínculo cercano entre la corrupción y la protección y respeto de los derechos contenidos en dichos textos, particularmente frente a grupos en situación vulnerable, como los pueblos indígenas, por lo que estos aspectos también deben ser considerados en torno a la rendición de cuentas empresarial. Exigen, además, que las empresas tengan en cuenta no solo los reales y posibles impactos sobre los derechos humanos, sino también los de sus cadenas de suministro, socios comerciales y los que deriven de sus relaciones con Estados. Así, la responsabilidad empresarial varía en función de si la empresa provoca o

contribuye a provocar consecuencias negativas con sus propias actividades o por medio de sus relaciones comerciales, así como por su capacidad de influencia para prevenir las consecuencias negativas.¹³

La complicidad empresarial ocurre cuando una empresa contribuye o parece contribuir a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos causadas por otros actores. La complicidad en este sentido tiene una acepción jurídica y otra no jurídica.¹⁴ En la acepción no jurídica, las empresas pueden ser consideradas ‘cómplices’ de actos cometidos por otro actor, por ejemplo, cuando parecen beneficiarse de una infracción cometida por ese otro actor –como es el caso de la privatización masiva de servicios públicos, incluyendo la educación, seguridad social y salud, durante la dictadura militar de Augusto Pinochet en Chile, lo cual no podría haber ocurrido sin represión.¹⁵

En su acepción jurídica, la mayoría de las jurisdicciones nacionales prohíben la complicidad en la comisión de un delito, mientras que en algunas establecen la responsabilidad penal de las empresas en tales casos. Generalmente es posible iniciar acciones civiles contra las empresas que hayan contribuido a causar un daño, aunque no puedan ser definidos en términos de derechos humanos.

La jurisprudencia del derecho penal internacional indica que el criterio que define la complicidad es la asistencia práctica prestada conscientemente en la comisión de un delito o la incitación con efectos relevantes sobre esta. A modo de ejemplo, en marzo de 2016, un tribunal en Argentina condenó al propietario de la empresa de transportes La Veloz del Norte a doce años de prisión por crímenes de lesa humanidad cometidos en enero de 1977, al habersele encontrado culpable de los delitos de privación ilegal de la libertad y tormentos agravados en el secuestro de Víctor Cobos, entonces empleado de la empresa y delegado de la Unión Tranviario Automotor. El dueño denunció a su empresa por un supuesto fraude en una comisaría de Salta y entregó una lista de trabajadores que habrían estado supuestamente involucrados, los cuales fueron detenidos y obligados a confesar bajo tortura. Para el 28 de marzo de 2016, otros nueve empresarios estaban procesados por complicidad con la dictadura de Argentina.¹⁶

Esta distinción de complicidad está en línea con la visión de Cristian Correa, quien postula que en contextos de conflicto o represión, la responsabilidad de las empresas constituidas o que funcionaban con fines criminales –como sería el lavado de dinero para financiar actividades criminales– o las que participan directamente en la comisión de delitos graves –por ejemplo, solicitar a un grupo armado la

13 Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *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 (21 de marzo de 2011), Anexo, §19.

14 *Ibid.*, §17.

15 Prudent, María Cristina, ‘Oscuras privatizaciones de la dictadura: La génesis de la corrupción en nuestro país’, *Cambio 21*, 7 de junio de 2015, disponible en <http://www.cambio21.cl/cambio21/site/artic/20150605/pags/20150605222456.html>; Redacción, ‘Javier Rebolledo: Modificación al sistema en Chile habría sido imposible si no es a punta de muertes’, *Radio ADN*, 21 de agosto de 2015, disponible en <http://www.adnradio.cl/noticias/nacional/javier-rebolledo-modificacion-al-sistema-en-chile-habria-sido-imposible-si-no-es-a-punta-de-muertes/20150821/nota/2902062.aspx> (visitados el 18 de junio de 2016).

16 Redacción, ‘El primer empresario con condena por ser cómplice de la dictadura’, *Página 12*, 28 de marzo de 2016, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/ultimas/20-295615-2016-03-28.html> (visitado el 18 de junio de 2016).

ejecución de líderes sindicales—, son ejemplos diferentes a los del pago de extorsión o aquellas que se benefician económicamente por el conflicto o represión. Las primeras formas de participación deben ser objeto de investigaciones criminales, mientras que las otras son parte de un contexto donde las violaciones fueron cometidas de forma masiva, y donde es más importante obtener reconocimiento, reparación y garantías de no repetición.¹⁷

A. Planes de Acción de Empresas y Derechos Humanos

Si bien los Principios Rectores ofrecen una guía para los Estados y las empresas respecto de cómo proteger y respetar los derechos humanos y reparar a las víctimas en los casos en que estas los violen, actualmente el desafío está en su implementación.

Los PAN son documentos de política pública donde el Estado articula sus prioridades y las acciones que va a adoptar en un área temática, mientras que los Principios Rectores buscan fomentar la capacidad de los Estados para proteger contra los abusos por las empresas, la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos, y el acceso a la reparación para las víctimas de abusos empresariales. Los PAN deben incluir “una combinación inteligente de medidas –nacionales e internacionales, obligatorias y facultativas– para promover el respeto de los derechos humanos por las empresas”.¹⁸

Para poner en práctica los Principios Rectores, los PAN surgen como una excelente opción para abordar los impactos de las empresas en los países inmersos en contextos de transición en las Américas, en vista de su proliferación en la región. Los ejemplos más destacados incluyen a Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala, México y Uruguay.¹⁹

Esta tendencia se da a raíz tanto de la adopción de los Principios Rectores en 2011, como de la resolución del Consejo de Derechos Humanos de la ONU adoptada por consenso el 27 de junio de 2014.²⁰ Fue presentada por Argentina, Noruega, Rusia y Ghana, y firmada por Colombia, Guatemala, Chile y México; en su texto se identifican áreas de trabajo para asegurar la implementación de los Principios Rectores mediante los PAN. A nivel interamericano, en las resoluciones aprobadas por la

17 Entrevista a Cristián Correa; en archivo de la autora.

18 Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *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 (21 de marzo de 2011), Anexo, §3.

19 Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *State national action plans*, disponible en <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx> (visitado el 18 de junio de 2016).

20 Consejo de Derechos Humanos, *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales*, A/HRC/RES/26/22 (27 de junio de 2014).

Asamblea General de la OEA en 2014²¹ y en 2016²² también se hace un llamado a los Estados miembros a promover la aplicación de los Principios Rectores.

En los planes de acción, los Estados pueden identificar lagunas en la legislación vigente en áreas donde se ponen en riesgo los derechos humanos, o bien donde fallan en su protección adecuada. Por otra parte, los Estados deben prestar especial atención tanto al proceso como a su contenido para garantizar su máxima eficacia. Para ello, deberán, primero, realizar una evaluación afincada en una línea de base nacional sobre la implementación actual de los Principios Rectores y otros marcos sobre empresas y derechos humanos. Esto debería constituir el cimiento para el contenido del PAN. Además, se debe asegurar la participación efectiva de todas las partes interesadas con un mapeo de actores, la creación de capacidades y la participación de actores interesados que se encuentran en riesgo o que normalmente no cuentan con espacios apropiados para hacerlo. El proceso debe ser transparente e incluir la publicación de los borradores del PAN. Asimismo, se debe identificar el papel de las instituciones nacionales de derechos humanos y otras partes interesadas en la implementación tanto de los puntos de acción individuales como del seguimiento. En este sentido, el PAN debería ser un proceso continuo y debe ser monitoreado y evaluado con el tiempo.

Los beneficios de los PAN son varios. Primero, ayudan a coordinar los esfuerzos para lograr un objetivo político transversal en el gobierno al identificar e involucrar a todos los actores relevantes en el desarrollo de políticas. Los gobiernos también pueden articular de manera coherente una política con las partes interesadas y facilitar una oportunidad constructiva de colaboración y diálogo entre ellas. Son además una oportunidad para que la sociedad civil responsabilice a los Estados tanto por sus esfuerzos existentes para proteger y apoyar a los derechos humanos, como de las acciones futuras que los complementen.²³

Los Principios Rectores y la plataforma para su discusión que proporcionan los planes de acción nacional pueden crear un espacio necesario de diálogo y un lenguaje común que den certeza a los actores que buscan asegurar la rendición de cuentas empresarial y la no repetición de violaciones. Visto desde esta perspectiva, se puede analizar la rendición de cuentas empresarial en cada componente de la justicia transicional, con el objetivo de definir acciones y medidas específicas para los PAN que se desarrollen en procesos de justicia transicional.

21 Asamblea General, *Promoción y protección de los derechos humanos en el ámbito empresarial*, AG/RES. 2840 (XLIV-O/14) (4 de junio de 2014).

22 Asamblea General, *Promoción y protección de los derechos humanos*, AG/RES. 2887 (XLVI-O/16) (14 de junio de 2016).

23 Danish Institute for Human Rights y International Corporate Accountability Roundtable, *Kit de herramientas para planes de acción sobre empresas y derechos humanos*, 2014, disponible en <http://www.humanrights.dk/sites/humanrights.dk/files/media/dokumenter/udgivelser/DIHR%20-%20ICAR%20National%20Action%20Plans%20%28NAPs%29%20Report.pdf> (visitado el 18 de junio de 2016).

III. Transición hacia la rendición de cuentas empresarial

Las Naciones Unidas han definido la justicia transicional como “toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación”.²⁴

Como explica Rubén Carranza, para algunas personas expertas en justicia transicional, el enfoque en estos procesos debe centrarse en la rendición de cuentas de los autores de violaciones masivas de derechos humanos y en proporcionar a sus víctimas alguna medida de verdad y justicia. Por ello, se considera que esta se aplica exclusivamente a los derechos civiles y políticos que implican violaciones a la integridad física o la libertad personal, y no a violaciones de los derechos económicos, culturales y sociales.²⁵ Sin embargo, en teoría no hay ningún obstáculo importante para emplear la justicia transicional respecto de los abusos de todos los derechos humanos cometidos por las empresas.²⁶

Como este punto de vista tradicional es insuficiente, ya que perpetúa una brecha de impunidad, se ha ahondado en la definición de la justicia transicional. Naomi Roht-Arriaza dice que es un “conjunto de prácticas, mecanismos y preocupaciones que surgen después de un período de conflicto, lucha civil o represión, y que tienen por objeto enfrentar y abordar violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario del pasado.”²⁷ Entre otras cosas, esto implica que tales procesos podrían incluir violaciones a todos los derechos humanos, no solo las de algunos derechos civiles y políticos.²⁸ Esto se puede observar en el caso de la Comisión para la Verdad y la Reconciliación de Liberia, la cual tiene el mandato de “investigar las violaciones graves de los derechos humanos, las violaciones del derecho humanitario y los ‘delitos económicos, como la explotación de los recursos naturales o públicos para perpetuar los conflictos armados,’ y determinar quiénes habían sido los responsables.” Los delitos económicos fueron definidos como “toda actividad prohibida destinada a generar beneficios económicos llevada a cabo por el Estado o por agentes no estatales cuyas actividades económicas hubieran incitado al conflicto, o contribuido a que se produjeran violaciones graves de los derechos humanos y/o del derecho humanitario, o que se hubieran beneficiado económicamente del conflicto; o toda actividad de una persona pública o privada destinada a generar ganancias ilícitas mediante la participación en conductas tales como la evasión fiscal, el blanqueo de capitales, el saqueo, la trata de personas y la explotación del trabajo infantil”.²⁹

24 Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Justicia transicional y derechos económicos, sociales y culturales*, 2014, disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR-PUB-13-05_sp.pdf (visitado el 18 de junio de 2016).

25 Carranza, Rubén, *op. cit.*

26 Carranza, Rubén, ‘Plunder and Pain: Should Transitional Justice Engage with Corruption and Economic Crimes?’, *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 2, 2008, pp. 310-330.

27 Sandoval, Clara, Filippini, Leonardo y Vidal, Roberto, *op. cit.*, p. 11.

28 *Ibid.*

29 Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Justicia transicional...*, *op. cit.*, p. 26.

Esta visión más amplia sobre el alcance de los derechos humanos y el posible rol de las empresas en contextos de represión o conflicto cumple con los estándares establecidos por los Principios Rectores, que establecen que estas deben respetarlos, absteniéndose de infringir los derechos de terceros y haciendo frente a las consecuencias negativas sobre ellos en las que se vean implicadas. Esta responsabilidad se refiere a los derechos humanos internacionalmente reconocidos, que incluyen como mínimo los establecidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los estándares establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.³⁰

Para abordar el rol de las empresas en situaciones de represión o conflicto se deben considerar no solo los mecanismos de rendición de cuentas empresarial en derechos humanos, sino la forma en que los estándares de los Principios Rectores se relacionan con los cuatro elementos de la justicia transicional: justicia, verdad, reparación y reforma institucional. Si bien los avances en el área de rendición de cuentas empresarial en estos procesos son relativamente poco comunes, existe un solapo importante entre ellos. También hay ejemplos prácticos que pueden inspirar medidas y acciones a ser consideradas en la elaboración de los planes de acción nacional en la materia.

A. Verdad

La búsqueda de la verdad y la preservación de la memoria son importantes, entre otras cosas porque pueden contribuir a la comprensión pública de las violaciones de derechos humanos en el pasado. La investigación y análisis de las pautas de abusos sistemáticos pueden también contribuir a la formulación de recomendaciones encaminadas a implementar los cambios necesarios para lograr la reconciliación. Existen diversas formas para acceder a la verdad, entre ellas los procesos judiciales. El modelo más común, sin embargo, son las comisiones de la verdad y reconciliación, cuyos mandatos son diversos.

La inclusión del rol de las empresas en los esfuerzos de búsqueda de la verdad es necesaria para conocer los abusos ocurridos durante la dictadura o conflicto, las razones por las que se produjeron y sus consecuencias. Las comisiones de la verdad han sido los mecanismos de justicia transicional más frecuentemente utilizados para abordar el rol de las empresas. Por ejemplo, estas pueden llevar a cabo investigaciones y ayudar a establecer en qué medida participaron en las violaciones que se produjeron, ya sea en relación con empresas individuales o de determinados sectores económicos. Las comisiones también pueden hacer recomendaciones con respecto a la responsabilidad empresarial en cuanto a las reparaciones, su exclusión de futuros contratos públicos o la congelación de activos, entre otras.³¹

30 Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *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 (21 de marzo de 2011), Anexo, §12.

31 Michalowski, Sabine, *Corporate Accountability in Transitional Justice Settings*, presentación en la conferencia ‘The Role of the Private Sector in the Democratic Transition: Reflecting on the Responsibility of Economic Actors and

En la práctica, 26 de 35 comisiones mencionan la complicidad empresarial y 23 de las 26 nombran a empresas específicas. Se ha visto que 247 empresas en total han sido identificadas por estas entidades (40 en Liberia, 61 en Brasil, 28 en Sudáfrica, 11 en Chile).³² En Brasil, por ejemplo, la Comisión Nacional de la Verdad, cuyo mandato sigue vigente, investiga los abusos contra los derechos humanos cometidos por la ex dictadura militar y considera el rol de las empresas en la dictadura. En 2014, la Comisión informó que habría descubierto que Volkswagen, Mercedes y Ford, entre otras, habrían colaborado con el régimen militar y ayudado a identificar a las personas "subversivas" en sus ámbitos.³³ Posteriormente, en septiembre de 2015, se presentó una demanda civil contra la Volkswagen en Brasil, alegando que sus empleados fueron incluidos en listas negras y torturados.³⁴

Si bien las comisiones de la verdad en algunos casos han abordado la responsabilidad de empresas, esto no necesariamente significa que tienen la capacidad de hacerlo y las que lo han hecho no siempre han sido exitosas. Esto se ha dado porque tienden a ser instituciones con poder político limitado y con financiamiento reducido. En estos casos, en los países donde las comisiones no tuvieron un mandato que abarcara el asunto, la implementación de los Principios Rectores mediante los PAN ayudaría a los Estados a buscar la verdad. Esto se lograría al establecer que las empresas deben llevar a cabo procesos para identificar y responder a las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos, lo cual implica "saber y hacer saber" sobre sus impactos; es decir, comunicar, ofrecer transparencia y rendir cuentas a las personas o grupos que puedan verse afectados y a otros interesados, incluidos los inversores. La comunicación puede adoptar diversas formas, como reuniones personales, diálogos en línea, consultas con los sectores afectados e informes públicos oficiales.³⁵ En este sentido, la debida diligencia de derechos humanos puede ser particularmente útil para los procesos de búsqueda de la verdad y fomento de la memoria.

En la práctica, hasta el día de hoy, solo Colombia ha relacionado la implementación de los Principios Rectores y la búsqueda de la verdad sobre los impactos empresariales durante el conflicto en el contexto de la justicia transicional. El PAN de Colombia, elaborado en 2015 y publicado en diciembre del mismo año, establece que "La Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas como coordinadora del Sistema Nacional de Atención y Reparación integral a las Víctimas – SNARIV, junto con la Dirección de Post-conflicto desarrollarán estrategias tendientes a que las empresas contribuyan

Transitional Justice in Tunisia', mayo de 2013.

32 Payne, Leigh, *Nuevos desafíos para la justicia transicional: Complicidad empresarial en dictaduras y conflictos armados*, Conferencia inaugural del programa interdisciplinario Memoria y Derechos Humanos, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 1 de abril de 2016.

33 Winter, Brian, 'The 'Black List': Documents suggest foreign automakers aided Brazil's dictators', *Reuters*, 5 de agosto de 2014, disponible en <http://www.reuters.com/investigates/special-report/brazil-dictatorship-companies/> (visitado el 18 de junio de 2016).

34 Redacción, 'Brazil: Torture lawsuit against VW', *DW*, 23 de septiembre de 2015, disponible en <http://www.dw.com/en/brazil-torture-lawsuit-against-vw/a-18731165> (visitado el 18 de junio de 2016).

35 Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *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 (21 de marzo de 2011), Anexo, §21.

a la recuperación de la memoria histórica para la construcción de paz, la reconciliación y la promoción de los derechos humanos y la reconstrucción del tejido social, para lo cual podrán desarrollar iniciativas de memoria y construcción de una cultura de paz.”³⁶

Un PAN también puede, por ejemplo, proponer un proyecto de ley que requiera a las empresas de los sectores de más alto riesgo durante las dictaduras o conflictos de la región –como en la minería, energía, forestal, agroindustrial, salud, educación y seguridad social– integrar la debida diligencia en derechos humanos en sus actividades, facilitando de esa forma la identificación de los impactos pasados y el acceso a la información necesaria.

En la práctica, ya hay empresas multinacionales implementando la debida diligencia. Para fines de 2015, casi 400 habían expresado su compromiso de respetar los derechos humanos.³⁷ Algunas de estas ya han comenzado a realizar estudios para evaluar sus impactos en este campo y desarrollar medidas al respecto, tales como Río Tinto y Total. Un número más reducido ha llegado incluso hasta el punto de comunicar públicamente información sobre los hallazgos de sus estudios y las medidas correspondientes, tales como Nestlé³⁸ y Unilever.³⁹

Por otra parte, existen diversos ejemplos de esfuerzos estatales para convertir la debida diligencia en una obligación empresarial. En los Congresos de Francia y Suiza hay proyectos de ley que hacen referencia a los Principios Rectores y la debida diligencia en derechos humanos.⁴⁰ En Francia, la ley obligaría a las empresas que emplean a más de 5000 personas en su territorio o 10 000 en todo el mundo a desarrollar procesos de debida diligencia, haciendo énfasis en la corrupción. En Suiza, las multinacionales deben llevar a cabo la debida diligencia, incluyendo la identificación de los impactos reales y potenciales sobre los derechos humanos y la adopción de medidas para prevenirlos. En Estados Unidos ya existen leyes vigentes sobre debida diligencia, aunque se relacionan con aspectos empresariales más específicos, como la cadena de suministro y los minerales de conflicto, por un lado (Ley Dodd-Frank),⁴¹ o respecto al trabajo esclavo e infantil, por otro (Ley de Transparencia en Cadena de Abastecimiento). Por otra parte, en la Unión Europea (UE) hay una regulación para empresas grandes

36 Gobierno de Colombia, *Plan de Acción de Derechos Humanos y Empresas*, p. 18.

37 Business and Human Rights Resource Centre, *Company policy statements on human rights*, disponible en <http://business-humanrights.org/en/company-policy-statements-on-human-rights> (visitado el 18 de junio de 2016).

38 Nestlé, *Talking the Human Rights Walk: Nestlé’s Experience Assessing Human Rights Impacts in its Business Activities*, 2014, disponible en http://www.nestle.com/asset-library/documents/library/documents/corporate_social_responsibility/nestle-hria-white-paper.pdf (visitado el 18 de junio de 2016).

39 Unilever, *Enhancing Livelihoods, Advancing Human Rights*, 2015, disponible en https://www.unilever.com/Images/slp-unilever-human-rights-report-2015_tcm244-437226_1_en.pdf (visitado el 18 de junio de 2016).

40 Business and Human Rights Resource Centre, *Government Platform*, disponible en <http://business-humanrights.org/en/using-the-company-government-platforms-to-reveal-action-on-business-human-rights> (visitado el 18 de junio de 2016).

41 *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, sección 1502; para más información, véase <http://dodd-frank.com/> (visitado el 18 de junio de 2016).

sobre transparencia respecto a temas no financieros –que también incluye los derechos humanos– conocida como la Directiva sobre Informes No Financieros de la UE.⁴²

En conclusión, para fomentar el acceso a la verdad en países en transición, un PAN puede inspirarse en estos y otros ejemplos de debida diligencia, así como en los esfuerzos en procesos de justicia transicional para diseñar medidas adecuadas para el contexto.

B. Justicia

Los procesos judiciales en contextos de transición consisten en acciones penales dirigidas especialmente contra los criminales considerados de mayor responsabilidad.⁴³ Esta visión está apoyada por el derecho internacional, que obliga a los Estados a investigar, procesar y castigar las violaciones. En el contexto regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció en su sentencia *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* que “los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.”⁴⁴

Sin embargo, a pesar de que el mecanismo estándar para lograr la rendición de cuentas y la justicia ha sido la persecución penal, la responsabilidad penal de las empresas está limitada en el derecho internacional. La Corte Penal Internacional no tiene competencia sobre ellas y aunque se planteó en las negociaciones del Estatuto de Roma, se señaló su falta de personalidad jurídica internacional. Sin embargo, los individuos pueden ser procesados, y lo han sido, por los tribunales penales internacionales por las actividades empresariales que apoyaron la comisión de crímenes de guerra y genocidio, como es el caso del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Por otro lado, la Corte Interamericana recientemente ha tocado el tema, aunque se ha enfocado en pueblos indígenas.⁴⁵

Igualmente, la responsabilidad penal de las empresas por violaciones de derechos humanos en la legislación nacional es a menudo limitada, fuera del contexto de corrupción. Por otra parte, el litigio civil puede ser una avenida judicial importante –como se ha demostrado en los numerosos casos presentados en los Estados Unidos bajo el *Alien Tort Statute*, por complicidad empresarial en violaciones

42 European Commission, *Non-Financial Reporting*, disponible en http://ec.europa.eu/finance/company-reporting/non-financial_reporting/index_en.htm#legal-framework (visitado el 18 de junio de 2016).

43 Para más información, véase la página web del *Centro Internacional para la Justicia Transicional*, disponible en <https://www.ictj.org/es> (visitado el 18 de junio de 2016).

44 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4., §166.

45 Aubry, Sylvain, ‘Advancing the Accountability of Corporations for Their Impact on Economic, Social, and Cultural Rights: Reflections on the Use of the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights’ in Michalowski, Sabine (ed.), *Corporate Accountability in the Context of Transitional Justice*, Londres, Routledge, 2013.

del derecho consuetudinario internacional. Sin embargo, solamente en algunos litigios se ha llegado a acuerdos extrajudiciales, donde las empresas pagan pero no reconocen su responsabilidad por los hechos imputados.⁴⁶

En la práctica, Leigh Payne indicó que para el 1 de abril de 2016 se habrían llevado a cabo 17 juicios penales a nivel mundial, catorce de esos en Argentina y uno en Chile. En relación a los juicios civiles, ha habido cinco en Argentina y 33 más en aplicación del *Alien Tort Statute* de Estados Unidos.⁴⁷

Argentina es el líder global en la rendición de cuentas de las empresas mediante procesos judiciales. Por ejemplo, existen demandas contra bancos estadounidenses porque sus préstamos a la dictadura posibilitaron la infraestructura represiva y, como ya se mencionó, fue condenado el primer empresario por entregar a un líder sindical durante la dictadura. El país se destaca por un uso creativo de la ley para encontrar formas de hacer que las empresas rindan cuentas por su complicidad en abusos pasados de los derechos humanos. Según Leigh Payne, este uso creativo de la ley se puede categorizar en cuatro áreas: “1) La participación directa de las empresas en violaciones de los derechos humanos; 2) el fracaso de las empresas de proteger a los trabajadores en virtud de la legislación laboral; 3) empresas que financiaron actividades ilegales; y 4) la participación de las empresas en actividades económicas ilícitas, lo cual ha permitido conectar a las empresas directamente con las violaciones del Estado, y a los abusos llevados a cabo por el aparato represivo del Estado en nombre de las empresas”.⁴⁸

Pocos países han seguido los pasos de Argentina. Según Payne, de los 116 que han experimentado algún tipo de transición de un régimen autoritario o de guerra, solo en nueve se observan casos civiles y penales contra las empresas. Chile, por ejemplo, no ha sido proactivo en investigar los vínculos de las empresas privadas con las violaciones graves de derechos humanos durante la dictadura militar. En su libro *A la Sombra de los Cuervos*, el periodista Javier Rebolledo detalla como algunas empresas fueron cómplices de la dictadura militar de Augusto Pinochet, como fue el caso de una papelera en el sur de Chile en el asesinato de 19 trabajadores forestales y campesinos, hecho ocurrido en “Laja-San Rosendo” en septiembre de 1973. Su rol fue clave para que esos crímenes pudieran llevarse a cabo ya que, además de señalar a las víctimas, facilitaron vehículos, alcohol y cuerdas.⁴⁹ Para abril de 2016, la empresa gozaba de impunidad completa en relación con estas violaciones de derechos humanos de carácter criminal.

46 Van Ho, Tara L., ‘Corporate Complicity for Human Rights Violations: Using Transnational Civil and Criminal Litigation’ in Michalowski, Sabine (ed.), *Corporate Accountability in the Context of Transitional Justice*, Londres, Routledge, 2013. p. 53

47 Payne, Leigh, *Nuevos desafíos para la justicia transicional: Complicidad empresarial en dictaduras y conflictos armados*, Conferencia inaugural del programa interdisciplinar Memoria y Derechos Humanos, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 1 de abril de 2016.

48 Payne, Leigh A. y Pereira, Gabriel, ‘Corporate Complicity in Dictatorships’, disponible en http://www.sbs.ox.ac.uk/sites/default/files/Skoll_Centre/Docs/essay-payne.pdf (visitado el 18 de junio de 2016). Sobre esta cuestión, véase el capítulo de Leigh Payne y Gabriel Pereira incluido en esta obra, respecto a la complicidad corporativa en Argentina.

49 Rebolledo, Javier, *A la sombra de los cuervos; Los cómplices civiles de la dictadura*, Santiago, Ceibo, 2015.

El aporte de los Principios Rectores respecto al acceso a la justicia es inequívoco. Bajo el Principio Fundacional 25, establecen que: “Como parte de su deber de protección contra las violaciones de derechos humanos relacionadas con actividades empresariales, los Estados deben tomar medidas apropiadas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo que correspondan, que cuando se produzcan ese tipo de abusos en su territorio y/o jurisdicción, los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces”.⁵⁰ Agregan además que si los Estados no adoptan las medidas necesarias para investigar, castigar y reparar las violaciones de las empresas cuando se producen, el deber de protección de los Estados carece de sentido.

Esto implica que los:

Estados deben asegurarse de no levantar barreras que impidan llevar casos legítimos ante los tribunales, especialmente cuando la vía judicial resulte esencial para la obtención de reparación o no haya otras vías alternativas de reparación. También deben asegurar que la corrupción judicial no obstruya la administración de justicia, que los tribunales sean independientes de presiones económicas o políticas de otros agentes del Estado y de actores empresariales, y que no se pongan obstáculos a las actividades legítimas y pacíficas de los defensores de los derechos humanos.⁵¹

Algunos de los obstáculos legales para casos legítimos de violaciones de los derechos humanos relacionados con empresas incluyen cuando la forma en que se determina la responsabilidad jurídica entre los miembros de un grupo empresarial, conforme a la legislación penal y civil, permite que no se rindan cuentas de forma apropiada. Otro obstáculo surge cuando los demandantes son víctimas de una denegación de justicia en el Estado donde la empresa opera (país receptor) y no pueden acceder a los tribunales del Estado de origen de la empresa, independientemente del fundamento de la reclamación.⁵²

En el último caso, el Principio Rector 7 presenta un análisis interesante sobre cómo ejercer el deber del Estado extraterritorialmente cuando haya empresas en su jurisdicción que operen en zonas de conflicto. Si estas se ven implicadas en violaciones graves de derechos humanos en estos contextos, se establece que los Estados deben explorar las responsabilidades civiles, administrativas o penales de las empresas domiciliadas u operativas en su territorio o jurisdicción. En este sentido, los países de origen de las empresas transnacionales que han contribuido a abusos en los conflictos o represión en otros países deberían garantizar que las víctimas puedan acceder a la justicia ante sus tribunales.⁵³

⁵⁰ Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *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 (21 de marzo de 2011), Anexo, §25.

⁵¹ Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *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 (21 de marzo de 2011), Anexo, §26.

⁵² *Ibid.*

⁵³ Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *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 (21 de marzo de 2011), Anexo, §7

Una iniciativa que busca transformar estos principios en una obligación vinculante para los Estados es el proceso iniciado conforme a la resolución 26/9 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, adoptada en junio de 2014, por la que se determinó establecer un Grupo de Trabajo intergubernamental con la misión de elaborar un instrumento que regule, en el derecho internacional, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. Los países latinoamericanos se dividieron entre el voto a favor y la abstención, pero ninguno votó en contra.⁵⁴

Esta resolución es particularmente relevante en la búsqueda de la responsabilidad jurídica de las empresas por violaciones a los derechos humanos. La Alianza para el Tratado es un movimiento global de la sociedad civil⁵⁵ que aboga por la adopción de un instrumento vinculante que, entre otras cosas, aclare “el tipo de conductas que generarán responsabilidad jurídica para las compañías (civil, criminal y administrativa)” y que obligue a los Estados a incorporar dichos estándares en su legislación nacional. Igualmente, la Alianza considera que los delitos que impactan adversamente los derechos humanos deben ser cubiertos y que la cooperación legal y judicial entre los países debería facilitar la investigación y el enjuiciamiento de casos de naturaleza transnacional. Asimismo, la responsabilidad jurídica de la empresa no debería excluir la responsabilidad jurídica individual de sus directores o administradores.⁵⁶

Considerando que uno de los fines principales de este esfuerzo global es asegurar el acceso a la justicia y a la reparación en casos de abusos de derechos humanos por las empresas, el apoyo de este esfuerzo por los Estados en transición coincide con uno de los pilares fundamentales de la justicia transicional. Tal esfuerzo también es coherente con el Principio Rector 10, que establece que cuando los Estados actúan como miembros de instituciones multilaterales que tratan cuestiones relacionadas con las empresas deberían, entre otras cosas, alentar a esas instituciones a promover entre ellas el respeto de los derechos humanos. Su acción colectiva puede ayudar a los Estados a nivelar la situación con respecto a la observancia de los derechos humanos por las empresas en los diferentes Estados, elevando el nivel de los más rezagados.⁵⁷ La cooperación entre los Estados en instituciones multilaterales como las Naciones Unidas en relación con este tratado vinculante es justamente del tipo que puede elevar el nivel de protección y reparación frente a las violaciones de derechos humanos por las empresas, en línea con los Principios Rectores.

En este contexto, un plan de acción nacional le ofrece a los Estados un medio para reducir las barreras que impiden el acceso de las víctimas a mecanismos judiciales en contextos de transición en los países donde las empresas bajo su jurisdicción han violado los derechos humanos. Por ejemplo, las medidas en

54 Business and Human Rights Resource Centre, *Binding treaty*, disponible en <http://business-humanrights.org/en/binding-treaty> (visitado el 18 de junio de 2016).

55 Alianza por el Tratado, disponible en <http://treatymovement.com/> (visitado el 18 de junio de 2016).

56 *Ibid.*

57 Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *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 (21 de marzo de 2011), Anexo, §10.

un PAN pueden incluir: 1) modificar la ley penal nacional para incluir a las empresas; 2) participar en las discusiones del Grupo de Trabajo intergubernamental en la ONU sobre la elaboración de un tratado vinculante en la materia; 3) identificar los obstáculos específicos que impiden el funcionamiento de procesos nacionales de justicia para las víctimas de violaciones empresariales, y producir un informe con recomendaciones para reducir los obstáculos; y, 4) evaluar el uso creativo de la legislación laboral para asegurar la rendición de cuentas empresarial.

C. Reparación

Las reparaciones son utilizadas por los gobiernos para resarcir los daños sufridos por las víctimas de la represión o del conflicto. Los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*⁵⁸ aprobados por la Asamblea General de la ONU en 2005, establecen que entre estas se pueden incluir la restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.⁵⁹ En este sentido, existen reparaciones de carácter material, como pagos monetarios; simbólicas, en la forma de museos de la memoria o actos de disculpas públicas; o de restitución, por ejemplo, de tierras.

Si bien el derecho internacional establece que los Estados e individuos pueden ser responsables por violaciones a derechos humanos y, por lo tanto, de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, agresión y genocidio, no aborda la obligación de las empresas sobre la reparación a las víctimas de violaciones. Sin embargo, los Principios y directrices recién mencionados sugieren que las personas jurídicas y entidades pueden ser responsables de proporcionar reparación a las víctimas.⁶⁰

En la medida en que la responsabilidad jurídica de las empresas por violaciones a derechos humanos se determine, parece razonable que igualmente sean responsables de proporcionar reparación a las víctimas. Esto puede impactar sustancialmente en la capacidad del Estado para hacerlo incluso cuando no sea posible determinar claramente una responsabilidad jurídica. Según Sabine Michalowski, bajo los principios de justicia y reconciliación las empresas que se beneficiaron de un régimen anterior tienen un rol en la reconstrucción en el país con su colaboración en el financiamiento de las reparaciones.⁶¹

Si bien las comisiones de la verdad en algunos países han abordado el asunto de las empresas, como ya se ha mencionado, las que lo han hecho no siempre han tenido éxito. A modo de ejemplo,

⁵⁸ Asamblea General, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, A/RES/60/147 (16 de diciembre de 2005).

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Michalowski, Sabine, *op. cit.*, p. 13.

en Sudáfrica, la Comisión para la Verdad y la Reconciliación investigó el papel de las empresas transnacionales en los crímenes cometidos durante el *apartheid*, pero en sus recomendaciones no solamente no se distinguieron sus diferentes niveles de participación sino que el Gobierno no las aplicó en vista de que se decidió que las reparaciones le correspondían al Estado, no a los autores de los crímenes ni a los que se beneficiaron del estado de cosas, lo que llevó a la falta de recursos del programa. Se creó un fideicomiso empresarial voluntario pero pocas empresas contribuyeron; tampoco había congruencia real entre sus objetivos y las recomendaciones de la Comisión para la Verdad y la Reconciliación.⁶²

Para lograr un modelo efectivo de reparación empresarial, es necesario aclarar el grado de responsabilidad de la empresa en las violaciones de los derechos humanos. Nelson Camilo Sánchez sostiene que cuando una empresa es responsable de un acto ilegal para obtener un beneficio económico o del financiamiento de grupos armados para crear una ventaja competitiva, los mecanismos de confiscación deben ser coercitivos; estos pueden incluir la restitución, confiscación de concesiones, cancelación de monopolios y sanciones económicas. De la misma forma, sugiere que cuando una empresa es consciente de que se está beneficiando del conflicto pero no apoya o participa de manera directa en las violaciones, los procedimientos de confiscación deben basarse en una carga dinámica de pruebas. La restitución debe limitarse, aunque debe promoverse el uso de mecanismos voluntarios por las empresas para contribuir a la reparación. Por último, en aquellos casos en que una empresa opera en un país cuyos habitantes sufren violaciones de derechos humanos pero no existe un vínculo causal con la empresa, estos deben ser de carácter solidario y pueden incluir la responsabilidad fiscal progresiva y la promoción de medidas voluntarias como la acción afirmativa.⁶³

El aporte que nos dan los Principios Rectores sobre cómo determinar la complicidad, la responsabilidad y el nivel de influencia de una empresa para mitigar las violaciones, facilita la evaluación de su rol en la reparación. Es particularmente interesante aplicar el concepto de influencia para evaluar la actuación de una empresa, independientemente de su tamaño, con miras a definir el tipo de reparación que se le pide. El nivel de influencia se relaciona con el sujeto sobre el que esta se ejerce; es decir, una empresa mediana o pequeña puede tener influencia sobre la municipalidad, mientras que una multinacional puede hacerlo con el gobierno nacional.

Como ya se ha demostrado, la información necesaria para establecer si hubo influencia para evitar impactos negativos en los derechos humanos se puede conseguir por medio de la debida diligencia de las empresas que operan en contextos de alto riesgo o bien, por las comisiones de verdad. En ambos casos debe requerirse información sobre sus impactos y cómo se abordaron.

62 Abrahams, Charles P., 'Lessons from the South African Experience' in Michalowski, Sabine (ed.), *Corporate Accountability in the Context of Transitional Justice*, Londres, Routledge, 2013, p. 153.

63 Sánchez, Nelson Camilo, 'Corporate Accountability, Reparation, and Distributive Justice in Post-Conflict Societies' in Michalowski, Sabine (ed.), *Corporate Accountability in the Context of Transitional Justice*, Londres, Routledge, 2013, p. 120.

Los Principios Rectores establecen que si bien la responsabilidad se les aplica independientemente de su tamaño, la “magnitud y la complejidad de los medios dispuestos por las empresas para asumir esa responsabilidad puede variar en función de esos factores y de la gravedad de las consecuencias negativas de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos.”⁶⁴ Por lo tanto, los Principios Rectores nos dan un marco para diferenciar las medidas de reparación, según el tamaño y gravedad del impacto generado. En ese sentido, los planes de acción pueden: 1) establecer un impuesto y fondos obligatorios para víctimas financiado por empresas; 2) incentivar la reparación civil como una forma de evitar juicios; 3) requerir a las empresas que fueron cómplices en violaciones que pidan disculpas públicas por sus acciones; o, 4) incentivar a las empresas que se beneficiaron económicamente a financiar la creación de un memorial o proporcionar la infraestructura de una comunidad mediante la construcción de carreteras y la instalación de tuberías de agua potable.⁶⁵

D. Reformas institucionales

En la justicia transicional, es necesario que haya una reforma de las instituciones públicas implicadas en los abusos con el fin de dismantelar la estructura que los permitió y evitar tanto que estos no se repitan como la impunidad.⁶⁶ En este sentido, la reforma institucional tiene una importante función en la prevención de futuros abusos empresariales contra los derechos humanos.

Hoy este tipo de reforma es necesaria en América Latina, ya que más allá de poner fin a la subversión interna y a la lógica detrás de los derrocamientos autoritarios de las democracias en Argentina, Brasil, Chile y Uruguay, existía una lógica empresarial que se aliaba a estas fuerzas en la lucha contra el comunismo. Las empresas dependían del Estado para dar seguridad a sus inversiones y mantener los bajos salarios para obtener ganancias, mientras que el Estado dependía de las empresas para la inversión de capital.⁶⁷

En el caso de Chile, la reforma económica se basó en la colaboración de un grupo de chilenos economistas conocidos como los “Chicago Boys”. Ellos diseñaron el modelo neoliberal que llevó a la privatización de treinta empresas de todos los sectores, (incluyendo el transporte público, la educación y la salud), lo que significó una pérdida superior a los mil millones de dólares,⁶⁸ así como la supresión

64 Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *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 (21 de marzo de 2011), Anexo, §14.

65 Michalowski, Sabine, *op. cit.*, p. 13.

66 Centro Internacional de Justicia Transicional, ¿Qué es la Justicia Transicional?, disponible en <https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional> (visitado el 18 de junio de 2016).

67 Payne, Leigh A. y Pereira, Gabriel, *op. cit.*

68 Parlamentarios de la Concertación, ‘El Saqueo de los Grupos Económicos al Estado Chileno y la Verdad Oculta de las Empresas Públicas’, *Archivo Chile*, disponible en http://archivochile.com/Poder_Dominante/grem_empre/PDgremios0015.pdf (visitado el 18 de junio de 2016).

de los aranceles, la apertura nacional a la inversión extranjera y al comercio exterior y la restricción de los sindicatos.⁶⁹ Fue la primera reforma de este tipo en América Latina, mucho más radical que la de Inglaterra considerada la cuna de la privatización. Debido a ello, múltiples exfuncionarios del gobierno militar se convirtieron en los nuevos dueños de las empresas privatizadas.⁷⁰

Las consecuencias se han manifestado en constantes abusos de los derechos de los consumidores por parte de empresas proveedoras de servicios básicos, que en varios casos pasaron a ser monopolios sin una regulación que asegurara el servicio adecuado a la población.⁷¹ El sistema educativo de Chile tiene la cuarta mayor proporción de escuelas primarias privadas en el mundo y fue considerado el más segregado por ingresos de hogares, de acuerdo con datos de la OCDE de 2014 que comparó 65 países.⁷² Es “altamente discriminatorio por motivos socioeconómicos”;⁷³ elevadas tarifas son aplicadas en algunas escuelas privadas de primaria y secundaria para excluir a los estudiantes no deseados. Estas escuelas también ejercen prácticas discriminatorias en la selección del alumnado con base en distintos criterios, como los ingresos familiares y otras características de la familia.⁷⁴ Además, los escándalos que Chile vive hoy, “como los casos de colusión (pollos, farmacias, confort), la desigualdad social e incluso la delincuencia, tienen su causa original en el modelo neoliberal diseñado por los “Chicago Boys”.⁷⁵ El periodista Javier Rebolledo destaca que “[e]n Chile, la modificación que hubo al sistema económico y social -que fue radical-, habría sido imposible si no es a punta de muertes, torturas, desapariciones forzadas y de expatriación de personas.”⁷⁶

Tras el retorno de la democracia, el gobierno restauró la participación política pública y las libertades sociales, pero no realizó todas las reformas que hoy son demandadas por la sociedad pese a que dos comisiones de la Cámara de Diputados revisaron las privatizaciones efectuadas durante la dictadura. Chile sigue siendo uno de los países más privatizados y, de particular relevancia, desregulados del mundo.⁷⁷

69 Mallén, Patricia Rey, ‘Chile Since Pinochet: On The 25th Anniversary Of The Dictator’s Ouster, Is He Among The Disappeared’, *International Business Times*, 4 de octubre de 2013, disponible en <http://www.ibtimes.com/chile-pinochet-25th-anniversary-dictators-ouster-he-among-disappeared-1414248> (visitado el 18 de junio de 2016).

70 Villarroel, Gilberto, ‘La herencia de los “Chicago boys”’, *BBC*, 10 de diciembre de 2006, disponible en http://news.bbc.co.uk/1/hi/spanish/latin_america/newsid_3192000/3192145.stm (visitado el 18 de junio de 2016).

71 Parlamentarios de la Concertación, *op. cit.*

72 The Global Initiative for Economic, Social and Cultural Rights, *New report: Consequences of Privatisation of Education in Chile*, 2014, disponible en <http://globalinitiative-escr.org/the-most-segregated-education-systems-in-the-world-new-report-challenges-the-consequences-of-privatisation-of-education-in-chile-with-the-un/> (visitado el 18 de junio de 2016).

73 *Ibid.*

74 Mackenzie, Charlotte, ‘Chilean student protests keep marching through Bachelet’s reforms’, *Latin Correspondent*, 14 de julio de 2014, disponible en <http://latincorrespondent.com/2014/07/chilean-student-protests-marching-bachelet-education-reforms/> (visitado el 18 de junio de 2016).

75 Carvallo, Lenka, ‘María Olivia Mönckeberg: “Nuestra democracia está hipotecada”’, *Caras*, 19 de noviembre de 2015, disponible en <http://www.caras.cl/politica/maria-olivia-monckeberg/> (visitado el 18 de junio de 2016).

76 Redacción, ‘Javier Rebolledo: Modificación al sistema...’, *op. cit.*

77 Presentación de Lorena Frías durante reunión en CEPAL, marzo de 2016.

El aporte de los Principios Rectores en este contexto es fundamental. El Principio Rector 5 establece que los Estados no renuncian a sus obligaciones de derechos humanos al privatizarse la prestación de servicios con un posible impacto sobre su disfrute. Si no aseguran que las empresas que prestan tales servicios –como la educación, la salud o las pensiones– cumplan sus obligaciones de derechos humanos, las consecuencias pueden perjudicar la reputación del Estado y derivar en problemas legales. Por lo tanto, se espera que los contratos de prestación de servicios o la legislación que la regula digan explícitamente que el Estado espera que esas empresas respeten los derechos humanos; además, sus actividades deberán ser supervisadas con mecanismos adecuados e independientes para la rendición de cuentas.⁷⁸

En la práctica, existen diferentes formas de lograrlo. El segundo pilar de los Principios Rectores, sobre la responsabilidad empresarial de respetar, les proporciona a los Estados una hoja de ruta para cumplir con sus deberes, al indicar que las empresas deben adoptar políticas de derechos humanos cuya implementación requiere debida diligencia con el fin de identificar, prevenir, mitigar y responder a las consecuencias negativas de sus actividades. Por ello, dichos procesos y políticas deben abarcar las consecuencias que la empresa haya provocado o contribuido a provocar con sus propias actividades o que tengan relación directa con ellas.

Otro aporte de John Ruggie en este ámbito se encuentra en su informe sobre zonas afectadas por conflictos. Durante su mandato, estipuló que cuando las empresas transnacionales están involucradas en violaciones a derechos humanos, sus países de origen tienen un papel que desempeñar para ayudarlas tanto a ellas como a los Estados receptores a garantizar que esto no suceda, mientras que los Estados vecinos también pueden proporcionar apoyo adicional importante.⁷⁹ Como ha sido destacado por Geneviève Paul y Judith Schonsteiner, este lenguaje debería ser interpretado como una recomendación para la cooperación entre todos los Estados, incluyendo a los donantes que son de particular importancia en contextos de justicia transicional para la implementación de los Principios Rectores.⁸⁰

Tomemos, a modo de ejemplo, el rol de las empresas estadounidenses que buscaron fomentar el golpe militar en Chile. La empresa estadounidense International Telephone and Telegraph (ITT), propietaria de las compañías telefónicas en Chile, habría estado maniobrando al más alto nivel para detener la elección democrática del primer presidente socialista, Salvador Allende, en 1970.⁸¹ Según

78 Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *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 (21 de marzo de 2011), Anexo, §5.

79 Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, *Business and human rights in conflict-affected regions: challenges and options towards State responses*, A/HRC/17/32 (27 de mayo de 2011), §6 (sólo disponible en inglés).

80 Paul, Geneviève y Schönsteiner, Judith, ‘Transitional Justice and the UN Guiding Principles on Business and Human Rights’ in Michalowski, Sabine (ed.), *Corporate Accountability in the Context of Transitional Justice*, Londres, Routledge, 2013, p. 79.

81 Anderson, Jack, ‘Memos Bare ITT Try for Chile Coup’, *The Washington Post*, 21 de marzo de 1972, disponible en <http://bit.ly/1r0Aky0> (visitado el 18 de junio de 2016).

Peter Kornbluh, la empresa habría decidido que debería tener su propia política exterior y se reunieron más de cuarenta veces con funcionarios de la Agencia Central de Inteligencia (CIA) de los Estados Unidos.⁸² Juntos conspiraron para crear un caos económico en Chile con la esperanza de que esto causaría que el ejército chileno llevara a cabo un golpe de Estado que bloquearía la llegada de Allende al poder.⁸³ ITT, conocida hoy como AT&T, nunca rindió cuentas por su rol en el golpe.

Los PAN sobre empresas y derechos humanos son por definición una herramienta de los gobiernos para reformar las instituciones, a fin de asegurar el respeto a los derechos humanos por las empresas y alcanzar los fines de la justicia transicional en relación con ellas. En el caso de los países de origen, como los Estados Unidos, sus PAN deberían, entre otras cosas, reformar sus agencias de cooperación internacional para crear unidades y programas dirigidos a apoyar y financiar los esfuerzos de los Estados receptores para desarrollar e implementar los suyos. A lo largo de América Latina, las medidas de austeridad de los Estados –causadas por los bajos precios de las *commodities* y la desaceleración de la economía china– afectan su capacidad financiera no solo para implementar sus planes de acción, sino también para elaborarlos.

Por otra parte, en los países en transición los PAN pueden 1) facilitar reformas institucionales que busquen modificar la legislación o reglamentación, como en la contratación mediante licitación, para asegurar que las empresas que ofrecen servicios públicos respeten los derechos humanos, y garantizar la no repetición de los abusos persistentes que tienen su raíz en las dictaduras; 2) excluir de los contratos públicos a las empresas privadas que fueron responsables de violaciones de derechos humanos o delitos económicos; 3) reformar las instituciones estatales que regulan el comportamiento de las empresas; y, 4) estudiar la posibilidad de reformar los mecanismos estatales de reclamación extrajudiciales, tales como la institución nacional de derechos humanos y/o el Punto de Contacto Nacional de la OCDE, para investigar abusos empresariales durante los períodos de dictadura o conflicto.

IV. Buscando el fin de la transición mediante planes de acción nacional

Como ya se ha manifestado, en teoría no existen limitaciones en la justicia transicional ni en el mundo de las empresas y los derechos humanos para abordar su rol en períodos de represión o conflicto por medio de los planes de acción nacional. Sin embargo, aún falta responder si esto es posible en la práctica. Aunque América Latina está liderando este espacio –y es aquí donde existen las instancias más apropiadas para explorar las ideas en este capítulo–, hay pocas experiencias que se pueden estudiar para encontrar esta respuesta.

82 Democracy Now, *The Pinochet File: How U.S. Politicians, Banks and Corporations Aided Chilean Coup, Dictatorship*, 10 de septiembre de 2013, disponible en http://www.democracynow.org/2013/9/10/the_pinochet_file_how_us_politicians_banks_corporations_aided_chilean_coup_dictatorship (visitado el 18 de junio de 2016).

83 Anderson, Jack, *op. cit.*

Uno de los países que se destacan en este momento es Chile, donde se está elaborando un PAN dirigido a asegurar la protección adecuada de los derechos humanos, fomentar su respeto en las actividades empresariales y mejorar el acceso a mecanismos de reparación efectivos para los afectados. Asimismo, se busca sentar las bases para una discusión nacional en torno a los impactos que generan las empresas en los derechos humanos, las formas de prevenirlos o mitigarlos y las posibilidades de repararlos. Esta discusión genera necesariamente un intercambio y acercamiento entre las partes involucradas, lo cual requiere fortalecer las capacidades de los distintos actores para nivelar sus conocimientos sobre este tema.

En Chile, el primer paso en el proceso fue elaborar un estudio de línea de base sobre las obligaciones estatales en la regulación de actividades económicas, encargado al Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales. La metodología se basó en la matriz elaborada por el Instituto Danés de Derechos Humanos y el International Corporate Accountability Roundtable en su *Kit de herramientas para planes de acción nacionales sobre derechos humanos y empresas*.⁸⁴ En vista de que los Principios Rectores no mencionan explícitamente todas las obligaciones del país en la materia, el Centro de Derechos Humanos complementó la matriz con el objetivo de regionalizar el análisis a la luz de los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; al recogerlas, se posibilita que otros países de la región repliquen la metodología posteriormente.⁸⁵ Lo anterior se desarrolló a la par de una serie de consultas a las partes interesadas en 2016, convocadas por el Gobierno, como parte de los insumos para diseñar el plan de acción nacional, para cuya elaboración se formó un grupo de trabajo interministerial con representantes de nueve ministerios y el Punto Nacional de Contacto de Chile para las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Este grupo fue el encargado de definir el proceso para desarrollar el PAN, elaborar las medidas que lo compongan y proponer su implementación y mecanismos de monitoreo.

Si bien el PAN de Chile está en elaboración, el estudio de línea de base sobre la que estará cimentado es un ejemplo de cómo estos procesos pueden comenzar a abordar el rol de las empresas durante la dictadura. A modo de ejemplo, el Centro de Derechos Humanos identificó que su legado se manifiesta en vacíos a la protección de los derechos humanos frente al actuar de las empresas bajo diversos Principios Rectores. En particular bajo el Principio Rector 5, se demuestra cómo la privatización de servicios públicos sigue teniendo impactos negativos en los derechos humanos. “En una sociedad sumamente desigual, la falta de regulación de la prestación de estos servicios, confiando de sobremanera en un mercado que además muestra la debilidad de no haber tenido mecanismos eficaces contra la colusión y formación de monopolios, conlleva la permanente violación de los derechos humanos, especialmente

84 Danish Institute for Human Rights y International Corporate Accountability Roundtable, *op. cit.*

85 Redacción, ‘Judith Schönsteiner lidera equipo que efectuará primer estudio línea base sobre empresas y derechos humanos en Latinoamérica’, *Centro de Derechos Humanos-Universidad Diego Portales*, 1 de junio de 2015, disponible en <http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/index.php/section-table/item/152-judith-schoensteiner-lidera-equipo-que-efectuara-primer-estudio-linea-base-sobre-empresas-y-derechos-humanos-en-latinoamerica/152-judith-schoensteiner-lidera-equipo-que-efectuara-primer-estudio-linea-base-sobre-empresas-y-derechos-humanos-en-latinoamerica> (visitado el 18 de junio de 2016).

su aspecto de no discriminación e igualdad.”⁸⁶ Por ejemplo, identifica cómo los servicios de salud están disponibles para quienes pueden pagarlos, lo cual genera un “fenómeno de discriminación estructural: se impide que el sistema público sea un válido competidor ya que este se tiene que hacer cargo solo de los usuarios más pobres”.⁸⁷ Además, “el acceso a la salud no está suficientemente regulado como para garantizar que sea sin discriminación por razones económicas, condición de salud, u otras razones”.⁸⁸ Ni en ese momento, ni en la actualidad se realizaron estudios de impacto en derechos humanos antes de la privatización de un servicio.⁸⁹

Otro ejemplo es en relación a la responsabilidad civil o penal para aquellas empresas domiciliadas u operativas en el territorio que cometan o contribuyan a graves abusos a los derechos humanos. La línea de base identifica bajo el Principio Rector 7, sobre zonas afectadas por conflicto, que “existe responsabilidad penal para crímenes internacionales (jurisdicción universal) en virtud de la ratificación del Estatuto de Roma. Existe responsabilidad penal también –pero aún no se ha hecho efectiva– en relación a crímenes cometidos por gerentes o directores de empresas durante la dictadura militar o complicidad en ellos. No han prescrito si se trata de participación o complicidad en crímenes de lesa humanidad.” Por otra parte, se informa “que ha sido extremadamente difícil el acceso a la compensación civil en estos casos; recientemente, sin embargo, la Corte Suprema ha reconocido que la prescripción no se aplica en estos casos.”⁹⁰

El informe de línea de base se hizo público al inicio de los diálogos gubernamentales con grupos de interés con el objetivo de que sea discutido, al igual que las propuestas y los insumos proporcionados por el Gobierno.⁹¹ Con posterioridad, el Centro de Derechos Humanos también ha publicado sus propias recomendaciones basado en sus hallazgos. De tal forma, el diálogo en torno a estas y otras afectaciones no incluidas en la evaluación facilitará una discusión nacional sobre el rol de las empresas durante la dictadura militar, entre otras cosas, y será una oportunidad clave para que la sociedad chilena aporte sus recomendaciones para su inclusión en el PAN.

Si el caso de Chile demuestra cómo en el proceso del PAN se puede identificar la manera de abordar la falta de rendición de cuentas empresariales por complicidad jurídica y no jurídica en violaciones durante las dictaduras del pasado y su legado, el contenido de su equivalente en Colombia demuestra como este instrumento puede complementar los esfuerzos actuales para la construcción de la paz en contextos de conflicto y transición.

86 Schönsteiner, Judith et al., *Estudio de línea base sobre empresas y derechos humanos*, Chile, Santiago, Centro de Derechos Humanos-UDP, 2016, p. 119.

87 *Ibid.*, p. 124.

88 *Ibid.*

89 *Ibid.*, p. 119.

90 *Ibid.*, p. 151.

91 *Ibid.*, p. 3.

El PAN fue lanzado por el presidente Juan Manuel Santos en diciembre de 2015, haciendo de Colombia el primer país de las Américas en publicar este instrumento de política pública. Con una vigencia de tres años, fue elaborado de manera participativa con empresas, actores de la sociedad civil y el apoyo de organizaciones internacionales en paralelo a la negociación con las FARC. Indudablemente será un insumo para el posconflicto y la construcción de paz en el país: "El escenario de posconflicto puede conllevar un aumento de las conflictividades sociales relacionadas con la actividad empresarial, se requiere un esfuerzo conjunto entre Estado, empresas, sindicatos, organizaciones de la sociedad civil y comunidad internacional para mejorar la gestión en derechos humanos en el ámbito empresarial, y lograr la remodelación si se presentan vulneraciones a los mismos". Las acciones incluidas en él no dependen de que haya paz ya que considera que "la protección y garantía de los derechos humanos se debe dar en todo tiempo y lugar".⁹²

El PAN colombiano contiene diversas medidas que apuntan a crear una cultura de construcción de paz y, por lo tanto, complementan los fines de la justicia transicional. Más allá de las medidas anteriormente mencionadas, busca apoyar el intercambio entre empresas sobre sus experiencias destinadas a mejorar el conocimiento sobre la gestión en derechos humanos y la construcción de paz, mientras que la Dirección de Posconflicto "lanzará un debate público sobre el papel y el potencial de las empresas en la consecución de la paz".⁹³

La flexibilidad inherente a los PAN, al igual que el alcance de los derechos humanos a ser abordados, hacen que se constituyan en una potencial e importante herramienta para la búsqueda de reconciliación en contextos de transición. Sin embargo, también tienen algunos límites. Por ejemplo, si bien los Principios Rectores fueron aprobados por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, no son parte de la codificación del derecho internacional consuetudinario. Y a pesar de que formalmente se tiene en cuenta el estado primordial de tratados y el derecho consuetudinario, los Principios Rectores pueden ser algo engañoso en la práctica, debido a algunas deficiencias en cuanto a la normativa internacional de derechos humanos que podrían cobrar particular importancia en contextos de justicia transicional.⁹⁴ Usar la expresión "violaciones de los derechos humanos" podría sugerir que los Estados perciben que estos son problemas de derechos humanos, ocultando que lo que está en riesgo son violaciones estatales de sus obligaciones jurídicas internacionales. Por otra parte, la disposición de no discriminación contenida en el Principio Rector 3 indica "hombres y mujeres" y deja de lado otras "categorías prohibidas", lo que resulta en un tratamiento superficial, especialmente de los pueblos indígenas tan relevantes en América Latina.⁹⁵ A la vez, los mismos desafíos que enfrentan los Estados en procesos de justicia transicional se observan en los procesos asociados a los PAN. La falta de recursos y de voluntad política para abordar los temas más complejos pueden ser un obstáculo para la realización de

92 Gobierno de Colombia, *Plan de Acción sobre Derechos Humanos y Empresas*, p. 7.

93 *Ibid.*, p. 18.

94 Paul, Geneviève y Schönsteiner, Judith, *op. cit.*, p. 76.

95 *Ibid.*, pp. 76-77.

un PAN que realmente aborde las necesidades de las víctimas de actividades empresariales durante períodos de represión o conflicto.

Estos desafíos no son insuperables, pero requieren de medidas para superarlos o mitigarlos. Para hacer frente a la malinterpretación del derecho internacional, es importante basar el proceso en una evaluación inicial que sea realizada por una tercera parte independiente y que haga referencia a las normas pertinentes de derechos humanos. Su rol en los procesos de desarrollo y elaboración de planes de acción nacional ayuda a crear la confianza necesaria entre los actores, reduciendo la polarización entre las partes para facilitar el diálogo constructivo. Asimismo, la colaboración con los Estados de origen de las empresas en esta materia puede aliviar la escasez de recursos en países receptores que buscan elaborar e implementar un PAN.

V. Conclusión

Es dudoso que la reconciliación se pueda lograr después de situaciones de represión durante dictaduras o conflictos internos si no se tienen en cuenta todas sus causas y efectos y si no se identifica a los principales autores de las violaciones de derechos humanos. Como hemos visto en este capítulo, ignorar estos factores ha impedido la creación de confianza entre diferentes actores sociales y ha tenido un efecto nocivo en la salud de algunas democracias en América Latina.

En este capítulo se ha postulado que la implementación de los Principios Rectores mediante los PAN puede ayudar a fortalecer la salud de estas democracias y sus instituciones y el funcionamiento de sus economías, cuyas empresas necesariamente deben respetar los derechos humanos y ser consideradas como sujetos en un concepto más amplio de justicia transicional. En este sentido, los PAN representan una oportunidad valiosa para que los gobiernos puedan responder a quienes demandan sus derechos, incluyendo a aquellos que protestan, cada vez con mayor frecuencia, en la calle o en las urnas, pidiendo poner un fin al legado económico de las dictaduras o los conflictos que cambiaron el rumbo histórico de sus países, cuyos impactos persisten hasta hoy.

A nivel práctico, hemos visto como los PAN pueden abrir un espacio de diálogo democrático que permite abordar temas tan complejos como la rendición de cuentas empresarial. Igualmente, permiten una reflexión sobre medidas innovadoras para establecer la verdad, justicia y reparación, como se ha visto en las experiencias de Argentina, Brasil, Chile y Colombia. Más allá de abordar el pasado, los procesos asociados al PAN son instrumentos clave para la prevención de violaciones futuras a través de reformas institucionales, al ser su objetivo el fortalecimiento de la institucionalidad de un país.

Finalmente, la justicia de transición se basa en una serie de promesas para la sociedad y para los individuos: un Estado reformado, responsabilidad de todos los actores, reconciliación, derechos

humanos y, especialmente, cambio. Es esta visión a la que se debe aspirar y los planes de acción nacional pueden ayudar a materializarla.

La experiencia y retos para las instituciones nacionales de derechos humanos latinoamericanas en torno a la protección de los derechos humanos frente a actividades empresariales

*Ramiro Rivadeneira Silva**

“Las instituciones en línea con los Principios de París pueden apoyar a los gobiernos a dar seguimiento y centralizar temas claves de derechos humanos.”

Navi Pillay

Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2008 – 2014)

SUMARIO: I. Introducción. II. Las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos. III. Las INDH, empresas y derechos humanos. IV. Latinoamérica, responsabilidad social y derechos humanos. V. Las INDH latinoamericanas, empresas y derechos humanos. VI. Desafíos para las INDH latinoamericanas.

I. Introducción

Somos testigos del cambio que ha experimentado el mundo en relación con los derechos humanos. El paradigma del Estado como único obligado a respetarlos parece ser que ha llegado a su fin, y ahora aparecen otros actores, específicamente las empresas, que al haber alcanzado un poder económico, político e instrumental superior al del Estado, comparten tal responsabilidad, pues este se ve superado en sus posibilidades de regulación y control.

¿Qué tienen que decir y hacer las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (en adelante INDH) al respecto? Este artículo se inicia con el abordaje desde el conocimiento sobre estas Instituciones, su normativa, sus competencias, su organización, contextos y realidades. En la segunda parte se teoriza acerca de los derechos humanos, se recorre brevemente su historia para llegar a confrontar su relación actual con las empresas y se reflexiona sobre el rol que deben cumplir las INDH para adaptarse a las circunstancias actuales y dar respuestas en términos de prevención y tutela de los derechos respecto a

* Defensor del Pueblo del Ecuador.

esa interrelación. Se aborda también la actual situación latinoamericana en este campo y se plantea de forma introductoria la diferencia entre derechos humanos y responsabilidad social corporativa, con la finalidad de mostrar lo poco que los gobiernos latinoamericanos han avanzado en la materia.

Sin embargo, las responsabilidades en el desarrollo de la relación entre empresas y derechos humanos no descansan solamente en sus gobiernos; las INDH, más allá de sus atribuciones de tutela, también son responsables de influir en la política pública y en la creación de espacios de reparación por la vulneración de derechos. En estas materias, los planes de acción nacional y las posiciones sobre un tratado vinculante sobre empresas transnacionales y derechos humanos también se incorporan en el análisis.

El artículo concluye dando voz a las INDH latinoamericanas sobre algunos temas de interés común en materia de empresas y derechos humanos, para finalmente reflexionar sobre los desafíos a enfrentar en esta nueva época en la que se rompe con el paradigma tradicional de los derechos humanos.

II. Las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos

Las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos¹ son órganos estatales, autónomos, independientes del Ejecutivo y de cualquier otra función o poder del Estado, encargados de promover y proteger los derechos humanos de su población.² Su estatus y funcionamiento están contemplados en los Principios de París,³ en los que luego de señalar expresamente que la institución nacional será competente en la promoción y protección de los derechos humanos, añade que dispondrá del “mandato más amplio posible, claramente enunciado en un texto constitucional o legislativo, que establezca su composición y su ámbito de competencia”.⁴

Más allá de la amplitud de sus competencias, no son órganos jurisdiccionales; en ningún caso forman parte de la estructura judicial de un país, y por lo tanto, no emiten sentencias ni resoluciones jurídicamente vinculantes. Quizás uno de los mejores términos para identificarlas es el de ser *magistraturas de la persuasión*, en las que, como consecuencia y por obvias razones, recae una fuerte carga ética de comportamiento.

1 Adquieren diferentes nombres según el país en el que operen; su nombre original y tradicional es ombudsman, pero entre otras denominaciones conocidas se encuentran las siguientes: defensorías del pueblo, comisiones de derechos humanos y procuradurías de derechos humanos.

2 Usamos el término población para abarcar más que el de ciudadanía, pues sus competencias no se ejercen únicamente para los connacionales de un Estado sino también para las personas extranjeras que se encuentren en el territorio. En el caso ecuatoriano inclusive trasciende fronteras, pues el mandato constitucional de la Defensoría del Pueblo de Ecuador le atribuye también la defensa de los ecuatorianos y ecuatorianas en el extranjero.

3 Los Principios de París fueron elaborados en el Primer Taller Internacional de Instituciones Nacionales para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos efectuado en 1991. Fueron adoptados por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas mediante Resolución 1992/54, posteriormente reafirmada por la Asamblea General en la Resolución 48/134 de 1993; Asamblea General, *Instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos*, A/RES/48/134 (20 de diciembre de 1993).

4 *Ibidem*, Anexo, §2.

Tal como ha sido recogido por la Defensoría del Pueblo de Colombia: “La Magistratura Moral, que es la característica distintiva de la institución del Ombudsman en el mundo entero, se puede definir como una *auctoritas* o autoridad del Defensor que busca movilizar la opinión en defensa de los derechos fundamentales, de la dignidad humana y de los intereses públicos, esto es, en defensa del interés general, del bien común y de los asuntos y espacios públicos”.⁵

En el transcurso del tiempo, las INDH han venido creciendo en número y en organización. Efectivamente, para llevar adelante sus funciones de la mejor manera encontramos que se han organizado tanto a nivel mundial, regional⁶ y subregional.⁷

A nivel universal, en 1993 se conformó el Comité Internacional de Coordinación de las INDH (CIC)⁸ que tiene su sede en Ginebra, Suiza. De conformidad con su Estatuto, es una asociación internacional de INDH que las impulsa y fortalece para que estén en conformidad con los Principios de París.⁹ Sus miembros están agrupados por regiones: África, América, Asia – Pacífico y Europa. Participar en el CIC para las INDH ha significado fomentar su cooperación bilateral y multilateral; intercambiar información sobre sus actividades y prácticas; facilitar su interacción con los diferentes órganos de Naciones Unidas, especialmente con el Consejo de Derechos Humanos. Todo ello redundará en su fortalecimiento para el cumplimiento de su mandato, que puede traducirse en intentar reducir la brecha entre los estándares de realización de los derechos humanos y su práctica en el terreno.

Para abordar mejor las diferentes temáticas sobre derechos humanos, el CIC se organiza en grupos de trabajo con representación regional y voluntaria de las INDH. En marzo de 2009 el CIC creó su primer grupo temático: el Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos, cuyo objetivo es apoyar a las INDH en el desarrollo de su capacidad para cumplir con el mandato establecido en los Principios de París en lo relativo a la materia.¹⁰

En 2010, en su 10ª Conferencia Internacional, el Comité Internacional de Coordinación emitió la Declaración de Edimburgo, que reconoce tres supuestos de impacto que no se deben pasar por alto: 1) las actividades empresariales pueden tener repercusiones sobre los derechos humanos; 2) las actividades empresariales nacionales y transnacionales pueden vulnerar los derechos humanos; y, 3) en algunas regiones, los modelos inadecuados de privatización han impedido la realización de los derechos humanos.¹¹

5 Defensoría del Pueblo de Colombia, *El ejercicio de la magistratura moral del Defensor del Pueblo*, Bogotá, D.C., Defensoría del Pueblo, 2015, p. 7.

6 En Latinoamérica las INDH se encuentran organizadas en la Federación Iberoamericana del Ombudsman, FIO.

7 En América del Sur las INDH han formado un Observatorio de Derechos Humanos; y, a nivel andino se han organizado en el Consejo Andino de Defensores del Pueblo.

8 El 22 de marzo de 2016, la Asamblea General del CIC decidió cambiar su denominación por el de Alianza Global de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (GANHRI, por sus siglas en inglés).

9 Comité Internacional de Coordinación de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, Reglamento, Art. 5.

10 *Ibidem*, Art. 7.

11 Comité Internacional de Coordinación de las Instituciones Nacionales para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, *Declaración de Edimburgo*, (10 de octubre de 2010).

El CIC también formó el Grupo de Trabajo sobre el Desarrollo Sostenible para fortalecer la construcción mutua de capacidades de las INDH para dar seguimiento a la Agenda 2030.¹² Busca promover y proteger los derechos humanos en el contexto del desarrollo sostenible, para lo cual: 1. Aprovechará la influencia de las INDH para promover la inclusión de los derechos humanos en la Agenda 2030; 2. Garantizará que las INDH se encuentren preparadas para promover, proteger y monitorizar la implementación de los derechos humanos en la Agenda; y, 3. Incrementará el reconocimiento del importante papel de las INDH en la promoción, protección y monitoreo de la implementación de los derechos humanos mediante el desarrollo de la Agenda.¹³

Los derechos humanos tienen un espacio fundamental en los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), compromiso de acción de los Estados en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Las INDH, con todos los actores pertinentes, no pueden estar ausentes de participar en su cumplimiento mediante tareas de implementación, seguimiento y evaluación.

El rol de las INDH respecto a los ODS es amplio, puesto que los derechos humanos son transversales a estos. Sin embargo, también pueden jugar un papel importante respecto a las empresas en su interrelación con los derechos humanos, puesto que los ODS incluyeron el compromiso de fomentar que el sector empresarial actúe en el marco de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos¹⁴ y las normas laborales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Convención sobre los Derechos del Niño y los principales acuerdos ambientales multilaterales.¹⁵ La Asamblea General del CIC tampoco olvidó realizar tal referencia, a la vez que convocaba a la participación mancomunada de Estados, empresas y sociedad civil.¹⁶

En definitiva, las INDH durante los últimos años han acompañado a los Estados y a las diferentes instancias conformadas alrededor de las empresas y los derechos humanos; además, se han pronunciado destacando la importancia de su protección, respeto y garantía en la actividad empresarial. Juegan de esta manera un papel importante en el desarrollo de la temática.

12 Nace en el seno de un evento específico con Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, organizado por la Comisión Europea y el CIC, que tuvo lugar en Bruselas durante los días 3 y 4 de junio de 2015, en el marco de las Jornadas Europeas para el Desarrollo 2015.

13 Comité Internacional de Coordinación de las Instituciones Nacionales para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, *Nota conceptual: Los Objetivos de Desarrollo Sostenible: ¿Qué papel tienen las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos?*, Mérida, 2015.

14 Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, *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 (21 de marzo de 2011).

15 Asamblea General, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, A/RES/70/1 (25 de septiembre de 2015).

16 Comité Internacional de Coordinación de las Instituciones Nacionales para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, *Declaración de Mérida* (10 de octubre de 2015).

III. Las INDH, empresas y derechos humanos

Quienes conocen de derechos humanos, saben que su nacimiento positivo –o, mejor dicho, su incorporación a la normativa interna de los Estados– y su desarrollo en el ámbito internacional (plasmado en el derecho internacional de los derechos humanos) estuvo siempre vinculado a la obligación de los Estados de respetarlos, protegerlos y garantizarlos.¹⁷ La lógica que guió esta postura la encontramos en que precisamente es el Estado, expresado por medio de sus diferentes órganos o instituciones, quien en el monopolio del poder tendría la capacidad para anular los derechos de las personas o por el contrario, usando toda su maquinaria, resguardarlas en su ejercicio, haciendo prevalecer de esta manera, por sobre todo, su dignidad.

Un repaso a la historia de los derechos humanos fácilmente nos ilustraría sobre lo mencionado. La conquista de los derechos civiles y políticos, un proceso desarrollado a lo largo de varios siglos, quizás tenga su mejor representación en la Revolución Francesa. La lucha por los derechos económicos y sociales, iniciada en la Europa del siglo XIX, caracterizada por los altos índices de pobreza, pobreza extrema e inequidad, alcanzó sus primeros logros en el siglo XX con su reivindicación en la Revolución Bolchevique, su incorporación en la Constitución de México de 1917 y la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en 1919.

Luego, en el marco de la Segunda Guerra Mundial, la mayor tragedia que ha azotado a la humanidad, pudimos ver efectivamente como el Estado, en su peor expresión, usó el poder para aniquilar los derechos de los seres humanos; pero fueron esos mismos Estados quienes, reaccionando a estos hechos, se comprometieron a realizar reformas en sus ámbitos internos y en sus relaciones internacionales.¹⁸ Dos efectos importantes se produjeron entonces. El primero fue considerar a las personas como sujetos de derecho internacional; y, el segundo, que los Estados cederían parte de su soberanía para que la comunidad internacional proteja sus derechos si estos fueran vulnerados dentro de sus fronteras.¹⁹

Lo que siguió fue la organización internacional: declaraciones de derechos humanos y el desarrollo de instrumentos internacionales de carácter vinculante; órganos internacionales tanto a nivel universal como regional; pronunciamientos, observaciones, resoluciones y un largo etcétera. Alrededor de estos, se han venido configurando las relaciones internacionales respecto de los derechos humanos con un único actor obligado: El Estado. Ya en el siglo XXI, frente a nuevas problemáticas, la pregunta es inevitable: ¿Realmente son los Estados los únicos con poder suficiente para vulnerar los derechos de los seres humanos? Y en consecuencia, ¿son ellos los únicos con responsabilidades sobre su respeto, protección y garantía?

17 Alston, Philip (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2005, pp. 37-38.

18 Cassese, Antonio, *International Law*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 376-377.

19 *Ibidem*.

Sin duda, el poder político, económico y jurídico de las empresas –que en muchos casos sobrepasa al del Estado²⁰ y se refleja en un sinnúmero de casos de vulneraciones a los derechos humanos, muchos de gravedad por su alto impacto colectivo, como los conflictos socioambientales–, es lo que justifica que se analice su responsabilidad directa en derechos humanos. Autores interesados en la materia enfocan la problemática y nos recuerdan que no es reciente su tratamiento:

Considerando la relevancia que el desarrollo empresarial tiene en cada país, su rápida expansión mundial y la manera en que ésta puede llegar a vulnerar los derechos humanos de las personas, es que en la década de 1990 la cuestión de las empresas y los derechos humanos, entró definitivamente en la agenda política mundial, buscando reforzar la conciencia social del impacto de las empresas sobre los derechos humanos, atrayendo así la atención de las Naciones Unidas.²¹

Las INDH se han preocupado también por la situación, la han abordado y han reflexionado sobre ella. Sus competencias de protección las ponen en una posición privilegiada pues, al gestionar denuncias individuales o colectivas sobre reales o potenciales violaciones de derechos humanos, saben de primera mano que hay actores privados que los vulneran y que el peso de la historia, sellada en el paradigma de la responsabilidad de los Estados, aún no ha permitido mostrar –al menos no con la suficiente fuerza– el alcance de sus responsabilidades. A este efecto, la Defensoría del Pueblo de Colombia señala:

Tras el establecimiento de la institución del Ombudsman con funciones de control sobre la administración pública se suscitó un debate sobre la pertinencia y necesidad de ampliar sus funciones para la vigilancia de los particulares. Pasado el tiempo esta idea se hizo efectiva y (...) en nuestros días la independencia y autonomía del Ombudsman también se manifiesta en el control que puede ejercer frente a los poderes privados cuando quiera que ellos, con sus opiniones, acciones u omisiones, invadan espacios públicos, nieguen derechos, afecten el orden público y la seguridad humana y, en general, atenten contra los intereses generales.²²

En realidades en las que la vivienda, la salud, y la educación, entre otros derechos, dependen de fuertes sectores privados y gran parte de la sociedad aún no los incorpora como tales al prevalecer la idea de que son prestaciones sociales accesibles en calidad y cantidad para personas con capacidad económica para pagar el servicio–, no es extraño que las INDH conozcan causas de vulneración de derechos ejecutados por empresas, y con base en ellas levanten un discurso del alcance de los derechos

20 Steiner, Henry J., Alston, Philip y Goodman, Ryan, *International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals*, 3ª ed., Nueva York, Oxford University Press, 2007, pp. 1385 – 1405.

21 Valenzuela Urbina, Sonia Lucía, *Necesidad de una política pública enfocada en las empresas y su interrelación con los derechos humanos*, Fundación Henry Dunant, Santiago, 2013, pp. 3, 4; véase también Cantú Rivera, Humberto Fernando, ‘Empresas y derechos humanos: ¿hacia una regulación jurídica internacional, o el mantenimiento del status quo?’, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIII, 2013, pp. 316-319.

22 Defensoría del Pueblo de Colombia, *El Ombudsman*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, s/a, p. 107.

humanos, exigiendo al Estado regular y controlar sus actividades, tanto de las públicas como de las privadas, para garantizar la vigencia de los derechos.

Se trata, pues, de comprender que hay un proceso de declive de la democracia que está propiciando que los intereses privados se impongan sobre los intereses públicos, o que las instituciones estatales se instrumentalicen en favor de los intereses económicos de las élites y, por otro lado, se trata de comprender que la acción del Defensor del Pueblo, tiene que llegar a controlar esos poderes privados con el objeto de impedir que sus intereses se impongan sobre los generales y los derechos de los ciudadanos, o de evitar que invadan los espacios públicos.²³

No cabe duda de la necesidad de involucramiento de las INDH en la protección de los derechos humanos cuando las vulneraciones son responsabilidad de las empresas, pero operativamente, ¿cómo deben proceder estas instituciones? Las INDH han venido desarrollando sus competencias con diversas estrategias que se han estandarizado en las diferentes instituciones. Así, encontramos ámbitos recurrentes de actuación mediante la tutela, la educación y la incidencia en la normativa y la política pública.

La tutela comprende la actuación directa de las INDH cuando conocen la real o posible vulneración individual o colectiva de derechos humanos. Actúan investigando el caso para pronunciarse al respecto o denunciándolo ante los jueces competentes, generalmente mediante acciones constitucionales ágiles e informales para la protección de los derechos. Por el lado de la promoción, las INDH trabajan en educación y capacitación en derechos humanos tanto a personas servidoras públicas como a la sociedad en general. Actualmente las redes sociales se han constituido también en herramientas eficaces para estos fines.

Un tercer ámbito de acción muy interesante, devenido casi de la reflexión de las limitantes de la tutela y la educación en derechos humanos, es la incidencia en normativa y la política pública. El principio es conocer e intervenir sobre las causas para prevenir sus efectos. Las leyes y otras normas, como las ordenanzas municipales en los espacios locales, muchas veces son desarrolladas sin un enfoque basado en derechos humanos, asunto en el que las INDH pueden aportar sus conocimientos para que estos sean transversales en la normativa. La misma reflexión puede realizarse sobre la política pública, principalmente respecto a su planificación.

Es por ello que la afirmación sobre que las INDH “tienen un papel importante que desempeñar ayudando a los Estados a determinar si las leyes pertinentes se ajustan a sus obligaciones de derechos humanos y se aplican eficazmente, y asesorando sobre derechos humanos también a empresas y otros agentes no estatales”²⁴ tiene asidero y establece la posibilidad de un acercamiento importante de las

23 *Ibidem*.

24 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y*

INDH con las empresas. “Las INDH deberían además mantener diálogos con las empresas sobre los Principios Rectores, y brindarles capacitación para que puedan abordar el impacto que sus actividades tienen en los derechos humanos”.²⁵

IV. Latinoamérica, responsabilidad social y derechos humanos

Puede afirmarse en términos generales que en Latinoamérica las empresas han desarrollado estrategias de responsabilidad social, pero poco lo han hecho respecto a los derechos humanos. De hecho, los derechos humanos para las empresas aparecen como una materia nueva, desconocida, aún por descubrirse y entenderse.

El concepto de Responsabilidad Social Empresarial se asocia al de desarrollo sostenible. No se trata únicamente de la actuación empresarial que intenta reducir las externalidades negativas de su actividad, sino que incluye un rango de responsabilidad mucho más amplio. La Comisión Europea define este concepto como ‘la responsabilidad de las empresas por sus impactos en la sociedad’ que se puede entender en los siguientes términos: **‘Integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones, sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y las relaciones con sus interlocutores’**. De este modo, comprende una dimensión interna, básicamente la relación con los colaboradores y el modelo de gestión; y una dimensión externa, la relación con las comunidades, otros grupos de interés, y los impactos ambientales de sus operaciones.²⁶ (las negrillas nos pertenecen).

Por su parte, la expresión derechos humanos “se ha reservado para ciertos derechos básicos, o mínimos, que son inherentes a toda persona, y que derivan únicamente de su condición de ser humano.”²⁷ La inherencia a todas las personas por su propia condición humana, les dan la característica de ser obligatorios, y por lo tanto inviolables y no negociables. Esto ocurre indistintamente a si están reconocidos en una norma nacional, pues por su carácter de universales no pueden ser vulnerados por ausencia de norma expresa. Como precisamente afirma la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos: “...la responsabilidad de respetar los derechos humanos no se limita al cumplimiento de las disposiciones de esas leyes nacionales. Esa responsabilidad subsiste más allá del

remediar”, Nueva York y Ginebra, HR/PUB/11/04, 2011, p. 6.

25 Muñoz Quick, Paloma, ‘Más allá de la hoja de ruta: el rol de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos en la implementación de los Principios Rectores de la ONU’, *Aportes DPLF - Revista de la Fundación para el Debido Proceso*, No. 20, 2015, p. 52.

26 Fundación EU-LAC y Red Fórum Empresa, *La responsabilidad social empresarial en el contexto de la relación entre la Unión Europea y la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños*, Hamburgo, 2015, p. 19.

27 Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, 3ª ed., San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, p. 4.

cumplimiento de la ley y constituye una norma de conducta mundial aplicable a todas las empresas en todas las situaciones.”²⁸

Lo mencionado es importante en cuanto pretende establecer una diferencia fundamental con la responsabilidad social corporativa. Si bien ambos se sustentan en principios y valores, y pretenden alcanzar un desarrollo progresivo de los seres humanos individuales y en comunidad, los derechos humanos no dependen de la voluntad de sus actores, pues su irrespeto y desprotección atenta contra lo más profundo de las personas: su dignidad.

Los caminos recorridos en Latinoamérica para garantizar el respeto a los derechos humanos por parte de las empresas aún son estrechos. Si bien es cierto que a nivel mundial ya son varias las organizaciones e instrumentos que hacen referencia al vínculo entre unas y otros y que, inclusive, condicionan su accionar en un determinado Estado, su incorporación real a nivel regional y nacional no ha llegado a los niveles deseables.

De manera breve, en los siguientes documentos se hace referencia a los derechos humanos y se busca que las actividades de las empresas se enmarquen en su respeto: el Pacto Mundial de las Naciones Unidas (*UN Global Compact*), del 2000; las Directrices para las empresas multinacionales de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), actualizadas en mayo de 2011; la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la OIT; los Estándares de desempeño de sostenibilidad social y ambiental de la Corporación Financiera Internacional (IFC, por sus siglas en inglés), actualizados en 2011; y la Guía de Responsabilidad Social, ISO 26000, de la Organización Internacional de Estandarización (ISO, por sus siglas en inglés), del 2010.

No obstante, en Latinoamérica no existen iniciativas regionales propias sobre empresas y derechos humanos. Incluso la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), en las dos cumbres realizadas con la Unión Europea, no ha planteado acciones de manera directa, quedando en deuda con sus habitantes.²⁹ Por ejemplo, en la Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno reunidos en la II Cumbre UE-CELAC, no se hace ninguna referencia a los Principios Rectores de las Naciones Unidas, comprometiéndose únicamente a aumentar empeños conjuntos relativos a la responsabilidad social de las empresas,³⁰ pero sin enfoque de derechos humanos.

28 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos: guía para la interpretación*, Nueva York y Ginebra, 2012, p. 17.

29 Ver Cantú Rivera, Humberto, ‘The UN Guiding Principles in the Americas: Moving Forward?’, *Measuring Business & Human Rights*, 24 de diciembre de 2015, disponible en <http://blogs.lse.ac.uk/businesshumanrights/2015/12/24/un-forum-series-the-un-guiding-principles-in-the-americas/> (visitado el 21 de mayo de 2016), donde el autor hace un llamado a la elaboración de una declaración y de un plan de acción regional sobre este asunto.

30 II Cumbre UE-CELAC, *Declaración de Bruselas “Modelar nuestro futuro común: trabajar por unas sociedades prósperas, cohesionadas y sostenibles para nuestros ciudadanos”*, 2015, §50.

En cuanto a los países, son destacables los pasos que han dado Colombia y Chile al haber formulado planes de acción nacional sobre empresas y derechos humanos de conformidad con los Principios Rectores. Es preciso mencionar, de todas maneras, que estos instrumentos, si bien importantes, no tienen por qué constituirse en el único modelo de política pública en la materia. Puede existir otro tipo de estrategias, pero sin duda, cualquiera de ellas tendrá más posibilidades de éxito en la medida en que se planifiquen de manera participativa.

Colombia creó el Grupo de Trabajo sobre Derechos Humanos y Empresas, en el marco del Subsistema de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA), del Sistema Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Por su parte, Chile tiene un Plan de Acción de Responsabilidad Social 2015 - 2018, que lo gestiona el Consejo de Responsabilidad Social para el Desarrollo Sostenible, instancia público-privada conformada por integrantes que representan a instituciones de gobierno, miembros de la sociedad civil y de los sectores académicos y empresarial, y que forma parte del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

Si bien no es un plan de acción específico sobre derechos humanos y empresas, como en el caso de Colombia, está contenido en el plan macro de responsabilidad social. En él se identifica una medida sobre la necesidad de incorporar y fortalecer los derechos humanos en la actividad empresarial, a través de un Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas, como parte de la estrategia de fomento de responsabilidad social–desarrollo. Entre los resultados esperados señala “... incorporar a la política de RS, el respeto a los derechos humanos de los trabajadores, comunidades, proveedores”.³¹ Puede verse claramente que Chile considera a la política pública sobre empresas y derechos humanos como parte de la responsabilidad social.

El tiempo nos permitirá evaluar el camino que han seguido estos planes de acción, y con seguridad también nos mostrará el camino que han decidido tomar otros países de la región para garantizar el respeto a los derechos humanos por parte de las empresas.

V. Las INDH latinoamericanas, empresas y derechos humanos³²

Las INDH latinoamericanas tienen un similar desarrollo respecto a la temática de empresas y derechos humanos. Su normativa, sus posiciones jurídico–políticas, los casos que conocen, y en general sus procesos en la materia muestran análogos avances. Si empezamos por sus competencias, constitucionales y legales, encontramos que no existe norma específica en ningún caso que haga

³¹ Gobierno de Chile, *Plan de Acción de Responsabilidad Social 2015 – 2018*, p. 19.

³² El presente acápite se fundamenta en las respuestas dadas por las INDH latinoamericanas a una encuesta sobre empresas y derechos humanos realizada por la Defensoría del Pueblo de Ecuador como parte del Grupo de Trabajo del CIC sobre Empresas y Derechos Humanos. A la fecha la encuesta aún no se encuentra procesada. Las INDH que respondieron, en orden alfabético, fueron: Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela.

referencia de manera amplia a atribuciones respecto a la protección de derechos humanos por actos de las empresas. Sin embargo, en algunos casos, las normas permiten avanzar hacia tal protección, especialmente cuando se establecen de manera abierta. Por ejemplo, en Colombia, la Constitución³³ impone al Defensor del Pueblo la obligación de velar por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos; en Chile, su mandato legal tiene por objeto la promoción y protección de los derechos humanos de las personas que habiten en el territorio, lo que habilita a la INDH para intervenir en los casos en que la vulneración de derechos humanos se deba a actividades empresariales, sin perjuicio de que ello se realice en función de la omisión del Estado.³⁴

Hay países como Bolivia, Honduras, Panamá o Perú, que establecen para sus INDH normativas para actuar frente a violaciones de derechos humanos cuando se trata de empresas que prestan servicios públicos. En realidad esta es una constante en las INDH, que se extiende en cuanto se acepta que la cantidad y calidad de los servicios públicos domiciliarios, como agua, electricidad, comunicaciones, etc., y otros que también prestan instituciones privadas (como salud o educación), son parte inherente a los derechos humanos.

Existen también INDH como las de Venezuela o Ecuador que tienen atribuidas competencias de resolución alternativa de conflictos, como la mediación o acuerdos extrajudiciales, especialmente en cuanto a situaciones que se presentan entre proveedores y consumidores de bienes privados.

Nicaragua intenta dar un paso adelante al reformar la Ley No. 212 (Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos) pretendiendo que la competencia institucional recaiga tanto sobre el Estado como sobre las empresas privadas. La propuesta específicamente establece: “La Procuraduría fiscalizará y supervisará la actividad de la administración pública del Estado y sus servidores y servidoras; así como los agentes económicos y entidades privadas que ofrezcan bienes y servicios públicos a la población. Esta labor la realizará de oficio o por iniciativa propia del o la denunciante.”

La INDH de Paraguay reporta de manera clara que el mecanismo de acción de la Defensoría del Pueblo es requerir a las autoridades estatales el cumplimiento de la Constitución Nacional, los convenios internacionales ratificados por ley y la legislación nacional para garantizar el irrestricto respeto por los derechos humanos, y así evitar abusos de parte de cualquier autoridad, entidad, empresa o particular sobre los derechos fundamentales. Es decir, sostiene sin variación el principio fundamental de la responsabilidad del Estado de respeto, protección y garantía de los derechos humanos.

En los casos de Guatemala y Ecuador existe normativa específica digna de mencionar. En Guatemala, la Constitución Política de la República establece que el Procurador de Derechos Humanos es un comisionado del Congreso de la República para la defensa de los derechos humanos que la

33 Constitución Nacional de Colombia, Art. 282.

34 En Chile, la INDH tiene competencia para actuar directamente contra empresas involucradas en casos de tráfico y trata de personas con fines de explotación laboral.

Constitución garantiza; la legislación³⁵ indica que el Procurador podrá iniciar proceso en contra de cualquier persona, funcionario, empleado público, instituciones públicas *o privadas*, que violenten o atenten contra los derechos humanos.

En Ecuador la Constitución establece que la Defensoría del Pueblo tiene como “funciones la protección y la tutela de los derechos de los habitantes del Ecuador y la defensa de los derechos de las ecuatorianas y ecuatorianos que estén fuera del país”,³⁶ indistintamente de la naturaleza del sujeto que amenace con cometer una vulneración a los derechos, o que la cometa propiamente. En este sentido, la Defensoría tiene la competencia para conocer los casos de vulneraciones de derechos humanos en los que esté involucrada una empresa.

Ciertamente los mandatos de las INDH deben constar en las normas supremas de sus países o al menos en sus legislaciones secundarias. Los principios que se desarrollan a nivel internacional son guías importantes en la labor de promoción y protección de derechos y, por supuesto, suelen modificar dinámicas de las INDH, como efectivamente ha ocurrido a partir de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos.³⁷ En la práctica, estos han impulsado la creación de planes de acción nacional, y como ya se dijo, en Latinoamérica Colombia y Chile han avanzado en este aspecto, siendo sus INDH actores importantes en este proceso. No obstante, una política pública al interior de los Estados no necesariamente pasa ni debe pasar por tener planes de acción, siendo estos únicamente una opción. Lo importante es que los Estados incorporen en su planificación objetivos, metas, acciones y responsables que permitan vincular la actividad empresarial con el respeto a los derechos humanos.

Si bien los Principios Rectores son importantes, también lo es la posibilidad de contar a nivel universal con un instrumento vinculante sobre empresas transnacionales y derechos humanos, considerando su enorme poder económico y también político que tienen a nivel mundial. En esta materia, existen INDH latinoamericanas que sostienen la importancia de este proyecto. Sin dejar de reconocer las dificultades que en la práctica representa la creación de un instrumento internacional que establezca obligaciones jurídicamente vinculantes, que se requiere de mucha voluntad política, y que su viabilidad probablemente sería a largo plazo, las INDH consideran posible y necesario un instrumento de esta naturaleza.

Los argumentos al respecto giran en torno al reto que representa confrontar los intereses económicos que muchas veces prevalecen por encima del respeto de los derechos humanos;³⁸ se ejercería más

35 Ley de la Comisión de los Derechos Humanos del Congreso de la República y del Procurador de los Derechos Humanos (decreto 54-86).

36 Constitución de la República del Ecuador, Art. 215.

37 Schuller, Christopher, Utlu, Deniz, *Cooperación transnacional en el sector de las empresas y los derechos humanos*, Berlín, Instituto Alemán de Derechos Humanos, 2015.

38 Defensoría del Pueblo de Colombia.

presión sobre las empresas;³⁹ se corregirían los desequilibrios de poder de las multinacionales y el Estado, o se establecería la primacía de los derechos humanos sobre los acuerdos comerciales.⁴⁰ Otros argumentos se enfocan en el fortalecimiento institucional. Así, indican que se dotaría a la institución de una herramienta fundamental, dado el lugar que los instrumentos internacionales ocupan en el ordenamiento legislativo,⁴¹ lo cual aportaría al limitado mandato que algunas INDH tienen.⁴²

La Defensoría del Pueblo de Bolivia añade que el rol de las instituciones nacionales de derechos humanos es precisamente promover la existencia de un instrumento vinculante a partir de investigaciones sobre la problemática. Por su parte, la Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala señala que la adopción de un instrumento jurídicamente vinculante permitiría desarrollar un marco mínimo de obligaciones que los Estados deberán tomar frente a las acciones u omisiones de las empresas y que puedan constituir restricciones o violaciones a los derechos humanos de la población.

Podemos ver en definitiva que las INDH tienen fundamentos teóricos suficientes para anhelar un instrumento jurídico vinculante sobre empresas y derechos humanos, y que sus competencias de promoción y protección de derechos se verían fortalecidas con la existencia de tal instrumento.

Por otro lado, las INDH latinoamericanas reportan una variedad de derechos que, a su entender, se vulneran frecuentemente por las empresas. Así, indican que los más recurridos por las personas son los relativos a la vida, integridad personal, intimidad, derechos ambientales, derecho al agua, alimentación, vivienda, comunicación, transporte, salud, trabajo, seguridad social, educación, seguridad jurídica, uso y disfrute de territorios indígenas, entre otros.

No es posible limitar los derechos que puedan ser vulnerados por las empresas aunque, sin duda, una gran preocupación de las INDH es el impacto de la actividad empresarial en el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, especialmente en relación a industrias extractivas y sus efectos sobre las comunidades rurales e indígenas, los desplazamientos forzados y la consulta previa. Lo interesante de esta información proporcionada por las INDH es que desde hace muchos años vienen conociendo vulneraciones reales o posibles a los derechos humanos por parte de las empresas y ejerciendo competencia real sobre la materia, pero sin etiquetar sus causas de tal manera; además, apenas empiezan a relacionar estos casos con el debate teórico sobre empresas y derechos humanos.

Las resoluciones, observaciones e informes que las INDH han emitido en la materia son innumerables y sumamente variadas. Sería muy largo intentar analizarlas. Vale igualmente la pena mencionar que hay causas sensibles que pueden afectar simultáneamente a un número considerable de personas, como

39 Defensoría del Pueblo de Paraguay.

40 Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de Nicaragua.

41 Defensoría del Pueblo de la Nación Argentina.

42 Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de Nicaragua.

suele ocurrir con el derecho a la vivienda,⁴³ los derechos colectivos a la consulta, uso y disfrute de territorios indígenas⁴⁴ o la comercialización de datos personales, en los que la Procuraduría de Derechos Humanos de Guatemala ha desarrollado una gran actividad.

A pesar de que la tutela de derechos por actividad del sector privado se ha constituido en una labor permanente de las INDH, el desarrollo teórico institucional es escaso. No tienen dentro de su institución una unidad o área específica dedicada al tratamiento del tema; la de Chile lo ha puesto a cargo del Área de Seguimiento Legislativo, y coordina con otras instancias como la jurídica o la de estudios. En general, todas encargan el abordaje de estos asuntos a las unidades de protección de derechos o de mediación, lo que nos da una pista de que su tratamiento aún se concibe desde la denuncia, dejando de lado o dando menor importancia a la educación o la incidencia.

En la misma línea, las INDH latinoamericanas, con excepción de Chile, no han incorporado la problemática de empresas y derechos humanos en sus planes estratégicos. La INDH chilena le da importancia a este asunto y planifica acciones como investigación y publicación, misiones de observación, capacitación y guía ciudadana. Esto, sin duda, será un ejemplo para las demás en la medida que vayan involucrando otras perspectivas en su gestión.

VI. Desafíos para las INDH latinoamericanas

Los retos para las INDH latinoamericanas son varios y de variada naturaleza. Para develarlos y asumirlos no se puede dejar de comparar a Latinoamérica con el resto del mundo.

Las empresas transnacionales han acumulado un real poder frente a los Estados, inclusive frente a los suyos, generalmente países desarrollados que no han mostrado voluntad para exigirles el cumplimiento de estándares sobre derechos humanos al operar en otras naciones, especialmente en las que no han alcanzado aún su nivel de desarrollo y, en consecuencia, no cuentan con normativa regulatoria y herramientas de control reales para garantizar el respeto de los derechos humanos.

En los países latinoamericanos no se han establecido marcos regulatorios fuertes y controles efectivos para la actividad empresarial, ni políticas públicas que les permitan responder de forma planificada y efectiva en el tiempo. Asimismo, miramos la ausencia de espacios de justicia y reparación frente a las vulneraciones de los derechos humanos por parte de las empresas.

43 Caso de la Empresa Promotora Parque La Vega en Venezuela, que terminó con una resolución del Tribunal Supremo de Justicia para reubicar a las familias afectadas. En Ecuador se calcula que el caso Promaga ha afectado a no menos de 1200 familias, en relación al cual la Defensoría del Pueblo ha receptado aproximadamente denuncias de 600 personas.

44 Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, Recomendación No. 56/2012 sobre el pueblo Wixarika en Wirikuta, y recientemente, en la misma materia, la Recomendación No. 23/2015.

Por ello, otras esferas han tomado importancia, como la responsabilidad social corporativa, pero esta no debe confundirse con la protección de los derechos humanos. Lamentablemente, aún no se ha desarrollado el suficiente conocimiento en esta materia.

Las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, asumiendo esta realidad, enfrentan al menos inicialmente los siguientes desafíos:

1. Levantar información sobre casos que signifiquen vulneración a los derechos humanos por parte de las empresas;
2. Estudiar y generar doctrina con fundamento en las realidades de la región y de otras regiones. Las resoluciones y opiniones de las organizaciones regionales de derechos humanos pueden ser muy útiles para tal efecto;
3. Planificar acciones concretas en el ámbito de las empresas y los derechos humanos; y
4. Crear unidades misionales en esta materia al interior de sus instituciones.

Las acciones que emprendan las INDH deben interrelacionarse en los ámbitos de tutela, por ejemplo, en casos de litigio estratégico. Con fundamento en ese trabajo, se deben igualmente iniciar procesos de educación y de incidencia en la normativa y la política pública. Los espacios de incidencia ya se han develado por la propia dinámica desarrollada a nivel mundial. Así, ya no es posible ignorar el efecto generado por los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, principalmente en la posibilidad de que, con base en ellos, los Estados incorporen planes nacionales de acción en la materia como parte de su política.

Sin embargo, las INDH no deben asumir que ese es el único camino viable para el desarrollo de política pública, pues el contexto podría presentarles otras alternativas de incidencia. Lo importante, sobre todo, es buscar que los Estados fortalezcan su normativa, control, espacios de justicia y reparación por las vulneraciones de derechos humanos derivadas de la actividad de las empresas.

Otro espacio de incidencia para las INDH es impulsar a sus Estados a reflexionar sobre la importancia de aprobar un tratado universal vinculante en este campo para la protección, respeto y garantía de los derechos humanos, dado que las fortalecería en sus competencias de promoción y protección.

La Agenda de Desarrollo Sostenible 2030 es otro desafío. Las INDH ya conocen que los derechos humanos y el desarrollo son inseparables para garantizar la dignidad de los seres humanos. El reto es factible en virtud de que la Agenda 2030, a diferencia de lo que fueron los Objetivos del Milenio, incorporan a sus objetivos y metas el enfoque de derechos humanos, por lo que pueden jugar un papel preponderante al momento de impulsarlos y evaluarlos. Adicionalmente, en la materia que nos atañe,

los ODS solo pueden alcanzarse con la participación coordinada de los Estados, las organizaciones de la sociedad civil y las empresas, en tanto estas últimas se comprometan con los derechos humanos.

Por supuesto, para poder afrontar estos desafíos, las INDH deben reforzar sus capacidades, y para ello es imprescindible que establezcan redes regionales para avanzar de manera coordinada.

El caso Chevron-Texaco y el aporte de los proyectos de convención sobre crímenes ecológicos y ecocidio a la responsabilidad penal de las empresas transnacionales*

*Kathia Martin-Chenut** y Camila Perruso****

SUMARIO: I. Introducción. II. Primer acto: el intento (fallido) de presentación del caso ante la justicia estadounidense. III. Segundo acto: las esperanzas creadas por una sentencia ecuatoriana. IV. Tercer acto: las estrategias de Chevron y de las víctimas en torno a la ejecución del fallo ecuatoriano. V. Cuarto acto: la urgencia de un nuevo derecho.

I. Introducción

El caso Chevron-Texaco es emblemático para mostrar las dificultades en la sujeción y determinación de la responsabilidad efectiva de las empresas transnacionales cuando estas cometen daños graves al medio ambiente. Constituye, sin duda, un caso de estudio que permite igualmente dilucidar las herramientas jurídicas existentes y sus límites.

En el origen de la saga judicial que constituye este caso se encuentra una importante degradación ambiental en el Ecuador, ocurrida entre los años 1960 y 1990 como resultado de las actividades de extracción de hidrocarburos por la empresa Texaco Petroleum (TexPet), filial de Texaco, misma que tuvo un importante impacto en la calidad del agua y de la tierra de la región, afectando las condiciones de vida y de salud de las comunidades locales.

La empresa Texaco obtuvo en los años sesenta una autorización del Estado ecuatoriano para la exploración y explotación del petróleo en Lago Agrio, una región rica en biodiversidad en el Amazonas.

* Una versión en francés de este texto apareció previamente en Neyret, Laurent (dir.), *Des écocrimmes à l'écocide: Le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruselas, Bruylant, 2015, pp. 67-86, bajo el título 'L'affaire Chevron-Texaco et l'apport des projets de conventions écocrimmes et écocide à la responsabilisation pénale des entreprises transnationales'. Este texto es el fruto de una reflexión realizada en el marco del proyecto de investigación sobre ecocidio entre 2013 y 2015, con el financiamiento del Grupo de Interés Público "Misión Derecho y Justicia" del Ministerio de Justicia de Francia. La obra colectiva resultante incluye los proyectos de convención sobre ecocidio y sobre crímenes ecológicos a los que se hace referencia en esta obra. Traducción y actualización de casos por Humberto Cantú Rivera.

** Investigadora en el CNRS (Francia) y en la Universidad de Estrasburgo.

*** Candidata a Doctora en Derecho por la Universidad París Descartes y la Universidad de Sao Paulo.

Tras el hallazgo de petróleo, en 1964 la junta militar del gobierno ecuatoriano otorgó una concesión a dicha empresa para realizar actividades de exploración petrolera. En esa época, el gobierno ecuatoriano buscaba que esa región amazónica fuera “conquistada y civilizada”. Sin embargo, esa política de integración nacional tuvo diversas consecuencias nefastas para los pueblos indígenas que habitaban la zona, ya que su asimilación y la “conquista” de sus tierras significaba un rechazo a su forma de vida tradicional. Lo anterior tuvo como consecuencia la introducción de enfermedades desconocidas para ellos, así como riesgos a su seguridad alimentaria y para su cultura, razón por la cual el resultado de esta política puede calificarse como un “etnocidio”.¹

La empresa norteamericana creó la filial TexPet, propiedad exclusiva de Texaco, para la explotación de petróleo en Ecuador. En 1974 se creó igualmente en el país una empresa pública de petróleo, así como un consorcio con igual propósito. Sin embargo, desde 1972 fue la filial TexPet quien gestionó el sitio, al tener la responsabilidad técnica de la explotación. No fue sino hasta 1993 que la empresa transnacional abandonó el Ecuador y la región contaminada. Además de retirar todos sus activos del país, transfirió el control del campo de explotación a Petroecuador, la empresa nacional. Chevron adquirió a Texaco en 2001, y asumió sus derechos y obligaciones.² En virtud de su actividad de explotación, la empresa produjo entre 1.3 y 1.7 mil millones de barriles de petróleo, ocasionando graves daños ambientales.³ En efecto, el petróleo que sale de los pozos contiene “agua de producción”, un desecho tóxico muy peligroso tanto para el medio ambiente como para la salud. A pesar de que ciertos procedimientos para evitar que dicho elemento sea rechazado por el medio ambiente ya eran conocidos en los Estados Unidos,⁴ TexPet no tomó las medidas de protección o de limpieza necesarias debido a su costo y al interés de maximizar sus ganancias. La empresa, con pleno conocimiento de los riesgos y peligro que la actividad conllevaba, decidió no cuidar el medio ambiente.⁵

1 Kimerling, Judith, ‘Indigenous peoples and the oil frontier in Amazonia: the case of Ecuador, Chevron Texaco, and Aguinda v. Texaco’, *NYU Journal of International Law & Politics*, Vol. 38(3), 2006, p. 653.

2 Linares Rodríguez, Enrique, ‘Homologación en terceros Estados de la sentencia dictada en Ecuador contra Chevron’, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, T. XII, 2012.

3 Greyl, Lucie y Uyi Ojo, Godwin (coords.), *Digging deep corporate liability. Environmental justice strategies in the world of oil*, EJOLT Report, 2013, pp. 51-54.

4 Cuando el petróleo sale de los pozos, contiene también agua y sustancias químicas. Una de las primeras tareas en la explotación petrolífera es separar los líquidos en contenedores que se ubican junto a los pozos. Para lograr dicha separación, la técnica menos costosa es la de reinyectar el agua de producción en los pozos de donde proviene, ya que su limpieza es muy cara. Sin embargo, en la región amazónica la gestión del agua se realizó sin ninguna precaución: los contenedores no tenían un recubrimiento aislante, por lo que se trasminaban hacia el suelo y, como resultado de la lluvia, el agua contaminada volvía a los ríos. Aún si en esa época las técnicas de limpieza de dicho elemento tóxico no estaban muy adelantadas en los países en vías de desarrollo, Texaco tenía pleno conocimiento de ellas, ya que los procedimientos para proteger el medio ambiente de la contaminación resultante de la exploración petrolífera se había generalizado en los Estados Unidos desde 1955. En 1972, como resultado de la Ley de Agua Limpia (*Clean Water Act*), se prohibió que el agua de producción fuera vertida en el medio ambiente, y en 1979 dicha práctica fue prohibida por una ley federal estadounidense. Desde luego, la empresa contribuyó a elaborar en ese país en 1976 las buenas prácticas para el tratamiento de agua de producción, ya que era titular de varias patentes relacionadas a las tecnologías para su reinyección, teniendo el conocimiento y la tecnología necesarias para evitar daños ambientales. Véase Corti-Varela, Justo, ‘Les instruments d’exécution des décisions de justice dans les affaires environnementales internationales sont-ils efficaces? Réflexions à partir de l’affaire Texaco-Chevron’, *L’Observateur des Nations Unies*, Vol. 34, 2013, pp. 193-195.

5 Kimerling, Judith, ‘Transnational operations, bi-national justice: indigenous amazonian peoples and Ecuador, ChevronTexaco and Aguinda v. Texaco’, *L’Observateur des Nations Unies*, Vol. 24, 2008, pp. 209-225.

La coyuntura política del Ecuador no dejó de cambiar,⁶ y las reivindicaciones populares finalmente fueron tomadas en cuenta por el gobierno en los años noventa, lo que contribuyó a la adopción de la ley de gestión ambiental para regular su protección.⁷ En la misma época, el Estado firmó un tratado bilateral con los Estados Unidos para la protección de la inversión extranjera.⁸ Debido igualmente a la inestabilidad política y a las decisiones tomadas por el Estado frente a una poderosa empresa transnacional, en diciembre de 1994 se firmó un convenio a puerta cerrada entre el gobierno ecuatoriano, TexPet y PetroEcuador, que preveía la remediación ambiental y la reparación de los daños sufridos por los pueblos indígenas; como contraprestación, TexPet no tendría responsabilidad jurídica alguna. Finalmente, la transacción se concluyó en 1998 con un instrumento denominado “Liberación final de demandas y entrega de equipos”, tras los trabajos desarrollados por la empresa petrolera.⁹ Dicho instrumento es controversial, ya que no fue realizado de conformidad con la Constitución de 1998 que preveía la participación de los pueblos indígenas en las decisiones relativas al medio ambiente. Incluso, la justicia ecuatoriana considera en la actualidad la posibilidad de imputar responsabilidad a los agentes que testificaron sobre la remediación, al no haber sido esta realizada.¹⁰

Los daños ambientales y a la salud de las víctimas que viven en la región han sido el objeto de numerosos procedimientos en diversas jurisdicciones, que buscan establecer una responsabilidad civil a Chevron-Texaco desde los años noventa. Los casos que implican a las víctimas de dicha explotación, al Ecuador y a la empresa Texaco (y posteriormente a Chevron) constituyen una verdadera “saga político-jurisdiccional”¹¹ relativa a la dificultad de fincar responsabilidad a la empresa transnacional como resultado de los daños causados al medio ambiente y a las comunidades aledañas, así como para obtener la reparación del daño. Esta saga, que aún no concluye, puede ser presentada en cuatro actos: el primero muestra cómo la justicia estadounidense desechó la acción colectiva presentada por las víctimas contra la empresa; el segundo se refiere a las esperanzas de las víctimas tras su victoria contra Chevron ante la justicia ecuatoriana; el tercero muestra que la ejecución de dicho fallo está lejos de llevarse a cabo, particularmente debido a las estrategias empleadas por Chevron para bloquearlo; y finalmente, el cuarto propone algunas ideas para una relectura del caso a la luz de los proyectos de convenciones sobre ecocidios y crímenes ambientales.

6 En 1963, una dictadura militar tomó el poder en Ecuador y se mantuvo hasta 1966. Un primer yacimiento de petróleo fue descubierto en la Amazonia en 1967, y de 1972 hasta 1979 detentó el poder otra dictadura. A partir de los años noventa, los pueblos indígenas tomaron un lugar preponderante en la política nacional, lo que llevó al Ecuador a adoptar una nueva Constitución en 2008 que reconoce los derechos y costumbres de los pueblos indígenas y que atribuye derechos a la naturaleza y a la madre Tierra (Pachamama).

7 Ley de Manejo Ambiental, Registro Oficial n° 245, 1999.

8 Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre la promoción y protección de las inversiones, firmado en Washington el 27 de agosto de 1993 y en vigor desde el 11 de mayo de 1997.

9 Los trabajos de remediación y limpieza de suelos y ríos no fueron realizados de forma adecuada por Texaco. El suelo contaminado fue recubierto con tierra limpia, y la principal medida tomada por la empresa de limpieza fue el cierre de los contenedores y de los pozos abandonados. Véase Kimerling, Judith, ‘Indigenous peoples...’, *op. cit.*, pp. 494-504.

10 Corti-Varela, Justo, *op. cit.*, p. 196.

11 Muir Watt, Horatia, ‘Chevron l’enchèvement des fors’, *Revue critique de droit international privé*, 2011, p. 340.

II. Primer acto: el intento (fallido) de presentación del caso ante la justicia estadounidense

El primer intento de las víctimas para responsabilizar a la empresa Texaco tuvo lugar en el marco del juicio *Aguinda v. Texaco*.¹² Esta acción colectiva (*class action*)¹³ representaba a más de treinta mil víctimas de daños ambientales y a la salud como resultado de la actividad de exploración y explotación petrolífera. Utilizando el *Alien Tort Statute* (ATS),¹⁴ la acción fue presentada ante la Corte de Nueva York en 1993, ciudad donde se encontraba la sede y el domicilio de la empresa responsable.

Texaco invocó la incompetencia de los tribunales estadounidenses para evitar ver comprometida su responsabilidad por las actividades de su filial. Desde luego, una deslocalización de la sentencia habría dificultado el embargo de sus activos presentes en los Estados Unidos. En retrospectiva, la empresa contaba con que el Ecuador no sería capaz de juzgar un caso de tal complejidad, y que el convenio firmado en ese país impediría que le fincaran responsabilidad.¹⁵ Por su parte, el Estado ecuatoriano apoyó el argumento de Chevron sobre su competencia para decidir el caso a través de un *amicus curiae*, donde invocaba su soberanía sobre los recursos naturales y estimaba a sus tribunales competentes como resultado de la vinculación de las demandas con los daños ocurridos.

El tribunal de primera instancia de Nueva York desestimó la referencia al ATS como fundamento jurídico para la acción¹⁶ y determinó aplicable la excepción de *forum non conveniens*.¹⁷ Tal decisión fue

12 *Aguinda v. Texaco Inc.*, 303 F.3d 470, 2d Cir. 2002; *Jota v. Texaco Inc.*, 157 F.3d 153, 2d Cir. 1998. Véase igualmente Kimerling, Judith, 'Indigenous peoples...', *op. cit.*, p. 413.

13 Las *class actions* o acciones colectivas son una herramienta muy útil para la defensa de los intereses colectivos, que tiene su origen en el derecho norteamericano. Este tipo de acción busca que un gran número de víctimas accedan a reparación cuando un daño tiene un impacto colectivo. El actor –o grupo de actores– intenta la acción en nombre de las víctimas, debiendo ser parte y haber sufrido los perjuicios. Voefray, François, *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, Paris, PUF, 2004, pp. 24-26.

14 *Alien Tort Statute* de 1789 – 28 U.S. Code § 1350 – Acción de un extranjero por agravio. En los Estados Unidos de América, un tipo de competencia civil universal fue atribuida por la ley a las jurisdicciones federales para conocer de toda acción civil intentada por un extranjero en relación a un delito cometido en violación del derecho internacional o de un tratado ratificado por dicho país. Sin embargo, la jurisprudencia limitó recientemente su alcance (ver infra). Sobre el ATS, véase Kessedjian, Catherine, 'Les actions civiles pour violation des droits de l'homme – Aspects de droit international privé', *Travaux du Comité français pour le droit international privé 2002-2004*, Paris, Pedone, 2005, p. 151; Muir Watt, Horatia, 'Privatisation du contentieux des droits de l'homme et vocation universelle du juge américain: réflexions à partir des actions en justice des victimes de l'Holocauste devant les tribunaux des États-Unis', *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 55(4), 2003, p. 883.

15 Corti-Varela, Justo, *op. cit.*, p. 198.

16 Dado que los daños ambientales no eran considerados como una violación al "derecho de las naciones" (el ATS no se aplica más que a violaciones flagrantes de principios universalmente reconocidos por el derecho internacional) y porque ningún aspecto del caso abordaba un interés público para los Estados Unidos. United States District Court, S.D. New York, *Aguinda v. Texaco Inc. y Jota v. Texaco Inc.*, nº 93 Civ. 7527, 94 Civ. 9266, 30 de mayo de 2001, §§17-18.

17 Como técnica de derecho internacional privado, el *forum non conveniens* consiste en que la jurisdicción de un Estado declina su competencia en virtud de la existencia de un foro extranjero más apropiado para decidir el litigio. Tratándose de un método de cláusulas de excepción, permite al juez reenviar el caso a un país con el que existe un vínculo más estrecho. El *forum non conveniens* también puede ser invocado como argumento procesal por el demandado con el fin de que la acción sea desechada, como sucedió en la estrategia de Chevron. Erichson, Howard M., 'The Chevron-Ecuador Dispute, Forum Non Conveniens, and the Problem of Ex Ante Inadequacy', *Stanford Journal of Complex Litigation*, Vol. 1(2), 2013, p. 418.

confirmada por la Corte de Apelaciones de Nueva York en 2002. Para la Corte, dado que las violaciones al medio ambiente y a la salud de las víctimas se produjeron en Ecuador, estas contaban con un plazo de un año para iniciar un nuevo proceso en dicho país sin que la empresa pudiera invocar la prescripción de la acción o rehusarse a someterse a la jurisdicción ecuatoriana.¹⁸ Sin embargo, esta instancia judicial no tomó en cuenta el hecho de que en caso de que hubiera una condena en Ecuador, Chevron-Texaco no disponía de activos en el territorio de dicho país, lo cual implicaría necesariamente volver ante la jurisdicción estadounidense para la ejecución de una eventual sentencia favorable a las víctimas.

En este primer acto, podemos identificar la existencia de herramientas jurídicas que favorecen la determinación de la responsabilidad de las empresas transnacionales por los daños causados en el territorio de un Estado extranjero, como es el caso del ATS o de las acciones colectivas, pero también de obstáculos para dicho fin, como en el caso de la regla del *forum non conveniens*. El uso de esta excepción puede neutralizar la utilización de ciertas herramientas para la imputación de responsabilidad. Por otra parte, debemos también notar que el ATS, una vieja ley de más de doscientos años que fue “exhumada” en los años ochenta para la protección de los derechos humanos –inicialmente frente a personas físicas, y posteriormente frente a personas morales–, vio su potencial limitado por la jurisprudencia de la Suprema Corte estadounidense, que limitó su alcance al exigir un vínculo directo entre el litigio y los Estados Unidos.¹⁹

Al haberse cerrado la vía judicial en los Estados Unidos, el segundo acto de la “saga” Chevron estaba por comenzar.

III. Segundo acto: las esperanzas creadas por una sentencia ecuatoriana

Tras la decisión de la Corte de Apelaciones de Nueva York, los demandantes se dirigieron hacia Ecuador, donde presentaron una demanda colectiva el 7 de mayo de 2003 contra Chevron en Nueva Loja (Lago Agrio) a través de una acción popular prevista por la ley de gestión ambiental²⁰ de 1999,

18 Kimerling, Judith, ‘Indigenous peoples... *op. cit.*, pp. 528-532.

19 Suprema Corte de los Estados Unidos, nº 10-1491 del 17 de abril de 2013, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, 133 S.Ct. 1659, 2013; Muir Watt, Horatia, ‘Les enjeux de l’affaire Kiobel: le chaînon manquant dans la mise en oeuvre de la responsabilité des entreprises multinationales en droit international public et privé’, *Travaux du Comité français pour le droit international privé 2010-2012*, París, Pedone, 2013, p. 233; Maziau, Nicolas, ‘L’arrêt Kiobel: reconnaissance différée d’une responsabilité des sociétés multinationales pour les crimes contre les droits de l’homme?’, *Recueil Dalloz*, Nº 19, 2013, p. 1316.

20 Ley de Manejo Ambiental, Registro Oficial nº 245, 1999 – art. 28: “Toda persona natural o jurídica tiene derecho a participar en la gestión ambiental, a través de los mecanismos que para tal efecto establezca el Reglamento, entre los cuales se incluirán consultas, audiencias públicas, iniciativas, propuestas o cualquier forma de asociación entre el sector público y el privado. Se concede acción popular para denunciar a quienes violen esta garantía, sin perjuicios de la responsabilidad civil y penal por acusaciones maliciosamente formuladas.” Es la primera vez que ese tipo de acción colectiva fue utilizada en Ecuador. Anteriormente, las cuestiones relativas al medio ambiente o a los derechos humanos eran una prerrogativa del Estado. Véase Gómez, Manuel A., ‘The Global Chase: Seeking the Recognition and Enforcement of the Lago Agrio Judgment Outside of Ecuador’, *Stanford Journal of Complex Litigation*, Vol. 1(2), 2013, p. 437.

en donde exigían que Chevron reparara los daños ocasionados en virtud del rol asumido por TexPet como operador del consorcio. Chevron utilizó diversos argumentos para defenderse ante la justicia ecuatoriana: el convenio de 1998 que la eximiría de responsabilidad, la independencia de TexPet con relación a la empresa matriz, la corresponsabilidad de la empresa nacional, así como cuestiones procesales como la no retroactividad de la ley ambiental adoptada en 1999.²¹

El proceso ante la Corte de Sucumbíos estuvo marcado por hechos dudosos –notablemente la experticia en materia de cálculo de daños y la imparcialidad del juez–, pero también por las estrategias de Chevron que buscaban desestabilizar y deslegitimar a la jurisdicción ecuatoriana, así como a los operadores jurídicos implicados en el desarrollo del litigio. Ciertas disfuncionalidades salpicaron el proceso: el perito que rindió su informe sobre la reparación de daños, particularmente en cuanto a la limpieza de los sitios, revisó sus cálculos e incrementó el valor de la reparación por más de diez mil millones de dólares. Finalmente, ese informe fue desechado por la Corte de Sucumbíos. Tratándose de la imparcialidad del juez, el Presidente de la Corte fue grabado mientras recibía dinero de representantes gubernamentales²² para emitir una decisión favorable a las víctimas. Tras dicho caso de corrupción, el juez renunció al caso y fue destituido de su cargo. La decisión de primera instancia fue hecha por otro grupo de magistrados.²³

No hay que olvidar que los riesgos de disfuncionalidad de la justicia ecuatoriana fueron señalados por las víctimas algunos años antes, cuando decidieron recurrir a la jurisdicción estadounidense, mientras que Chevron rechazó tal afirmación en su intento por deslocalizar la sentencia del caso. Tras un cambio de gobierno en Ecuador, Chevron se apropió de dichos argumentos para criticar la sentencia ecuatoriana.²⁴

En la sentencia del 14 de febrero de 2011,²⁵ la Corte concluyó que en el momento en que el consorcio ejerció su actividad, toda forma de contaminación ambiental era una violación a la ley. A pesar de la ausencia en esa época de un marco jurídico que estableciera reglas para la explotación petrolífera, la Corte juzgó que su ausencia no podía entenderse como una autorización implícita para desarrollar acciones que pusieran en peligro la salud de las personas. Por otra parte, los métodos de explotación del petróleo ya se encontraban regulados en los Estados Unidos, y la empresa estaba consciente de los riesgos y efectos dañinos que su actividad podría ocasionar para el medio ambiente y la salud de

21 Corti-Varela, Justo, *op. cit.*, p. 200.

22 El Presidente en ejercicio desde el 2006, Rafael Correa, representa una nueva política no liberal en el Ecuador, orientada hacia los derechos de los pueblos indígenas, la protección del medio ambiente y la no explotación ilimitada de los recursos naturales (la nueva Constitución fue promulgada en 2008). Su gobierno se comprometió con esta cuestión y ha prometido apoyar a las víctimas para que reciban reparación por los daños sufridos.

23 Gómez, Manuel A., *op. cit.*, pp. 438-441. Esas eventuales irregularidades procesales constituyen el principal fundamento de Chevron para bloquear la ejecución del fallo ecuatoriano en el extranjero. Sin embargo, es importante notar que ciertas medidas tendientes a la regularización de dichos actos fueron tomadas por el Poder Judicial del país.

24 Corti-Varela, Justo, *op. cit.*, p. 202.

25 Corte Provincial de Sucumbíos, 14 de febrero de 2011 (sentencia *Lago Agrio*, 1ª instancia), nº 2003-0002.

los habitantes. En cuanto al convenio de 1998, el tribunal ecuatoriano determinó que el acuerdo no trataba sobre las víctimas, y que estas tenían el derecho a un recurso efectivo. De tal forma, la corte ecuatoriana de Sucumbíos condenó a la empresa Chevron al pago de una suma de casi nueve mil millones de dólares, a fin de que limpiara los sitios contaminados, tomara en cuenta la duración de la reparación y atenuara los daños irreversibles. La Corte, al estimar que la empresa actuó de mala fe, la condenó al pago de otro monto igual a título de reparación moral, el cual podría ser reemplazado por una disculpa pública –misma que nunca tuvo lugar.

Tal decisión fue confirmada tanto por la Corte de apelación²⁶ como por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador,²⁷ aunque esta última eliminó de la condena la indemnización relativa a los daños morales impuesta como resultado del rechazo de la empresa a presentar disculpas. La condena de una multinacional al pago de una indemnización tan elevada por el tribunal de un país en vías de desarrollo fue una primicia histórica. Tras veinte años de batalla jurídica, las víctimas obtuvieron finalmente la decisión judicial que reclamaban. Sin embargo, la sentencia no podía ser ejecutada en el Ecuador ante la ausencia de activos embargables de la empresa en el país, por lo que esta dependía de la voluntad de otros Estados de llevar a cabo la ejecución del fallo.

IV. Tercer acto: las estrategias de Chevron y de las víctimas en torno a la ejecución del fallo ecuatoriano

El fallo ecuatoriano constituye un título ejecutivo, por lo que la empresa debe proceder al pago de la reparación. Sin embargo, Chevron decidió resistir,²⁸ lanzándose dentro del mismo proceso a desarrollar una serie de estrategias tendientes a desacreditar a la justicia ecuatoriana, en contradicción con los argumentos utilizados en los Estados Unidos cuando invocaba la excepción de *forum non conveniens* en el caso *Aguinda*. La empresa estadounidense, a manera de contraataque a las decisiones favorables a las víctimas, comenzó varios procedimientos con la finalidad de evitar el reconocimiento y ejecución del fallo, argumentando que el proceso judicial fue fraudulento. Entre ellos, deben subrayarse dos: el proceso en los Estados Unidos invocando la Ley sobre organizaciones influidas por la extorsión y la corrupción (*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*, o RICO), y el arbitraje internacional.

Basándose en la ley RICO, que busca combatir el crimen organizado y particularmente a la mafia, en febrero de 2011 Chevron presentó una acción penal en los Estados Unidos contra el abogado estadounidense de las víctimas, por asociación delictuosa y actos de corrupción. En el marco del litigio, tras el otorgamiento de medidas precautorias en beneficio de la empresa, el juez a cargo del asunto dio la razón a Chevron el 4 de marzo de 2014 tras considerar que el proceso ecuatoriano fue

26 Corte Provincial de Sucumbíos, 3 de febrero de 2012 (sentencia *Lago Agrío*, apelación), nº 2011-0106.

27 Corte Nacional de Justicia, 13 de noviembre de 2013 (sentencia *Lago Agrío*, casación), nº 174-2012.

28 Erichson, Howard M., *op. cit.*, p. 417.

fraudulento, señalando que la sentencia no debía ser ejecutada en ninguna parte del mundo.²⁹ A pesar de que el representante de las víctimas ecuatorianas recurrió la decisión de la Corte de Distrito Sur de Nueva York, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito que conoció el caso recientemente decidió confirmar la sentencia de primera instancia, al considerar que los promoventes no impugnaron la suficiencia de las pruebas que apoyaron la determinación de la decisión de la Corte de Distrito, que los tribunales ecuatorianos de segunda instancia no resolvieron las acusaciones de corrupción —señalando incluso la posibilidad de perseguirlas en otras jurisdicciones—, y que las restricciones impuestas al representante de las víctimas no contravienen la sentencia ecuatoriana, ni son contrarias a la cortesía internacional y otros principios de derecho internacional. A pesar de ello, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito determinó que la prohibición de ejecutar el fallo se limita únicamente al territorio de los Estados Unidos de América, teniendo las víctimas y sus representantes la posibilidad de intentar ejecutarlo en cualquier otra parte del mundo.³⁰

Además de esa instancia en el territorio estadounidense, también se recurrió a un arbitraje internacional promovido con base en el acuerdo bilateral sobre inversiones de 1993 entre los Estados Unidos y el Ecuador. En ese sentido, Chevron comenzó un procedimiento de arbitraje internacional contra el Ecuador el 29 de septiembre de 2009 ante la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), con el apoyo administrativo de la Corte Permanente de Arbitraje.³¹ La empresa alegaba no ser responsable por los daños ambientales y que el Estado ecuatoriano no había respetado el convenio de exoneración de responsabilidad firmado en 1998, lo cual era violatorio del tratado entre los dos Estados.³²

Debe señalarse la disparidad en el acceso a instancias internacionales en este caso, ya que la empresa podía recurrir directamente a un tribunal internacional de arbitraje, mientras que las víctimas de violaciones de sus derechos ambientales no tenían más que las instancias internas para proteger sus intereses. Si estas no hubieran emitido una resolución favorable, las víctimas podrían haber presentado una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.³³ Sin embargo, incluso en

²⁹ United States District Court, Southern district of New York, *Chevron v. Donziger et al.*, Case 1:11-cv-00691-LAK-JCF, 4 de marzo de 2014. Para más información: stevendonziger.com; www.chevron.com/ecuador.

³⁰ United States Court of Appeal for the Second Circuit, *Chevron Corp. v. Donziger*, Case N° 14-0826(L), 8 de agosto de 2016.

³¹ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador* (case CPA N° 2009-23).

³² Cf. Gómez, Manuel A., *op. cit.*, pp. 446-447; Linares Rodríguez, Enrique, *op. cit.*, pp. 589-592; Muir Watt, Horatia, “Chevron...”, *op. cit.* En agosto de 2011, el grupo especial de arbitraje (*Investment Treaty Arbitration*) emitió un fallo a favor de Chevron y Texaco, y ordenó al Ecuador pagar 96 millones de dólares más intereses. Ver *Chevron Corp. v. Republic of Ecuador*, UNCITRAL Arb., PCA Case n° 2009-23, Laudo del 31 de agosto de 2011. Tras apelación del Estado ecuatoriano ante la Corte Suprema de La Haya, esta confirmó el 26 de septiembre de 2014 la sentencia condenatoria de la Corte Departamental de La Haya. Finalmente, en julio de 2016 el Estado ecuatoriano pagó 112 millones de dólares a la empresa.

³³ Como ya había sido propuesto por el abogado de las víctimas, frente a las medidas precautorias ordenadas por el tribunal de arbitraje. Ver Comunicación de los abogados a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 2 de marzo de 2012. Cf. <http://www.veoverde.com/2012/02/indigenas-de-ecuador-denuncian-arbitraje-privado-en-caso-de-contaminación-petrolera>.

ese caso, la Comisión solo podría haber condenado al Estado, por no haber “protegido” los derechos humanos de las víctimas frente a las actividades y daños empresariales.

Las acciones para impedir y bloquear la ejecución de la sentencia ecuatoriana fueron iniciadas por la empresa Chevron desde que se dio cuenta que el contexto político en el Ecuador no le era favorable, sino que, por el contrario, favorecía a las víctimas. Su estrategia consistía en hacer constatar por otras instancias que la sentencia ecuatoriana no era legítima y no cumplía con las condiciones necesarias para ser ejecutada en el extranjero. Por ello, al no tener los medios para ejecutar la sentencia de la corte ecuatoriana en su propio país, las víctimas se dirigieron a otros países para iniciar procedimientos de ejecución, esoecíficamente a Argentina, Brasil y Canadá. A través del procedimiento del *exequátur*,³⁴ los demandantes ecuatorianos solicitaron a esos tres países (hasta el momento) el embargo de los activos de la empresa, con la finalidad de obtener la indemnización determinada por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador. En el caso de Argentina, la justicia de ese país determinó el 4 de junio de 2013 que los activos de Chevron no podían ser embargados dada la inexistencia de vínculos entre la empresa existente en territorio argentino y la empresa matriz, descartando un levantamiento del velo corporativo.³⁵ Sin embargo, a pesar de que la Corte Suprema se basó oficialmente en ese argumento, la verdadera razón parece encontrarse en el contrato de exploración y explotación energética que dicho país firma con la empresa.³⁶ En Canadá, la Corte Superior de Justicia tampoco aceptó inicialmente el levantamiento del velo corporativo, considerando que las víctimas no pudieron demostrar la relación entre los activos de la filial canadiense y los de la empresa matriz, dado que la primera era independiente de la segunda desde mucho tiempo atrás. La decisión fue apelada, y las víctimas pudieron presentar elementos para probar que dicha filial estaba bajo el control de la empresa matriz.³⁷ El 4 de septiembre de 2015, la Corte Suprema de Canadá decidió en una votación unánime que los demandantes ecuatorianos tienen la posibilidad de intentar ejecutar allí la sentencia extranjera contra Chevron, reconociendo su competencia debido a la presencia comercial de la empresa en el país.³⁸ Por otra parte, la demanda de las víctimas ante la justicia brasileña se encuentra pendiente ante el Tribunal Superior de Justicia.³⁹

34 El *exequátur* es un procedimiento que busca dar fuerza ejecutoria en un Estado a una sentencia rendida en el extranjero. En efecto, una sentencia emitida en un Estado no necesariamente es reconocida en otro. Aún si una sentencia es reconocida en un Estado distinto a donde fue pronunciada, dicho reconocimiento no implica que tenga fuerza ejecutoria. En derecho internacional privado, el *exequátur* se otorga a las decisiones rendidas de forma regular por una autoridad judicial extranjera: el juez competente debe verificar si la sentencia proviene de una jurisdicción competente y si fue emitida de conformidad y en respeto a las reglas procesales. Desde luego, la sentencia extranjera debe ser conforme al orden público nacional. Véase Gómez, Manuel A., *op. cit.*, pp. 449-464.

35 *Aguinda v. Chevron Corp.*, Caso 91,814 (Nat. Ct. Spec. Civ. And Comm., 23 de enero de 2013).

36 Linares Rodríguez, Enrique, *op. cit.*, p. 605; Corti-Varela, Justo, *op. cit.*, p. 205. Corte Suprema de Argentina, n° 91.814 del 4 de junio de 2013, *Aguinda v. Chevron Corp.*

37 Corti-Varela, Justo, *op. cit.*, p. 206.

38 Supreme Court of Canada, *Chevron Corporation, et al. v. Daniel Carlos Lusitande Yaiguaje, et al.*, 2015 SCC 42, 4 de septiembre de 2015, §1: “En un mundo en donde las empresas, los bienes y las personas cruzan fronteras con facilidad, las cortes son continuamente llamadas a reconocer y ejecutar sentencias de otras jurisdicciones. A veces, el reconocimiento y la ejecución exitosas en otro foro es la única manera en que un acreedor en virtud de una sentencia extranjera puede obtener su compensación.” (La traducción es nuestra).

39 Solicitud de reconocimiento de sentencia extranjera, *Aguinda v. Chevron Corp.*, T.S.J., Pet. 8542, Relator: Min. Andrighi, Trib. Sup. Justicia, 27 de junio de 2012.

Los obstáculos a los que se confronta un proceso judicial transnacional en busca de una justicia efectiva son diversos. Este caso demuestra la existencia de varios niveles y escalas de dificultad en lo que respecta a las vías para responsabilizar a la empresa. Esta cuestión es aún más compleja al tratarse de un contexto latinoamericano en que los países en vías de desarrollo pueden privilegiar el crecimiento a toda costa, sin preocuparse por las consecuencias ambientales o por su impacto en los grupos más vulnerables. Frente a tal encrucijada, como lo demuestra el caso Chevron, ¿qué perspectivas existen?

Se constata, precisamente, la existencia de lagunas en el derecho internacional en la materia. Aún si las empresas son, junto a los Estados, actores fundamentales en la gobernanza mundial –y donde algunas de ellas son incluso más poderosas y tienen una posición predominante en la economía de algunos países–, no han sido consideradas tradicionalmente como sujetos del derecho internacional.⁴⁰ No son destinatarias directas de los tratados internacionales en materia de derechos humanos o de la protección del medio ambiente.⁴¹ La asimetría entre los Estados y las empresas es flagrante, por ejemplo, ante el sistema regional europeo de protección de los derechos humanos. Una empresa puede presentar una instancia ante la Corte Europea de Derechos Humanos si considera que sus derechos fueron violados, pero no puede ser condenada por la Corte si ella es responsable de una violación. Ocurre lo mismo en el litigio arbitral, único ámbito en que las empresas comparecen ante una jurisdicción. Como hemos visto con el caso Chevron y la utilización del arbitraje internacional, ese tipo de litigios puede instrumentalizarse para cuestionar decisiones judiciales nacionales que buscan fincar responsabilidad a las empresas multinacionales por daños al medio ambiente.

Ciertamente, en la esfera internacional la responsabilidad de las empresas puede verse comprometida en materia de crímenes internacionales, mediante la responsabilidad penal individual de sus directivos. Tal fue el caso en Núremberg,⁴² o más recientemente ante el Tribunal Penal Internacional para Ruanda.⁴³ No obstante, la responsabilidad penal internacional de las personas morales no puede ser invocada. Aún si algunos países, como Francia,⁴⁴ intentaron integrar dicha figura en las negociaciones del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional (CPI), la misma no fue aceptada, por lo que la CPI no tiene actualmente competencia más que en relación con personas físicas.

40 Sobre la evolución del derecho internacional en la materia, véase Alston, Philip (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005; Clapham, Andrew, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

41 Ciertamente, algunos instrumentos internacionales buscan establecer la responsabilidad de las empresas en algunos ámbitos específicos, como en relación a los derechos del niño, la discriminación contra las mujeres, los derechos de las personas con discapacidad, el derecho a la alimentación, a la salud o al agua. Sin embargo, el responsable primario de respetar dichas convenciones continúa siendo el Estado.

42 Sorbe esta cuestión, véase Clapham, Andrew, ‘The Question of Jurisdiction under International Criminal Law over Legal Persons: Lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court’ in Kamminga, Menno T. y Zia-Zarifi, Saman (eds.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, La Haya, Kluwer, 2000, pp. 160-171.

43 TPIR, *Nahimana et consortis v. The Prosecutor*, Appeals Chamber, caso n° ICTR-99-52-A, 28 de noviembre de 2007.

44 Dobelle, Jean-François, ‘La Convention de Rome portant statut de la Cour pénale internationale’, *Annuaire français de droit international*, Vol. 44, 1998, pp. 356 et ss.

Es en este ámbito de competencia de la CPI frente a personas físicas que un nuevo episodio de la “saga” Chevron-Texaco parece haber comenzado el 24 de octubre de 2014. Los abogados de las víctimas presentaron una comunicación al Fiscal con el objetivo de que el Presidente y Vicepresidente de Chevron sean perseguidos ante esa instancia penal internacional por crímenes de lesa humanidad. Según los abogados de las víctimas, las decisiones tomadas por los directivos de la empresa continúan resultando en la muerte de los habitantes de la región de Lago Agrio. De tal manera, al intentar demostrar que los dirigentes de la empresa actúan de forma deliberada para que la sentencia ecuatoriana no sea ejecutada,⁴⁵ los abogados pretenden llevar dicho caso ante la CPI, calificando tales acciones como un “ataque directo y sistemático contra la población civil”, de conformidad con el artículo 7 del Estatuto de Roma. Así, la contaminación ocasionada por el petróleo, los daños al medio ambiente y particularmente a la salud de las víctimas como resultado de las actividades de la empresa, el rechazo de los directivos sobre la ejecución del fallo ecuatoriano que otorgaría reparación a las víctimas y todas las estrategias utilizadas por la empresa para evadirlo, podrían –según los abogados de las víctimas– ser calificadas como crímenes de lesa humanidad, particularmente debido a que la presión ejercida contra la población civil constituye un ataque sistemático cuyas consecuencias son masivas.

Tal vez se trate de un nuevo “acto de la saga Chevron” que comienza con esta comunicación ante la CPI, cuyo objetivo es la responsabilidad penal de las personas físicas en el derecho internacional. Independientemente de su resultado, debe señalarse la importancia de la acción creativa tanto de los “operadores jurídicos” como de la sociedad civil organizada en el desarrollo normativo, particularmente a través de la afirmación de valores comunes de la humanidad. Sin su activismo creativo que permite utilizar de forma original las herramientas jurídicas a su disposición, a pesar de sus límites y ante los diversos obstáculos políticos que a veces las neutralizan, casos como el de *Chevron-Texaco* o el del *Probo Koala*⁴⁶ no habrían sucedido.

Debido a las debilidades del derecho internacional, es precisamente en la esfera nacional –incluso transnacional– que la responsabilidad jurídica de las empresas puede verse comprometida; sin embargo, el derecho internacional también tiene un rol importante que jugar en los esfuerzos por reforzar la responsabilidad de las empresas en el ámbito interno. Los jueces nacionales pueden emanciparse del derecho interno al utilizar el derecho internacional.⁴⁷ Sin embargo, debido a las dificultades de tal emancipación (y particularmente en materia penal), llenar dicha laguna jurídica se convierte en una

45 *Comunicación al Fiscal de la CPI sobre la situación en el Ecuador*, 23 de octubre de 2014, pp. 20-36, disponible en <http://chevrontoxico.com/assets/docs/2014-icc-complaint.pdf>.

46 Queinnec, Yan, ‘L’affaire Probo Koala, symbole d’une responsabilité sociétale des entreprises en quête de sécurité juridique’ in Giudicelli-Delage, Geneviève y Manacorda, Stefano (dirs.), *La responsabilité pénale des personnes morales: perspectives européennes et internationales*, París, Société de législation comparée, 2013.

47 Canivet, Guy, ‘Cours suprêmes nationales et Convention européenne des droits de l’homme. Nouveau rôle ou bouleversement de l’ordre juridique interne?’, disponible en http://www.courdecassation.fr/IMG/File/cours_supremes_canivet.pdf; Garapon, Antoine, ‘Les limites à l’interprétation évolutive de la Convention’ in Cour européenne des droits de l’homme, *Dialogue entre juges 2011: quelles sont les limites à l’interprétation évolutive de la Convention?*, p. 35, disponible en www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/304F3DDD-EFC6-4A12-A3DD-E6F33B3D6FD6/0/DIALOGUE_2011_FR.pdf

tarea necesaria, donde ciertos proyectos internacionales (como las propuestas de convenciones sobre *crímenes ambientales y ecocidios*) podrían contribuir a evitar en el futuro que otras sagas judiciales comparables al caso *Chevron* tengan lugar.

V. Cuarto acto: la urgencia de un nuevo derecho

Fincar responsabilidad jurídica a la empresa transnacional y la reparación de los daños ocasionados en el Ecuador no son tareas sencillas. A pesar de que distintas perspectivas para determinar una responsabilidad civil fueron intentadas en el caso de *Chevron* en Ecuador, determinar su responsabilidad penal no fue posible,⁴⁸ a pesar de que sus actos y la extensión de los daños deberían llevar a ello. Por tanto, conviene aquí presentar algunas reflexiones alrededor de este “trágico crimen”⁴⁹ cometido por *Chevron-Texaco*, dada la amplitud de sus nefastas consecuencias ambientales y para la vida humana.

Si la protección de “la seguridad del planeta y del equilibrio ecológico” son “valores esenciales”⁵⁰ en el orden jurídico internacional, una protección efectiva del medio ambiente parece ser necesaria – incluso por vía penal. A pesar de que desde hace algunos años la normatividad internacional se orienta a establecer objetivos para la protección del ambiente, también deben establecerse medidas para reprimir los daños. De tal manera, para que el derecho ambiental internacional pueda desarrollarse de manera que sus reglas sean aplicadas de forma efectiva, los actos lesivos contra el medio ambiente deben ser sancionados. La protección penal del medio ambiente propuesta por el derecho internacional es muy limitada y específica,⁵¹ permitiendo a los Estados un margen de apreciación para crear disposiciones internas que permitan sancionar las infracciones previstas en algunos tratados.⁵² Debe señalarse igualmente que a pesar de que en la Unión Europea existe una regulación que busca armonizar la represión penal de actos dañinos al medio ambiente⁵³ –a pesar de las numerosas críticas en cuanto a su

48 La responsabilidad de las empresas no puede ser determinada por el derecho internacional; solamente las jurisdicciones nacionales pueden determinarla. Incluso el Ecuador reconoció apenas recientemente en su ordenamiento jurídico interno la responsabilidad penal de las personas morales en caso de crímenes contra el medio ambiente.

49 En alusión a la distinción tomada de Carbonier por Geneviève Giudicelli-Delage entre lo banal y lo trágico, lo banal proviniendo de un derecho que podría calificarse como represivo, y lo trágico de “lo extremo, lo último, del derecho penal puro”. Para Giudicelli-Delage, mientras que en “lo banal, la prevención y la reparación pueden incluso eclipsar la punición [...], en lo trágico, la punición es un imperativo categórico. Lo banal y lo trágico buscan examinar, cada uno a su manera, el lugar del derecho penal: un lugar a re(calibrar) para el primero, y a inventar para el segundo.” Giudicelli-Delage, Geneviève, ‘Propos conclusifs’, *Revue juridique de l’environnement*, Vol. 39(HS1), 2014, p. 245.

50 Delmas-Marty, Mireille, ‘Perspectives ouvertes par le droit de l’environnement’, *Revue juridique de l’environnement*, Vol. 39(HS1), 2014, p. 7.

51 Convención de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación; Convención de Bamako sobre la prohibición de la importación a África de desechos peligrosos; Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres; Convención de Montego Bay sobre el derecho del mar.

52 De Sadeleer, Nicolas, ‘Responsabilité pénale environnementale: examen des relations douteuses entre le droit international, le droit de l’Union européenne et le droit pénal des États membres’ in Bernard, Diane et al (dirs.), *Fondements et objectifs des incriminations en droit européen et international*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 307-309.

53 Directiva 2008/99/CE del 19 de noviembre de 2008 relativa a la protección del medio ambiente por el derecho penal, y directiva 2005/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 7 de septiembre de 2005, relativa a la contaminación

efectividad—, la situación es distinta fuera de dicho continente. Por ello, es necesario proteger de forma efectiva al medio ambiente en la esfera internacional —incluyendo por la vía penal—, particularmente en los países del “Sur”, como lo demuestra el caso *Chevron*.

La principal cuestión identificada en este caso es la “impunidad absoluta”⁵⁴ de la empresa y de sus responsables en relación a los daños ocasionados en el Ecuador. A pesar de que la empresa fue condenada por una jurisdicción civil interna (independientemente de la imposibilidad de ejecutar la sentencia hasta la fecha), los eventuales efectos disuasivos de una condena penal no verán la luz del día. La inexistencia de un mecanismo represivo capaz de responsabilizar penalmente a la empresa genera un “verdadero sentimiento de impunidad”,⁵⁵ como se constata con todas las estrategias empleadas para bloquear la ejecución de la sentencia ecuatoriana y con las acciones que buscan deslegitimar la demanda de reparación de las víctimas.

En esa perspectiva, una contribución inicial de los proyectos de convenciones sobre crímenes ecológicos y ecocidio sería la posibilidad de establecer una responsabilidad penal de la persona moral, ya que dicha institución no es común a todos los ordenamientos jurídicos nacionales. Una armonización de tales órdenes jurídicos en relación a la responsabilidad de las personas morales por crímenes contra el medio ambiente es necesaria y urgente. De tal manera, esos proyectos de convenciones prevén que los Estados parte adopten medidas para que la persona moral puede ser tenida como responsable penalmente en virtud de las infracciones en ellos establecidas. Desde luego, comprometer la responsabilidad penal de las personas morales por daños al medio ambiente se justifica por el importante rol que las empresas transnacionales juegan en ciertos Estados, así como por la inexistencia de instrumentos jurídicos internacionales que las obliguen a asumir la responsabilidad por los efectos de sus actividades.

La actividad de exploración y explotación del petróleo por la empresa conllevó graves daños al medio ambiente y a la salud de los pueblos indígenas y de otros ribereños. Los actos de reinyección y emisión de sustancias químicas altamente contaminantes en los suelos y aguas de la región amazónica caben dentro de la calificación de infracciones previstas en los proyectos de convenciones. Los actos cometidos por Chevron-Texaco en esa época han generado una importante degradación ambiental, de la fauna y flora, daños a la vida y salud de las personas, así como a las tierras tradicionales de los pueblos indígenas. Tuvieron igualmente un impacto y amplitud considerables sobre el planeta y la humanidad; sin embargo, ningún instrumento internacional permite penalizarlas en la actualidad. Es justamente aquí donde cabrían los proyectos de convenciones ya descritos, mismos que si hubieran estado en vigor, habrían podido colmar las lagunas jurídicas relativas a la calificación de los actos de Chevron.

causada por navíos.

54 Ciertamente, la justicia ecuatoriana condenó a la empresa a reparar los daños ocasionados al medio ambiente y a la salud de los ribereños. Sin embargo, la sentencia no pudo ser ejecutada en el Ecuador debido a la ausencia de activos en el país. Dado el rechazo a ejecutar la decisión, así como los ataques que ha llevado a cabo en relación a las víctimas y al Estado ecuatoriano, Chevron demuestra su desprecio por la soberanía del Estado y, como resultado, un sentimiento de impunidad omnipotente.

55 De Sadeleer, Nicolas, *op. cit.*, p. 307.

Tratándose de la competencia nacional, los Estados Unidos invocaron el *forum non conveniens* para no juzgar a la empresa estadounidense dentro de la primera fase del caso *Aguinda*. Conforme a los proyectos de convenciones, dicho país tendría una competencia penal sobre la empresa, dado que su sede se encuentra en su territorio. Igualmente, el Ecuador también habría podido reconocer su competencia territorial para proceder a la persecución penal de la empresa. La competencia penal en relación a las infracciones previstas por los proyectos convencionales y la cooperación en materia penal que proponen habrían favorecido la determinación de responsabilidad de Chevron. Así, la investigación y la persecución de la empresa habrían podido tener lugar en los Estados Unidos o en el Ecuador, y los mecanismos de cooperación judicial podrían haber contribuido a que ninguno de los Estados pudiera negarse a perseguir penalmente a la empresa u obstaculizar la determinación de su responsabilidad.

La cooperación internacional establecida por el proyecto de convención sobre el ecocidio parece ser un aspecto esencial para la determinación de la responsabilidad de las empresas transnacionales. En primer lugar, la cooperación con el Fiscal internacional del medio ambiente evitaría dudas en torno a la imparcialidad y neutralidad de las investigaciones. En el caso concreto, una cooperación de los órganos nacionales de investigación con dicho órgano internacional podrían haber ayudado a que el proceso nacional fuera más confiable y menos sumiso a estrategias que buscan plantear dudas sobre su legitimidad o idoneidad. Sería más difícil atribuir un carácter fraudulento al proceso con el objetivo de deslegitimar una decisión nacional, como ocurrió en el caso de estudio. De esta forma, habría menos posibilidades de recurrir a la ley RICO en los Estados Unidos para alegar un eventual fraude gestionado por el abogado de las víctimas.

Otra herramienta de cooperación internacional creada por ese proyecto de convención en relación a la confiabilidad de los elementos probatorios recabados durante la instrucción de las investigaciones es el Grupo de investigación para el medio ambiente (GREEN, por sus siglas en francés), que en el caso Chevron habría podido contribuir a calificar los hechos materiales y a identificar los daños ambientales en el Ecuador. La actividad del GREEN habría permitido también que los peritos que determinaron el monto de reparación en el proceso *Lago Agrio* se apoyaran en un mecanismo internacional imparcial.

Debe señalarse también el otro pilar de la represión: la sanción de las infracciones ambientales. Los proyectos de convención prevén una amplia gama de sanciones adaptadas tanto para personas físicas como morales. En el caso Chevron, la diversificación de las sanciones que podían ser impuestas habría tenido no solo un efecto disuasivo en relación a los actos depredadores de la empresa transnacional, sino también en relación a la reparación de los daños ocasionados al medio ambiente y a las víctimas. Entre las sanciones, la reparación del daño y la indemnización de las víctimas tienen un lugar primordial. Por otra parte, las medidas de limpieza y de reparaciones consuetudinarias son las más adaptadas para este tipo de caso.

Aún si el derecho penal no puede ser una prerrogativa de la protección ambiental, este es sin duda necesario para que daños graves al medio ambiente –como en el caso de Chevron-Texaco en Ecuador– puedan ser sancionados en el futuro. Ciertamente, la represión penal no puede ser un remedio para todos los actos dañinos al medio ambiente, y debe limitarse a aquellos que pongan en riesgo la seguridad del planeta o de la humanidad. El impacto que ciertos daños ambientales pueden causar sobre el planeta exige la determinación de la responsabilidad de actores globales, en particular de las empresas transnacionales. Los proyectos de convención sobre crímenes ecológicos y ecocidio completan una laguna jurídica del derecho internacional en relación a una reciente –y urgente– preocupación de la humanidad en relación al medio ambiente. Al fundarse sobre el hecho de que la seguridad humana no podría realizarse sin la salvaguarda del planeta, dichos proyectos preconizan la idea de que las acciones sin mesura contra el medio ambiente no pueden continuar siendo toleradas.

Industrias extractivas y pueblos indígenas: ¿sacrificando los derechos humanos en el altar del desarrollo?

*Nick Middeldorp**

SUMARIO: I. Introducción. II. Recursos naturales en disputa: dos valoraciones contrapuestas. III. El derecho al consentimiento previo, libre e informado (CPLI). IV. El papel del sector privado en la articulación de conflicto. A. Caso uno: extracción de recursos y violencia en Locomapa, Yoro, Honduras. B. Caso dos: las inversiones de FMO en energía hidroeléctrica en Centroamérica. V. Conclusiones y discusión.

I. Introducción

El 2 de marzo de 2016 la reconocida activista Berta Cáceres, lideresa del movimiento indígena lenca, coordinadora del Consejo de Organizaciones Populares e Indígenas de Honduras (COPINH) fue asesinada en su casa, en el contexto de su oposición al proyecto hidroeléctrico Agua Zarca y su defensa del Gualcarque, un río sagrado para su pueblo. Durante años, ella denunció repetidamente ser víctima de hostigamiento y amenazas por la empresa constructora de la represa, así como el incumplimiento del derecho a la consulta de las comunidades lencas de la zona. Su asesinato causó una conmoción en todo el mundo y, en repudio, se ha dado una fuerte movilización internacional para exigir justicia y la cancelación definitiva del proyecto hidroeléctrico. Sin embargo, en los dos meses transcurridos después del hecho los bancos Finlandés (Finnfund), de Desarrollo Holandés (FMO) y Centroamericano de Integración Económica (BCIE) seguían justificando y defendiendo su inversión.

El caso de Agua Zarca y el papel del inversionista FMO, que será expuesto con detalle, muestra las discrepancias entre los pueblos indígenas y las comunidades campesinas, por un lado, y las empresas transnacionales promotoras de proyectos mineros, hidroeléctricos y de infraestructura, por el otro, alrededor del principio del consentimiento previo, libre e informado (CPLI) y el significado que le atribuyen, así como respecto de las asimetrías en las cuotas de poder y las formas de ejercerlo. Lo sucedido en este caso es extremo por su grado de violencia, pero no es un conflicto aislado. A lo largo de América Latina se observa una conflictividad generalizada en relación con el uso y el

* Maestría en Estudios de Desarrollo Internacional por la Universidad de Wageningen (Países Bajos); Pasante en la Embajada de los Países Bajos en Costa Rica y en el IIDH (2015).

acceso a la tierra y los recursos naturales, como el agua y el bosque. La plataforma *Environmental Justice Atlas*¹ ha registrado 531 conflictos, de los cuales 219 tienen que ver con explotación minera, setenta con la construcción de represas y dieciséis sobre proyectos infraestructurales. Aunque, en teoría, con base en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en lo sucesivo C169) se podría resolver o, al menos, disminuir esta conflictividad, en la práctica se observa que la violencia asociada al control de la naturaleza en los territorios indígenas no ha disminuido.

Muchos de estos conflictos siguen sin resolverse y han traído consigo la muerte de defensores y defensoras del territorio y el medio ambiente. La ONG *Global Witness*, en su informe *How many more?*² registró 116 asesinatos en el 2014, la gran mayoría en Latinoamérica. De acuerdo con esta entidad, en 2016, un año que aún no termina, se ha observado un incremento del 59%, una tendencia preocupante. Los países más afectados en el mundo son Brasil (cincuenta asesinatos), Filipinas (33) y Colombia (26). La industria a la que se asocian más asesinatos es la minería.³ De los 122 registrados en América Latina en el 2015, 45 de las víctimas eran indígenas: un número desproporcionadamente alto considerando que solamente un 8.3% de la población total del continente se identifica como tal.⁴

En el informe de investigación del IIDH titulado *El derecho a la consulta previa, libre e informada en América Latina: una mirada crítica desde los pueblos indígenas* se señaló la escasez de experiencias exitosas en la aplicación del Convenio 169. Incluso, como se demuestra en este artículo, el discurso de haber obtenido el CPLI con las comunidades puede ser utilizado por los Estados, empresas e instituciones financieras para legitimar proyectos que en la realidad no han efectuado un debido proceso de consulta.

Este artículo explora esta conflictividad; en él se argumenta que en su raíz están enfrentadas dos diferentes ‘visiones del mundo’ o ‘realidades construidas’: el pensamiento extractivista de los Estados y el sector empresarial por un lado, y las cosmovisiones indígenas, por el otro. El pensamiento extractivista es hegemónico en el planeta debido a que la economía mundial depende en mucho de estas actividades; asimismo, gran cantidad de países basan su modelo de desarrollo en la explotación masiva de sus recursos naturales, asumiendo que solamente así podrán financiar programas sociales, diversificar la economía o aliviar la deuda.⁵ Esto explica por qué 27 años después de la primera ratificación del Convenio 169, a nueve de la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, con una recién aprobada Declaración americana sobre los

1 *Environmental Justice Atlas*, disponible en <https://ejatlas.org/> (visitado el 3 de agosto de 2016).

2 *Global Witness, ¿Cuántos más? El medio ambiente mortal de 2014: intimidación y asesinato de activistas ambientales y de la tierra, con Honduras en primer plano*, 2015, disponible en <https://www.globalwitness.org/campaigns/environmental-activists/how-many-more/> (visitado el 3 de agosto de 2016).

3 *Global Witness, En terreno peligroso: el medio ambiente mortal de 2015: asesinato y criminalización de defensores de la tierra y el medio ambiente en todo el mundo*, 2016, p. 5, disponible en <https://www.globalwitness.org/en/reports/dangerous-ground/> (visitado el 3 de agosto de 2016).

4 CEPAL, *Los Pueblos Indígenas en América Latina: avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*, Santiago, Naciones Unidas, 2014.

5 Hogenboom, Barbara, ‘The Return of the State and New Extractivism: What About Civil Society?’ in Cannon, Barry y Kirby, Peadar (eds.), *Civil Society in Left-led Latin America*, Londres, Zed Books, 2012.

Derechos de los Pueblos Indígenas y a pesar de la existencia de una serie de estándares internacionales de responsabilidad social empresarial –como los Estándares de Desempeño del International Finance Corporation–, se sigue violando el derecho a la consulta de los pueblos indígenas y tribales: están asentados en los últimos territorios ‘vírgenes’ que se pretende explotar para lograr y mantener el crecimiento económico en los países que han asumido el modelo extractivista para desarrollarse, así como un estable ‘metabolismo social’ en las economías de las sociedades industrializadas y de consumo. Incluso, puede ser rentable violar el derecho internacional a sabiendas de que a) la mayoría de los casos nunca llega a la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, b) los que sí llegan, lo hacen con una demora que puede alcanzar fácilmente los diez años, lo cual les permite acumular ganancias más grandes que la indemnización que tendrían que pagar durante una década.

En la sección siguiente se analiza cómo el afán de dominio sobre tierras y recursos también es una disputa alrededor de esos diferentes valores y visiones de mundo, oponiendo el pensamiento extractivista, equivalente al desarrollo con la explotación de recursos naturales, y las cosmovisiones indígenas. Más adelante, se exponen las razones por las que el derecho al CPLI no ha sido debidamente aplicado en la región y se presentan dos estudios de caso: el primero se enfoca en un conflicto local sobre el control y acceso a los recursos naturales, y el otro en las políticas de inversión del banco de desarrollo FMO; en el segundo, se argumenta que el involucramiento de un actor institucional que ha suscrito estándares internacionales de CPLI no genera cambios progresivos para las comunidades afectadas. En la última sección se plasman las conclusiones y una serie de puntos de discusión.

II. Recursos naturales en disputa: dos valoraciones contrapuestas

En la base de la conflictividad entre los pueblos indígenas y las empresas extractivas existen valoraciones contrapuestas sobre el territorio, el medio ambiente y la naturaleza. Por un lado, tenemos el pensamiento occidental que estimula la explotación de los llamados recursos naturales; según esta visión del mundo, la naturaleza está separada de la humanidad y sujeta a su dominación. Por otro lado, de acuerdo con las cosmovisiones indígenas,⁶ la humanidad y la naturaleza están conectadas en una relación simbiótica. Este choque de visiones sobre la tierra, el territorio, la naturaleza y el ambiente está presente en cada país.

El sistema económico mundial está basado en la lógica de maximización de recursos que tiene sus raíces en la sociedad occidental; esta es común tanto en el capitalismo como en el comunismo. La diferencia está en quién se beneficia de la producción: los propietarios de las empresas o los dueños del Estado. Por una combinación de razones (historia de colonialismo, guerra, avances tecnológicos desiguales, políticas internas, tratados de comercio), en el sistema económico mundial

⁶ Para evitar generalizaciones, digo ‘cosmovisiones indígenas’ porque existen aproximadamente 800 pueblos indígenas en las Américas, desde los no contactados o en reclusión voluntaria hasta pueblos completamente integrados en la sociedad occidental.

se puede dividir el mundo en regiones de explotación de recursos básicos, producción semiindustrial e industrial, y de consumo.⁷ La mayor parte de países latinoamericanos, tras 200 años de vida independiente, son proveedores de materias primas, recursos básicos o productos de industrias ligeras.⁸

Es difícil imaginar que esta situación pueda cambiar en el corto plazo. Las políticas de sustitución de importaciones de los años sesenta y setenta fracasaron; la crisis de la deuda de los ochenta abrió aún más la región al mercado mundial;⁹ actualmente, habiendo transcurrido una década y media del siglo XXI, pareciera que gobiernos de ideologías opuestas hicieron a un lado los programas de diversificación productiva y la ayuda a la pequeña producción (tanto neoliberales como estatales) al abrazar la misma idea: la explotación masiva de los recursos naturales genera recursos suficientes para poner en marcha un cambio socioeconómico hacia el desarrollo y la prosperidad.¹⁰

Por otro lado, las sociedades de consumo posindustriales y emergentes requieren un enorme y constante flujo de recursos naturales -como hierro, petróleo, madera y soja- para garantizar las ganancias derivadas de sus inversiones y asegurar la estabilidad y crecimiento de sus economías. La magnitud del consumo mundial es inmensa y, si todos los habitantes de la Tierra consumieran al ritmo de una persona estadounidense promedio,¹¹ la humanidad necesitaría 3,9 planetas para poder satisfacerlo.

Pese al avance tecnológico (reciclaje, sustitución), no se puede mantener el ritmo de consumo sin ampliar de manera constante la ‘frontera de recursos’ en los países de explotación, especialmente cuando se trata de los no renovables.¹² Esto conduce a las privatizaciones de tierras comunales, al empleo de métodos controvertidos de explotación, como el uso de cianuro en la minería de oro a cielo abierto, y el acaparamiento de tierras. El extractivismo, promovido en aras del desarrollo, es definido por Maristella Svampa como ‘un patrón de acumulación basado en la sobreexplotación de los recursos naturales, en su mayoría no renovables (...) y la expansión de fronteras hacia territorios anteriormente considerados no productivos’.¹³ Entre estos, se incluyen los territorios indígenas, parques nacionales y el fondo del mar.¹⁴

Los territorios indígenas están entre los pocos que no habían sido tocados por las industrias extractivas y, en la región, son los últimos que aún quedan en manos de los pueblos después de 500

7 Frank, André G., *Dependent accumulation and underdevelopment*, Londres, Macmillan, 1978.

8 Hogenboom, Barbara, *op. cit.*

9 *Ibid.*

10 Seoane, José, ‘Movimientos sociales y recursos naturales en América Latina: resistencias al neoliberalismo, configuración de alternativas’, *Observatorio Social de América Latina*, N° 17, 2005, p. 95.

11 Global Footprint Network, *Living Planet Report 2014 Facts*, disponible en http://www.footprintnetwork.org/pt/index.php/GFN/page/living_planet_report_2014_facts/ (visitado el 3 de agosto de 2016).

12 Bunker, Stephen G., ‘Matter, Space, Energy, and Political Economy: the Amazon in the World-System’, *Journal of World-Systems Research*, Vol. 9(2), 2003, pp. 219-258.

13 Svampa, Maristella, *Extractivismo neo desarrollista y movimientos sociales: ¿Un giro eco-territorial hacia nuevas alternativas?*, México, Fundación Rosa Luxemburgo, 2011, p. 2.

14 Canel, Eduardo, Idemudia, Uwaflokun y North, Lisa L., ‘Rethinking Extractive Industry: Regulation, Dispossession, and Emerging Claims’, *Canadian Journal of Development Studies*, Vol. 30(1-2), 2010, pp. 5-25.

años de marginación. Una compensación monetaria no puede reemplazar los lugares donde ellos pueden dar continuidad a su modo de vida. No es sorprendente, entonces, que la expansión de la frontera de recursos genere enfrentamientos entre las industrias extractivas y las comunidades que los habitan, cuya vida material y espiritual y su existencia cultural dependen de su permanencia en ellos.

La ‘acumulación por despojo’¹⁵ es un proceso que implica, entre otras cosas, la privatización de los recursos comunales, el desplazamiento de comunidades campesinas o indígenas y cambios radicales en el modo de vivir de las poblaciones afectadas.¹⁶ Estos son impactos que el debido cumplimiento de su derecho a la consulta –aplicado de manera correcta– puede evitar o disminuir. Los diseños de los proyectos extractivos tienden a subestimar el número de personas desplazadas; un ejemplo es el proyecto hidroeléctrico Tucurí, en Brasil, en cuya realización inicialmente se había previsto el desplazamiento de 1700 familias, y que finalmente expulsó de 25000 a 35000 personas.¹⁷ A nivel mundial, la construcción de represas en la segunda mitad del siglo XX desplazó entre treinta y ochenta millones de personas.¹⁸

En los últimos años, el concepto de ‘desarrollo sostenible’ ha ganado fuerza mundialmente y adquirido el carácter de hegemónico.¹⁹ Es una tendencia muy visible en el sistema de las Naciones Unidas, donde por ejemplo el programa de los Objetivos de Desarrollo del Milenio ya terminó, cediendo su lugar a los Objetivos de Desarrollo Sostenible.²⁰ ¿Qué es el desarrollo sostenible? En mi opinión, un discurso cada vez más poderoso. Jeffrey Sachs, consejero especial de la ONU, lo define ‘como una búsqueda intelectual, el desarrollo sostenible trata de dar sentido a las interacciones de tres sistemas complejos: la economía mundial, la sociedad mundial y el ambiente físico de la Tierra’. En esta perspectiva, es un empeño, una búsqueda tanto intelectual como práctica hacia el balance utópico entre economía, sociedad y medioambiente. De esta manera, la definición se acerca a las conceptualizaciones comunes de la Responsabilidad Social Empresarial (RSE) que abogan por la armonía entre las tres P: *profit, people, y planet* (ganancias, gente y planeta).²¹

A primera vista, el discurso de desarrollo sostenible parece prometedor en términos de que una vez implementado, puede restringir los excesos y abusos del extractivismo. Sin embargo, se debe tener cautela acerca de su uso ya que, al igual que los discursos de sostenibilidad y RSE, puede ser

15 Harvey, David, ‘El “nuevo” imperialismo: acumulación por desposesión’, *Socialist Register*, 2004.

16 Sosa, Milagros y Zwartveen, Margreet, ‘Acumulación a través del despojo: el caso de la gran minería en Cajamarca, Perú’ in Boelens, Rutgerd, Cremers, Leontien y Zwartveen, Margreet, *Justicia hídrica: acumulación, conflicto y acción social*, Lima, IEP, 2012.

17 Stanley, Jason, *Development-induced displacement and resettlement*, 2004, disponible en <http://www.forcedmigration.org/research-resources/expert-guides/development-induced-displacement-and-resettlement/fmo022.pdf> (visitado el 3 de agosto de 2016).

18 *Ibid.*

19 Bingham, Alexa, ‘Discourse of the Dammed: a study on the impacts of sustainable development discourse on indigenous peoples in the Brazilian Amazon in the context of the proposed Belo Monte hydroelectric dam’, *POLIS Journal*, Vol. 4, 2010.

20 Sachs, Jeffrey, *The age of sustainable development*, New York, Columbia University Press, 2015.

21 Utting, Peter, ‘CSR and Equality’, *Third World Quarterly*, Vol. 28(4), 2007, pp. 697-712.

instrumentalizado como sucede respecto de la mina de San Martín, en Honduras, que es descrita por la empresa Goldcorp como un ejemplo de ‘prosperidad sostenible’²² a pesar de la contaminación generada.

Aunque este ejemplo representa un caso extremo, fácilmente se llega a un consenso respecto de que la minería a cielo abierto no es una de las industrias más amigables con el ambiente. Sin embargo, esto cambia cuando se trata de represas hidroeléctricas, porque al fin y al cabo generan energía renovable y se asocian mentalmente con el discurso de ‘sostenibilidad’, una imagen que se ha materializado en la venta de créditos en el Esquema de Negocios de Emisiones de la Unión Europea (EU Carbon Emission Trading Scheme) y el Mecanismo de Desarrollo Limpio de las Naciones Unidas.²³ Para estos mecanismos, las inversiones en energía hidroeléctrica en los países ‘en vía de desarrollo’ pueden ser utilizadas por los países industrializados para compensar sus altas emisiones de CO₂. De esta forma, la energía hidroeléctrica es catalogada e institucionalizada mundialmente como ‘sostenible’ y los países industrializados tienen incentivos para invertir en energía hidroeléctrica privatizada en otras partes del mundo.²⁴

En la práctica, estas ‘otras partes del mundo’ comúnmente son los territorios habitados por pueblos indígenas y tribales, pese a que con la electricidad que se pretende generar no necesariamente se tiene la intención de beneficiarlos, sino que su actividad se dirige a impulsar el desarrollo de proyectos industriales, como la minería. En investigaciones realizadas sobre la construcción de represas en territorios indígenas, se revela como estos proyectos –justificados con el discurso del desarrollo sostenible– frecuentemente violan los derechos de los pueblos indígenas.²⁵ Como ha sido señalado por la ONG CarbonmarketWatch, ‘la energía hidroeléctrica frecuentemente tiene impactos negativos y a veces graves, tanto en los ecosistemas de los ríos como en las personas, lo cual incluye el desalojo de comunidades, la pérdida de tierra para la agricultura y disminución en biodiversidad.’²⁶

El 6 de abril del 2016, durante un evento en Nueva York, le preguntaron al presidente del Banco Mundial Jim Yong Kim sobre los impactos generados por la construcción de represas. Él respondió que ‘no se puede hacer el tipo de trabajo que estamos tratando de hacer, y no tener este tipo de incidentes’,²⁷ refiriéndose al asesinato de Berta Cáceres. Su comentario no solamente minimiza el grave delito cometido en nombre del desarrollo, sino también subestima la conflictividad que se suscita alrededor de la construcción de represas en territorios indígenas.

22 Roldan, C. F. y Purvance, D., *San Martín mine in Honduras – From Closure to Sustainability*. 2012, disponible en <http://www.sfu.ca/sfublogs-archive/departments/las/uploads/2011/11/San-Martin-Closure-Paper-Roldan-Purvance-09-18-11.pdf> (visitado el 3 de agosto de 2016).

23 *Mecanismo de Desarrollo Limpio*, disponible en <https://cdm.unfccc.int/>

24 *Régimen de comercio de derechos de emisión de la UE*, disponible en http://ec.europa.eu/clima/policies/ets/index_en.htm

25 Bingham, Alexa, *op. cit.*

26 Carbon Market Watch, *Hydro Power Projects in the CDM*, disponible en <http://carbonmarketwatch.org/category/hydro-power/> (visitado el 3 de agosto de 2016).

27 Bosshard, Peter, ‘Setting the World Bank President Straight on Large Dams’, *International Rivers*, 26 de abril de 2016, disponible en <https://www.internationalrivers.org/blogs/227/setting-the-world-bank-president-straight-on-large-dams> (visitado el 3 de agosto de 2016).

Además, sugiere que en el futuro cercano no va a haber un cambio radical en la política energética internacional que conduzca a la inclusión y el respeto a los derechos de los pueblos indígenas.

En oposición al pensamiento occidental y la índole del sistema económico mundial, que son parte de las causas de las políticas extractivistas, están las cosmovisiones y modos de vivir de los pueblos indígenas, en plural, en vista de las diferencias culturales enormes entre los diversos pueblos mesoamericanos, andinos amazónicos, y afrodescendientes. Sin embargo, podemos establecer que hay una similitud entre las diferentes cosmovisiones cuando las comparamos con las visiones occidentales del mundo, como se constata en las siguientes citas de líderes indígenas que participaron en los diferentes foros facilitados por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) en el 2015, en el marco de su investigación sobre el derecho a la consulta:

Somos gente que ama la vida. Los árboles, los pájaros, el río. Somos sus hermanos y tenemos que convivir juntos para hacer la vida más, más justa. Participante paraguayo.

Hay un vínculo con nuestro pasado. Lugares muy importantes que son sagrados para nosotros. No queremos perder este vínculo con nuestro pasado, presente y futuro. Participante paraguayo.

No podemos salir de este lugar. Los chilenos podrían irse, pero nosotros no. Ahí están nuestros ancestros, ahí está nuestro pasado. Por eso no podemos terminar esta lucha. Participante chileno.

Hemos dicho en las reuniones, no a la explotación minera. Porque en el futuro, vamos a tener dificultades. Nuestra Pachamama se va a enfermar. Nuestra madre tierra ya no nos va a dar de comer. Participante ecuatoriano.

Estas afirmaciones, hechas por distintas personas pertenecientes a distintos pueblos que habitan en distintas partes del continente, subrayan el vínculo entre la humanidad y la naturaleza en la realidad construida por los pueblos indígenas. Su continuidad cultural está vinculada con el territorio y la naturaleza que lo habita: el agua, las montañas, el bosque y la biodiversidad. Para muchos pueblos, los ríos o montañas son sagrados y tanto la flora y la fauna como los objetos inanimados tienen espíritu.

En el Convenio 107 de la OIT fue plasmado un razonamiento que considera las cosmovisiones indígenas como ‘retrasadas’, de allí que los pueblos indígenas debían ser asimilados para poder integrarse en la sociedad ‘moderna’. Este texto fue sustituido por el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, dos instrumentos en los que se toma distancia de esta posición y se reconoce la importancia del respeto a su modo de vivir; además, se establecen las pautas básicas para que los pueblos indígenas y los Estados entren en un proceso de diálogo sobre la necesidad un desarrollo culturalmente adecuado y aceptado por ellos.

III. El derecho al consentimiento previo, libre e informado (CPLI)

Según los estándares de la Organización Internacional del Trabajo, las consultas deben ser realizadas por el Estado antes del posible otorgamiento de permisos o concesiones respetando las tradiciones e instituciones propias representativas para la población local.²⁸ Es deber del Estado proveer información de manera neutral, en un ambiente libre de coerción o manipulación. Para los países que han ratificado el Convenio 169, el proceso de consulta es obligatorio y de carácter constitucional. Sin embargo, llegar a un acuerdo de consentimiento solamente es necesario en casos de a) reubicación de la comunidad y b) la instalación de bases militares en el territorio. Es decir, no se puede ejecutar un proyecto que no haya sido debidamente consultado pero, por lo general, la ausencia de consentimiento no lo puede detener. El CPLI también ha sido adoptado por la International Finance Corporation (IFC), el brazo financiero del Banco Mundial.²⁹ El principio 7 sobre ‘Pueblos Indígenas’ establece que ‘el cliente’ (la empresa encargada del proyecto) debe contar con un consentimiento previo, libre e informado en los siguientes casos:

1. Impactos en tierras y recursos naturales sujetos a tenencia tradicional o en uso habitual;
2. Reubicación de pueblos indígenas de sus tierras y recursos naturales sujetos a tenencia tradicional o en uso habitual; y,
3. Patrimonio cultural crítico.

Sin embargo, si se analizan las tres circunstancias mencionadas, resulta que cuando se trata de la primera (impactos en tierras y naturaleza) se menciona la obligación de ejecutar medidas como indemnización, distribución de beneficios o informar a las comunidades sobre sus derechos, pero no se explicita la obligación de llegar a un acuerdo como requisito para implementar el proyecto. En la tercera también hay una trampa: el artículo 7.16 dice que ‘cuando no se puede evitar impactos significativos del proyecto en el patrimonio cultural crítico, el cliente obtendrá el CPLI de las comunidades afectadas de los pueblos indígenas’. En el artículo no queda claro quién decide qué son los ‘impactos significativos en el patrimonio cultural crítico’. Como veremos en el segundo estudio de caso, en la práctica el poder de definir está en la empresa, no en las comunidades indígenas afectadas.

Algunos participantes del estudio del IIDH³⁰ sobre la aplicación de la CPLI, observaron que en algunos casos hay un proceso satisfactorio de consulta cuando son asuntos de carácter cultural, por ejemplo, negociaciones sobre marcos legales que garantizan el derecho a la educación bilingüe o intercultural, como fue mencionado en los casos de Venezuela, Colombia, y Perú. Sin embargo, cuando se trata del control sobre recursos estratégicos –tierra, agua, subsuelo y bosque–, en la

28 OIT, *Aplicación del convenio Núm. 169 de la OIT por tribunales nacionales e internacionales en América Latina: una recopilación de casos*, Ginebra, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009.

29 IFC, *IFC Performance Standards on Environmental and Social Sustainability*, World Bank Group, 2012, pp. 50-52.

30 IIDH, *El derecho a la consulta previa, libre e informada: una mirada crítica desde los pueblos indígenas*, San José, IIDH, 2016.

práctica se observa que el derecho al CPLI tiene menos importancia que las ganancias y que los territorios indígenas corren el riesgo de convertirse en ‘zonas de sacrificio’ en el altar del desarrollo.

En la región se observa que hay muy pocos casos en los que se ha realizado un proceso de consulta conforme a los estándares internacionales y a los de los pueblos indígenas. Las mejores prácticas de consulta se han encontrado en Colombia, donde los pronunciamientos de la Corte Constitucional han generado una fuerte jurisprudencia sobre el derecho a la consulta. Sin embargo, en este país hay pueblos indígenas que la rechazan como consecuencia de las experiencias negativas.

Se ha señalado que con frecuencia son las empresas privadas las que llevan a cabo la ‘consulta’, una denominación que se le da comúnmente a un encuentro en el que estas informan sobre los beneficios del proyecto. También ocurre que la empresa o el Estado trata de cooptar a los líderes locales con ciertos beneficios o que el segundo simplemente reemplaza a las autoridades tradicionales por personas afines a sus intereses, como fue denunciado en 2015 ante la Comisión Americana de Derechos Humanos por el Gobierno Comunal Creole de Bluefields, Nicaragua,³¹ probablemente con el objetivo de neutralizar una posible oposición al proyecto del Gran Canal. Las amenazas de violencia y la militarización de los territorios crean un clima en el que se impide un proceso libre para la toma de decisiones. Además, las instituciones pueden no ser independientes del Poder Ejecutivo; por ejemplo, el Índice de Estado de Derecho del World Justice Project³² coloca a Guatemala en la posición 85 y a Honduras en la 90 entre un total de 102 países clasificados por el grado de independencia de sus poderes judiciales. Considerando su debilidad en muchos países junto con la presencia o el involucramiento de empresas transnacionales, los principios de *corporate accountability* (responsabilidad empresarial) y extraterritorialidad están por explorarse. Por último, en la práctica los tratados internacionales de libre comercio que protegen los derechos de los inversionistas y la resolución de conflictos entre el Estado y las empresas en los tribunales internacionales, pueden tener más peso que el Convenio 169 de la OIT o la legislación nacional con respeto al CPLI.

IV. El papel del sector privado en la articulación de conflictos

En esta sección, con dos estudios de caso se muestra cómo los procesos económicos mundiales, los intereses del sector privado y la presencia de diversos actores sociales y políticos en el territorio pueden afectar un proceso de consulta. Existen desbalances en las cuotas de poder económico y político que en gran parte determinan si éste se realiza o no y de qué forma se hace. En el primer caso, este desbalance, incrementado por la corrupción prevaleciente en el nivel local y la demanda de

31 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Nicaragua: Indígenas y afrodescendientes*, 20 de octubre de 2015, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=t1tLDq15d4o> (visitado el 3 de agosto de 2016).

32 World Justice Project, *Rule of Law Index 2015*, disponible en <http://data.worldjusticeproject.org/> (visitado el 3 de agosto de 2016).

antimonio en el mundo, impulsa la explotación minera y la depredación del bosque sin consulta previa, libre e informada y con recurso a la violencia. En el segundo caso, se analiza cómo una institución financiera internacional a) ha usado los discursos de desarrollo sostenible y CPLI para legitimar sus inversiones, y b) ha usado su poder político para imponer proyectos que no han sido debidamente consultados. Aquí también se observa que los estándares internacionales de responsabilidad empresarial no necesariamente generan un cambio significativo para la población afectada.

El primer estudio de caso se basa en una investigación de campo realizada en 2013, en cuyo marco se visitó la comunidad afectada y se entrevistó a diversos actores involucrados. El segundo –sobre el FMO– sistematiza información proveniente de diversas fuentes, tales como la Embajada de los Países Bajos –a la que estuve vinculado–, líderes indígenas, periodistas y grupos de solidaridad, así como una revisión de noticias de prensa.

A. Caso uno: extracción de recursos y violencia en Locomapa, Yoro, Honduras

En este estudio de caso –asentado, en gran parte, en una investigación de campo realizada en octubre de 2013– se analiza el conflicto interno suscitado en una tribu indígena del pueblo tolupán por la explotación de antimonio y madera, que provocó la muerte de tres personas en agosto de ese año.

Alrededor de 15 000 tolupanes o xicaques³³ viven en 32 aldeas tribales dispersas en lugares remotos en el departamento de Yoro, Honduras. En la época colonial, lograron resistir la esclavitud y la cristianización hasta el siglo XIX y, para evitar el contacto con los españoles, se refugiaron paulatinamente en los territorios montañosos. Su último retiro, a mediados del siglo antepasado, se debió a que eran forzados a recolectar raíces de zarzaparrilla y llevarlas hasta la costa para embarcarlas³⁴ para satisfacer la elevada demanda internacional de bebidas elaboradas con dicha planta. Después de la caída del mercado de la zarzaparrilla, los productores de café y madereros invadieron sus territorios y los convirtieron en trabajadores asalariados.

El 26 de agosto de 2013, los diarios nacionales dieron a conocer que varios tolupanes fueron asesinados por oponerse a la minería o a la tala ilegal. Según la información publicada, alrededor de 150 personas de San Francisco de Locomapa bloquearon durante casi dos semanas el acceso a los vehículos en los que se sacaban la madera y el antimonio de sus territorios. La acción concluyó abruptamente cuando dos hombres en motocicleta abrieron fuego contra el grupo y siguieron a Armando Fúnez Medina y Ricardo Soto Fúnez hasta una casa cercana, donde los ejecutaron junto con la testigo María Enriqueta Matute.

En un día, las denuncias y declaraciones de solidaridad difundidas por movimientos sociales y ONG convirtieron en noticia internacional la violencia acaecida en una remota aldea indígena hondureña.

33 Xicaque es un término que era usado por los españoles para describir a los indígenas no cristianizados o ‘salvajes’, y hasta hoy en día se usa la palabra para referirse al pueblo Tolupán.

34 Chapman, Anne, *Masters of Animals: Oral Traditions of the Tolupan Indians, Honduras*, Philadelphia, Gordon and Breach, 1992.

El Consejo Cívico de Organizaciones Populares e Indígenas de Honduras (COPINH), la Organización Fraternal Negra Hondureña (OFRANEH) y el Observatorio de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas de Honduras (ODHPINH) proclamaron que la muerte de los manifestantes indígenas fue el resultado de ‘la guerra por la explotación de los bienes comunes que se está librando en Honduras’.

Seis semanas después, el Director del Instituto Hondureño de Geología y Minas me dijo en una entrevista:

M: a finales de agosto hubo un accidente, se puede decir. Yo leí en las noticias que en un caso de los tolupanes en Yoro que hubo tres muertos. ¿Qué pasó ahí?

S: Sí, lamento la sangre de las personas. Porque Dios nos dio estas tierras para explotarlas, de modo (...) respetuoso (...) Los grupos tribales, los bosques, las tierras de los grupos tribales, o tribus, deben tener especial cuidado de parte del Estado. Y una de las cosas en relación de tener especial cuidado es que la nueva ley minera (...) establece que Honduras no puede otorgar concesiones en áreas apartadas en el convenio 169.

M: Sin su permiso, ¿verdad?

S: Así es.

El artículo 346 de la Constitución hondureña dice que ‘es deber del Estado dictar medidas de protección de los derechos e intereses de las comunidades indígenas existentes en el país, especialmente de las tierras y bosques donde estuvieron asentadas’.

Al visitar Yoro constaté que la protesta se centraba en la extracción de madera y antimonio, pero no se había dado ninguna concesión minera en San Francisco de Locomapa. Es un asunto delicado: la minería artesanal no requiere ni concesiones ni estudios de impacto ambiental, lo cual quiere decir que una compañía puede solicitar una licencia de explotación directamente a la municipalidad.

Cada tribu tolupán elige su asamblea de dirigentes y todas conforman la FETRIXY, Federación de Tribus Xicaques de Yoro, su organización paraguas. Al entrar al edificio de FETRIXY leo su misión: ‘alcanzar un desarrollo tribal congruente con la cosmovisión Tolupán, basado en el uso armónico de la tierra y los recursos naturales’. No obstante, el presidente de FETRIXY habla con hostilidad sobre los manifestantes: ‘la tribu tiene sus leyes internas, y violaron la ley interna entrando en protesta en contra la decisión de la mayoría’. Además, culpa al MADJ³⁵ y a los vecinos no indígenas de la zona por interferir en asuntos internos de la tribu.

Al siguiente día, durante mi visita a San Francisco de Locomapa, un pueblo de aproximadamente 1200 habitantes, sentado en un porche le explico a la dirigente las intenciones de mi investigación y mi interés en aprender sobre la tribu y su proceso de resistencia. ‘¿Resistencia? Usted habla del MADJ y Radio Progreso,³⁶ ellos son Resistencia.³⁷ Es lamentable, vinieron y destruyeron la tribu’.

35 El MADJ (Movimiento Amplio por la Dignidad y la Justicia) es un movimiento social que fue impulsado por cuatro fiscales del Ministerio Público, que comenzaron una huelga de hambre en el 2008 para protestar en contra la corrupción que encontraron ahí. La huelga de hambre fue repetida en varias partes del país, dando la luz al MADJ.

36 Un medio de comunicación independiente y crítico.

37 Ellos son Resistencia’, es una referencia al Frente Nacional de Resistencia Popular.

La asamblea de la tribu aprobó la tala de bosque y la minería, una actividad realizada fuera del territorio titulado. Aducen no conocer la identidad de los mineros, con quienes negocian por medio de intermediarios; les ofrecieron construir una carretera y un centro de salud, más 10000 lempiras (US\$500) a la dirigente por su apoyo y 1000 lempiras (US\$50) a la comunidad por cada tonelada de material extraído.

Sin embargo, algunos de los miembros de la tribu –supuestamente ‘usados’ por el MADJ y apoyados por vecinos de la zona que no pertenecen a la tribu (aunque sean tolupanes)– fueron expulsados por la asamblea porque se opusieron a estas decisiones, que pasaron por alto su ley interna y dejaron a la comunidad ‘totalmente dividida’. Tal expulsión no es un desplazamiento físico, sino la cancelación de su pertenencia a la tribu y la consecuente pérdida de su derecho a opinar. Esa medida, que fue vista como la única posibilidad de restaurar el orden y la unidad interna, fue respondida por el grupo disidente con el bloqueo, el que, según los líderes de la tribu, fue realizado ‘por el pisto, pues’ (por el dinero) debido a que cobraron un peaje a quienes querían pasar.

La versión del MADJ y ERIC-Radio Progreso es diferente. Según esta, los tres asesinatos se inscriben en el contexto de la violencia ejercida contra la tribu por mucho tiempo. Desde los años ochenta, catorce miembros de la tribu han sido asesinados, varios de ellos por su involucramiento en la luchas por su derecho a la tierra y contra la tala ilegal. El conflicto más reciente, surgido alrededor de la tala no autorizada, se inició al menos hace doce años. Inicialmente, cientos de vecinos de la comunidad se oponían a la extracción de madera y minerales de su territorio, pero gradualmente la causa perdió partidarios; no fue sino hasta el 2011 que el Instituto de Conservación Forestal (ICF) concedió el permiso y la tala fue aprobada por los líderes indígenas de la asamblea comunitaria. Sin embargo, el grupo disidente –cuyo líder sigue viviendo en San Francisco Locomapa sin ser reconocido como miembro de la comunidad– denunció que, con conocimiento de los dirigentes de la tribu, los empresarios estaban explotando 5500 metros cúbicos de madera, una cantidad que es más del doble de la autorizada (2000 metros cúbicos).

El grupo disidente buscó el apoyo del MADJ en el 2010 y comenzaron a denunciar la ‘tala ilegal’ y a demandar la intervención del Estado, dirigiéndose a varios ministerios. Según el MADJ,

esta situación se ha intensificado porque ya han recibido una cantidad de dinero – la directiva de la tribu.

Y allá desde la directiva se estaba proporcionando 100 lempiras, 200 lempiras a cada indígena. Y entonces esta es la situación donde mucha gente no habla.

En ese contexto se organizó la *banda de los Matute*, un grupo armado que opera a favor de los empresarios. MADJ y ERIC-Radio Progreso mantienen que el Alcalde de Yoro tiene vínculos financieros con los madereros y que un coronel les ha provisto el armamento. Se podría concluir que la combinación de sobornos, amenazas y la complicidad de las autoridades locales ha debilitado la protesta. En las palabras de un periodista de Radio Progreso que investigaba el caso:

Mucha gente tiene miedo. Miedo a morir, a perder la vida. Porque todo el mundo sabe en Locomapa que es tal familia de matones, que son los que amenazan, que se ha hecho poderosa por las armas, verdad, que han recibido (...) Con quien me voy, con los pobres, ¿o con los que tienen el control aquí?

Pese al riesgo, en 2013 un grupo de veinte personas seguía protestando. Cuando apareció la banda armada y comenzó a amenazarlas de muerte, en julio del 2013, alertaron a la policía y a inicios de agosto pidieron públicamente la intervención del Estado, lo cual fue ignorado por las autoridades. El bloqueo se dio después de su expulsión de la tribu y duró hasta que el grupo armado intervino. Hasta la fecha de escritura de este texto, aunque se conoce la identidad de los asesinos, no han sido capturados.

Al conversar con el MADJ me di cuenta de por qué nadie hablaba de la violencia en el pueblo. Una semana después de los asesinatos, el líder de la protesta encontró una nota en su casa:

Ya sabemos dónde estás, pero te vamos a dar donde más te duele. No sabes con quienes te has metido, esto va a arder, así que mejor prepárense. Se los advertimos con tiempo, nosotros para eliminar a alguien no pensamos, peor ratas que solo para joder son buenos. ¡Atentamente sus enemigos!

Desde aquel momento, los manifestantes se escondieron. El MADJ y ERIC-Radio progreso presentaron el caso a la CIDH y esta les otorgó medidas cautelares, con lo cual pudieron regresar a su comunidad. Sin embargo, la situación se tornó violenta nuevamente en 2015 y se sumaron a la huelga de hambre del Movimiento de los Indignados en julio de ese año.

Cuando un conflicto cala profundamente en una comunidad, probablemente sea imposible reconstruir qué pasó exactamente. Sin embargo, es posible hacerse una imagen aproximada a la realidad cuando se escuchan las diferentes perspectivas y se toma en cuenta el contexto histórico. Sus manifestaciones han cambiado, desde la resistencia contra el acaparamiento de tierras hasta la oposición a la extracción de recursos naturales pero, en esencia, se trata de una lucha constante por el acceso y control del territorio y la naturaleza.

B. Caso dos: las inversiones de FMO en energía hidroeléctrica en Centroamérica

El FMO (Financierings Maatschappij Ontwikkelingslanden)³⁸ es un banco establecido en 1970 para implementar una cooperación al desarrollo de ‘mutuo beneficio’. Actualmente, el Estado holandés retiene un 51% de las acciones del banco y su papel en la cooperación al desarrollo de este país ha crecido en los últimos años. Su ‘misión y visión’ dice que:

38 Sociedad de financiamiento de países en desarrollo

Creemos en un mundo en 2050 en el que nueve billones de personas viven bien con los recursos del planeta. Para hacer una realidad esta visión, la misión de FMO es empoderar a empresarios para crear este mundo mejor.³⁹

Como banco de desarrollo, el FMO se adhiere a los estándares de desempeño de la IFC. Tiene inversiones en Centroamérica en proyectos hidroeléctricos altamente controversiales situados en territorios indígenas: ‘Santa Rita’ en Guatemala, ‘Agua Zarca’ en Honduras y ‘Barro Blanco’ en Panamá. Alrededor de cada uno se han dado enfrentamientos entre manifestantes indígenas y fuerzas policiales y militares; han sido vinculados al contexto de la muerte de personas opositoras como resultado de tales enfrentamientos o han sido víctimas de asesinatos, y ninguno ha sido consultado adecuadamente antes de su construcción. Dos meses después del asesinato de Berta Cáceres y bajo una fuerte presión de la comunidad internacional, FMO retiró su inversión de Agua Zarca. Sin embargo, los conflictos generados en Santa Rita y Barro Blanco no tuvieron la misma visibilidad en el campo internacional, y los proyectos siguen viento en popa. En todos los casos, el banco legitima sus inversiones con un discurso de desarrollo sostenible y haber logrado el CPLI de las comunidades afectadas.

La inversión en la empresa Hidroeléctrica Santa Rita S.A (HSR) es de 8.15 millones de dólares,⁴⁰ el proyecto está situado en las cercanías de Cobán, cabecera del departamento de Alta Verapaz, al norte de Guatemala. La construcción está en un territorio perteneciente a 18 comunidades maya q’eqch’í y, según organizaciones de derechos humanos locales e internacionales, se inició sin el CPLI de la población local; en realidad, la primera ronda del proceso de ‘consulta’ sirvió para identificar a los oponentes de la represa con la finalidad de excluirlos de las siguientes.

La comunidad de Monte Olivo tomó el liderazgo en la resistencia contra la represa y bloqueó el acceso de material y máquinas. El 23 de agosto del 2013, dos hijos del líder de la comunidad fueron asesinados por un exvigilante de la empresa. Según testigos, tenía la intención de matar a su padre y la comunidad está convencida que operaba a nombre de la empresa.⁴¹ HSR, al darse cuenta de que debía tomar medidas para reforzar su capital social y político, implementó una serie de estrategias tales como una campaña radial en el idioma local, la contratación de una ONG para repartir comida y láminas de zinc y de un consultor político para ganar el apoyo de las autoridades gubernamentales locales y nacionales, así como la creación de un ‘consejo local para perseguir a aquellas personas responsables de cometer actos ilegales contra el proyecto’.

Según la ONG Colectivo Madre Selva, el gobierno local efectuó mesas redondas para ‘estimular’ a la gente a perfilar a los oponentes del proyecto. Mientras tanto, la empresa logró ser incluida en el registro

39 FMO, *Mission & Vision*, disponible en <https://www.fmo.nl/mission> (visitado el 3 de agosto de 2016).

40 Al respecto, ver FMO, *Santa Rita Investment Consortium*, disponible en <https://www.fmo.nl/project-details/31834> (visitado el 3 de agosto de 2016).

41 CLOC, *Guatemala: 2 niños asesinados por hidroeléctrica Hidro Santa Rita*, 27 de agosto de 2013, disponible en <http://www.cloc-viacampesina.net/pt/inicio/1553-guatemala-2-ninos-asesinados-por-hidroelectrica-hidro-santa-rita> (visitado el 3 de agosto de 2016).

para el Mecanismo de Desarrollo Limpio de la ONU, un paso efectivo para movilizar apoyo político. El 30 de julio del 2014, cuatro años después de la construcción de la represa, HSR firmó un convenio con los líderes de catorce de las 18 comunidades, con presencia del expresidente Otto Pérez. Cada comunidad recibió un presupuesto anual de varios miles de dólares para educación y actividades culturales. Sin embargo, la electricidad no es para las comunidades: su precio ‘competitivo’ es demasiado alto.

La comunidad de Monte Olivo siguió protestando, hasta que una fuerza policial de mil hombres la desalojó el 16 de agosto del 2014, destruyeron sus propiedades y cultivos y quemaron sus casas. La población huyó a las montañas, según el Colectivo Madre Selva. Como consecuencia, hubo una movilización masiva del pueblo q’eqchi de Raxhuha y en los enfrentamientos con la policía, tres manifestantes perdieron la vida.⁴² Tres días después, el Consejo de Pueblos de Tezulutlán envió una carta al director del FMO pidiéndole el retiro de su inversión, pero el banco tenía otros planes. Seis días después de recibir la carta, en un memorando interno del banco se puede leer lo siguiente:

Gracias al apoyo del Gobierno de Guatemala, HSR tiene ahora un mayor apoyo por parte de los oficiales del gobierno local. Como resultado, ellos están más dispuestos a ejecutar el estado de derecho, ej. atender órdenes de detención de miembros de las comunidades que han sido involucrados en actos de vandalismo contra las propiedades del proyecto.

En Honduras, el FMO se mantuvo en el proyecto hidroeléctrico ‘Agua Zarca’ hasta mayo de 2016, dos meses después del asesinato de la reconocida activista indígena y ambientalista Berta Cáceres, dirigente del COPINH. El banco había comenzado a financiar el proyecto en el 2013, a pesar del retiro del banco chino NAAM y de la muerte de otro integrante de COPINH, Tomás García, durante una movilización que culminó en un enfrentamiento con el ejército.

Según FMO, en octubre del 2011 se firmó un convenio entre las comunidades lencas y DESA (Desarrolladora Agua Zarca), alcanzado mediante reuniones comunitarias organizadas por la empresa. Esto ha sido refutado por el movimiento indígena, COPINH e investigadores internacionales que visitaron el terreno en enero del 2016.⁴³ Según las comunidades, solamente se firmó por su asistencia a las reuniones, mientras que el alcalde de la ciudad de Intibucá dio su permiso.

Berta Cáceres, beneficiaria de medidas cautelares otorgadas por la CIDH⁴⁴ desde el 2009, había denunciado constantemente ante FMO la criminalización y las constantes amenazas contra el COPINH y su persona. Durante años, el banco descartó su reclamo, argumentando que:

42 Barreto, Bill, ‘Santa Rita se hunde en las arenas del tiempo’, *Plaza Pública*, 27 de octubre de 2014, disponible en <https://www.plazapublica.com.gt/content/santa-rita-se-hunde-en-las-arenas-del-tiempo> (visitado el 3 de agosto de 2016).

43 De Jonghe, Anne y Willems, Jordy, *Report on the Agua Zarca Dam, Rio Blanco, Honduras*, 2016, disponible en http://www.banktrack.org/manage/ems_files/download/report_agua_zarca_february_2016_pdf/report_agua_zarca_february_2016.pdf (visitado el 3 de agosto de 2016).

44 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *CIDH repudia asesinato de Berta Cáceres en Honduras*, 4 de marzo de 2016, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/024.asp> (visitado el 3 de agosto de 2016).

Sentimos que es una grave acusación contra el gobierno hondureño y DESA. Para poder hacer declaraciones tan serias, por favor proveer evidencia de una parte independiente y reconocida, como el Sistema Judicial de Honduras, para que FMO pueda considerarlas. No es suficiente que el COPINH haga estas declaraciones’
– FMO,⁴⁵

El 3 de marzo del 2016, Berta Cáceres fue muerta en su casa. El asesinato de la ganadora del *Goldman Environmental Prize* de 2015 causó una avalancha de protestas en el campo internacional y rápidamente se conformó un movimiento transnacional para exigir la cancelación del proyecto Agua Zarca. Sin embargo, el FMO intentó defender su inversión incluso dos meses después del asesinato con un video en Youtube,⁴⁶ entre otras acciones, en el que se emplean los discursos de desarrollo sostenible y CPLI. En Holanda, la muerte de Berta Cáceres y la presión generada por una alianza de ONG (algunas de ellas son International Rivers, Oxfam, y SumofUS) generaron la atención mediática y preguntas en el Parlamento, lo que aumentó la presión sobre el banco. Finalmente, una vez que se conocieron las capturas de exmilitares y un gerente de DESA supuestamente vinculados con el crimen, el FMO decidió retirarse de Agua Zarca.

En otro orden, a pesar de la fuerte oposición del pueblo ngöbe-buglé en contra del proyecto Barro Blanco en Panamá, la construcción de la represa está a punto de terminar. El acuerdo de concesión fue firmado entre el Estado panameño y la empresa DENISA en el 2009 sin haber sido consultado adecuadamente con la población local indígena. El FMO tiene una inversión de US\$ 25 millones en el proyecto. Cabe mencionar que Panamá no ha firmado el Convenio 169 de la OIT, pero los pueblos indígenas viven en zonas autónomas (comarcas), lo cual implica que el Gobierno tiene que llegar a un acuerdo con sus autoridades antes de implementar proyectos mineros e hidroeléctricos. En el caso de Barro Blanco, según los oponentes del proyecto, la cacica de la comarca Ngöbe-Büggle dio el permiso sin contar con el apoyo de su pueblo.

La oposición al proyecto se organizó en el ‘Movimiento 10 de Abril’ (M10) para demandar su cancelación definitiva. En el 2012, dos manifestantes perdieron la vida en enfrentamientos con la policía.⁴⁷ El M10 infructuosamente reiteró su petición al FMO de retirar su inversión. El 9 de febrero del 2015, la autoridad nacional del ambiente (ANAM) ordenó la suspensión temporal de la construcción de la represa,⁴⁸ aduciendo los incumplimientos en materia ambiental y la falta de acuerdos con las comunidades afectadas. En respuesta a la suspensión, el Director del FMO envió una carta a la Vicepresidenta de Panamá, argumentando que:

45 De Jonghe, Anne, & Willems, Jordy, *op. cit.*, p. 11.

46 FMO, *The Agua Zarca Project*, 19 de abril de 2016, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=hdTRxwk3Vg8> (visitado el 3 de agosto de 2016).

47 Both Ends, *Barro Blanco*, disponible en <http://www.bothends.org/nl/story/1/Barro-Blanco> (visitado el 3 de agosto de 2016).

48 Moreno, Quintín, ‘Gobierno ordena suspender proyecto hidroeléctrico de Barro Blanco’, *La Estrella de Panamá*, 9 de febrero de 2015, disponible en <http://laestrella.com.pa/panama/nacional/gobierno-ordena-suspenderproyecto-hidroelectrico-barro-blanco/23842690> (visitado el 3 de agosto de 2016).

Como financiadores del proyecto Barro Blanco pero, más importante, como financiadores de proyectos en Panamá en general, tememos que acciones como la tomada en contra de GENISA puedan afectar futuras decisiones de inversión y dañar el flujo de financiamiento a largo plazo hacia su país. Pedimos a las autoridades relevantes (...) tomar acciones rápidas en búsqueda de un acuerdo favorable.

La presión política por parte de los bancos fue exitosa y la construcción continuó desde entonces. En junio del 2016, las pruebas de llenado desplazaron a varias comunidades. El pueblo ngöbe-buglé sigue en protesta.⁴⁹

V. Conclusiones y discusión

Cuando se trata de industrias extractivas, la violación a los derechos humanos de los pueblos indígenas, sobre todo el derecho al CPLI, tiene muchas dimensiones que van más allá de un mero procedimiento legal. El contexto local puede ser caracterizado por fuertes desbalances de poder entre las comunidades indígenas, por un lado, y el sector empresarial y las instituciones del Estado, por el otro. Esto puede ser explicado parcialmente por una historia de marginación, las divisiones internas en las comunidades y las prácticas corruptas. La existencia de un sistema económico mundial dependiente del sobreconsumo de recursos naturales también presiona a los pueblos indígenas. Finalmente, las empresas e instituciones financieras transnacionales buscan activamente imponer sus proyectos mediante diversas estrategias.

Primero, la complejidad del contexto local, como ha sido ilustrado con el primer caso, puede causar que un proceso de consulta apegado a los estándares internacionales sea imposible de realizar. Las comunidades se dividen, y aparecen o se intensifican los conflictos internos. En territorios lejanos, donde las instituciones del Estado tienen poca presencia o donde las locales no funcionan para el bien de su propia población, rige 'la ley de más fuerte'. En el primero de los casos expuestos, ni las medidas cautelares otorgadas por la CIDH lograron disminuir la violencia. No existe en ninguna parte un campo de juego nivelado, dada la marginación histórica de los pueblos indígenas prevaleciente hasta el día de hoy.

Segundo, el sistema económico mundial genera una fuerte presión para explotar los recursos naturales en los territorios pertenecientes a los pueblos indígenas. Tal vez esto genera inevitables conflictos que, ante la ausencia de mecanismos efectivos de resolución y en contextos de fuertes desbalances de poder, fácilmente pueden escalar. El conflicto en Locomapa, Honduras, surgió en un período de aumento del precio del antimonio en el mercado mundial,⁵⁰ lo cual acrecentó la voracidad

49 Rivera, Sandra Alicia, 'Indígenas Ngäbe, en pie de lucha contra el proyecto hidroeléctrico', *La Prensa*, 1 de junio de 2016, disponible en http://www.prensa.com/sociedad/Indigenas-Ngabe-lucha-proyecto-hidroelectrico_0_4496550459.html (visitado el 3 de agosto de 2016).

50 Al respecto, ver Mining Markets, *The tech metals supply squeeze*, 1 de marzo de 2012, disponible en <http://www.miningmarkets.ca/news/the-tech-metals-supply-squeeze/> (visitado el 3 de agosto de 2016).

por extraerlo a costa de lo que fuera, incluyendo vidas humanas. El segundo caso –la política de inversión de un banco de desarrollo– se puede ver en el contexto del mercado de metas de sostenibilidad de los países industrializados que, en vez de disminuir sus propias emisiones de CO₂, pueden invertir en energía ‘limpia’ en países ‘en vías de desarrollo’ para balancearlas. En este esquema, las personas que, gracias a su modo de vida, nunca han contribuido al calentamiento global, pierden el control o el acceso a sus territorios y la naturaleza que es su fuente de vida. Por lo tanto, los abusos que ocurren al ampliarse indebidamente la frontera de los recursos no son simplemente el resultado de factores locales, sino también del metabolismo social insostenible de las sociedades de consumo.

Aquí se muestra que aunque solamente los Estados incurren en responsabilidad legal por violaciones a los derechos humanos, frecuentemente hay capital transnacional vinculado. En las experiencias de Guatemala y Panamá se observa claramente que el FMO ha recurrido a diversas estrategias de presión para imponer los proyectos que financia y ganar apoyo político. Las peticiones de la población afectada para que retirara la inversión fueron hechas en vano, debido a que el banco simplemente tiene el suficiente poder para descartarlas junto con las voces críticas. Al fin y al cabo, el proyecto ‘genera empleo, contribuye a la sostenibilidad y cuenta con un consentimiento previo, libre e informado’.

Como se plasmó en el artículo, el involucramiento de empresas multinacionales con estándares voluntarios de buena conducta no necesariamente genera impactos positivos en la vida de la población afectada, lo que no implica ninguna diferencia respecto de situaciones en las que las involucradas son empresas nacionales que no cuentan con ellos. Es probable que las instituciones financieras tengan poco conocimiento del principio de CPLI y de la complejidad de los contextos locales en que invierten en megaproyectos como represas hidroeléctricas, minas y obras de infraestructura. No obstante, la combinación de desconocimiento y el recurso a la presión política puede tener consecuencias graves para la población afectada, como lo evidencian las víctimas mortales de los enfrentamientos con las fuerzas de seguridad del Estado, que operan a favor de las empresas. Pero más allá del desconocimiento, al sector privado no le conviene respetar el debido proceso del CPLI ni los demás derechos de las comunidades indígenas, dado que pondría a riesgo el retorno de su inversión.

Con respecto a las industrias extractivas, existe un gran número de estándares –como los de IFC, el Pacto Mundial de la ONU, el código de cianuro o EITI (Extractive Industry Transparency Initiative)– pero se puede decir que, en condiciones globales que requieren un retorno de inversiones y un flujo de recursos baratos, mediante su aplicación no se logra convertir a las industrias extractivas en negocios limpios ni libres de violaciones de derechos humanos. Al contrario, se puede emplear el discurso de responsabilidad social empresarial para legitimar proyectos controversiales y nocivos y silenciar las voces críticas. En las palabras de Coumans, la responsabilidad social empresarial es ‘cada vez más un movimiento controlado por las corporaciones cuyos abusos intentaba contener.’⁵¹

51 Coumans, Catherine, ‘Alternative Accountability Mechanisms and Mining: The Problems of Effective Impunity, Human Rights, and Agency’, *Canadian Journal of Development Studies*, Vol. 30(1-2), 2010, p. 45.

¿Cómo podríamos contribuir a un cambio progresivo en relación con el respeto a la integridad territorial, social y cultural de los pueblos indígenas, que enfrentan a las industrias extractivas sufriendo la criminalización, la violencia o el desplazamiento? Los excesos de las industrias extractivas dejan su huella en las comunidades locales, aunque las decisiones que ponen en marcha estos abusos son tomadas en sedes empresariales en Canadá, Estados Unidos u Holanda. Los recursos y el capital pueden transitar libremente por el mundo (desde la periferia y hacia el centro) pero la aplicación de justicia sigue estando restringida a las fronteras nacionales. Por lo tanto, será necesario explorar las maneras de responsabilizar, de manera legal y extraterritorial, al sector empresarial por las violaciones de derechos humanos.

No obstante, para salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas y la vida en el planeta no es suficiente crear un sistema jurídico independiente y capacitado en el derecho al CPLI. El extractivismo cumple un papel dentro del sistema económico mundial: provee a las sociedades de consumo con los recursos necesarios para seguir por el mismo camino. Entonces, para hacerlo se requiere de un cambio en nuestro modo de pensar y vivir. Reafirmo esta postura con una frase de Berta Cáceres: ‘aquí no hay otro planeta de repuesto. Solo hay uno’. Espero que cuando nos demos cuenta plenamente de esta realidad, dejemos de sacrificar a los pueblos indígenas en el altar del desarrollo.

Las personas defensoras de derechos humanos en el contexto del Plan Nacional de Acción Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos en México

Fernanda Hopenhaym e Ivette González***

SUMARIO: I. Introducción. II. El contexto. III. Implementación de los Principios Rectores en México. IV. Los defensores de derechos humanos en el contexto de un Programa Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos en México. V. Informantes como defensores de derechos humanos. VI. Conclusiones.

I. Introducción

En México, las amenazas a la integridad de las personas defensoras de los derechos humanos son hechos cotidianos. Según el informe más reciente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el 2015 se otorgaron al menos ocho medidas cautelares a personas defensoras del medioambiente, los pueblos indígenas, los derechos de personas migrantes, la comunidad LGBT y organizaciones que buscan esclarecer casos de desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales en México.¹

Muchos de estos casos están relacionados con proyectos económicos a gran escala (“megaproyectos”), en los que las empresas cumplen un papel fundamental, desde la inversión hasta su construcción y operación. En la última década, en la región se ha dado una enorme expansión de proyectos hidroeléctricos, mineros, turísticos, agroindustriales y eólicos, por mencionar algunos, financiados en mayor parte con inversión extranjera y operados por grandes empresas nacionales y transnacionales. En este contexto, se han incrementado las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas o en las que estas han tenido un papel preponderante. Los abusos se relacionan principalmente con la falta de cumplimiento de los estándares ambientales y de derechos humanos, incluyendo los laborales,

* Subdirectora del Proyecto sobre Organización, Desarrollo, Educación e Investigación (PODER); Maestría en Estudios Latinoamericanos, Universidad Nacional Autónoma de México.

** Asociada de Vinculación Estratégica del Proyecto sobre Organización, Desarrollo, Educación e Investigación (PODER); Maestría en Gestión Responsable y Desarrollo Económico Sostenible de la Universidad para la Paz en Costa Rica.

1 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *La situación de los derechos humanos en México*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/15 (31 diciembre 2015), p. 166.

la ausencia de regulación o regulaciones muy laxas y el surgimiento o consolidación de grupos armados al margen de la ley, asociados con las actividades de las empresas, entre otras situaciones diversas.

A raíz de ello, también se ha incrementado el número de personas vinculadas con la defensa de los derechos humanos. En México se observan desde la resistencia a proyectos extractivos, por ejemplo, hasta la demanda de reparaciones y garantías de no repetición. En su mayor parte, las personas defensoras *vis-à-vis* proyectos empresariales –o público-privados– cuestionan la asimetría de poder, el modelo económico imperante y el rol de las empresas en la sociedad desde un enfoque centrado en aspectos sociales y ambientales; al no formar parte del *establishment* de los derechos humanos, se encuentran en una situación de por sí más vulnerable, y más aún en un país como México, donde la opacidad de las empresas, la corrupción y la impunidad son moneda de uso corriente.

Desde los años noventa, con las reformas neoliberales que privatizaron numerosos servicios públicos y cedieron la explotación de gran parte de los recursos naturales a empresas privadas, las deficiencias institucionales-políticas, socio-económicas y financieras empeoraron. Como lo describe el economista Álvaro Vargas Llosa, la norma devino ceder empresas estatales a los “amigos del gobierno” en condiciones monopólicas, lo que exacerbó un sistema caracterizado por el control de las élites sobre las toma de decisiones públicas.² Este fenómeno, en el que proliferan “(...) los esfuerzos por parte de las corporaciones para dar forma e influir en las reglas de juego (es decir: legislación, leyes, reglas y decretos)”³ fue nombrado por Joel Hellman y Daniel Kaufmann, del Banco Mundial, como *captura del Estado*.

Estos vínculos público-privados, donde la separación entre las esferas de acción de las élites empresariales y gubernamentales es muy difusa, hacen que la defensa de los derechos humanos frente a proyectos empresariales sea altamente riesgosa, debido al peligro que trae consigo el desafiar al poder económico que tiene capturadas las altas esferas del sistema político. Es por ello que garantizar la seguridad de las personas defensoras es clave.

Por otra parte, la CIDH ha señalado su rol fundamental en términos de que “las y los defensores de derechos humanos son un pilar esencial para el fortalecimiento y consolidación de las democracias, ya que el fin que motiva la labor que desempeñan incumbe a la sociedad en general, y busca el beneficio de ésta”.⁴ Este papel también lo desempeñan en el ámbito empresarial, por lo que es fundamental hacerlas partícipes en la elaboración del Plan de Acción Nacional sobre Empresas y plan de acción nacional en la materia (NAP, por sus siglas en inglés). En este artículo describimos brevemente la situación actual

2 Mendoza, Plinio, Montaner, Carlos y Vargas Llosa, Álvaro, *Manual del perfecto idiota latinoamericano*, México, Plaza & Janés, 1996, p. 114.

3 Hellman, Joel S. et al, *Measuring Governance, Corruption, and State Capture: How Firms and Bureaucrats Shape the Business Environment in Transition Economies*, EBRD/World Bank, 2000, p. 4.

4 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *La situación de los derechos humanos en México*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/15 (31 diciembre 2015), p. 171.

en México en esta materia y argumentamos sobre la necesidad de la participación y protección de las personas defensoras de derechos humanos en estos procesos.

II. El contexto

En los últimos cuatro años ha habido diversas reformas constitucionales en México (“reformas estructurales”) que, en general, han flexibilizado las condiciones para facilitar la inversión privada, como se puede observar en las reformas energética, laboral, de telecomunicaciones y de transparencia y acceso a la información. Asimismo, la firma de acuerdos comerciales bilaterales o multilaterales (por ejemplo el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica o TPP, por sus siglas en inglés) han expandido el terreno para el crecimiento de las multimillonarias empresas nacionales y las grandes inversiones extranjeras. Todo ello evidencia la profundización de la intervención privada en la esfera pública en México, dada la impronta corporativa muy fuerte, con la ausencia total de mención a los derechos humanos y otros derechos de la ciudadanía.

Al respecto, en el 2015 se registró un crecimiento de 25.8% en inversión extranjera directa (IED) respecto a 2014, sobre todo en los sectores de telecomunicaciones, manufactureros, servicios financieros, comercio y construcción. Esta provino de 3371 sociedades con participación de capital extranjero. Estados Unidos aportó un 53.1%; España, 9.6%; Japón, 4.7%; Alemania, 4.3% y Canadá, 3.8%; otros 74 países aportaron el 24.5% restante.⁵ El incremento en la IED tiene múltiples efectos en la economía, que se traducen en aumentos de la producción de esos países.⁶

En 1994, cuando México se adhirió a la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), manifestó ante los 24 países más desarrollados del mundo su intención de ser un socio viable para la IED, incrementando la confianza de los inversores internacionales en su estabilidad económica,⁷ al mismo tiempo que expresó su motivación de mejorar la vida de la población.⁸ Sin embargo, más de veinte años después, se ha ido cumpliendo con lo primero sin que se observen mejoras en las condiciones de vida de la ciudadanía.

Paralelamente han tenido lugar otras reformas que refuerzan las posibilidades de defensa de los derechos humanos. En 2011 se formularon reformas constitucionales que ampliaron la cobertura del

5 Redacción, “Inversión Extranjera en México subió a 28.3 mdd en 2015: SE”, *Excélsior*, 21 de febrero de 2016, disponible en <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2016/02/21/1076531#view-2> (visitado el 31 de julio de 2016).

6 Montes Rivera, Fredy Yair, “La Inversión Extranjera Directa y el PIB en México”, *El Economista*, 18 de marzo de 2013, disponible en <http://eleconomista.com.mx/columnas/agro-negocios/2013/03/18/inversion-extranjera-directa-pib-mexico> (visitado el 31 de julio de 2016).

7 OCDE, *Políticas públicas para un mejor desempeño económico: experiencias del mundo para el desarrollo, México 10 años en la OCDE*, México, OCDE, 2006, pp. 42-50.

8 Secretaría de Relaciones Exteriores, *Manual de organización de la Misión Permanente de México ante la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos*, 2012, p. 3.

juicio de amparo por violaciones a los derechos plasmados en los tratados internacionales y la adopción de nuevos conceptos relacionados con su violación por la omisión de las autoridades.⁹ Esto permite profundizar la discusión sobre los tratados ratificados por México, sin que importe si los abusos fueron perpetrados por actores privados y si existen disposiciones legales que permitan considerar a una empresa como autoridad responsable de la violación de tales derechos a nivel judicial.¹⁰

El artículo 1 de la Constitución Política establece:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Este y los subsiguientes artículos constitucionales dan un amplio reconocimiento al respeto, promoción, protección y defensa de los derechos humanos y establecen claramente la obligación de cumplimiento de los tratados internacionales en la materia. También hay elementos que nos permiten enfatizar en la necesidad de transmitir y difundir todo tratado, caso y práctica tanto sobre los derechos como el acceso a la justicia a cualquier entidad –incluyendo a la empresa.

Además en el nivel internacional actualmente se cuenta con herramientas para una mayor rendición de cuentas de las empresas respecto de los derechos humanos, particularmente los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos de la ONU (PR o Principios Rectores) adoptados en 2011 por el Consejo de Derechos Humanos. En 2015, el Gobierno mexicano manifestó su interés en implementarlos con un Programa Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos antes del final de la actual administración, en 2018.

III. Implementación de los Principios Rectores en México

Hablar de un entorno favorable para implementar los Principios Rectores en México puede ser aventurado, dado que depende de múltiples variables políticas, económicas y sociales. En contrapartida, lo hacen necesario las relaciones políticas y diplomáticas, la apertura a la inversión extranjera, factores ambientales, reformas a las leyes y creación de nuevas normativas, las elecciones políticas estatales y federales, los tratados de comercio internacional y factores sociales y de derechos humanos conocidos a

⁹ Centro de Documentación y Análisis, Archivos y Compilación de Leyes, *Reformas constitucionales en materia de amparo y derechos humanos publicadas en junio de 2011 (Relación de tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte en los que se reconocen derechos humanos)*, disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/inicio.html> (visitado el 31 de julio de 2016).

¹⁰ PODER, *Comités de cuenca Río Sonora obtienen primeras victorias legales*. octubre de 2015, disponible en <http://projectpoder.org/es/2015/10/press-conference-rio-sonora-river-basin-committees-obtain-first-legal-victories/> (visitado el 31 de julio de 2016).

nivel internacional,¹¹ entre otros aspectos. Además, en México existe la voluntad política para garantizar y fortalecer el respeto a los derechos humanos en las actividades empresariales.¹² Entonces, se debe aprovechar el *momentum* favorable para impulsar un instrumento que realmente garantice el respeto cabal a los derechos humanos por parte del sector privado y nos brinde herramientas para exigir el acceso a la justicia cuando las empresas los violentan.

En términos de proceso, desarrollar un NAP requiere, entre otras cosas, de la amplia participación de múltiples actores, la difusión del conocimiento sobre derechos humanos y un cambio cultural para hacerlos efectivos e incorporarlos a la perspectiva empresarial en el comercio, la inversión y el desarrollo. En un contexto de globalización,¹³ cada sector, con sus diferentes actores, tiene un rol que cumplir para equilibrar el terreno internacional e interno aplicando los más altos estándares de respeto, promoción, protección y reparación de daños para que sea más justo.

Algunos gobiernos que han implementado sus NAP con base en los Principios Rectores, como Suecia, el Reino Unido y Colombia, mencionan la importancia de la participación de la sociedad civil¹⁴ aunque en ninguno de sus tres pilares se aluda a su responsabilidad directa u obligación específica. En el proceso de creación de normativa, las amplias acciones de la sociedad civil mexicana contribuyen a promover el respeto a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales; además, fomentan el diálogo con Gobiernos y empresas, así como la transparencia y rendición de cuentas empresarial y el aseguramiento de la inclusión y participación de las comunidades indígenas, agrarias, campesinas, urbanas y de otra índole (posiblemente) afectadas por la actividad empresarial.

Este trabajo es llevado a cabo colectivamente por el Grupo Focal sobre Empresas y Derechos Humanos,¹⁵ formado por organizaciones con vasta experiencia, que acompañan a comunidades que han enfrentado el abuso y la violación a sus derechos en el contexto de megaproyectos. Se han

11 Hernández Zubizarreta, Juan, *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa*, Bilbao, Hegoa, 2009, p. 46.

12 Secretaría de Gobernación, *Abordar los Derechos Humanos en todos los espacios y entornos: Grupo de trabajo sobre empresas y #DDHH*, 3 de septiembre de 2015 disponible en <http://www.gob.mx/segob/articulos/abordar-los-derechos-humanos-en-todos-los-espacios-y-entornos-grupo-de-trabajo-sobre-empresas-y-ddhh>; Secretaría de Gobernación, ¿Por qué promover un Programa Nacional sobre Derechos Humanos y Empresas?, 15 de abril de 2016, disponible en <http://www.gob.mx/segob/articulos/por-que-promover-un-programa-nacional-sobre-derechos-humanos-y-empresas> (visitados el 31 de julio de 2016).

13 Stiglitz, Joseph, “Human Rights and Globalization, The Responsibility of States and Private Actors”, *Journal of Catholic Social Thought*, Vol. 10(1), 2013, pp. 85-90.

14 Government Offices of Sweden, *Action Plan for Business and Human Rights*, 2015, disponible en <http://www.government.se/contentassets/822dc47952124734b60daf1865e39343/action-plan-for-business-and-human-rights.pdf>; Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, United Kingdom, *Good Business: Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, 2013, disponible en https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/236901/BHR_Action_Plan_-_final_online_version_1_.pdf; Consejería Presidencial para los Derechos Humanos del Gobierno de Colombia, *Derechos Humanos y Empresa: Plan de Acción de Derechos Humanos y Empresas*, 2015, disponible en <http://www.derechoshumanos.gov.co/Prensa/2015/Documents/Plan%20Nacional%20de%20Accion%20DDHH%20Empresa.pdf> (visitados el 31 de julio de 2016).

15 Grupo Focal sobre Empresas y Derechos Humanos en México, *Nota conceptual*, 2016, disponible en <http://business-humanrights.org/es/nota-conceptual-de-grupo-focal-sobre-empresas-y-derechos-humanos> (visitado el 31 de julio de 2016).

realizado numerosas acciones de incidencia en los niveles nacional -con el Gobierno y las empresas- e internacional -también con empresas, gobiernos con inversiones e intereses comerciales en México y organismos internacionales. Asimismo, se ha difundido esta agenda en 87 comunidades locales y organizaciones de derechos humanos para reforzar sus capacidades de participación y de brindar insumos con miras al proceso del NAP. La finalidad es promover el respeto a los derechos humanos en el contexto de la actividad empresarial, con el fortalecimiento de los estándares y mecanismos existentes utilizando los Principios Rectores como una herramienta central.

En el caso mexicano, además, la participación de la sociedad civil tiene un rol fundamental. Por medio de un proyecto conjunto¹⁶ del Grupo Focal y la Mesa Internacional para la Rendición de Cuentas Empresarial (ICAR, por sus siglas en inglés), se está preparando un diagnóstico de línea base con la metodología desarrollada por el ICAR y el Instituto Danés de Derechos Humanos, basada en los PR, que será empleado como plataforma de despegue y base para el Programa Nacional de Empresas y Derechos Humanos según el compromiso gubernamental expreso. Los objetivos del diagnóstico son: 1) Impulsar el compromiso para una real implementación de los PR por parte del Gobierno; 2) dar a conocer el estado actual de la legislación en la materia en México, incluyendo las brechas existentes; 3) incluir la participación de distintos actores sociales en el proceso, tales como las comunidades, organizaciones de base y de la sociedad civil y personas defensoras de los derechos humanos; 4) contar con un documento de utilidad pública para los distintos sectores y lograr cerrar las brechas legislativas que impiden el respeto a los derechos humanos en las actividades empresariales; y, 5) formular indicadores para el seguimiento y monitoreo de la implementación de los PR en México.

Un Programa Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos debe contener un compromiso firme de implementación de los Principios Rectores, basarse lo más posible en la estructura y substancia de la línea base, evitar ambigüedades con la definición de compromisos claros y fechas límites para la acción, así como contemplar iniciativas de desarrollo de capacidades en los distintos actores y partes interesadas.¹⁷ Por ello, las acciones de la sociedad civil, además de incluir estrategias de incidencia, creación de confianza con los distintos actores participantes y capacitación a su propio sector, deben asegurar que no se excluya a los actores clave, entre ellos, las personas defensoras de derechos humanos cuya participación se requiere en el desarrollo de sus contenidos y el monitoreo del cumplimiento de los compromisos.

16 ICAR, *ICAR y PODER se unen para apoyar el desarrollo de un Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos en México*, 2016, disponible en <http://icar.ngo/analysis/icar-y-poder-se-unen-para-apoyar-el-desarrollo-de-un-plan-nacional-de-accion-sobre-empresas-y-derechos-humanos-en-mexico/> (visitado el 31 de julio de 2016).

17 De Felice, Damiano y Graf, Andreas, “The Potential of National Action Plans to Implement Human Rights Norms: An Early Assessment with Respect to the UN Guiding Principles on Business and Human Rights”, *Journal of Human Rights Practice*, Vol. 7(1), 2015.

IV. Los defensores de derechos humanos en el contexto de un Programa Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos en México

El Consejo de Derechos Humanos de la ONU define a las personas defensoras de derechos humanos como:

[C]ualesquiera personas o grupos de personas que se esfuercen en promover los derechos humanos, desde organizaciones intergubernamentales asentadas en las mayores ciudades del mundo hasta individuos que trabajan en sus comunidades locales. Los defensores pueden ser de cualquier género, tener distintas edades, proceder de cualquier parte del mundo y tener cualesquiera antecedentes profesionales o de otro tipo. Es importante observar, en particular, que los defensores de los derechos humanos no sólo desarrollan su actividad en ONG y organizaciones intergubernamentales, sino que, en algunos casos, también pueden ser empleados del Estado, funcionarios públicos o miembros del sector privado.¹⁸

Todo ello a sabiendas de que sus acciones deben ser pacíficas, de acuerdo con la Declaración sobre los defensores de derechos humanos de la ONU.¹⁹

A partir de esta definición, es posible identificar las distintas acciones y ámbitos de actuación de las personas defensoras y, en todos los casos, se observa un alto grado de riesgo para quienes se dedican a esta labor. México no es la excepción, como lo consigna la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe de país. En él reporta que, aunque las autoridades les otorguen protección, las personas defensoras son objeto de ataques por las condiciones de violencia existentes en el país.²⁰ La CIDH da cuenta de campañas de difamación y desprestigio, hostigamientos y amenazas contra las personas defensoras y sus familiares, persecución, secuestro, asesinato, criminalización de individuos y de la protesta y el uso de la fuerza pública y la seguridad privada para intimidarles o agredirles en sus comunidades. A lo anterior se suman violencia de género, censura, secuestros, disparos, ataques a viviendas, sedes de televisión, estaciones radiofónicas, radios comunitarias y otros medios de comunicación. Por su parte, las organizaciones de la sociedad civil (OSC) sufren el allanamiento de sus oficinas, el robo de documentos e intentos de *hackeo* de sus sitios web. Las víctimas han sido periodistas, comunicadores, abogados, defensores, informantes y OSC para quienes, en algunos casos, se han otorgado oportunamente medidas cautelares por parte de este órgano principal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

18 OACNUDH. *Sobre los defensores de los derechos humanos*, disponible en <http://www.ohchr.org/SP/Issues/SRHRDefenders/Pages/Defender.aspx> (visitado el 31 de julio de 2016).

19 Asamblea General, *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*, A/RES/53/144 (8 de marzo de 1999).

20 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *La situación de los derechos humanos en México*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/15 (31 diciembre 2015), p. 67; *Obstáculos para el acceso a la justicia ante violación de los derechos humanos en México*, 2015, pp. 6-17, disponible en <http://www.justiciayderechoshumanos.org.mx/actualidades/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20-%20Visita%20in%20loco%20CIDH%20a%20Mexico.pdf> (visitado el 31 de julio de 2016). Estos fenómenos afectan, entre otras, a comunidades rarámuri y tepehuanes en Chihuahua, zapotecas en Oaxaca, el pueblo Yaqui en Sonora, entre muchos otros.

En cifras, de 2006 a 2012, la Oficina del Alto Comisionado para las Naciones Unidas en México (OACNUDH) registró 245 agresiones. De 2012 a 2015 el total de violaciones a derechos humanos de personas defensoras fue de 918,²¹ un aumento considerable y preocupante observado durante la actual administración federal. Por otro lado, según *Global Witness*, el 40% de las personas victimizadas por la defensa de la tierra y el medio ambiente en el 2014 a nivel global eran indígenas en contextos de proyectos mineros y extractivos, agroindustriales e hidroeléctricos y de tala. Entre los posibles responsables se señala a actores con intereses comerciales, terratenientes, el crimen organizado y políticos.²²

En el marco de los proyectos a gran escala a nivel local, con potenciales impactos negativos para los derechos humanos, los que son cada vez mayores, observamos que las actividades para su defensa han ido en aumento al igual que el riesgo que traen consigo. La CIDH expresa tener conocimiento sobre casos de líderes indígenas, campesinos, ambientalistas y defensores en zonas rurales que, por oponerse a proyectos extractivos, sufren violencia a manos de particulares presuntamente relacionados con las empresas involucradas como estrategia para que desistan de la defensa de los derechos humanos.²³ Estas empresas, en ocasiones, cuentan con el apoyo, tácito o explícito, de fuerzas de seguridad locales.

En palabras del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de las y los defensores de derechos humanos, Michel Forst:

Las autoridades mexicanas deberían reconocer públicamente que la defensa de los derechos humanos y de las víctimas de violaciones de derechos humanos no es solo una actividad legítima, sino fundamental para fortalecer el Estado de Derecho, la rendición de cuentas ante la justicia y la democracia en el país.²⁴

Una de las formas de hacer este reconocimiento es otorgar especial énfasis al tema en el Programa Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos, en proceso de elaboración. Como es sabido, los PR son el producto del esfuerzo de décadas de las organizaciones de la sociedad civil, comunidades afectadas y las personas defensoras de derechos humanos para que se reconozca el impacto de las corporaciones en los derechos humanos.²⁵ En vista de que muchos de estos impactos se producen directamente contra el trabajo de defensa, la perspectiva de las personas defensoras de derechos humanos debe estar recogida

21 OACNUDH-México, *Informe sobre la situación de las y los defensores de derechos humanos en México: Actualización 2012 y balance 2013*, 2013, p. 10.

22 Global Witness, *¿Cuántos más? El medio ambiente mortal de 2014: intimidación y asesinato de activistas ambientales y de la tierra, con Honduras en primer plano*, 2015, pp. 1, 7.

23 Centro Mexicano de Derecho Ambiental (CEMDA), *Acceso a la justicia de víctimas de violaciones de derechos humanos ambientales en México*, 2015.

24 OACNUDH-México, *Expertos de la ONU piden a México contrarrestar la campaña de desprestigio y respaldar a los defensores de derechos humanos*, 6 abril de 2016, disponible en http://www.hchr.org.mx/index.php?option=com_k2&view=item&id=801:expertos-de-la-onu-piden-a-mexico-contrarrestar-la-campana-de-desprestigio-y-respaldar-a-los-defensores-de-derechos-humanos&Itemid=266 (visitado el 31 de julio de 2016).

25 DIHR/ICAR, *National Action Plans on Business and Human Rights a Toolkit for Development, Implementation, and Review of State Commitments to Business and Human Rights Framework*, 2014, disponible en <http://icar.ngo/wp-content/uploads/2014/06/DIHR-ICAR-National-Action-Plans-NAPs-Report3.pdf> (visitado el 31 de julio de 2016).

tanto en los diagnósticos de base como en el desarrollo, monitoreo y evaluación del NAP. Para ello, es esencial que el Gobierno y las empresas reconozcan la legitimidad de la promoción y defensa de los derechos humanos y que comprendan que con ellas no se busca perjudicarles, sino fortalecer el Estado de Derecho y mejorar la situación de los derechos humanos para beneficio de toda la sociedad. Asimismo, es necesario que se generen las condiciones apropiadas para que las personas defensoras de derechos humanos, en particular las comunitarias, participen de forma efectiva y segura en estos procesos. Esto incluye recursos para movilizarlas desde distintas partes de la República Mexicana.

Entre los contenidos del Programa Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos, será importante incluir disposiciones especiales que garanticen la protección del Estado y el respeto de las empresas a los derechos de las personas defensoras en el contexto de proyectos empresariales o público-privados y que, cuando estos les sean violados, se les asegure el acceso a la justicia y la reparación efectivas.

Su participación y consulta a lo largo del proceso de creación del NAP sin duda traería resultados favorables y contribuiría a un monitoreo constante de su implementación y cumplimiento. Asimismo, el NAP y sus avances deberán ser publicados periódicamente en un lenguaje y formato accesibles; también deberá explicitarse de qué manera fueron tomados en cuenta los insumos aportados por las personas defensoras de derechos humanos.²⁶ Como ya mencionamos, ellas suelen estar físicamente en el lugar de las afectaciones acompañando a las personas que las sufren o podrían sufrirlas; además, conocen los contextos territorial, histórico, político, económico, tradicional y social de las comunidades locales en distintas zonas del país; cuentan con datos e información de primera mano sobre los impactos en derechos humanos producidos por la actividad empresarial y tienen una perspectiva sumamente relevante en esta materia. Estos son insumos concretos que pueden ser muy útiles en distintos momentos de la implementación de los Principios Rectores para identificar los vacíos a atender.

La inclusión efectiva del reconocimiento y la protección mencionadas para quienes defienden los derechos humanos se constituiría en un planteamiento novedoso y beneficioso para todas las partes. La incorporación de su perspectiva en el Programa Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos en México es vital para identificar los posibles riesgos de la actividad empresarial en su amplio espectro, así como sus impactos negativos reales y potenciales en derechos humanos, lo que facilitaría, a su vez, incluir un enfoque preventivo.

Por otra parte, un programa de esta índole debe referirse a las estrategias gubernamentales sobre empresas y derechos humanos.²⁷ Una de ellas es la implementación y constante revisión y actualización de la Ley para la Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas y de su

26 ISHR/ICAR, *Personas defensoras de derechos humanos en los Planes Nacionales de Acción (PNA) sobre empresas y derechos humanos*, 2016, disponible en <http://icar.ngo/wp-content/uploads/2016/06/HRD-guidance-Spanish-FINAL-.pdf> (visitado el 31 de julio de 2016).

27 UN Working Group on Business and Human Rights, *Guidance on national action plans on business and human rights, version 2.0*, 2015, disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/UNWG_NAPGuidance.pdf (visitado el 31 de julio de 2016).

Mecanismo porque, como se ha dicho, son una fuente principal de información sobre su funcionamiento. Es igualmente necesario que el NAP refuerce la observancia de los compromisos internacionales en la materia, promoviendo la implementación efectiva de las resoluciones de la ONU y otros instrumentos que el Estado mexicano ha apoyado, como la Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos,²⁸ de 1999, o los Principios Relativos al Estatuto de las Instituciones Nacionales de Promoción y Protección de los Derechos Humanos (“Principios de París”) ²⁹ de 1993.

Asimismo, debe ser incorporada y desglosada la forma en la que será puesta en práctica y comunicada esta perspectiva en toda política gubernamental relacionada con derechos humanos y empresas³⁰ (incluyendo las relativas a aspectos comerciales, laborales, migratorios y de seguridad, entre otras), como una demostración clara de voluntad política hacia las personas defensoras, las instituciones y las propias empresas. Ello, además, debe ser asegurado con una coherencia política en todos los niveles.

Tanto en México como en otros países de la región, se requieren un diálogo y un cambio cultural en los sectores social, empresarial y gubernamental a fin de comprender la relevancia de la defensa de los derechos humanos que, a su vez, posibilite un mejor entendimiento entre las partes. Un Plan de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos es el instrumento más acorde para lograr que se reconozca plenamente la figura de persona defensora, en diálogo con el sector privado y el gobierno.

V. Informantes como defensores de derechos humanos

Los sistemas democráticos y la Carta Internacional de Derechos Humanos garantizan la libertad de expresión y el acceso a la información, derechos que protegen a periodistas y comunicadores, entre otros actores, para publicar lo que consideren de interés público y transparentar la información sobre las instituciones públicas, con el fin de que la ciudadanía pueda exigirles la rendición de cuentas. El siguiente paso es proteger exhaustivamente a fuentes e informantes. Una persona informante (o *whistleblower*) es, por definición, aquella que al revelar información sobre actividades ilícitas, que

28 Asamblea General, *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*, A/RES/53/144 (8 de marzo de 1999).

29 Asamblea General, *Instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos*, A/RES/48/134 (20 de diciembre de 1993).

30 Peace Brigades International, *PBI Joint Statement: Human Rights Defenders Working on Land & Environmental Issues Recommendations for States and Multilateral Bodies*, 4 de diciembre de 2014, disponible en http://www.peacebrigades.org/newsroom/news-item/?no_cache=1&tx_ttnews%5Btt_news%5D=4488&cHash=4ec1146cd4c4fd2d43fee29e45e2d160 (visitado el 31 de julio de 2016).

violan alguna regulación o que son nocivas para el interés público, sufre represalias y amenazas y requiere protección.³¹

Es común que las personas vinculadas a una institución gubernamental o una empresa privada tengan acceso privilegiado a información de interés público sobre corrupción, violaciones a derechos humanos, malas prácticas en la administración pública u otras cuestiones altamente sensibles. Este acceso se da en razón de su trabajo, porque participan en alguna organización o por la entrada de empresas en su territorio, entre otras circunstancias. Si denuncian públicamente las situaciones de las que tienen conocimiento, es probable que su forma de vida sea severamente afectada porque, aunque lo hagan de forma anónima, es posible rastrear e identificar la fuente.

Aunque las personas informantes pueden cumplir un rol sumamente importante para fortalecer las democracias, en México no hay disposiciones normativas ni agencias para su protección. Por un lado, la citada ley de personas defensoras de derechos y periodistas no lo contempla; por la otra, en la reforma de 2015 a la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública se desestimaron disposiciones jurídicas con tal fin; en general, son mínimas las menciones relativas al asunto en la normativa mexicana. Por ejemplo, el Código Penal Federal en su artículo 219 tipifica el delito de intimidación, en el que pueden incurrir los servidores públicos para evitar la denuncia o revelación de información sobre la comisión de un presunto delito. Por otra parte, en la fracción XXI del artículo 8 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos se señala su obligación de abstenerse de cualquier acto que impida la presentación de quejas o de cualquier acto u omisión que perjudique los intereses de quienes las formulen o presenten. Estas leyes se refieren al funcionariado público, pero cuando se trata de un ciudadano común, un empleado o gerente de una empresa, no existe ningún tipo de protección ni mecanismo alguno de denuncia. Asimismo, en México no es una práctica común que las empresas cuenten con dichos mecanismos.

Al respecto, los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos de la ONU nos brindan herramientas que podrían contribuir a mejorar las condiciones de seguridad de los potenciales informantes. El principio 29, por ejemplo, menciona que todas las partes interesadas en el contexto empresarial –comunidades, sindicatos, gerentes, autoridades, empleados, toda la cadena de valor empresarial, entre otras– deben contar con un mecanismo de protección a informantes y garantías de protección frente a posibles represalias. Asimismo, según Arnaud Poitevin, existen otros elementos dentro de los PR que justifican de manera contundente la importancia de incluir la protección a informantes en su implementación.³² Estos tienen que ver con el fortalecimiento de las disposiciones para proteger a todas las partes afectadas, mejorar las oportunidades para identificar efectos adversos

31 Poitevin, Arnaud, “Whistleblowers and the mainstreaming of a protection within the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights”, *European Journal of Human Rights*, No. 15, 2015, pp. 631-633.

32 *Ibid.*

que resulten de la actividad empresarial y contribuir a señalar potenciales violaciones a derechos en la cadena de valor de las empresas, incluso facilitando su debida diligencia.

En resumen, la figura del informante es importante para la defensa de los derechos humanos, particularmente en un contexto de opacidad, corrupción e impunidad. Es necesario incorporarla a la ley de protección a personas defensoras en México, brindarle protección particular y generar incentivos para que se generalice esta práctica anticorrupción y de denuncia de violaciones y abusos a los derechos humanos, fortaleciendo la democracia. En términos generales, las personas defensoras cumplen un papel clave en nuestras sociedades como un contrapeso generado desde la sociedad civil para garantizar el respeto a los derechos humanos y el acceso a la justicia para las víctimas.

VI. Conclusiones

En las últimas décadas en América Latina se ha desatado una avalancha de proyectos de desarrollo a gran escala sin políticas adecuadas de regulación y prevención de afectaciones al medio ambiente y a los derechos humanos. En su mayoría, han sido implementados por grandes empresas con un enorme poder económico y político. Aunado a ello, se ha visto cada vez con mayor claridad la debilidad de los Estados y México no es la excepción.

Los derechos humanos, por su carácter universal, son un instrumento para generar mayor igualdad dentro de nuestras sociedades, garantizando parámetros mínimos de dignidad para la ciudadanía. Desde esa perspectiva, cuando en pro del desarrollo se afecta de múltiples formas a ciertos grupos que viven en situaciones particularmente vulnerables, aparece un elemento disruptivo.

Es por ello que se ha evidenciado la necesidad de herramientas específicas que vinculen a las empresas y los derechos humanos. Los Principios Rectores proveen elementos que, de ser implementados de forma jurídicamente vinculante, podrían mejorar las regulaciones. Por la importancia del tema en el contexto actual, la participación de las personas defensoras de derechos humanos en la implementación de los Principios Rectores con un Programa Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos debe ser amplia e incluyente. El reconocimiento del legítimo derecho de las personas defensoras a participar es clave; se debe superar la noción de que no cuentan con suficientes conocimientos o herramientas técnicas porque pueden coadyuvar a la identificación de patrones de desigualdad estructural, violaciones sistemáticas o problemáticas de grupos específicos, así como facilitar la comprensión de los casos y la determinación de responsabilidades. Asimismo, es necesario dejar atrás los estereotipos y prejuicios con los que se las descalifica como obstáculos al desarrollo económico y al progreso,³³ y reconocer que las comunidades tienen derecho a perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural sin que los proyectos de inversión violen sus derechos humanos.³⁴

³³ Stavenhagen, Rodolfo, *Los pueblos indígenas y sus derechos*, México, UNESCO, 2008.

³⁴ *Ibid.*, p. 175.

Finalmente, se debe considerar que la naturaleza de la defensa de los derechos humanos es diversa y que tanto las personas defensoras de la tierra y del territorio como los informantes que revelan malas prácticas y actos de corrupción o impunidad, tienen un papel que jugar en estos procesos tan importantes para el país. Además de asegurar su amplia participación, el contenido del NAP debe incluir disposiciones para protegerlas, sobre todo en un país como México donde los datos hablan por sí mismos.

Hay diversos aspectos en los que la participación de personas defensoras de derechos humanos puede contribuir a que el NAP sea un mejor instrumento, al propiciar, entre otras acciones, las siguientes:

- Una comprensión más amplia de los impactos de la actividad empresarial a nivel local.
- La difusión del conocimiento en esta materia dentro de distintos sectores, incluyendo las comunidades locales.
- La legitimidad del plan o programa de cara a las comunidades afectadas o potencialmente afectadas, asegurando su participación en las distintas etapas del proceso, incluyendo la implementación y monitoreo.
- La reforma legislativa o adopción de nuevas leyes con un enfoque de derechos humanos.
- Que este nuevo instrumento esté alineado con otros instrumentos de derechos humanos internacionales y regionales ratificados por México.
- La coherencia política en la exigencia de incluir la protección y promoción de los derechos humanos en los acuerdos de comercio internacional, financiamiento al desarrollo y en la inversión extranjera directa.
- La garantía de que la protección a las personas defensoras e informantes sea plasmada en el texto del NAP.
- El monitoreo del cumplimiento de los compromisos hechos por el Gobierno en el plan o programa mexicano.

El Gobierno mexicano tiene en sus manos una oportunidad única para asegurar un proceso con amplia participación de todos los sectores, incluyendo a personas defensoras de derechos humanos y defensores comunitarios. Igualmente, este proceso debe ser útil para desarrollar un instrumento sólido, con elementos vinculantes, que garanticen la legítima defensa de los derechos humanos en condiciones de seguridad e integridad, además de los componentes clave que debe incluir una política pública de esta naturaleza. Esperamos que esté a la altura de las circunstancias.

Los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos y la práctica legal en el arbitraje de inversión respecto del derecho internacional de los derechos humanos

Enrique Prieto-Ríos y Álvaro Amaya***

SUMARIO: I. Introducción. II. Derecho internacional de la inversión extranjera en contexto. III. El arbitraje de inversión. IV. Derechos humanos y tribunales de inversión. A. Caso Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia. B. Caso Azurix Corp. v. The Argentine Republic. C. Caso Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. v. Argentina Republic. D. Caso Mondev International Ltd v. United States of America. V. Los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos y el arbitraje de inversión. VI. Conclusiones.

I. Introducción

Este capítulo analizará la relación que existe entre el derecho internacional de la inversión extranjera y los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos de las Naciones Unidas (en adelante los “Principios Rectores” o “PREDH”). Para tal fin, este capítulo examina los orígenes del derecho internacional de la inversión extranjera, sus objetivos y finalidades. A partir de este punto, el capítulo entra a examinar el arbitraje de inversión y su relación con el derecho internacional de los derechos humanos y la obligación de los Estados de promover y proteger los derechos humanos a nivel interno. El capítulo concluye analizando cómo los Principios Rectores pueden servir como instrumentos para que dentro del derecho internacional de la inversión extranjera también se pueda promover y proteger los derechos humanos.

Es importante mencionar que el derecho internacional de la inversión extranjera hace referencia a todos los tratados internacionales entre dos o más países que tienen como objetivo proteger las inversiones extranjeras en un país receptor.¹ Entre ellos, hay acuerdos bilaterales para la protección

* Profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario; abogado de la Universidad de Rosario y candidato a PhD de Birkbeck, University of London, Reino Unido. Miembro de la Academia Colombiana de Derecho Internacional.

** Profesor e investigador en la Pontificia Universidad Javeriana; abogado e historiador de la Pontificia Universidad Javeriana y LLM en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en las relaciones económicas) con distinción de la Universidad de Essex, Reino Unido. Miembro fundador de la Academia Colombiana de Derecho Internacional y socio de la firma de derecho internacional Sostenibilidad Legal.

1 Prieto Ríos, Enrique, ‘Neoliberal Market Rationality: The Driver of International Investment Law’, *Birkbeck Law Review*, Vol. 3, 2015, pp. 55-76.

y promoción de la inversión extranjera (APPRI) y tratados de libre comercio (TLC) con capítulos de protección al inversionista extranjero o cualquier otro tratado bilateral o multilateral con características similares a los anteriormente mencionados.²

II. Derecho internacional de la inversión extranjera en contexto

La protección de los intereses económicos de inversionistas extranjeros en el exterior no es una práctica nueva; de hecho, los tratados entre países europeos para facilitar el comercio, proteger la propiedad y regular el acceso a los puertos han existido desde el siglo XV.³ Los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación (FCNs por sus siglas en inglés), son generalmente señalados como antecesores de los APPRI. El primer tratado de este tipo fue firmado en 1778 entre Francia y los Estados Unidos de América y regulaba asuntos relacionados con el comercio entre los dos países y la protección a la propiedad de nacionales de uno cuando se encontraban en el territorio del otro.⁴

A partir de este tratado, otros países de Europa Occidental siguieron con la práctica de negociar acuerdos similares.⁵ De esta forma, desde finales del siglo XVI se desarrolló una amplia red de tratados bilaterales de comercio y de protección a la propiedad privada de extranjeros.

Al final de la Segunda Guerra Mundial la estructura imperial comenzó a debilitarse, y los movimientos de descolonización en África y Asia ganaron fuerza y lograron la independencia de varias colonias. Esta nueva realidad generó grandes preocupaciones en los Estados centrales (que habían sido centros coloniales) y sus empresarios ante las políticas que pudieran adoptarse frente a sus inversiones; específicamente se observó un gran temor respecto a la posibilidad de expropiaciones, teniendo en cuenta los antecedentes de México en 1930 y hechos notorios como los registrados Guatemala e Irán.⁶

En este contexto, se generaron varias iniciativas para crear una estructura legal internacional que protegiera la propiedad privada en los países periféricos sin tener que acudir directamente al uso de la fuerza;⁷ esta tenía que ser la última opción debido a las limitaciones económicas de Europa Occidental tras la Segunda Guerra Mundial. Por otra parte, en el ambiente geopolítico que imperaba en la época

2 Salascue, Jeswald W. y Sullivan, Nicholas P., 'Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain', *Harvard International Law Journal*, Vol. 46(1), 2005, pp. 67-130.

3 Connell, H. P., 'United States Protection of Private Foreign Investment through Treaties of Friendship, Commerce and Navigation', *Archiv des Völkerrechts*, Vol. 9, 1961, pp. 256-277.

4 Kavas, Igor I. (ed.), *United States Treaty Index: 1776-1990 Consolidation*, New York, William S. Hein & Co. Inc, 1998, p. 32.

5 *Ibid.* Otros tratados del siglo dieciocho (particularmente sobre amistad, comercio y navegación) incluyen los concluidos entre los E.U.A. y los Países Bajos (1782), E.U.A. y Suecia (1783), E.U.A. y la R.F.A. (Prusia) (1785), E.U.A. y Marruecos (1786), E.U.A. y Reino Unido (1794), y E.U.A. y España (1795).

6 Lipson, Charles, *Standing Guard: Protecting Foreign Capital in the Nineteenth and Twentieth Century*, Oakland, University of California Press, 1985, pp. 19, 68-70; Carlston, Kenneth S. 'Concession Agreements and Nationalization', *American Journal of International Law*, Vol. 52(2), 1958, pp. 260-279.

7 Ver Lipson, Charles, *op. cit.*

se intentó construir un marco en el cual las intervenciones militares fueran la excepción y no la regla general.

De esta forma, el uso del derecho internacional para proteger las inversiones extranjeras en los países periféricos se perfiló como una alternativa efectiva respecto de una intervención militar. En este marco, el primer intento fue un acuerdo multilateral para la protección de la inversión extranjera, que falló después de varios intentos.⁸

En 1949 se dio un avance efectivo con la firma del primer Acuerdo para la Protección y Promoción de la Inversión Extranjera mediante el cual la República Islámica de Pakistán otorgaba una protección superior al derecho a la propiedad privada a nacionales de la República Federal de Alemania.⁹ Siguiendo este camino, otros países de Europa Occidental adoptaron también este tipo de tratados, una tendencia que continuó observándose durante la segunda parte del siglo XX de manera que en los años ochenta y noventa el número de APPRI se incrementó de 385 a 1857.¹⁰

Diversos factores contribuyeron a la expansión del derecho internacional de la inversión extranjera durante esas décadas. Entre los más importantes se encuentra el cambio de la situación económica mundial, la crisis financiera de finales de los setentas (experimentada por varios países en Latinoamérica), la expansión del neoliberalismo como ideología por medio de las políticas promovidas por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (en adelante FMI) y el fortalecimiento del discurso desarrollista.¹¹

El papel del Banco Mundial y del FMI fue esencial en términos de que con el condicionamiento de préstamos a países periféricos se promovió una clara política pro inversión extranjera. Esta incluía la privatización de compañías públicas así como la firma de tratados bilaterales para la protección de la inversión extranjera con la consecuente adaptación de la legislación interna.¹² Es importante señalar que el discurso desarrollista promovido por instituciones financieras internacionales, como las mencionadas, y por las aproximaciones económicas ortodoxas influenciadas por una ideología neoliberal, presentó a

8 *Ibid*; International Chamber of Commerce, 'International Code of Fair Treatment for Foreign Investments' in UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium, Vol. III: Regional Integration, Bilateral and Non-governmental Instruments*, Geneva, UN, 1996; Vandeveld, Kenneth J., 'A Brief History of International Investment Agreements', *Davis Journal of International Law & Policy*, Vol. 12(1), 2005, pp. 157-194.

9 Tratado para la Promoción y Protección de las Inversiones entre Pakistán y la República Federal Alemana (firmado en Bonn el 25 de noviembre de 1959).

10 Peterson, Luke Eric y Gray, Kevin R., *International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration*, Winnipeg, International Institute for Sustainable Development, 2003, pp. 1-44.

11 Ver Kaushal, Asha, 'Revisiting History: How the Past Matters for the Present Backlash Against the Foreign Investment Regime', *Harvard International Law Journal*, Vol. 50(2), 2009, pp. 491- 534; Stiglitz, Joseph E., 'The World Bank at the Millennium', *The Economic Journal*, Vol. 109, 1999, pp. 577-597.

12 Prieto Ríos, Enrique, *op. cit.*

la inversión extranjera –y específicamente a la inversión extranjera directa (IED)– como un elemento fundamental para que los países alcanzaran la ‘tierra prometida’ del desarrollo.¹³

En la actualidad, alrededor del mundo se estima que existe un número aproximado de 3100 APPRI y TLC con capítulo de protección al inversionista.¹⁴ La mayoría de estos tratados tienen una estructura común, en tanto que se podrían categorizar como de adhesión; en ellos se incluye un preámbulo, el ámbito de protección, una definición de qué es inversión, quién es inversionista, trato justo y equitativo, cláusula de la nación más favorecida, protección contra expropiación directa e indirecta y los procedimientos para resolver el conflicto entre las partes y el inversionista.¹⁵

III.El arbitraje de inversión

Como se mencionó en la sección anterior, los APPRI y los TLC ofrecen una protección mejorada a los inversionistas extranjeros. Esta se materializa en su posibilidad de presentar sus quejas directamente ante un tribunal de arbitraje de inversión sin que tengan que agotar las instancias judiciales internas (aunque esto puede variar dependiendo de los términos de los tratados). Es importante señalar que, de acuerdo con el principio de unidad del Estado, los derechos de un inversionista se pueden ver afectados por acciones u omisiones de cualquier autoridad del poder público. En este sentido, si bien los tribunales de arbitraje de inversión no pueden revocar una ley o una sentencia de una autoridad judicial del Estado receptor, sí ejercen un control de legalidad sobre los actos soberanos de los Estados, convirtiéndose en una forma de tribunal administrativo global.

El arbitraje de inversión puede dividirse en dos grandes bloques: por un lado el arbitraje institucional, que es aquel que se da en el contexto de un órgano que cuenta con reglamentos que rigen el proceso arbitral. En esta categoría, las formas más comunes de arbitraje institucional son el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), la Cámara de Comercio Internacional y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés). Por el otro lado, el arbitraje de inversión *ad hoc*, que es un procedimiento especial mediante el cual las partes deciden las reglas y el procedimiento que se debe seguir para la resolución de la disputa. Generalmente estos tribunales están compuestos por tres árbitros, dos de ellos son seleccionados por las partes y un tercero por los otros dos integrantes o por un ente nominador, cuando se trata de un tribunal institucional.

13 Ver Colen, Liseth, Maertens, Miet y Swinnen, Johan, ‘Foreign Direct Investment as an Engine for Economic Growth and Human Development’, in De Schutter, Oliver, Swinnen, Johan y Wouters, Jan (eds.), *Foreign Direct Investment and Human Development: The Law and Economics of International Agreements*, Londres, Routledge, 2013; UNCTAD, *Foreign Direct Investment and Development*, Ginebra, UN, 1999.

14 UNCTAD, *IIA Database*, disponible en [http://unctad.org/en/pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20\(IIA\)/IIA-Tools.aspx](http://unctad.org/en/pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20(IIA)/IIA-Tools.aspx) (visitado el 3 de mayo de 2016).

15 Sornarajah, Muthucumaraswamy, *The International Law of Foreign Investments*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 188.

Es pertinente señalar que el arbitraje internacional, en general, ha sido un método legítimo de solución pacífica de controversias en el derecho internacional. Su antecedente más remoto se remonta al Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre Gran Bretaña y Estados Unidos de América (también conocido como el Tratado de Jay), en cuyos artículos V, VI y VII se estipuló la creación de comisiones mixtas para la solución de controversias específicas no resueltas en el texto del propio tratado.¹⁶ Desde entonces y a lo largo del Siglo XIX se desarrolló la figura del arbitraje como mecanismo importante en las relaciones internacionales.

Asimismo, la Convención de 1899 para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales estableció el arbitraje como método pacífico que tiene “por objeto la resolución de controversias entre Estados por jueces de su propia elección y sobre la base del respeto a la ley” (artículo 15). Consecuentemente, la Convención de 1899 creó la Corte Permanente de Arbitraje (en adelante CPA), como órgano de solución de controversias jurídicas en derecho internacional (artículos 20 y siguientes). La CPA conoce en la actualidad las controversias entre Estados, controversias inversionista-Estado con base en tratados y controversias contractuales que involucran Estados, entidades estatales y organizaciones internacionales que, hasta 2013, sumaban 182 las sometidas a examen.¹⁷ De esta manera, el arbitraje internacional se constituye como un mecanismo pacífico de solución de controversias internacionales que busca mantener la paz y estabilidad internacional.

El arbitraje de inversión como mecanismo de solución de conflictos fue incorporado en los APPRI y TLC. Si bien tiene una historia común y similitudes con el comercial, su puesta en práctica no ha estado exenta de distintas críticas. Una de las más recurrentes, aparte de la posibilidad de solicitar la composición de un tribunal arbitral sin agotar las instancias internas, es que el arbitraje de inversión habilita a las partes para solicitar que los laudos o los acuerdos a los que se llegue en el proceso puedan ser mantenidos en secreto. Esto ha sido fuertemente criticado, ya que puede afectar principios democráticos, debilitar la posibilidad de proteger los derechos de los afectados (potenciales o actuales) y no parece estar acorde con principios generales de transparencia.¹⁸ Adicional a lo anterior, las terceras partes que podrían ser afectadas por la decisión del tribunal, como lo pueden ser comunidades específicas, raramente pueden llegar a ser escuchadas dentro de los procedimientos.¹⁹ Por ejemplo,

16 Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre Su Majestad Británica y los Estados Unidos de América (1794).

17 Siblesz, Hugo, ‘What Role for the Permanent Court of Arbitration Today?’, discurso dado el 12 de febrero de 2013 en el lanzamiento del Howard M. Holtzmann Research Center for the Study of International Arbitration and Conciliation de la American Society of International Law, disponible en http://archive.pca-cpa.org/PCA%2020130212%20Sec-Gen%20ASIL%20Remarksb2dd.pdf?fil_id=2110 (visitado el 20 de abril de 2016).

18 Knahr, Christina, y Reinisch, August, ‘Transparency versus Confidentiality in International Investment Arbitration- The Biwater Gauff Compromise’, *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 6, 2007, pp. 97-118.

19 Zachariasiewicz, Maciej, ‘Amicus Curiae in International Investment Arbitration: Can It Enhance the Transparency of Investment Dispute Resolution?’, *Journal of International Arbitration*, Vol. 29(2), 2012, pp. 205-224; Maxwell, Iain, ‘Transparency in Investment Arbitration: Are Amici Curiae the Solution’, *Asian International Arbitration Journal*, Vol. 3(2), 2007, pp. 176-186.

en el CIADI se ha permitido excepcionalmente la intervención mediante la figura *amicus curiae* a discreción del panel de árbitros.²⁰

Otra crítica importante se centra en que, a diferencia de lo que sucede con otros órganos internacionales permanentes de adjudicación, los árbitros de los tribunales de inversión son temporales, su función dura hasta que la controversia sea resuelta. De esta forma, en la mayoría de los casos tienen otras actividades profesionales (como, por ejemplo, asesorías en derecho corporativo en firmas legales globales), lo cual puede afectar directa o indirectamente su neutralidad.²¹ También es importante señalar, como lo muestran las investigaciones empíricas de Daphna Kapeliuk y Susan Franck, que la mayoría de los árbitros nombrados tres o más veces (en arbitrajes CIADI) son hombres y provienen de Europa Occidental, Canadá y Estados Unidos.²² Adicionalmente, se señala que la jurisdicción y competencia de los tribunales está delimitada por el contenido jurídico de los APPRI o los TLC firmados por cada uno de estos países. Esta problemática será revisada en detalle en el siguiente acápite.

IV. Derechos humanos y tribunales de inversión

La definición de la jurisdicción y competencia de los tribunales de arbitraje de inversión ha limitado que los APPRI y TLC sean interpretados de forma sistemática, siguiendo los parámetros del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Por el contrario, estos tienden a llevar a cabo el análisis de las controversias en el contexto exclusivo del tratado de inversión, dejando de lado los principios contenidos en otros instrumentos internacionales que podrían ser relevantes para la decisión, concretamente los de derechos humanos, priorizando un discurso centrado exclusivamente en el funcionamiento del mercado.

Lo anterior es muy problemático teniendo en cuenta que las decisiones arbitrales pueden tener un impacto importante en los derechos de las comunidades del país que recibe la inversión.²³ Al mismo tiempo, pareciera que el procedimiento arbitral sitúa en una misma posición a dos partes con obligaciones y estatus diferentes en el derecho internacional (el Estado y el inversionista) y regulados

20 Schliemann, Christian, 'Requirements for *Amicus Curiae* Participation in International Investment Arbitration; A Deconstruction of the Procedural Wall Erected in Joint ICSID Cases ARB/10/25 and ARB/10/15', *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 12(3), 2013, pp. 365-390.

21 Sobre las críticas a los árbitros de inversión, ver: Van Harten, Gus, 'A Case for an International Investment Court', *Society of International Economic Law-Working Paper* 22, 2008, p. 1; Van Harten, Gus, 'Investment Treaty Arbitration, Procedural Fairness and the Rule of Law' in Schill, Stephan W. (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010; Prieto Ríos, Enrique, *op. cit.*

22 Ver Kapeliuk, Daphna, 'The Repeat Appointment Factor - Exploring Decision Patterns of Elite Investment Arbitrators', *Cornell Law Review*, Vol. 96(1), 2010, pp. 47-89; Franck, Susan D., 'Empirically Evaluating Claims About Investment Treaty Arbitration', *North Carolina Law Review*, Vol. 86, 2007-2008, pp. 1-88.

23 A manera de ejemplo pueden verse los casos contra Argentina, específicamente: *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, ICSID (W. Bank) Case No. ARB/01/8, Award (May 12, 2005); *LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. The Argentine Republic*, ICSID (W. Bank) Case No. ARB/02/1; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP v. The Argentine Republic*, ICSID (W. Bank) Case No. ARB/01/3.

a nivel nacional e internacional por diferentes grupos de normas. A continuación, se reseñan algunos casos en los que los tribunales de arbitraje de inversión han abordado asuntos que están directamente relacionados con derechos humanos.

A. Caso Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia²⁴

En 1990, Bolivia, al igual que otros países latinoamericanos, se enfrascó en un proceso de privatización de empresas estatales. En este contexto, en septiembre de 1999 la compañía Aguas del Tunari S.A., subsidiaria de la empresa estadounidense Betchel, obtuvo la concesión del servicio de agua en Cochabamba por un periodo de cuarenta años. Con la privatización, las tarifas se incrementaron considerablemente, lo que causó que la comunidad saliera a las calles a protestar; en esas circunstancias, el país rescindió el contrato. Esto motivó que en 2001 la empresa solicitara la composición de un tribunal arbitral ante el CIADI argumentando la violación del tratado bilateral de inversión de 1992 entre Bolivia y los Países Bajos.

En este caso, la discusión se centró sobre la jurisdicción, la cláusula que prohibía el arbitraje internacional para resolver los conflictos que pudieran surgir del contrato y que obligaba a que el conflicto se resolviera ante los tribunales bolivianos, el sujeto pasivo de la acción (Bolivia o la Superintendencia de Aguas) y la calidad de inversionista del demandante. Las partes llegaron eventualmente a un acuerdo extraprocésal. Como se puede ver, el trasfondo del asunto fueron el derecho al acceso al agua y la protección de los derechos económicos, sociales y culturales de las comunidades afectadas por la privatización de servicios básicos. En este sentido, la acción del Estado para la protección y garantía de este derecho fue directamente impugnada por el inversionista extranjero.

B. Caso Azurix Corp. v. The Argentine Republic²⁵

En el contexto de privatización de servicios públicos en distintos países latinoamericanos, en julio de 1999 Argentina le adjudicó a Azurix Buenos Aires S.A. (ABA), subsidiaria de la empresa estadounidense Azurix, la concesión del manejo de agua de la provincia de Buenos Aires por un periodo de treinta años. En agosto de 1999 la autoridad encargada de inspeccionar el manejo de la concesión le prohibió incrementar los precios, teniendo en cuenta los que existían antes de la privatización. Adicionalmente, el gobierno local no cumplió con el desarrollo de unas obras de infraestructura previamente acordadas, lo que causó que el líquido se contaminara de algas. Como resultado, en el 2001 Azurix notificó la

²⁴ *Caso Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3.

²⁵ *Caso Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12.

terminación del contrato de concesión, lo que fue rechazado por la provincia de Buenos Aires; pero, en 2002, al iniciar aquella un proceso de quiebra el gobierno provincial lo canceló por incumplimiento.

Azurix solicitó la composición de un tribunal arbitral ante el CIADI argumentando que las acciones de la contraparte constituyeron una violación directa a varios apartados del tratado bilateral de inversión de 1991 entre Argentina y los Estados Unidos. El tribunal arbitral declaró tal violación directa y arbitraria de la obligación de protección y seguridad, así como del trato justo y equitativo contemplados por el tratado.

Aunque en los casos reseñados las discusiones se centraron en otros aspectos técnicos, su trasfondo estuvo directamente vinculado con la protección y efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, específicamente con la garantía del acceso al servicio de agua. Como se pudo observar, otros aspectos relegaron la protección de derechos humanos a un segundo plano, sin que se abordase el tema desde una perspectiva sistemática.²⁶

C. Caso Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic²⁷

En este caso las compañías de distribución de agua y manejo de aguas residuales en la ciudad de Buenos Aires, a saber, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal, solicitaron la composición de un tribunal arbitral por considerar que el cambio en las tarifas efectuado por el Estado (el cual reguló el precio máximo) se produjo en detrimento patrimonial de la inversión y, con esto, una expropiación indirecta. En este caso Argentina argumentó que se adoptó el límite de precios “con el fin de proteger el derecho humano al agua de los habitantes del país.” En este sentido, debido a la importancia para la vida y la salud de las personas, reclamó que el Tribunal debería:

grant Argentina a broader margin of discretion in the present cases than in cases involving other commodities and services. In order to judge whether a treaty provision has been violated, for example the provision on fair and equitable treatment, Argentina argues that this Tribunal must take account of the context in which Argentina acted and that the human right to water informs that context.²⁸

Al respecto, el Tribunal desechó estos argumentos toda vez que consideró que tanto el régimen de inversión extranjera como la protección a los derechos humanos implican obligaciones al Estado y que este debe cumplir con ambos regímenes. En palabras del Tribunal:

²⁶ Kulick, Andreas, *Global Public Interest in International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 298-303.

²⁷ *Caso Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability (30 July 2010).

²⁸ *Ibid.*, §252.

Argentina is subject to both international obligations, i.e. human rights and treaty obligation, and must respect both of them equally. Under the circumstances of these cases, Argentina's human rights obligations and its investment treaty obligations are not inconsistent, contradictory, or mutually exclusive. Thus, as discussed above, Argentina could have respected both types of obligations.²⁹

En consecuencia, el Tribunal aplicó de manera exclusiva las normas de inversión extranjera y arbitraje, sin considerar los elementos del derecho internacional de los derechos humanos respecto del derecho al agua.

D Caso Mondev International Ltd v. United States of America ³⁰

Esta controversia surge de un contrato de desarrollo de bienes raíces comerciales concluido en diciembre de 1978 entre la ciudad de Boston ("la Ciudad"), la Autoridad de Reurbanización de Boston ("BRA") y Lafayette Place Associates ("LPA"), una sociedad limitada de Massachusetts propiedad de Mondev International Ltd.

Mondev International Ltd., una corporación de desarrollo de bienes raíces de Canadá, presentó una reclamación en virtud de las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI por las pérdidas sufridas por Lafayette Place Associates debido a una decisión de la Corte Suprema de Justicia de Massachusetts y de la ley del estado.

Mondev alegó que la inmunidad estatutaria de Massachusetts en favor de entidades públicas y en materia de responsabilidad extracontractual intencional es incompatible con el derecho internacional y que la decisión de la Corte de no someter su reclamación a un jurado (con base en la mencionada inmunidad), no solo fue arbitraria y caprichosa sino que equivale a una denegación de justicia. Mondev también alegó que los Estados Unidos no cumplieron con las obligaciones del Capítulo Once del Tratado de Libre Comercio de América del Norte al no conceder a LPA un trato nacional (artículo 1.102.); no establecer un trato de conformidad con el derecho internacional (Art. 1105); y haber procedido a la expropiación de su inversión sin compensación (Art. 1110).

El tribunal, con el fin de analizar el alcance de la inmunidad estatutaria de las autoridades públicas de Massachusetts, hizo referencia a la figura de inmunidad de jurisdicción de agentes diplomáticos en territorio extranjero. En este sentido, hizo uso de las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos, que ha establecido que el conferir esta condición de acuerdo con la práctica internacional no

²⁹ *Ibid.*, §262.

³⁰ *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award (11 October 2002).

constituye un impedimento al acceso a una corte o tribunal y no viola el artículo 6(1) de la Convención Europea de Derechos Humanos.³¹

Como se puede evidenciar de los anteriores ejemplos, que son un pequeño muestreo de lo que ocurre en general con el análisis adoptado por tribunales de inversión, generalmente su interpretación jurídica deja por fuera (o en un segundo plano) los tratados multilaterales sobre protección y promoción de derechos humanos. Esta problemática ha sido objeto de profundas reflexiones por parte de la academia y expertos en derecho internacional. Al respecto se destaca la obra colectiva coordinada por Dupuy, Francioni y Pettersmann,³² en la cual se analizan distintos alcances de los derechos humanos en el arbitraje de inversión. Adicionalmente, recientemente Kube y Petersmann rastrean cómo cada vez más se introducen asuntos de derechos humanos en el arbitraje de inversión, y cuáles serían las rutas jurídicas de ingreso en las controversias en este campo.³³ Así, la relación entre ambos regímenes del derecho internacional resulta evidente en teoría, pero sumamente resistida en la práctica legal. He aquí el problema objeto de preocupación en el presente capítulo, y respecto del cual –a continuación– se sugerirá el uso de un reciente desarrollo internacional que puede potenciar la articulación entre la protección de la inversión extranjera y el cumplimiento de las obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos.

V. Los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos y el arbitraje de inversión

Los encuentros y desencuentros entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho de protección de la inversión extranjera son múltiples. Como se evidenció en la sección anterior, las controversias en la materia han sido escenario de discusiones al respecto, las cuales parecen no estar superadas. Es por ello que en el presente apartado se estudiarán los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos como posibles instrumentos para contribuir a la solución de eventuales tensiones entre la protección de la inversión y los derechos humanos en el contexto de arbitrajes internacionales de inversión.

Los Principios Rectores fueron elaborados por el Representante Especial del Secretario General respecto de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, el profesor John Ruggie, en ejercicio del mandato de estudiar las tensiones entre el goce y respeto a los derechos humanos y las actividades empresariales. Los PREDH fueron elaborados y presentados ante el Consejo

31 *Ibid.*, §141. En este punto el Tribunal Arbitral refirió los siguientes casos de la Corte Europea de Derechos Humanos: *Al-Adsani v. United Kingdom*, Application No. 35763/97, (2002) 34 EHRR 11; *McElhinney v. Ireland*, Application No. 31253/96, (2002) 34 EHRR 13; *Fogarty v. United Kingdom*, Application No. 37112/97, (2002) 34 EHRR 12.

32 Dupuy, Pierre-Marie, Francioni, Francesco y Pettersmann, Ernst-Ulrich (eds.), *Human Rights and International Investment Law and Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

33 Kube, Vivian y Petersmann, Ernst-Ulrich, 'Human Rights Law in International Investment Arbitration', *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*, Vol. 11(1), 2016, pp. 65-114.

de Derechos Humanos, órgano internacional que los acogió como suyos mediante la Resolución 17/4 de 2011.³⁴

Su objetivo es “mejorar las normas y prácticas en relación con las empresas y los derechos humanos a fin de obtener resultados tangibles para las personas y las comunidades afectadas, y contribuir así también a una globalización socialmente sostenible”. Se estructuran en tres pilares relativos al deber de los Estados de proteger los derechos humanos (en aplicación de la obligación *erga omnes* de garantía o protección consagrada en el derecho internacional de los derechos humanos); la responsabilidad de las empresas de respetarlos (centrada en identificar, prevenir, mitigar y reparar potenciales o presentes impactos negativos o abusos de derechos humanos ocasionados por la operación empresarial, tanto en su operación directa como en toda su cadena de valor); y, el acceso a mecanismos de reparación por parte de las víctimas (donde se enfatiza la importancia tanto de los recursos judiciales estatales como de los mecanismos extrajudiciales, los cuales pueden ser administrados inclusive por las propias compañías).

Los Principios Rectores no son vinculantes por sí mismos en derecho internacional y de ellos no emanan obligaciones internacionales para los Estados o para las compañías. Sin embargo, dado su origen (ser producto de un mandato expreso con base en uno de los propósitos principales de la ONU: “el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales”, conforme al artículo tercero de la Carta de Naciones Unidas) y su legitimación, tras el respaldo unánime del Consejo de Derechos Humanos, pueden ser considerados a la fecha como un instrumento de interpretación autorizada de obligaciones y disposiciones de derecho internacional e instrumento de *soft law* respecto del estándar legal aplicable tanto por el Estado como por las compañías.

En cuanto la naturaleza de los Principios Rectores como “interpretación autorizada” es pertinente señalar que por ello se entiende el “uso de un instrumento [internacional] en la interpretación de otro [internacional].”³⁵ Si bien la Corte Permanente de Justicia Internacional señaló en 1923 que las interpretaciones autorizadas solamente pueden ser dadas por la persona o el órgano facultado para modificar o eliminar esa norma,³⁶ en la actualidad los Estados le han asignado a órganos internacionales la competencia de interpretar o aplicar tratados internacionales; por tanto, sus posturas se consideran una interpretación autorizada. Esta competencia se ejerce de manera expresa por órganos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos,³⁷ la Corte Europea de Derechos Humanos³⁸ o los tribunales arbitrales del CIADI³⁹ o de manera tácita por otros, ya que para cumplir con tareas, por ejemplo de

34 Consejo de Derechos Humanos, *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/RES/17/4 (16 de junio de 2011).

35 O'Donnell, Daniel, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Bogotá, OACNUDH, 2004, p. 60.

36 PCIJ, *Question of Jaworzina (Polish-Czechoslovakian Frontier)*, Advisory Opinion, Series B, No. 8 (6 December 1923), p. 37.

37 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), arts. 62 y 64.

38 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos), art. 32.

39 Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, art. 42.

promoción de determinada norma de derecho internacional, es necesario interpretar su contenido. Este último caso es el de los llamados mecanismos extraconvencionales de protección de los derechos humanos de Naciones Unidas, en especial los relatores especiales o grupos de trabajo designados por la otrora Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, y en la actualidad por el Consejo de Derechos Humanos.

En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya ha interpretado las obligaciones derivadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de los Principios Rectores. En el caso *Kaliña y Lokono v. Surinam*⁴⁰ el tribunal analizó el respeto a la garantía de la propiedad colectiva de territorios indígenas en relación con la concesión minera de bauxita otorgada a la empresa Suralco en la reserva natural *Wane Kreek*.

Fue precisamente en el análisis de la obligación de adelantar un estudio de impacto social y ambiental que la Corte interpretó las obligaciones convencionales con base en los Principios Rectores y señaló lo siguiente:

[L]as empresas deben actuar de conformidad con el respeto y la protección de los derechos humanos, así como prevenir, mitigar y hacerse responsables por las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos. En este sentido, tal como lo reiteran dichos principios, los Estados tienen la responsabilidad de proteger los derechos humanos de las personas contra las violaciones cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. Para tal efecto los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar, mediante políticas adecuadas, los abusos que aquellas puedan cometer, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia.

En este sentido, el Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, ha señalado que estas deberán respetar los derechos humanos de personas pertenecientes a grupos o poblaciones específicas, entre ellos los pueblos indígenas y tribales, y deberán prestarle especial atención cuando vulneren dichos derechos.⁴¹
(Subraya fuera del texto)

Con base en esto y teniendo en cuenta que Surinam no “garantizó la realización de un estudio de impacto ambiental y social de manera independiente y previa al inicio de la extracción de bauxita ni supervisó el estudio que fue realizado con posterioridad, incumplió con dicha salvaguardia”. En consecuencia, declaró la responsabilidad internacional del Estado.⁴²

40 Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309.

41 *Ibid.*, §224.

42 *Ibid.*, §230.

De esta manera, los Principios Rectores son reconocidos como un instrumento autorizado para la interpretación de obligaciones o reglas de derecho internacional. Con base en lo expuesto, es plausible cuestionarse respecto de su utilidad en la solución de controversias internacionales de protección de la inversión extranjera.

Son varias las vías por las cuales los Principios Rectores pueden o deben ser tenidos en cuenta en arbitrajes de inversión. Por un lado, en el análisis de la competencia de los tribunales en la materia; por el otro, como herramienta de interpretación de las cuestiones de fondo en las controversias.

En cuanto a la competencia de los tribunales de arbitraje de inversión, es pertinente recordar que esta se encuentra fijada en sus reglas de procedimiento y en los tratados o cláusulas que se las otorgan. Dado que el CIADI es el más usado para la solución de esta clase de controversias,⁴³ el análisis se centrará en las reglas que gobiernan a los tribunales que administra este órgano.

El artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (en adelante “Convenio CIADI”) delimita la competencia *ratione materiae* de los tribunales que actúan en su ámbito, señalando que estos podrán conocer de “diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro”. Así, conocerán de disputas relativas a inversión extranjera pero, como el convenio no da su definición, usualmente es necesario acudir al tratado o contrato motivo de controversia para determinar si se trata de una inversión.

Algunos tratados bilaterales de inversión definen el término “inversión extranjera” como la realizada por un extranjero en el territorio del Estado receptor, “de acuerdo con la ley”. En consecuencia, las inversiones protegidas serían solamente las que cumplan con este requisito y, por tanto, el tribunal carecería de competencia material para conocer de disputas de inversiones que no lo cumplan. Con base en esta premisa, es plausible preguntar si los Principios Rectores pueden ser considerados como fuente normativa a efectos de determinar si una inversión fue realizada de acuerdo con la ley.

Al respecto, Aftab sostiene que los tribunales arbitrales de inversión adoptan sus decisiones con base en las distintas fuentes del derecho internacional público; además, cuando están relacionadas con el respeto a los derechos humanos, los principios generales de derecho y la política pública transnacional (*transnational public policy*) se convierten en un asunto relevante al analizar si un inversionista está

43 De acuerdo con los datos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), para el año 2012 se iniciaron 58 disputas de inversión en el mundo, de las cuales 39 fueron presentadas ante el CIADI, siete bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), cinco bajo las reglas de la Cámara de Comercio de Estocolmo. Las restantes fueron adelantadas ante otros centros de arbitraje. UNCTAD, ‘Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement’, *IIA Issues Note No. 1*, 2013, disponible en http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d3_en.pdf (visitada el 30 de mayo de 2016).

protegido por un APPRI frente a la acción del Estado receptor.⁴⁴ En este mismo sentido, Dupuy hace referencia a cómo en decisiones arbitrales se ha concluido la invalidez de contratos por violación de la política pública transnacional.⁴⁵

De esta manera, los principios generales de derecho o las normas de política pública transnacional han sido usadas para interpretar si una inversión puede ser protegida por el tratado, en tanto esta fue realizada “de acuerdo con la ley”. Los casos de *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Salvador*⁴⁶ y *World Duty Free v. Kenya* son ejemplos en los cuales tribunales internacionales de inversión aplicaron principios de derecho internacional (como la buena fe) y estándares internacionales no vinculantes *stricto sensu* (como la prohibición del soborno) para determinar si la inversión cumple con esa condición y, por tanto, se encontraba protegida por el tratado.⁴⁷

Con base en la declaración de inadmisibilidad de casos de controversias de inversión por fraude o corrupción por parte del inversionista (por tanto, en contra de la ley), autores como Dumberry y Dumas-Aubin⁴⁸ han afirmado que las que en su realización traigan consigo abusos de derechos humanos deberían ser consideradas como no protegibles (dado que no están “de acuerdo con la ley”) y el tribunal que conozca de la controversia debería declararla inadmisibile. Para ello, los Principios Rectores se constituyen en una herramienta de interpretación para determinar si la inversión fue realizada “de acuerdo con la ley” en términos de derechos humanos.⁴⁹

Ahora bien, esta regla se aplicaría también a instrumentos bilaterales de inversión que no definan la inversión extranjera como la realizada de acuerdo con la ley. En primer lugar, de acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados tanto los mencionados líneas atrás como el convenio del CIADI son tratados internacionales y, por tanto, son “regido[s] por el derecho internacional”; en consecuencia, también lo está la inversión extranjera, es decir, que hay una legalidad que rige las actividades de los inversionistas y que hace parte del concepto mismo de inversión extranjera.

Adicionalmente a lo señalado, el dolo o fraude es considerado como causal de nulidad de los tratados,⁵⁰ mientras que los actos internacionalmente ilícitos producen la responsabilidad del Estado

44 Aftab, Yousuf, ‘The Intersection of Law and Corporate Social Responsibility: Human Rights Strategy and Litigation Readiness for Extractive-Sector Companies’, *Rocky Mountain Mineral Law Institute*, Vol. 19(1), 2014, pp. 1-30.

45 Dupuy, Pierre-Marie, ‘Unification Rather than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law’ in Dupuy, Pierre-Marie, Francioni, Francesco y Pettersmann, Ernst-Ulrich (eds.), *Human Rights and International Investment Law and Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 45-60.

46 *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Award (2 August 2006).

47 *World Duty Free Company Limited v. Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, Award (4 October 2006).

48 Dumberry, Patrick y Dumas-Aubin, Gabrielle, ‘The Doctrine of ‘Clean Hands’ and the Inadmissibility of Claims by Investors Breaching International Human Rights Law’, *Transnational Dispute Management*, Vol. 10(1), 2013, pp. 1-10.

49 Aftab, Yousuf, *op. cit.*

50 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), art. 29.

infractor⁵¹ y diversas consecuencias legales, como la obligación de reparar el daño.⁵² En consecuencia, no sería coherente que el derecho internacional, que regula los actos jurídicos internacionales, legitimara y protegiera los que son ilícitos, por ejemplo, una inversión que contraviene normas del derecho interno y de los tratados y principios reconocidos en su ámbito (que se pueden categorizar como parte de sus fuentes).

De esta forma, los Principios Rectores se configuran como una herramienta o estándar útil en controversias de inversión a efectos de determinar la competencia *ratione materiae* del tribunal de arbitraje (al menos aquellos regidos por las reglas CIADI) y admitir la controversia si el inversionista respeta los derechos humanos o, *contrario sensu*, desecharla por no haberlo hecho incumpliendo su responsabilidad de respetarlos según lo exigido a las empresas en el segundo pilar de los Principios Rectores.

Adicional a su funcionalidad en el análisis de competencia, los Principios Rectores pueden ser incorporados en controversias de inversión como ley aplicable o herramienta de interpretación en el análisis de fondo. En este sentido, las propias reglas de solución de controversias de los APPRI, las procesales relativas a la ley aplicable por los tribunales de arbitraje de inversión, y las generales del derecho de los tratados, reconocen el principio de interpretación sistemática del derecho internacional, y por tanto, la posibilidad de acudir a diversas fuentes legales para interpretar y aplicar una determinada norma relevante en el estudio de fondo en una controversia de esta clase.

Es importante recordar que la regla general para el arbitraje de inversión es el principio de autonomía de la voluntad en cuanto a la ley aplicable para resolver la controversia de fondo. El análisis de la ley aplicable en un caso particular debe tener en cuenta tanto la voluntad de las partes en el tratado de inversión, como las reglas de arbitraje mediante las cuales se llevará a cabo el procedimiento arbitral.

Diversos APPRI prevén el derecho aplicable para resolver controversias: con base en el tratado mismo, otros tratados internacionales o los principios generales del derecho internacional (ley aplicable).⁵³ De acuerdo con lo anterior, el derecho aplicable por un tribunal regido por el Convenio CIADI sería, en primera instancia, el acordado por las partes. En este supuesto, si el tribunal no resuelve la controversia de acuerdo con lo señalado en las cláusulas del APPRI y lo hace con base en otras normas legales, sería causa de nulidad del laudo.⁵⁴ A pesar de lo anterior, algunos tribunales arbitrales han reconocido que los APPRI no son instrumentos autocontenidos y, por tanto, deben ser interpretados de manera sistemática junto con otras reglas de derecho internacional. En este sentido

51 Asamblea General, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, A/RES/56/83 (12 de diciembre de 2001), art. 2.

52 *Ibid.*, arts. 28-39.

53 Por ejemplo: Acuerdo para la promoción y la protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República Argentina, art. X.5; Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Colombia. art. 832.

54 Schreuer, Christoph H. et al., *The ICSID Convention: A Commentary*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 554.

se pronunció el tribunal en el laudo de la controversia *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, mencionando lo siguiente:

...that the Bilateral Investment Treaty is not a self-contained closed legal system limited to provide for substantive material rules of direct applicability, but it has to be envisaged within a wider juridical context in which rules from other sources are integrated through implied incorporation methods, or by direct reference to certain supplementary rules, whether of international law character or of domestic law nature.⁵⁵

En este sentido, y a pesar de que el propio APPRI disponga que la ley aplicable es solo el APPRI mismo, este no debe ser entendido como un sistema legal cerrado sino que debe considerarse como parte de un contexto jurídico más amplio, en el cual otras reglas de derecho internacional (como los Principios Rectores) pueden ser integradas en la aplicación o interpretación del tratado de inversión.

Adicionalmente, el principio de autonomía de las partes no es absoluto y se encuentra sujeto a límites. La doctrina especializada considera como uno de dichos límites las normas de orden público internacional.⁵⁶ De esta manera, normas que serían en principio aplicables de acuerdo con la voluntad de las partes, pero que contraríen otras relativas a, por ejemplo, la prohibición de la esclavitud y servidumbre, la piratería, el narcotráfico, el terrorismo, el genocidio o la protección de los principios básicos de los derechos humanos, deben ser descartadas como ley aplicable por el tribunal.⁵⁷ Así, a la luz del principio general del derecho *qui potest plus, potest minus*, si estas normas de orden público internacional pueden producir la inaplicación de normas de inversión por parte del tribunal, también tienen el efecto de iluminar la interpretación y aplicación de la ley efectivamente aplicable para resolver de fondo la controversia de inversión.

En segunda instancia, las reglas aplicables al tribunal arbitral reconocen también la interpretación sistemática. Por ejemplo, el artículo 42 del Convenio CIADI dispone que: “[a] falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables” (Subraya fuera del texto). Así, inclusive si las partes no están de acuerdo en cuanto al derecho aplicable, el tribunal debe aplicar las normas de derecho internacional.

Por otra parte, la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados consagra la regla de interpretación sistemática como método interpretativo de los tratados internacionales en su artículo 31.1, de acuerdo con el cual: “[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.” Por “contexto” se debe entender –entre otros-, “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable

⁵⁵ *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Award (27 June 1990), §21.

⁵⁶ Schreuer, Christoph H. et al., *op. cit.*, p. 566. Es pertinente señalar que la expresión “norma de orden público internacional” se refiere en este contexto a las normas de *ius cogens* internacional, pero no se limitan a estas.

⁵⁷ *Ibid.*

en las relaciones entre las partes.” (Artículo 31.3.c). Así, al ser los APPRI tratados internacionales, estos deben ser interpretados de acuerdo con las normas de interpretación del derecho internacional, inclusive si en su contenido no se señalan otras normas como aplicables y si las normas que regulan al tribunal tampoco lo hacen (como por ejemplo el artículo 35 del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional).

En este sentido, el tribunal al efectuar el análisis de fondo en una controversia de inversión, deberá tener en cuenta no solo la ley aplicable expresamente señalada por las partes, sino también otras normas de derecho internacional que le permitan resolverla. Igualmente, podrá interpretar sistemáticamente la ley aplicable con base en otros instrumentos internacionales, sin que signifique una extralimitación en sus funciones o se produzca necesariamente una eventual nulidad del laudo. Uno de estos instrumentos pueden ser los Principios Rectores dado que demarcan una pauta específica en el primer pilar -relativo al deber estatal de proteger los derechos humanos en el contexto de actividades empresariales- orientando al Estado respecto del cumplimiento de su obligación *erga omnes* de garantizarlos en las relaciones entre particulares, particularmente aquellas en las que participan empresas. De esta forma, el Principio 9 señala que:

Los Estados deben mantener un marco normativo nacional adecuado para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos cuando concluyan acuerdos políticos sobre actividades empresariales con otros Estados o empresas, por ejemplo a través de tratados o contratos de inversión.

Con base en este Principio, el tribunal arbitral puede estudiar la adopción de medidas regulatorias estatales de derechos humanos, que se alegan como presuntamente contrarias a la protección de la inversión, bajo el entendido (según el Principio 9) de que el Estado mantiene tal libertad regulatoria en relación con su respeto y garantía.

VI. Conclusiones

El derecho internacional de la inversión extranjera tiene un origen colonial fundamentado en las relaciones Norte-Sur. Este sistema específico busca proteger los derechos de los inversionistas extranjeros cuando se encuentran en otra jurisdicción, frente a decisiones que puedan ser adoptadas por cualquier organismo del poder público del Estado receptor y que puedan afectar directamente su actividad económica.

De esta forma, los APPRI y los TLC les brindan la posibilidad de demandar directamente al Estado receptor ante un tribunal de arbitraje de inversión cuando consideren que se han vulnerado sus derechos económicos. En este contexto, los procesos arbitrales han sido espacios propicios para evidenciar los problemas de la fragmentación del derecho internacional; en particular, se ha presentado una serie de

tensiones entre la protección de los derechos de los inversionistas extranjeros y la protección y garantía de los derechos humanos, ambos protegidos por el derecho internacional.

En este sentido, la aproximación de los tribunales arbitrales de inversión a la promoción y protección de los derechos humanos ha sido ambivalente y no uniforme. Así, en este capítulo se analizó cómo los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos pueden constituirse en instrumentos potencialmente capaces de articular los regímenes de protección de la inversión extranjera y del derecho internacional de los derechos humanos. Esto, en especial en el marco de la solución de controversias y, de forma específica, frente a la admisibilidad de la demanda arbitral y su análisis de fondo, donde se constituyen en un instrumento internacional autorizado en el plano de la operación empresarial (es decir, del inversionista y la realización de la inversión). Así como otros órganos de adjudicación internacional (como la Corte Interamericana de Derechos Humanos) ya han valorado el carácter de interpretación autorizada de los Principios Rectores, los tribunales arbitrales se encuentran validados para hacerlo, en aplicación –entre otras normas- de la regla de interpretación sistemática del derecho internacional.

Debida diligencia en derechos humanos: Breves reflexiones*

*Humberto Cantú Rivera***

SUMARIO: I. Introducción. II. La debida diligencia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. III. Sobre la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos. IV. Reflexiones finales: hacia una justiciabilidad ambiental y de derechos humanos mediante la debida diligencia.

I. Introducción

En el derecho internacional, el deber de tomar medidas de debida diligencia para prevenir daños ha existido durante décadas, lo cual ha ayudado a fomentar el desarrollo de un comportamiento responsable por parte de los Estados, que va más allá de los meros resultados de una acción para incidir en su procedimiento. Por ello, las obligaciones de medios existen para garantizar que los sujetos del derecho internacional hagan todo lo que esté a su alcance para prevenir daños a otros (o por ellos). En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, ese deber de diligencia tradicionalmente ha sido impuesto a los Estados para garantizar tanto que su comportamiento cumpla con la normativa internacional, como para asegurar que esta sea respetada en su jurisdicción o territorio por sus agentes y por actores no estatales. Los diferentes sistemas regionales de derechos humanos han apoyado esta posición con su jurisprudencia, con un énfasis particular por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte” o “Corte IDH”) en relación a proyectos de desarrollo y a los derechos de los pueblos indígenas.

* Una versión preliminar de este texto fue presentada en la 3ª Conferencia UNITAR-Yale sobre Gobernanza Ambiental y Democracia (5-7 de septiembre de 2014, Yale University; New Haven, EE.UU.); agradezco al Dr. Nicolás Carrillo Santarelli por sus atinados comentarios y retroalimentación.

** Profesor titular en el Departamento de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Monterrey. Miembro del Centro de Investigación sobre Derechos Humanos y Derecho Humanitario (CRDH) de la Universidad Panthéon-Assas Paris II. Asesor Experto de la Delegación de México ante el Grupo de Trabajo intergubernamental para la elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, y miembro del Grupo de Trabajo nacional para la elaboración de un Plan de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos en México. Miembro del Grupo de Estudio sobre empresas y derechos humanos de la *International Law Association*.

Sin embargo, el informe de 2008 del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas¹ en el que presentó el marco para ‘proteger, respetar y remediar’, introdujo cambios importantes en la esfera de los derechos humanos al reconocer que estas entidades tienen una responsabilidad de respeto, lo cual significa que deben evitar causarles daños. Construyendo sobre ese informe, los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos² fueron respaldados en el 2011 por el Consejo de Derechos Humanos, estableciendo los tres pilares ya conocidos: el deber estatal de protección, la responsabilidad empresarial de respeto, y la necesidad de las víctimas de contar con acceso a mecanismos efectivos de reparación, tanto de naturaleza judicial como no judicial. En relación con la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos, los Principios Rectores establecen que deben desarrollar acciones de naturaleza tanto positiva como negativa a fin de cumplir con ella, es decir, deben abstenerse de infringirlos y, además, desarrollar acciones de debida diligencia en sus operaciones y cadenas de suministro, para asegurarse de que cumplen con los estándares internacionales reconocidos en la materia.

Tomando en consideración que existen dos estándares distintos de debida diligencia –uno dirigido a los Estados, el otro orientado a las actividades empresariales y a la prevención de impactos en derechos humanos–, es importante analizar la factibilidad y posibilidad de que un requerimiento de debida diligencia más cohesivo se desarrolle y, en caso afirmativo, de revisar si este podría ser una herramienta efectiva para la justiciabilidad. Este capítulo responde afirmativamente a esa pregunta, tras analizar el concepto de debida diligencia en la jurisprudencia de la Corte IDH, antes de ponderar en la tercera sección el valor agregado de los Principios Rectores –y sus críticas– a este estándar. Finalmente, se incluyen algunas reflexiones y comentarios sobre la pertinencia de interpretar la debida diligencia como un procedimiento necesario para asegurar la coherencia y fomentar la justiciabilidad de los derechos humanos.

II. La debida diligencia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó desde su primera sentencia en un caso contencioso, emitida en 1988, la existencia de un requerimiento de debida diligencia, que se ha convertido en una piedra angular jurisprudencial de este tribunal. Desarrollada inicialmente en el contexto regional interamericano como un concepto derivado del derecho internacional de los derechos humanos, se ligó directamente a la búsqueda de justicia y reparación tras las dictaduras latinoamericanas

1 Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*, A/HRC/8/5 (7 de abril de 2008).

2 Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *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 (21 de marzo de 2011).

de la segunda mitad del siglo XX.³ Así, en su sentencia *Velásquez Rodríguez*, la Corte señaló que “un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado... puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.”⁴ En ese sentido, como señalan Shelton y Carozza, los Estados no son directamente responsables por la conducta ilícita de actores privados, pero sus actos le serán atribuidos al Estado por complicidad o aquiescencia en su comisión.⁵ La Corte IDH ha señalado en su jurisprudencia que la debida diligencia consiste en el requerimiento de tomar todas las medidas y hacer todas las investigaciones y gestiones necesarias para lograr su objetivo de protección de los derechos humanos, lo cual incluye deberes correlativos de prevenir, castigar, investigar y reparar los daños ocasionados por los actos de personas o entidades privadas.⁶

Uno de los jueces de la Corte ha replicado de forma notoria este requerimiento de debida diligencia en dos votos separados en relación a los derechos de los pueblos indígenas, en casos presentados contra el Estado paraguayo y resueltos en 2005 y 2006. En este sentido, en sus opiniones separadas en los casos *Yakye Axa* y *Sawhoyamaxa* (disidente y acompañado del juez Ventura Robles en el primero, concurrente en el segundo), el juez Cançado Trindade expresó su convicción de establecer la responsabilidad internacional a Paraguay por la existencia de un vínculo causal entre una falta de acción estatal (es decir, una *omisión*) para prevenir la muerte de miembros de los pueblos indígenas Yakye Axa y Sawhoyamaxa y la violación de otros de sus derechos.⁷ Esta falta de debida diligencia comprometería la responsabilidad internacional del Estado por no haber prevenido, investigado, perseguido y castigado las violaciones de derechos humanos, específicamente el esencial derecho a la vida, razones sustantivas para atribuir dicha responsabilidad. Sin embargo, la jurisprudencia más reciente de este sistema regional se ha comenzado a concentrar en las obligaciones procesales que el Estado debe cumplir en el contexto de los derechos de los pueblos indígenas, a fin de evitar una violación a sus obligaciones jurídicas internacionales.

Un segundo tipo de casos relacionados con la debida diligencia examinados por la Corte se refieren a la participación de actores privados. Si bien lo anterior no es una novedad –en particular

3 Martín-Ortega, Olga, ‘Human Rights Due Diligence for Corporations: From Voluntary to Hard Law at Last?’, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 31(4), 2013, p. 54.

4 Corte IDH. *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, §172.

5 Shelton, Dinah y Carozza, Paolo G., *Regional Protection of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 575.

6 Letnar Černič, Jernej, ‘State Obligations Concerning Indigenous Peoples’ Rights to their Ancestral Lands: Lex Imperfecta?’, *American University International Law Review*, Vol. 28(4), 2013, p. 1156.

7 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Voto disidente conjunto de los Jueces A.A. Cançado Trindade y M.E. Ventura Robles. Serie C No. 125, §§7-13, 23-24; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade. Serie C No. 146, §§24-27.

si se toman en cuenta las sentencias de los casos *Albán Cornejo*⁸ y *Ximenes Lopes*⁹ de 2007 y 2006, respectivamente, así como algunas otras—, el hecho de que estos casos se relacionaran con las afectaciones de los derechos de los pueblos indígenas causadas por proyectos extractivos de empresas privadas le brindó la oportunidad a la Corte de desarrollar aún más su jurisprudencia respecto del deber de diligencia del Estado. Como mencionan Shelton y Carozza, las actividades de las industrias extractivas y otras empresas transnacionales han generado reclamos en cuanto a que los Estados no las regulan adecuadamente para prevenir violaciones a los derechos humanos.¹⁰ Algunos de ellos fueron presentados contra Surinam (*Saramaka*) y Ecuador (*Sarayaku*).

En *Saramaka*,¹¹ el pueblo indígena del mismo nombre denunció al Estado de Surinam por una supuesta violación a los derechos a la propiedad y al uso y disfrute de los territorios ancestrales, como resultado directo de la construcción de una presa en su territorio tradicional. La Corte determinó que tendría que identificar las obligaciones que el Estado debía cumplir para garantizar su respeto al derecho internacional de los derechos humanos y a los derechos de los pueblos indígenas; tras analizar las concesiones de exploración y extracción, consideró tres garantías que debían ser respetadas: la participación, los beneficios y la evaluación.¹² Si bien los tres elementos son partes esenciales de la debida diligencia, un aspecto de suma importancia es el de la evaluación, especialmente cuando se miden los impactos que un proyecto determinado puede ocasionar sobre los derechos humanos, el medio ambiente o la sociedad.

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que se debían satisfacer dos condiciones para cumplir con la evaluación de impacto: primero, que debe ser previo al otorgamiento de la concesión —y por tanto, directamente relacionado con el concepto de consentimiento previo, libre e informado—; y segundo, que debe ser realizado por el Estado o por un tercero independiente con suficiente experiencia y capacidad técnicas bajo supervisión estatal.¹³ La sentencia del caso *Saramaka*, contemporánea a la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas,¹⁴ fue la primera en enfocarse en la determinación de estándares de derechos humanos relativos a la obligación de debida diligencia del Estado en el contexto de proyectos extractivos.

8 Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171.

9 Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.

10 Shelton, Dinah y Carozza, Paolo G., *op. cit.*, p. 575.

11 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

12 *Ibid.*, §129.

13 *Ibid.* Véase también Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, OEA/Ser.L/V/II (31 de diciembre de 2015), §90.

14 Asamblea General, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, A/RES/61/295 (13 de septiembre de 2007).

Sin embargo, fue en la sentencia del caso *Sarayaku* contra Ecuador donde la Corte expuso más detalladamente sus elementos.

El caso *Sarayaku*¹⁵ fue presentado bajo el alegato de que la operación de una empresa petrolera multinacional sostenida durante varias décadas en el territorio del pueblo indígena Kichwa, llevó a una crisis ambiental y de salud. A pesar de que el gobierno ecuatoriano revocó la concesión, reconoció su responsabilidad internacional y anunció su intención de compensar a las víctimas, la Corte consideró que el Estado había incumplido sus obligaciones de debida diligencia y de respetar tanto la jurisprudencia interamericana (que estaba obligado a observar de conformidad con el control de convencionalidad) como las disposiciones de otros instrumentos internacionales, incluyendo el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales. La Corte especificó su interpretación de la debida diligencia aún más, al señalar que incluye la obligación de llevar a cabo consultas y evaluaciones de impacto ambiental y social cuando la salud física, social o cultural y el medio ambiente alrededor de la zona donde un pueblo indígena desarrolla sus actividades pueda estar en peligro.¹⁶ Asimismo, determinó que las evaluaciones deben llevarse a cabo antes del inicio del proyecto, fomentando la consulta y participación del pueblo indígena, y que se deben medir objetivamente los riesgos del proyecto para mitigar su posible impacto.¹⁷

En estas dos sentencias, la Corte IDH adoptó estándares imperativos más detallados en relación con los derechos de los pueblos indígenas, el deber del Estado de proteger los derechos humanos y el cumplimiento de las obligaciones de derecho internacional –y en particular de los derechos humanos– a través de la debida diligencia. Ambas contribuyen a desarrollar un mejor entendimiento de las obligaciones procesales de los Estados parte del Sistema Interamericano o, por lo menos, a su clarificación, constituyendo un esfuerzo constructivo de interpretación judicial respecto a la necesidad de implementar políticas internas responsables *vis-à-vis* los retos planteados por el desarrollo económico y la globalización.

Una característica importante que conviene subrayar aquí es el carácter relativo de la debida diligencia bajo el derecho internacional, que es independiente respecto de la ocurrencia de un evento,¹⁸ y corresponde exclusivamente a la conducta del Estado, que debe poner en marcha mecanismos y herramientas idóneas para alcanzar el fin previsto en el derecho internacional. En ese sentido, se asume que su conducta se juzgará teniendo en cuenta factores como sus capacidades y un mayor nivel de escrutinio si crea un riesgo de abusos que posteriormente deberá prevenir.¹⁹ Según Economides,

15 Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

16 *Ibid.*, §§204-207.

17 *Ibid.*, §§180-184.

18 Crawford, James, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 227.

19 Sobre la debida diligencia en el contexto del desarrollo sostenible, igualmente aplicable a este caso como una obligación de medios, véase Barral, Virginie, ‘Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an

la principal característica de las obligaciones de conducta o de medios es su flexibilidad, ya que un Estado se compromete a actuar de manera razonablemente cauta y diligente, tomando todas las medidas de precaución necesarias para evitar una situación particularmente dañina.²⁰ Esto significaría que el Estado debe contar con un sistema judicial y administrativo suficientemente adecuado para prevenir y detener violaciones a derechos humanos, así como un sistema para proveer mecanismos de reparación a las víctimas de violaciones instigadas por actores privados.²¹ Por tanto, el hecho de que ocurran tales eventualidades perjudiciales no necesariamente implicaría la responsabilidad del Estado, mientras este pueda demostrar que actuó de forma diligente para evitarlo.²² Sin embargo, si puede evitar que su responsabilidad se comprometa probando que empleó todos los medios disponibles para prevenir un abuso a los derechos humanos por un actor privado, la cuestión se orienta hacia quién debe ser considerado responsable bajo el derecho internacional de los derechos humanos. De cierta manera, esto fue examinado por el Representante Especial sobre derechos humanos y empresas, y aunque el resultado probablemente dependerá de los hechos de cada caso, algunas ideas parecen moldear la discusión.

III. Sobre la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos

Ya se ha escrito en algunas otras secciones y capítulos de esta obra sobre los orígenes del mandato de John Ruggie como Representante Especial del Secretario General de la ONU sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, así como sobre dos de sus principales productos: el Marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar de 2008, y los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, de 2011. En razón de ello, no lo repetiremos. Sin embargo, sí es pertinente retomar lo que señala Michael K. Addo, quien alude el impacto inmediato de los dos informes en diversas instancias internacionales y regionales –incluyendo la Unión Europea, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, la Organización Internacional para la Normalización, la Organización de Estados Americanos–, así como en diversos países del mundo. Ello ha llevado a un alineamiento internacional en torno al estándar de responsabilidad empresarial en derechos humanos.²³

Además de que los Principios Rectores en sí mismos son una plataforma para el progreso y constituyen un logro importante, su segundo pilar es una de sus principales contribuciones. Al identificar

Evolutionary Legal Norm', *European Journal of International Law*, Vol. 23(2), 2012, pp. 390-393.

20 Economides, Constantin P., 'Content of the Obligation: Obligations of Means and Obligations of Result' in Crawford, James, Pellet, Alain y Olleson, Simon (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 378.

21 Letnar Černič, Jernej, *op. cit.*, p. 1157.

22 Higgins, Rosalyn, *Problems & Process: International Law and How We Use It*, Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 153.

23 Addo, Michael K., 'The Reality of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights', *Human Rights Law Review*, Vol. 14(1), 2014, pp. 133-147.

el deber mínimo de las empresas como una responsabilidad general de respetar los derechos humanos basada en expectativas sociales –lo cual sin duda fue menos controversial para los destinatarios, y no en términos jurídicos²⁴–, Ruggie creó un estándar básico globalmente aceptable. Para Martín Ortega, por ejemplo, esto refleja una aspiración o expectativa de la comunidad internacional, en vez de una responsabilidad jurídica bajo el derecho internacional.²⁵ Sin embargo, otros colegas arguyen que los Principios Rectores y su responsabilidad de respetar crean una impresión engañosa sobre la ausencia de consecuencias jurídicas para las empresas que no actúen de forma responsable a la luz de los derechos humanos.²⁶ Desde esa controversial óptica, dos de las decisiones en relación con este pilar constituyen un esfuerzo interesante por agregar ciertas nociones jurídicas a una posición polémica. En primer lugar, Ruggie señaló de forma explícita en el Principio Rector 12 que la responsabilidad empresarial de respeto a los derechos humanos implica respetar, más allá de las normas de derecho interno y la responsabilidad jurídica, tres instrumentos internacionales básicos: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y los dos Pactos de 1966 –de derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales–, a los que se agrega la Declaración de la OIT sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo. Esta responsabilidad se traduce en una obligación negativa de las empresas de no infringir los derechos humanos de terceros ni contribuir a su vulneración mediante complicidad, una posición cuidadosamente analizada a la que pocos argumentos se pueden oponer.²⁷

En segundo lugar, desarrolló una interesante metodología para que las empresas puedan cumplir con dicha responsabilidad en sus operaciones y cadenas de suministro, tomando el concepto de debida diligencia del derecho corporativo,²⁸ el que plasma en términos de derechos humanos. Como señala Martín Ortega, la debida diligencia se ha utilizado tradicionalmente en el ámbito de la gobernanza corporativa como una herramienta para determinar el riesgo empresarial, mientras que en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos ha sido empleada como un estándar para medir el nivel de cumplimiento de las obligaciones internacionales de derechos humanos por parte del Estado cuando tratan la conducta de actores no estatales.²⁹ Además de este proceso de debida diligencia en derechos humanos, Ruggie incluyó en el Principio Rector 15 la recomendación de desarrollar una política empresarial de respeto, así como procesos internos para otorgar reparación por cualquier impacto adverso en los derechos humanos a los que las empresas contribuyan. De esta forma, la

24 Knox, John H., ‘The Ruggie Rules: Applying Human Rights Law to Corporations’ in Mares, Radu (ed.), *The United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights: Foundations and Implementation*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012, p. 65.

25 Martín Ortega, Olga, *op. cit.*, p. 55.

26 Deva, Surya, ‘Guiding Principles on Business and Human Rights: Implications for Companies’, *European Company Law*, Vol. 9(2), 2012, p. 103.

27 Ruggie, John G., *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, Nueva York, W.W. Norton, 2013, p. 95.

28 Lambooy, Tineke, ‘Corporate Due Diligence as a Tool to Respect Human Rights’, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 28(3), 2010, p. 408.

29 Martín Ortega, Olga, *op. cit.*, p. 45.

responsabilidad de respetar no solo es negativa, sino que incluye medidas positivas de debida diligencia para las empresas.³⁰

Al concentrarse en la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos conforme a la descripción del marco de 2008, Ruggie determinó que por lo menos cuatro acciones son necesarias para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de los impactos empresariales. La primera y más significativa es el desarrollo de evaluaciones de impacto en relación con cualquier riesgo actual o potencial en sus operaciones o con motivo de sus relaciones comerciales, lo que debe ser evaluado por expertos internos o externos en derechos humanos e incluir consultas con las partes afectadas. Una noción más precisa de sus diferentes elementos fue incluida en su informe de 2007 al Consejo de Derechos Humanos de la ONU. Básicamente, una evaluación de impacto en derechos humanos es una evaluación de las actividades de una empresa que revelan impactos (potenciales) en los derechos humanos, lo que lleva a recomendaciones sobre cómo mejorar el desempeño.³¹ Debido a que este tipo de evaluaciones en teoría son utilizadas de forma rutinaria por las empresas para medir sus impactos ambientales y sociales, su aplicación en materia de derechos humanos parecería el siguiente paso lógico para mejorar su protección frente a las actividades empresariales,³² en particular si las empresas comprenden e implementan tales procedimientos en términos de derechos. Como señala Harrison, habrá un creciente escrutinio público sobre las evaluaciones de impacto desarrolladas por las empresas en una época en que aún no hay una comprensión suficientemente precisa de dichas herramientas por los actores que las implementarán.³³ Sin embargo, esto podría no ser tan sencillo para un directivo empresarial como para un especialista en derechos humanos. He ahí la necesidad de consultar con expertos independientes internos o externos para un mejor entendimiento y legitimidad de los resultados.³⁴

De forma adicional, han surgido algunas preocupaciones en relación con la política de evaluación de riesgos que se encuentra en los Principios Rectores. Para Deva, considerar a los derechos humanos como riesgos implica que solo serán considerados relevantes –y respetados– si constituyen un riesgo para la empresa. En segundo lugar, la medición de riesgos necesariamente involucra un análisis de costo-beneficio, por lo que si el costo *potencial* de violar derechos humanos es menor que el beneficio *real* obtenido, una empresa podría decidir considerar algunas violaciones como parte del costo de

30 Knox, John H., *op. cit.*, p. 66.

31 Lambooy, Tineke, *op. cit.*, p. 441.

32 Harrison, James, ‘Establishing a Meaningful Human Rights Due Diligence Process for Corporations: Learning from Experience of Human Rights Impact Assessment’, *Impact Assessment and Project Appraisal*, Vol. 31(2), 2013, p. 109; Deva, Surya, ‘Treating Human Rights Lightly: A Critique of the Consensus Rhetoric and the Language Employed by the Guiding Principles’ in Deva, Surya y Bilchitz, David (eds.), *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 99.

33 Harrison, James, *op. cit.*, p. 111.

34 *Ibid.*, p. 110; Deva, Surya, ‘Treating Human Rights...’, *op. cit.*, 2013, p. 100.

hacer negocios.³⁵ Otro importante elemento que fue identificado por Ruggie es la necesidad de realizar consultas efectivas con las partes afectadas,³⁶ una tendencia que ha sido apoyada y utilizada en diversas ocasiones por distintas organizaciones, incluyendo a la Corte IDH, que lo ha planteado respecto a los derechos de los pueblos indígenas –como se pudo constatar con antelación–, enfatizando en la consulta y el consentimiento como parámetros del respeto y cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado en la materia.

Una vez que se ha llevado a cabo la evaluación de impacto en derechos humanos, un segundo requisito de la debida diligencia es el de integrar y actuar sobre los resultados, lo que implica que las empresas tomen las medidas apropiadas para prevenir o mitigar cualquier efecto potencial detectado sobre los derechos humanos.³⁷ Desde luego, esta acción debe tener un enfoque *ex ante* (preventivo) en vez de *ex post* (reactivo),³⁸ a fin de evitar no solo los riesgos jurídicos o financieros, sino también cumplir con la responsabilidad de respeto. El comentario a los Principios Rectores enfatiza que para que la integración y acción posterior a una evaluación de impacto sea apropiada, la estructura y procesos corporativos deben ser ajustados para responder de forma pertinente por los impactos señalados en la evaluación. Igualmente, es importante que dichos impactos y acciones sean publicados, a fin de que la empresa facilite su evaluación y el involucramiento de terceros, incluyendo a las partes afectadas.³⁹

Un tercer requisito identificado por Ruggie es el seguimiento cíclico y no limitado a situaciones específicas de la efectividad de las respuestas de la empresa a los impactos reales o potenciales a los derechos humanos con los que pueda involucrarse. Existe, en palabras de Harrison, una necesidad de entender cuáles son los impactos en derechos humanos a través del tiempo y si son necesarios cambios mayores.⁴⁰ Debido a que una evaluación de impacto individual puede detectar un riesgo específico, cualquier modificación en los procesos corporativos que resulten de un primer ejercicio debe pasar por el mismo análisis para que la empresa reduzca a su mínima expresión cualquier posible riesgo, así como para identificar buenas prácticas que respalden o faciliten un cambio en la cultura o práctica corporativas.⁴¹ El último requisito del marco desarrollado por el Representante Especial es que las empresas deben comunicar externamente la forma en que los impactos detectados son abordados, para permitir el involucramiento y participación de las diferentes partes interesadas y evaluar si sus impactos evolucionan y cómo lo hacen. En efecto, como resultado de este tipo de análisis, se pueden

35 Deva, Surya, *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business*, Londres, Routledge, 2012, p. 113.

36 Harrison, James, 'Human Rights Measurement: Reflections on the Current Practice and Future Potential of Human Rights Impact Assessment', *Journal of Human Rights Practice*, Vol. 3(2), 2011, p. 175.

37 *Ibid.*, p. 178.

38 Bonnitcha, Jonathan, 'The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: The Implications for Enterprises and their Lawyers', *Business and Human Rights Review*, N° 1, 2012, p. 15.

39 Harrison, James, 'Establishing a Meaningful...', *op. cit.*, 2013, p. 112.

40 Harrison, James, 'Human Rights Measurement...', *op. cit.*, 2011, p. 179.

41 *Ibid.*, p. 183.

aprender lecciones sobre cuándo la evaluación de impacto en derechos humanos refleja preocupaciones subyacentes en esta área, y cuándo y cómo son efectivas para realzar los derechos humanos.⁴²

Ruggie señala que el objetivo debe pasar de la identificación y gestión de riesgos materiales, a incluir relaciones de negocios y simultáneamente tratar con las potenciales partes afectadas.⁴³ Sin embargo, su propio objetivo estuvo más orientado hacia la creación de una cultura empresarial de derechos humanos, que era virtualmente inexistente cuando inició su mandato. En su opinión, el problema del concepto de debida diligencia en derechos humanos era identificar y tratar los impactos adversos de las empresas sobre los derechos humanos en un marco de gestión de riesgos, conocido por ellas. Este fue la base de un estándar de procedimiento que puede ser adoptado y requerido por las empresas, y promovido por las partes interesadas.⁴⁴

Los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos han sido criticados en diversos frentes y por distintas razones. Algunas de las críticas han sido dirigidas a la terminología utilizada por Ruggie;⁴⁵ otras se han referido a la aparente confusión de conceptos entre los diferentes ámbitos jurídicos,⁴⁶ a la falta de un mecanismo internacional de implementación, a la necesidad de medidas más robustas o a la decisión del Representante Especial de no recomendar el desarrollo de un instrumento internacional vinculante sobre derechos humanos y empresas en el futuro próximo.⁴⁷

Sin embargo, el aspecto más controversial continúa siendo el concepto de “responsabilidad de respetar”, a pesar de haber sido una elección interesante que potencialmente ofrece una vía más rápida y prudente para mover la discusión sobre la protección de los derechos humanos en el contexto de actividades empresariales en el corto y mediano plazos. Lo anterior se debe a varias razones: en primer lugar, no obstante que el derecho internacional de los derechos humanos ofrece un marco sustantivo usualmente vinculante e involucra la adopción de medidas de derecho interno para los Estados concernidos, su aplicación en el ámbito internacional (por medio de mecanismos judiciales o cuasi-judiciales) es de naturaleza subsidiaria. Su implementación nacional (a través de políticas públicas, legislación, regulación y adjudicación) se desarrolla a nivel interno y depende ampliamente del compromiso soberano de los Estados adquirido por medio de la ratificación de tratados. La mayoría de los críticos del Marco para ‘proteger, respetar y remediar’ y los Principios Rectores sugieren que un instrumento internacional vinculante es la única forma de garantizar el cumplimiento de las normas

⁴² *Ibid.*

⁴³ Ruggie, John G., *op. cit.*, p. 99.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 101.

⁴⁵ Deva, Surya, ‘Treating Human Rights...’, *op. cit.*, 2013.

⁴⁶ López, Carlos, ‘The ‘Ruggie Process’: From Legal Obligations to Corporate Social Responsibility?’ in Deva, Surya, y Bilchitz, David (eds.), *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

⁴⁷ Bilchitz, David y Deva, Surya, ‘The Human Rights Obligations of Business: A Critical Framework for the Future’ in Deva, Surya, y Bilchitz, David (eds.), *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

de derechos humanos por las empresas, en vez de un mecanismo voluntario como la “responsabilidad de respetar”. Sin embargo, la pregunta que debe plantearse es si el sistema internacional se encuentra preparado para vigilar la conducta de las empresas en diversas regiones del mundo e implementar los estándares internacionales. Después de todo, como señala Nolan, el clamor por derecho internacional positivo es un proceso complicado que no necesariamente resuelve todos esos problemas. El derecho internacional de los derechos humanos no es reconocido por su implementación efectiva, además de que el camino hacia un tratado requiere de un compromiso político que, por el momento, no es notorio en este ámbito.⁴⁸ A pesar de que muchos probablemente responderían afirmativamente a esta cuestión, surgen dos preguntas obligadas de logística: ¿dónde se obtendrían los recursos financieros y humanos para este proyecto, y cuánto se requeriría para monitorear adecuadamente la conducta de miles de empresas? Esto es particularmente relevante dado que la mayoría de los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas se encuentran en problemas para obtener y utilizar los recursos eficientemente para desempeñar sus deberes de la mejor forma en relación con poco más de 190 países y un conjunto definido de derechos.⁴⁹

En segundo lugar, aunque el desarrollo de la “responsabilidad empresarial de respetar” bajo el mandato de Ruggie o el uso de la debida diligencia en derechos humanos puedan ser controversiales y, además, se aparten de una terminología y tradición estrictamente jurídicas para concentrarse en argumentos económicos o sociales, su aceptación y reconocimiento por los potenciales responsables (las empresas) sería el punto de inicio para desarrollos jurídicos generales de mayor amplitud, como lo demuestran algunos ejemplos de derecho interno y regional. Igualmente, estos conceptos parten de perspectivas realistas en términos de que las sociedades no solo se rigen por deberes jurídicos, sino también por realidades políticas, proyectos económicos y desarrollos sociales que no necesariamente serán regulados de mejor forma por mecanismos jurídicos.

Por otra parte, las políticas y razonamiento judicial internos difieren en los distintos países, por lo que el hecho de que una política pública o proceso judicial funcionen en un país determinado, no necesariamente significa que lo harán en otro contexto. Algunos ejemplos que confirman lo anterior han ocurrido en el Ecuador y los Estados Unidos de América, como es el caso Chevron/Texaco en Lago Agrio.⁵⁰ Las tradiciones y culturas jurídicas pueden ser incluso obstáculos importantes: a pesar de que se pueda decir que las fuentes de derecho internacional referidas por Ruggie habrían sido insuficientes,⁵¹ los tribunales de los Estados Unidos refirieron apenas en el 2011 que solo un conjunto

48 Nolan, Justine, ‘The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: Soft Law or Not Law?’ in Deva, Surya, y Bilchitz, David (eds.), *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 160.

49 Broecker, Christen, ‘The Reform of the United Nations’ Human Rights Treaty Bodies’, *ASIL Insights*, Vol. 18(16), 2014.

50 Sobre este caso, véase el capítulo de Kathia Martin-Chenut y Camila Perruso en esta obra.

51 Decaux, Emmanuel, ‘Le projet de l’ONU sur la responsabilité des entreprises transnationales’ in Daugareilh, Isabelle (dir.), *Responsabilité sociale de l’entreprise transnationale et globalisation de l’économie*, Bruselas, Bruylant, 2010.

definido de normas internacionales –aquellas de origen consuetudinario– cumplirían con los parámetros de derecho interno para ser aplicadas a las empresas en ese marco jurídico. Si lo que la mayoría de los críticos de los Principios Rectores buscan son decisiones judiciales que determinen la existencia de responsabilidad jurídica por violaciones de derechos humanos, no pueden ignorar que solamente un número limitado de casos llegarían a instancias y jurisdicciones internacionales –en caso de que estas tuvieran competencia sobre las empresas–, por lo que la vía principal continuarían siendo los procedimientos y recursos judiciales en el ámbito interno. Esto es reconocido hasta cierto grado por Surya Deva, quien señala que a pesar de que la responsabilidad empresarial planteada en los Principios Rectores puede dar una idea equivocada de que las violaciones de derechos humanos no necesariamente tendrán consecuencias jurídicas, las empresas deberían tomar en cuenta que los estándares judiciales y legislativos de derechos humanos en el ámbito interno evolucionan constantemente.⁵²

En ese sentido, tal vez una manera más sencilla de alcanzar ese objetivo sería concentrarse en el desarrollo de disposiciones jurídicas a nivel interno que mejoren el acceso a mecanismos de reparación en situaciones que involucran violaciones de derechos humanos por las empresas, con la guía de instrumentos internacionales (no necesariamente de derecho positivo) que provean recomendaciones de políticas públicas para tratar ese tipo de casos. Como señala Chetail, las declaraciones intergubernamentales y otros instrumentos no vinculantes son particularmente útiles para promover un entendimiento común sobre nuevas problemáticas de preocupación internacional, así como para alentar comportamientos predecibles y consistentes de los Estados. A mediano o largo plazo, los instrumentos de *soft law* pueden mostrar el camino a seguir para regulaciones futuras de derecho consuetudinario o convencional,⁵³ independientemente de los desarrollos a nivel interno que puedan resultar de medidas legislativas o ejecutivas.

El Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas fue sumamente exitoso para vender la idea de la debida diligencia como una estrategia para cumplir con la responsabilidad de respetar los derechos humanos, e incluso para evitar la complicidad empresarial. Según Deva y Bilchitz, todos –Estados, empresas, ONG y académicos– empezaron a hablar sobre debida diligencia, sin darse cuenta de que en el ámbito comercial su concepto puede ser sumamente distinto al correspondiente al derecho internacional de los derechos humanos.⁵⁴ Sin embargo, ¿acaso dicho concepto es completamente distinto en los dos ámbitos? ¿Existen similitudes entre sus acepciones independientemente de sus diferentes objetivos? Sin duda, la debida diligencia varía según el campo en el que se implemente, puesto que la fragmentación normativa e institucional ha revelado divergencias importantes en la aplicación

52 Deva, Surya, ‘Treating Human Rights...’, *op. cit.*, 2013, p. 94.

53 Chetail, Vincent, ‘The Legal Personality of Multinational Corporations, State Responsibility and Due Diligence: The Way Forward’ in Alland, Denis et al. (eds.), *Unité et diversité du droit international: Écrits en l’honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2014, p. 118.

54 Deva, Surya y Bilchitz, David, *op. cit.*, 2013, p. 11.

de este concepto, tanto en términos de su alcance como de su contenido.⁵⁵ Chetail afirma, por ejemplo, que en la comunidad empresarial la debida diligencia se refiere a un conjunto de procesos voluntarios utilizados para administrar los riesgos para sus negocios, mientras que en el ámbito legal se refiere a un estándar jurídico de conducta existente tanto en el derecho internacional como del interno.⁵⁶

A pesar de esta divergencia, algunas similitudes básicas sobre su contenido y práctica justificarían una revisión más profunda para poder entender la debida diligencia en derechos humanos como un concepto transversal. En relación con su contenido, existe cierta similitud entre la ejercida por el Estado y la implementada como parte de un ejercicio de valoración de riesgo para las empresas. Por lo general, se requiere que la parte interesada tome medidas positivas para prevenir que ocurra un daño. El Estado, por ejemplo, debe ejercer la debida diligencia para prevenir violaciones a derechos humanos en su jurisdicción, independientemente de su fuente, lo que le impone un doble requisito enfocado específicamente en la prevención, pero que también da origen a un deber de reparación si esta no es exitosa.⁵⁷ Bajo los Principios Rectores encontramos el mismo enfoque: su ejercicio incluye un proceso continuo de gestión (y por tanto, un deber de cuidado que puede dar pie a obligaciones jurídicas) para que las empresas respeten los derechos humanos.⁵⁸ Según el marco desarrollado por Ruggie, las empresas tienen la responsabilidad de demostrar que sus operaciones no tienen efectos negativos en los derechos de terceros, y cuando ello no fuere posible, deben mitigar y reparar cualquier daño directo o indirecto que podrían haber ocasionado. En ese sentido, el contenido de la debida diligencia es similar para el Estado y para las empresas en vista de que se basa en una expectativa de que ambos entes desarrollarán sus deberes con suficiente cuidado para evitar una violación de una obligación o responsabilidad.

En la práctica, a pesar de sus diferencias contextuales, puede decirse que tanto Estados como empresas normalmente deben desarrollar la debida diligencia para identificar los riesgos reales o potenciales y actuar para prevenirlos. Un claro ejemplo de esta tarea común se observa en las evaluaciones de impacto: los Estados latinoamericanos, por ejemplo, tienen una obligación de llevarlas a cabo respecto de los impactos ambientales o sociales de proyectos extractivos o de desarrollo en su territorio, conforme a la jurisprudencia interamericana de derechos humanos. Lo mismo puede decirse de las empresas, ya que en el marco jurídico interno usualmente son un requisito para obtener las licencias o permisos para el desarrollo de proyectos. Por ello, en teoría, ambos sujetos deberían tener experiencia práctica en la debida diligencia, lo cual supondría una ventaja para adaptar sus estándares para cumplir con los requisitos establecidos en los Principios Rectores.

55 ILA Study Group on Due Diligence in International Law, *First Report*, 2014.

56 Chetail, Vincent, *op. cit.*, p. 128.

57 Martín Ortega, Olga, *op. cit.*, p. 45.

58 Muchlinski, Peter, 'Implementing the New UN Corporate Human Rights Framework: Implications for Corporate Law, Governance and Regulation', *Business Ethics Quarterly*, Vol. 22(1), 2012, p. 157.

Sin embargo, existen algunas diferencias importantes en la forma en que ambos actores efectúan este ejercicio en relación con los derechos humanos, que derivan principalmente de la base de la obligación o responsabilidad de llevar a cabo la debida diligencia y de su temporalidad. En el caso de los Estados, la obligación no se limita a ciclos o proyectos, sino que es permanente y debe desplegarse en cada acción o política desarrollada por el gobierno o sus agentes. Conforme a la jurisprudencia de las cortes de derechos humanos, incluyendo la Corte IDH en *Sarayaku*, el Estado solo excepcionalmente podrá evadir su responsabilidad internacional de actuar con debida diligencia, particularmente cuando la carga sea imposible o de una naturaleza desproporcionada.⁵⁹ Sin embargo, esto no lo exenta de cumplir con ella.

Por su parte, las empresas deben seguir un razonamiento distinto, debido a la actual escasez de requerimientos legales que les exijan la debida diligencia en derechos humanos. Por ello, pueden usar esta herramienta a lo largo de sus operaciones como una estrategia de gobernanza corporativa, o bien, para aquellos proyectos donde existen riesgos significativos para su reputación o de carácter legal. Es un hecho que su implementación también dependerá del tipo de empresa que se trate, ya que, según Martín Ortega, por lo general mientras más grande sea la organización, el proceso será más formal y estructurado, independientemente de que sea una obligación jurídica o una conveniencia práctica.⁶⁰ Debido a que la práctica no es uniforme, la expectativa de establecer un estándar común en el contexto de derechos humanos de América Latina es aún incierta. Otro obstáculo puede ser el origen o fuente de la obligación, cuestión que ya hemos discutido con antelación: mientras que el deber de debida diligencia del Estado se encuentra firmemente establecido en el derecho internacional de los derechos humanos, en el ámbito empresarial emana de un instrumento no vinculante, aunque igualmente apoyado por un amplio rango de actores.

A pesar del apoyo y críticas a la debida diligencia empresarial en derechos humanos conforme a la propuesta de los Principios Rectores de la ONU y tomando en cuenta las similitudes y diferencias señaladas, este puede ser el sendero más importante y promisorio para hacer avanzar la discusión sobre las responsabilidades (jurídicas o morales) de las empresas en el ámbito de los derechos humanos.

IV. Reflexiones finales: hacia una justiciabilidad ambiental y de derechos humanos mediante la debida diligencia

La debida diligencia en derechos humanos se ha convertido en un concepto clave en la discusión sobre la responsabilidad de las empresas. Como elemento central de los Principios Rectores de la ONU

⁵⁹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, §245: “Es claro que un Estado no puede ser responsable por cualquier situación de riesgo al derecho a la vida. Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada.”

⁶⁰ Martín Ortega, Olga, *op. cit.*, p. 52.

sobre las empresas y los derechos humanos, ha permitido a las diferentes partes interesadas generar un compromiso y establecer un punto de partida para un desarrollo medible y que permite una participación diversa, a pesar de las críticas relativas al escaso margen para maniobrar más allá del marco propuesto por John Ruggie.⁶¹ Por ello, al ser un concepto flexible, conocido en sus diferentes facetas tanto por las empresas como por los Estados, que puede ser ajustado conforme a las necesidades de las distintas circunstancias y contextos, la debida diligencia en derechos humanos puede ser instrumental para generar un cambio en los marcos jurídicos internos que constituya la base para futuros desarrollos de derecho internacional.

En primer lugar, el hecho de que los Principios Rectores hayan recibido un respaldo unánime del Consejo de Derechos Humanos implica su reconocimiento como un estándar de conducta deseada de las empresas, lo que legitima su carácter autoritativo. A pesar de que sería muy aventurado considerar lo anterior como una señal de la existencia de una práctica consuetudinaria o de su reconocimiento por los Estados –al constituir los Principios Rectores una constatación de *opinio juris* sobre la cuestión de la responsabilidad empresarial, aunque todavía no cuente con suficiente práctica estatal⁶²–, tal vez podrían ser considerados como una regla embrionaria que tal vez evolucione en una norma consuetudinaria de derecho internacional.⁶³ Como señala Nolan, tanto el apoyo explícito del Consejo como que deriven de un proceso colaborativo le suma a su carácter autoritativo y los apoya en el *continuum* de un instrumento no vinculante hacia una forma de derecho potencialmente más vinculante. En teoría, debido al grado de consulta y de consenso (entre los gobiernos), existe el potencial para generar cumplimiento por parte de los Estados.⁶⁴

Dicho cumplimiento estatal necesariamente tendría lugar en el ámbito interno, donde el desarrollo de iniciativas nacionales (como políticas públicas, legislación o regulación) para implementar los Principios Rectores –y, en particular, la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos y sus elementos de debida diligencia– podría contribuir eventualmente a reforzar su status bajo el derecho internacional. A final de cuentas, como alerta Muchlinski, no existe un deber jurídico internacional para las empresas de respetar los derechos humanos. Tal deber solo puede aparecer bajo el derecho interno en la actualidad. Por tanto, es en esa esfera que el desarrollo jurídico de una obligación de respetar los derechos humanos aparecerá en primera instancia, aunque no pueden ser descartados futuros avances en el campo internacional.⁶⁵

61 López, Carlos, *op. cit.*, p. 60.

62 Thirlway, Hugh W.A., *International Customary Law and Codification: An Examination of the Continuing Role of Custom in the Present Period of Codification of International Law*, Leiden, A.W. Sijthoff, 1972, p. 64. Cf. con la posición de Letnar Čerňič en su capítulo en esta obra, a pesar de nuestra inclinación por la primera, por ser un enfoque más apegado a la realidad del derecho internacional.

63 Para un análisis detallado de esta cuestión, véase el capítulo introductorio de esta obra colectiva.

64 Nolan, Justine, *op. cit.*, p. 158.

65 Muchlinski, Peter T., *op. cit.*, p. 151.

En las distintas jurisdicciones empiezan a surgir ejemplos relativos a la responsabilidad empresarial y la debida diligencia, específicamente en la Sección 1502 de la Ley Dodd-Frank de los Estados Unidos. Como alude Martín Ortega, su impacto es considerable, ya que ha acelerado la respuesta del sector empresarial a la cuestión de los derechos humanos y, potencialmente, contribuido al desarrollo de obligaciones estatales y responsabilidades empresariales en relación al comportamiento de estas últimas, no solo con la creación de un deber de transparencia, sino también mediante la aplicación de la debida diligencia.⁶⁶ El hecho de que esta regla se haya desarrollado en los Estados Unidos también puede ser una señal de una tendencia hacia un enfoque renovado en la regulación preventiva en vez de la adjudicación reactiva, sobre la que las cortes estadounidenses recientemente han mostrado cierto recelo. Otros desarrollos potenciales en esta área podrían emerger en Francia, a través de la Propuesta de ley 1524 sobre el deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus subsidiarias y cadenas de suministro, que actualmente se encuentra pendiente de examen y votación en segunda vuelta por el Senado, o bien en la regulación europea sobre debida diligencia en cadenas de suministro en relación a los minerales de conflicto. Estas iniciativas emergentes en los marcos jurídicos internos o regionales también indicarían la posible cristalización de un requerimiento de debida diligencia en relación a los derechos humanos y, aunque son pocos los ejemplos, es probable que otros países se unan a esta tendencia.

Es importante notar que en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos los Estados tienen la obligación de garantizar el cumplimiento y respeto a los derechos humanos por los distintos actores bajo su jurisdicción. Lo anterior sugeriría que, como parte de su deber de protección, los Estados deben adoptar legislación para regular el comportamiento empresarial y, aunque nada excluye la posibilidad de que dichas leyes se enfoquen en aspectos distintos a la debida diligencia, podrían beneficiarse de una herramienta que ha recibido una importante atención desde 2007. Con la elaboración de metodologías y estándares más precisos, la debida diligencia poco a poco se convierte en un elemento central de los esfuerzos estatales para regular los impactos empresariales en los derechos humanos, convirtiéndose en una más de las obligaciones de los Estados.⁶⁷

Desde una perspectiva distinta, se ha señalado que el derecho internacional se aplica directamente a las empresas, aunque solo cuando la regla primaria sobre la responsabilidad internacional se activa por el incumplimiento del Estado de llevar a cabo la debida diligencia. En este sentido, como señala Chetail, cuando haya responsabilidad estatal de conformidad con su correspondiente noción, se puede asumir que la violación específica ha sido –o por lo menos será– cometida por actores privados, quienes son los sujetos obligados por la obligación internacional pertinente. Ninguna violación podría atribuírseles y no existirían motivos para justificar el deber del Estado de actuar con debida diligencia para prevenir, investigar o reparar violaciones. Dicho de otra forma, al no ser las violaciones

66 Martín Ortega, Olga, *op. cit.*, p. 67.

67 *Ibid.*, p. 74.

directamente imputables al Estado, el actor privado debería ser considerado como el garante directo de la regla violada.⁶⁸ Este argumento no solo es cierto en el ámbito de los derechos humanos, sino también en el del derecho ambiental internacional: el deber del Estado consiste en regular la conducta empresarial en relación con la protección ambiental, así como en crear un marco jurídico interno apropiado para garantizar su cumplimiento o la reparación, en caso de ser necesario. Sin embargo, el daño –es decir, el incumplimiento de una obligación sustantiva de un ordenamiento jurídico interno o internacional– normalmente no es causado por el Estado en sí, sino por actores privados. El estado actual del derecho de la responsabilidad internacional está configurado de forma que esta le corresponde directamente al Estado, a pesar de que en muchos casos el actor a quien se atribuiría el incumplimiento sustantivo sea una entidad privada. Aunque sea difícil implementar esa idea a nivel internacional por su potencial impacto en el régimen actual, constituye una noción provocativa y una alternativa para futuros desarrollos.

Por otra parte, la evaluación de impacto en el marco de la debida diligencia en derechos humanos tiene el potencial de convertirse en un componente más comprehensivo y detallado que las de impacto ambiental o social, por ejemplo, y eventualmente incluso podría sustituirlas. Lo anterior se debe a que los derechos humanos fueron desarrollados y son analizados por órganos y tribunales internacionales y comentarios de expertos, se han creado indicadores para medir su cumplimiento y se basan en estándares definidos contenidos en instrumentos jurídicos con un amplio apoyo internacional. Para Harrison, por ejemplo, aunque las evaluaciones de impacto ambiental o social adopten elementos procedimentales análogos a los de la debida diligencia en derechos humanos, no analizan específicamente los impactos en relación con los estándares de derechos humanos, a pesar de ser influidos por ellos de forma importante.⁶⁹ Debido a ello, es importante continuar desarrollando conocimiento práctico y entendimiento sobre el uso de las normas y estándares de derechos humanos en las evaluaciones de impacto, ya que les permitiría a las empresas contar con una herramienta única de medición de los distintos impactos analizados por las diferentes evaluaciones existentes.

El estándar de debida diligencia en derechos humanos enunciado por los Principios Rectores, la sugerencia sobre el modelo adecuado de evaluación de impacto y la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos podrían convertirse en requisitos obligatorios tanto para los Estados como para las empresas. Para ello, tres canales pueden ser particularmente adecuados: el primero es el derecho internacional. Como señala Knox, en principio la responsabilidad de respetar podría transitar hacia el derecho positivo internacional a través del derecho consuetudinario o convencional.⁷⁰ Como ya se ha discutido con antelación, un tratado no parece ser posible en el corto plazo, debido a la sensibilidad de la cuestión y la falta de voluntad política para desarrollarlo. Sin embargo, como también ya se ha

68 Chetail, Vincent, *op. cit.*, p. 127.

69 Harrison, James, 'Establishing a Meaningful...', *op. cit.*, 2013.

70 Knox, John H., *op. cit.*, p. 67.

señalado, el respaldo unánime a los Principios Rectores podría ser considerado en cierto modo como una expresión de *opinio juris* de la comunidad internacional de Estados, que podría verse acompañada eventualmente por práctica estatal en el ámbito interno.

Una segunda senda a través de la cual el segundo pilar de los Principios Rectores podría tomar un carácter más vinculante sería el derecho interno, que ha sido la principal propuesta del Representante Especial. Como señala Muchlinski, la acción del Estado en ese ámbito puede establecer obligaciones jurídicas para las empresas y preparar el camino para el “endurecimiento” de la responsabilidad empresarial de respeto a los derechos humanos y de debida diligencia. Para él, la regulación externa es una forma de hacerla efectiva, por lo que corresponde al Estado establecer principios jurídicos y mecanismos de reparación efectivos frente al incumplimiento empresarial.⁷¹ Como hemos discutido previamente, la falta de mecanismos de implementación en el nivel internacional y sus bajas posibilidades de desarrollo en el futuro próximo parecen indicar que la única manera de desarrollar una cultura empresarial de derechos humanos –además de obligaciones jurídicas en este ámbito– será mediante el derecho interno.

Finalmente, una propuesta interesante que merece más atención es la introducción de los Principios Rectores de la ONU en la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos, y particularmente en el ámbito interamericano. Como se señaló en la segunda sección de este capítulo, el aporte de la Corte IDH en casos relativos a los derechos de los pueblos indígenas y las industrias extractivas, así como el continuo uso de instrumentos vinculantes y no vinculantes de otros organismos internacionales (como la OIT o la ONU) podrían ofrecer una interesante oportunidad de desarrollo del concepto de la debida diligencia empresarial en derechos humanos. En opinión de Morgera, la consolidación de la jurisprudencia en este campo podría facilitar el desarrollo progresivo del derecho internacional público, y posiblemente influir en procedimientos sucesivos en los ámbitos interno e internacional, con el potencial de clarificar un sistema en vías de evolución sobre responsabilidades compartidas entre Estados y actores no estatales.⁷² Ante ello, la apropiación de estándares universales en el ámbito regional por las cortes de derechos humanos –como ya ha ocurrido en el contexto interamericano en el caso de los *Pueblos Kaliña y Lokono*⁷³–, podría cristalizarse en un importante desarrollo tendiente al carácter vinculante de instrumentos declarativos con efectos para los Estados parte, y preparar el camino para una protección mejorada de los derechos humanos, sin el carácter usualmente adversarial de los procesos de codificación convencional.

71 Muchlinski, Peter T., *op. cit.*, pp. 148-150.

72 Morgera, Elisa, *Corporate Accountability in International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 226.

73 Corte IDH. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, §§222-226. El hecho de que los Principios Rectores ya hayan sido citados por la Corte influye directamente en la cristalización de la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos.

La protección de los derechos humanos por medio de los mecanismos del derecho internacional privado

Santiago Ramírez Reyes*

SUMARIO: I. Introducción. II. Las particularidades del escenario actual. III. La protección de los derechos humanos reconocidos por el foro por medio de reglas de conflicto de jurisdicción. IV. Análisis prospectivo de la protección de los derechos humanos mediante los mecanismos de conflictos de jurisdicción. V. Conclusión.

I. Introducción

Los derechos humanos y el derecho internacional privado no hacen buena mezcla. Esa es, al menos, la impresión general que resulta del estudio de las interacciones entre ambas ramas de la ciencia jurídica, que se reafirma por el escaso análisis de la doctrina mexicana al respecto,¹ posiblemente por respeto a la *suma divisio* entre derecho público y privado, quizá por desinterés; no obstante, la intuición prospectiva apunta a que la frontera entre dichos campos de estudio está destinada a difuminarse cada vez más.

Divididos, probablemente, pero no ajenos, la relación entre derechos humanos y derecho internacional privado se aprecia cotidianamente por medio de mecanismos específicos a este último.²

* Doctorante por la Escuela Doctoral de Derecho Comparado de la Universidad Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Maestría en Derecho Inglés y Norteamericano de Negocios por la Universidad Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Nuevo León.

1 En otras latitudes, el estudio de la relación entre derechos humanos y reglas de derecho internacional privado es visto con recelo. En la doctrina francesa, las palabras de introducción del profesor Marguénaud en el prefacio al trabajo de Fabien Marchadier nos recuerdan que el derecho internacional privado y el derecho europeo de los derechos humanos se encuentran cada vez con más frecuencia, pero lo hacen sin apreciarse demasiado; véase Marchadier, Fabien, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruselas, Bruylant, 2007. Por su parte, el profesor Kinsch, en la introducción a su curso en la Academia de la Haya, señala que dicha actitud no sorprende puesto que el derecho internacional privado es una materia que se caracteriza a la vez por una tecnicidad muy refinada y por una indecisión permanente entre la prevalencia de la "justicia de derecho internacional privado" y la prevalencia de la justicia material. Kinsch, Patrick, "Droits fondamentaux, droits de l'homme et droit international privé", *Recueil des Cours*, Vol. 318, 2005, p. 19. Concordamos con el profesor Kinsch cuando para el desarrollo de su análisis, afirma partir de la idea de que el tema de los derechos humanos es un factor de progreso, incluso en el derecho internacional privado. En México, una interesante obra ha sido publicada recientemente en homenaje a la profesora Sonia Rodríguez Jiménez, en la cual se analiza en temas específicos la interacción entre ambas disciplinas; véase Vega Gómez, Juan (coord.), *Temas selectos de derecho internacional privado y de derechos humanos*, IIJ-UNAM, 2014.

2 Los casos en que se enfrentan ciertos aspectos del derecho internacional privado a los derechos humanos son relativamente raros. Sin embargo, un ejemplo recurrente es la excepción de orden público internacional; dicho mecanismo de la teoría general de derecho internacional privado es empleado con el fin de impedir la aplicación de una ley o denegar el *exequatur* de una decisión extranjera por considerarla contraria a los principios o valores fundamentales

Las manifestaciones cada vez más frecuentes de puntos de conexión entre ambas materias han alimentado la intuición que guía este trabajo, es decir, la de una posible mejora en la defensa de los derechos humanos con la aplicación de mecanismos de derecho internacional privado, dentro y fuera del orden jurídico en el que fueron regulados.³

De acuerdo con el profesor Kinsch, esa interacción se efectúa en dos direcciones: en primer lugar, es posible confrontar los derechos humanos a las reglas de conflictos de leyes de un Estado determinado, en cuyo caso nos encontramos frente al fenómeno de la jerarquía de normas al interior de un mismo orden jurídico. En segundo lugar, es posible analizar la compatibilidad de leyes extranjeras que las autoridades del foro están obligadas a aplicar de acuerdo con las normas que obligan al Estado en materia de derechos humanos; esto incluye al reconocimiento de situaciones creadas en el extranjero por la aplicación de una ley en el extranjero e, incluso, el reconocimiento o la ejecución que es solicitada a las autoridades del foro.⁴ Es precisamente en este segundo supuesto que se concentra nuestro análisis.

Nuestra época se caracteriza por la internacionalización y la constitucionalización de los derechos humanos en América Latina,⁵ doctrina bajo la cual los Estados buscan otorgar un rango especial a los tratados internacionales en la materia. En este contexto, será objeto de nuestro estudio la relación que guardan los derechos humanos con el derecho internacional privado en el sistema mexicano. El análisis propuesto cobra relevancia por el marcado interés de los Estados en asegurar la protección de los derechos humanos, aunado a la creciente voluntad de las empresas en contribuir a su respeto, el que se reflejó en el respaldo unánime de los Estados miembros del Consejo de Derechos Humanos⁶ a la preparación y adopción de los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos en 2011.

del foro. Encontramos con mayor frecuencia decisiones en las que los jueces afirman que la violación de derechos humanos protegidos por el foro puede activar la excepción de orden público; tal es el caso de decisiones de tribunales europeos que rechazan aplicar leyes originarias de países de credo islámico, por considerar que ciertas instituciones, como las relaciones polígamas, son contrarias al orden público por violentar el derecho de igualdad entre marido y mujer reconocidos por la Convención Europea de Derechos Humanos.

3 Coincidimos con el profesor Kinsch cuando en su curso en la Academia de la Haya expresaba como objetivo el demostrar que no existe ninguna incompatibilidad radical entre un razonamiento en términos de derechos humanos y la aplicación de los métodos específicos del derecho internacional privado. Kinsch considera que una coexistencia pacífica e incluso enriquecedora de las dos disciplinas es posible, siempre y cuando las particularidades entre ambas sean respetadas. Véase Kinsch, Patrick, *op. cit.*, p. 21. Es la intención de esta contribución analizar la materialización de dicho postulado en el sistema mexicano. Para algunos argumentos a favor de la posible defensa de los derechos humanos con el derecho internacional privado en el marco europeo, ver Zamora Cabot, Francisco Javier, “Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos en el ámbito europeo”, Papeles “El tiempo de los derechos”, N° 4, 2012.

4 Kinsch, Patrick, *op. cit.*, pp. 35-36.

5 Sobre el fenómeno de la constitucionalización de los derechos humanos, ver Dreyzin Klor, Adriana, “Derechos humanos, derecho internacional privado y activismo judicial”, *Agenda Internacional*, N° 30, 2012, pp. 119-138. El análisis de la autora expone de manera interesante la relación entre estos elementos en Argentina. Sobre el proceso de constitucionalización de los derechos humanos en México, véase Fix-Zamudio, Héctor, “La evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las Constituciones latinoamericanas”, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos II*, San José, IIDH, 1995, pp. 51 y ss.

6 Consejo de Derechos Humanos, *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/RES/17/4 (21 de junio de 2011).

A continuación, le daremos a la noción de derechos humanos el sentido que le designan los derechos garantizados por las convenciones internacionales, entre ellas la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que nuestro estudio se concentra en América Latina.⁷ Asimismo, en el derecho internacional privado nos referiremos tanto a los conflictos de leyes como a los de jurisdicción.

Decir que dos elementos de un conjunto no se combinan adecuadamente no justifica el hecho de ignorar el estudio de sus interacciones; por el contrario, acentúa la necesidad del análisis de las razones por las cuales ambos factores se repelen. Por lo que concierne a los derechos humanos y al derecho internacional privado, es comúnmente aceptado que la naturaleza de los métodos empleados por cada una de estas materias los hace proclives a una aversión mutua. La razón principal es, probablemente, que la doctrina del derecho internacional privado ve con recelo los nuevos métodos aportados por los derechos humanos, los cuales son generalmente percibidos como una afectación negativa a la sinfonía que suena con la aplicación de aquellos de carácter bilateral,⁸ los cuales fueron elaborados sin tomar en cuenta los derechos fundamentales de los individuos. En otras palabras, los mecanismos tendientes a la universalidad e indiferentes a las especificidades nacionales son poco apreciados por los guardianes de una ciencia que se nutre del respeto a la diferencia.⁹ Es posible considerar que parte del problema es la coloración material de las disposiciones de derechos humanos, lo cual suscita desconfianza y constituye, sin lugar a dudas, el mayor obstáculo que enfrenta la dialéctica entre derechos humanos y derecho internacional privado, el cual considera como un baluarte la tolerancia en un entorno multicultural con el objetivo último de facilitar la vida internacional.

Tratándose de la interacción, concordamos con el profesor Kinsch en que el respeto a las particularidades entre ambos sistemas es importante. En primer término, el derecho internacional privado debe respetar la primacía jerárquica de las normas de derechos humanos, que controla la compatibilidad de los resultados de la aplicación de los métodos del primero en su ámbito. Es conveniente respetar tales métodos y, ocasionalmente, adaptarlos, pero no reemplazarlos por los derechos humanos, puesto que estos no rigen directamente las relaciones de derecho privado.¹⁰ Sin embargo, partiendo del respeto mutuo entre disciplinas, consideramos que el estado actual de las relaciones está llamado a evolucionar.

7 También conocida como Pacto de San José, fue suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos celebrada en la ciudad de San José, Costa Rica en 1969. Este instrumento jurídico de pleno valor normativo fue precedido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, documento de gran valor pero que no tiene el carácter de norma jurídica directa; sin embargo, se considera que una parte importante de su contenido ha adquirido un valor consuetudinario. Sobre este tema, véase Gambaraza, Marc, *Le statut de la Déclaration universelle des droits de l'Homme: une aventure juridique*, París, Pedone, 2016.

8 El derecho internacional privado, como lo describe la profesora Horatia Muir Watt en la introducción a su curso en la Academia de la Haya, es un “instrumento de gestión de la diversidad de derechos.” Muir Watt, Horatia, “Aspects économiques du droit international privé: réflexions sur l’impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions”, *Recueil des cours*, Vol. 307, 2004, pp. 39-383.

9 Marchadier, Fabien, *op. cit.*

10 Kinsch, Patrick, *op. cit.*, p. 22.

Un primer acercamiento a las conexiones entre los derechos humanos y el derecho internacional privado suscita una serie de preguntas tan interesantes como complejas, que sobrepasan los alcances de este trabajo, aunque esperamos que sirva como acicate para futuras reflexiones.

II. Las particularidades del escenario actual

La relación entre el derecho internacional privado y los derechos humanos no es reciente; sin embargo, en su contexto actual se observan particularidades que nos permiten creer en su intensificación. En primer lugar, es posible constatar que las relaciones jurídicas privadas de carácter internacional, particularmente las llevadas a cabo por empresas internacionales, han adquirido una importancia particular. La globalización ha fomentado el crecimiento exponencial de sus actividades en una multitud de países, teniendo por consecuencia un incremento de su fuerza económica.¹¹ Derivadas de su rol preponderante, este fenómeno ha traído consecuencias positivas y negativas entre las que se resalta, para el interés de este artículo, la capacidad empresarial de afectar los derechos humanos. En segundo lugar, en la actualidad el respeto de los derechos humanos es solamente exigible a los Estados, entes de derecho público que son los únicos imputables por su violación. No obstante, los desarrollos recientes en el nivel internacional han permitido modificar el curso de esta tendencia y se ha ido admitiendo la posible responsabilidad de las empresas, personas de derecho privado, no solo en la prevención sino como responsables directas por violarlos. Es por eso que esta vinculación es el campo de estudio ideal para el futuro de las relaciones entre derechos humanos y derecho internacional privado, cuya dialéctica será modificada, sin lugar a dudas, por el reconocimiento de la responsabilidad de las empresas en la salvaguarda de los derechos humanos.

En tercer lugar, se presenta un rasgo característico de los países de América latina: la protección constitucional a los derechos humanos. A este respecto es necesario hacer mención de dos tradiciones distintas, como lo señala el profesor Kinsch:

[E]n derecho comparado, en ciertos Estados la tradición es aquella del control de constitucionalidad, y el control de la conformidad de normas a los derechos humanos definidos por los tratados internacionales (el control de convencionalidad) es totalmente o en gran parte inexistente. En otros Estados, la tradición es inversa: el control de la constitucionalidad de las leyes es inexistente, o bien, organizado como un control reservado a las instituciones políticas e inaccesible a los justiciables; en revancha, el control de

11 Existen en la actualidad empresas que generan ingresos que sobrepasan aquellos de países de pequeña y mediana talla. Un artículo publicado a principios del año pasado, retoma estadísticas publicadas por el Banco Mundial para mostrar dicha situación. Contreras, Claudia, “8 compañías que ganan más que el PIB de los países de Centroamérica”, *Revista SUMMA*, 30 de enero de 2015, disponible en <http://www.revistasumma.com/10-companias-que-ganan-mas-que-el-pib-de-los-paises-de-centroamerica/>; ver también los estudios citados en Chiara Marullo, María y Zamora Cabot, Francisco Javier, “Transnational human rights litigations – Kiobel’s *touch and concern*: a test under construction”, *Papeles “El tiempo de los derechos”*, N° 1, 2016.

convencionalidad es favorecido por el reconocimiento y aplicación directa de los tratados en materia de derechos humanos y de su primacía.¹²

Por lo que respecta a México, a partir de la reforma de derechos humanos de 2011 la protección se ha centrado en el control de convencionalidad y la garantía de aplicación de los tratados. Así pues, el derecho mexicano reconoce a los tratados internacionales un rango normativo superior e, incluso, orientador de la normativa interna.

La panoplia de derechos humanos que pueden influir en las reglas de derecho internacional privado es amplia y es comúnmente correlativa de aquellos que tienen una incidencia en el derecho privado en general, como los derechos al matrimonio y a tener una familia, a la vida privada, a una vida de familia normal, al respeto de los bienes o la libertad de opinión. Sin embargo, junto con el principio de igualdad, dos de ellos tienen una singular influencia en el derecho internacional privado: el derecho al debido proceso y el acceso a la justicia.

Finalmente, pero no menos importante, es necesario constatar la expansión del uso de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos en diversas partes del mundo, elaborados para crear reglas y herramientas aplicables en este ámbito, aunque su coercitividad depende de la decisión y voluntad de cada país al no ser un instrumento internacional jurídicamente vinculante.

Como lo hemos señalado anteriormente, el reconocimiento de la responsabilidad de las empresas en la salvaguarda de los derechos humanos modificará sin lugar a dudas la dialéctica entre derechos humanos y derecho internacional privado. Para comprobar dicha afirmación, consideramos necesario dividir el análisis de la dialéctica en conflictos de jurisdicción y conflictos de leyes.

III. La protección de los derechos humanos reconocidos por el foro por medio de reglas de conflicto de jurisdicción

Las reglas de conflicto de jurisdicción se relacionan estrechamente con la noción de competencia, es decir, con el conjunto de criterios que facultan al juez para conocer de un litigio determinado. El término “competencia”, como lo señala el profesor Mayer,¹³ es frecuentemente utilizado tanto en derecho internacional público como privado. En el primero, es entendido como la delimitación de las

12 Kinsch, Patrick, *op. cit.*, p. 29 (traducción libre); Kinsch menciona el ejemplo de los Estados Unidos cuando se refiere al primer grupo de países, y señala que dicho país fue el primer orden jurídico en introducir el control de la constitucionalidad de las leyes, a través de la decisión *Marbury v. Madison*, 5 US (1 Cranch) 1237 (1783). En dicha decisión, el principal tratado de protección de derechos humanos ratificado por los Estados Unidos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, fue desprovisto de aplicación directa frente a los tribunales en razón de una declaración en dicho sentido en su ratificación (*Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 US 692, 728 y 735 (2004)).

13 Mayer, Pierre, “Droit international privé et droit international public sous l’angle de la notion de compétence”, *Revue critique de droit international privé*, 1979, p. 1.

facultades del Estado para cumplir ciertas actividades, ya sean materiales o normativas.¹⁴ Por lo que respecta al derecho internacional privado, la competencia es la facultad de un Estado determinado para conocer de un litigio o para ejecutar una decisión extranjera (competencia jurisdiccional directa e indirecta), pero también la facultad para determinar la ley competente para regir una situación determinada (conflicto de leyes en derecho internacional privado). Es precisamente en esta noción que la doctrina ha identificado una herramienta para vehicular la protección de los derechos humanos, particularmente en lo que se refiere a empresas.

El criterio principal para determinar la competencia jurisdiccional en derecho internacional privado se apoya fuertemente en su vínculo con el principio de soberanía, inspirado en principios de derecho público y manifiesto en el concepto de nacionalidad. Esta lógica responde al razonamiento de que el juez de un Estado determinado es el mejor situado para juzgar a sus nacionales; una interpretación *a contrario* permitía al juez recusar su competencia para decidir un litigio entre extranjeros, aunque existieran otros vínculos con el foro.¹⁵ Tal tendencia ha evolucionado en detrimento del uso del criterio de nacionalidad, que se ha mostrado poco pertinente en una sociedad multicultural y con una incrementada facilidad de tránsito. Otros criterios, como la residencia habitual de las partes, se han considerado más adecuados para resolver cuestiones de competencia. En este transcurso evolutivo, se han hecho presentes nuevas reglas de competencia y en la construcción lógica de algunas de ellas figura la intención de protección de los derechos humanos. En este sentido, estamos de acuerdo en que “nuevas perspectivas son requeridas para asegurar que la ley puede regular efectivamente el fenómeno que la realidad internacional opone a los derechos humanos, toda vez que los enfoques clásicos sobre los cuales se basan los fundamentos del derecho internacional parecen ser insuficientes para asegurarlos hoy en día”;¹⁶ desde luego, consideramos que la necesidad de nuevas perspectivas se presenta también en el derecho internacional privado.

Es posible constatar que en derecho internacional privado han surgido respuestas poco convencionales a problemas del tráfico jurídico de bienes y de personas. En una de estas soluciones, en particular, los derechos humanos han encontrado una posición clave. Se trata del criterio de competencia por denegación de justicia. Como lo menciona el profesor Kinsch, este juega hoy en día un papel distinto al que cumplió a lo largo del siglo XIX, ya no como paliativo sino como “un ‘foro de necesidad’ que se ofrece a las personas que, en razón de circunstancias de hecho excepcionales, no pueden acudir a

14 *Ibid.* El profesor Mayer menciona como ejemplos que los órganos de un Estado no pueden cumplir ninguna tarea –investigación por ejemplo– en el territorio de otro Estado (actividades materiales); o bien, que la competencia de un Estado para reprimir al autor de una infracción puede estar fundada por el lugar de comisión del acto o por la nacionalidad del autor y, eventualmente, por la nacionalidad de la víctima (actividad normativa).

15 Esa fue la interpretación que por mucho tiempo fue dada por los tribunales franceses en aplicación de los artículos 14 y 15 del Código civil.

16 Cantú Rivera, Humberto, “Developments in Extraterritoriality and Soft Law: Towards New Measures to Hold Corporations Accountable for their Human Rights Performance?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIV, 2014, p. 730 (traducción libre).

los tribunales extranjeros.”¹⁷ La posible denegación de justicia ha sido reconocida como la violación de un derecho fundamental¹⁸ que involucra el derecho de acceso a la justicia, reconocido en el artículo 8 del Pacto de San José.¹⁹

8.1 Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Así pues, es posible considerar que el punto central del criterio de competencia conocido como *foro por necesidad*, es la protección de los derechos de petición frente a un riesgo de denegación de justicia.²⁰ Aquí podemos observar un primer ejemplo de cómo una regla de conflicto, es decir, un mecanismo de derecho internacional privado, se relaciona con la protección de los derechos humanos. No obstante, ante la imposibilidad de constatar su empleo en el sistema mexicano en un caso paradigmático que deje demostrada la interacción, consideramos necesario analizar la dicotomía tomando como ejemplo un sistema jurídico extranjero, el norteamericano.²¹

En particular, recordaremos las limitaciones en el caso *Kiobel*²² para la determinación de competencia de los tribunales estadounidenses en litigios que involucran a extranjeros, así como situaciones ocurridas fuera del territorio estadounidense. Sin analizarla a profundidad nos limitaremos a mencionar que el centro de la discusión fue la aplicación del *Alien Tort Statute* (ATS) de 1789, en el que el legislador dispuso que “las Cortes de Distrito tendrán competencia original en toda acción

17 Kinsch, Patrick, *op. cit.*, p. 44.

18 *Ibid.*, pp. 42 y ss. El profesor Kinsch toma como ejemplo el sistema jurídico francés, el cual reconoce bajo ciertas condiciones la denegación de justicia como criterio de competencia, el cual se relaciona directamente con el derecho fundamental de acceso a la justicia. Él considera que la evocación de dicha noción puede ser considerada como una introducción a los desarrollos contemporáneos que habrán de mostrar la importancia que reviste la consideración de los derechos del actor y del demandado en la definición de la competencia internacional de los tribunales.

19 Dicho artículo puede relacionarse con el artículo 6, párrafo primero, de la Convención Europea de Derechos Humanos sobre el derecho a un proceso equitativo, sobre el que la Corte Europea de Derechos Humanos ha interpretado que el derecho a un acceso efectivo a los tribunales y una protección contra la denegación de justicia forman parte del derecho a un proceso equitativo. CEDH, *Golder c. Reino Unido*, serie A, n° 18 (21 de febrero 1975), par. 35.

20 Kinsch, Patrick, *op. cit.*, pp. 44-45: “En definitiva, podemos considerar como cierto que la protección de los “derechos de petición” contra el riesgo de denegación de justicia susceptible de resultar de la aplicación de reglas de competencia internacional entra en el campo de aplicación del artículo 6 de la Convención europea.” (traducción libre).

21 Es necesario aclarar que el análisis comparado con el derecho norteamericano debe ser abordado con cautela, puesto que las reglas de derecho internacional privado se distinguen de aquellas de los países de tradición civilista. El profesor Guedj señala que “tradicionalmente, el derecho internacional privado continental se enfoca en la relación jurídica para conectarla con el sistema legal apropiado a través de reglas de conflictos de leyes. Este es el paradigma Savigniano. Por el contrario, la mayoría de las teorías de conflicto americanas se enfocan en las reglas sustantivas y en sus políticas subyacentes a fin de determinar cuando estas “desean” aplicarse a un asunto específico. Este es el paradigma funcional que mejor define a la llamada “revolución americana.”” Guedj, Thomas, “The Theory of the Lois de Police, A Functional Trend In Continental Private International Law – A Comparative Analysis With the Modern American Theories”, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, 1991, p. 661.

22 *Esther Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*, No. 10-1491, Opinion (US Supreme Court, 17 de abril 2013). Para un acercamiento al razonamiento de la Suprema Corte y desde una perspectiva interna, resulta interesante la siguiente referencia: Breyer, Stephen, *The Court and the World: American Law and the New Global Realities*, Nueva York, Knopf, 2015, en particular el capítulo sexto.

civil entablada por un extranjero por un agravio solamente, cometido en violación de las leyes de las naciones o de un tratado de los Estados Unidos.” Desde entonces, la práctica y la doctrina han visto en las disposiciones del ATS un criterio de competencia universal que se ha invocado en la demanda de reparaciones por violaciones a derechos humanos en tribunales estadounidenses. Durante la primera ronda de argumentos orales ante la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el caso *Kiobel*, las discusiones pasaron de la pregunta inicial sobre si el derecho de gentes reconocía la responsabilidad corporativa a la pregunta sobre la aplicación extraterritorial del ATS. Confirmando la decisión de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, que había argumentado que la costumbre internacional no reconoce la responsabilidad corporativa por violación al derecho de gentes, la Suprema Corte desechó la demanda sin responder de manera clara sobre la extraterritorialidad del ATS y si dicho ordenamiento podría dar competencia a los tribunales estadounidenses por violaciones al derecho internacional que tuvieron lugar fuera del territorio norteamericano. De esta manera, la Corte decidió que la ley estadounidense se aplica y rige internamente, es decir que el ATS es un estatuto jurisdiccional y que en consecuencia solo provee competencia para conocer de demandas por violación al derecho de gentes, sin proyectar sus leyes de manera global.²³

Es necesario señalar que, desde una perspectiva civilista, la pregunta analizada por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos se compone de elementos relativos a los conflictos de jurisdicción y de ley. La estructura de dicho análisis no sigue los cánones del derecho internacional privado de algunos países de tradición civilista, para los cuales existe una completa independencia entre la competencia legislativa y la competencia judicial. Por tal razón, es necesario tener en mente la adaptación necesaria del razonamiento de la Suprema Corte en términos de derecho internacional privado continental para los efectos de este capítulo. De esta manera, cabe hacer un paréntesis para señalar que la misma pregunta en una jurisdicción de tradición civilista, podría haber sido formulada en términos de adjudicación de competencia y no de aplicación de la ley estadounidense.

Fuera de las particularidades de sistemas civilistas o de *common law*, la decisión de la Suprema Corte muestra un problema evidente: la falta de adjudicación en razón de la competencia perpetúa una situación de violación a los derechos humanos con lo que los perpetradores quedarán, probablemente, impunes. Consideramos que tal situación demuestra la función de los mecanismos de derecho internacional privado en la protección de los derechos humanos.

²³ Para un análisis sobre el proceso judicial en el caso *Kiobel*, véase Cantú Rivera, Humberto, “L’affaire Kiobel ou les défis de la responsabilité des entreprises en matière de droits de l’homme”, *Droits fondamentaux*, N° 9, 2011-2012.

IV. Análisis prospectivo de la protección de los derechos humanos mediante los mecanismos de conflictos de jurisdicción

En contraste con la decisión del caso *Kiobel*, en otras se observa la posibilidad de emplear criterios de competencia jurisdiccional internacional (por la vía de mecanismos como los *anti-suit injunctions* o estrategias de *forum non conveniens*) para proteger a las empresas locales en actividades deslocalizadas.²⁴ El razonamiento de las cortes ha consistido, de manera general, en comprobar la suficiente cercanía del litigio a un territorio determinado para adjudicar la competencia. Entre los criterios utilizados se cuentan la nacionalidad, el riesgo de denegación de justicia y el domicilio (particularmente en litigios que involucran a personas morales).

Consideramos que el caso *Kiobel* presentaba los elementos necesarios para establecer un nuevo criterio de competencia para los litigios de reparación de daños y perjuicios en los tribunales estadounidenses. Concordamos con el profesor Cantú Rivera que en él se demuestra que los Estados deben actuar con mucha precaución cuando se adjudican demandas que no tocan sus intereses o jurisdicción.²⁵ Hablamos de un criterio de competencia general que, de haberse adoptado por la violación de derechos humanos *per se*, era susceptible de convertirse en universal sin tomar en cuenta una relación con el territorio norteamericano. De tal razonamiento es posible concluir, en primer lugar, que existe una relación directa entre la adaptación de las reglas de competencia y la protección de los derechos humanos. En segundo lugar, la admisión amplia de la violación a derechos humanos como criterio para la adjudicación de competencia supone una serie de consideraciones que sobrepasan la barrera de lo jurídico y se relacionan directamente con lo político. En algunos casos, la articulación de los derechos humanos y el derecho internacional privado se ve traducida en un activismo judicial,²⁶ con repercusiones en las relaciones entre los Estados. En este contexto, la adopción de un criterio de competencia universal para la protección de los derechos humanos expresaría la decisión de un Estado de constituirse como su garante universal, lo cual requeriría no solo la necesaria voluntad política sino también su plena disposición para asegurar su respeto ejemplar en su propio territorio.

Aquí llegamos al punto neural de nuestra reflexión: un cambio de paradigma en la relación entre el derecho internacional privado y los derechos humanos respecto de las empresas. Anteriormente, la admisión de un criterio de competencia universal por violación a los derechos humanos traía consigo el riesgo de crear situaciones políticamente complicadas, puesto que un Estado determinado juzgaría

24 En este sentido, véase Muir Watt, Horatia, “Globalisation des marchés et économie politique du droit international privé”, *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, N° 47, 2003, p. 245, donde la profesora menciona una serie de casos en los que las empresas se encontraban involucradas en litigios por daños catastróficos al medioambiente (notablemente los casos *Bhopal*, *Delgado v. Shell*, *Torres v. Southern Peru Copper*, *Calbaceta v. Standard Fruit Co*, entre otros).

25 Cantú Rivera, Humberto, “Developments in...”, *op. cit.*, p. 730. El artículo del profesor Cantú Rivera nos muestra dos ejemplos colocados en extremos opuestos de un mismo espectro, el caso *Kiobel* ante la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos y las sentencias *Friday Akpan* y *El-Hojouj* de la Corte de Distrito de La Haya en los Países Bajos.

26 Para un análisis de la relación entre los tres ámbitos jurídicos, ver Dreyzin Klor, Adriana, *op. cit.*

una situación entre un particular y otro Estado, lo cual ha sido comúnmente apreciado por el derecho internacional público como una afrenta a la soberanía. Sin embargo, los litigios que involucran a las empresas privadas en la violación de derechos humanos han venido a cambiar el panorama. Estamos convencidos de que este cambio de sujeto será la clave para una serie de desarrollos futuros debido a que si es una empresa, el litigio saldrá de la esfera jurídica del derecho internacional público para trasladarse a la privada, donde será abordado con los métodos tradicionales para la adjudicación de competencia y la determinación de la ley aplicable. Los criterios de competencia serán los utilizados en materia contractual o extra-contractual conocidos por el derecho internacional privado del foro. En el caso *Kiobel*, algunos otros puntos de contacto, tales como la residencia habitual de las víctimas, la oportunidad de incautar bienes a los victimarios o el foro de necesidad –sabiendo que los casos no podrían ser legítimamente juzgados en Nigeria, lugar donde se cometieron los abusos por parte del gobierno y de las empresas– pudieron haber sido tomados en cuenta para determinar la competencia de las cortes norteamericanas.

No obstante, existe un requisito *sine qua non* para lograr una mejor protección de los derechos humanos con los mecanismos de derecho internacional privado: el reconocimiento de la responsabilidad de las empresas en la protección de los derechos humanos, objeto central de esta obra que recopila valiosas aportaciones.

V. Conclusión

El avance en la tutela de los derechos humanos se ha manifestado en distintas formas, por ejemplo en su cada vez más frecuente invocación directa para la interpretación de la ley o su integración en convenciones internacionales. Particularmente, en la materia que nos ocupa, “dos de los principales temas que han sido discutidos en el área de la responsabilidad y rendición de cuentas empresarial por abusos en materia de derechos humanos han sido el uso de la extraterritorialidad y el rol y alcance del *soft law*.”²⁷

Al día de hoy, el respeto de los derechos humanos es, en principio, solamente exigible al Estado, de manera que al tratarse de su relación con un particular, la competencia para determinar la violación corresponde a tribunales especializados, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resulta difícil imaginar un escenario en el cual un Estado *X*, viole los derechos humanos en un Estado *Y* sin violar el derecho de las naciones. En tal escenario, los abusos cometidos por empresas transnacionales en un Estado determinado son una posibilidad latente, como se desprende de la sentencia dictada por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *Kiobel*.

27 Cantú Rivera, Humberto, “Developments in...”, *op. cit.*

Se observa, pues, una tendencia general en la que las empresas, personas de derecho privado, participan en el respeto a los derechos humanos e, incluso, podrían ser responsables por violarlos, con lo que los mecanismos regulatorios del derecho internacional privado, de gran versatilidad, contribuirán a su protección. Asimismo, para que los Principios Rectores logren su plena eficacia, deberán acompañarse de criterios de competencia adecuados para reparar los efectos de las violaciones, lo que refuerza la idea de la aplicación de dichos mecanismos, aunque no es una tarea fácil.

Finalmente, nos gustaría remarcar que en estas nociones, que podrían parecer innovadoras, resuena el eco de palabras ya pronunciadas alguna vez en Latinoamérica: “Que todo aquél que se queje con justicia, tenga un tribunal que lo escuche, lo ampare y lo defienda contra “el fuerte” y el arbitrario” – José María Morelos y Pavón.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Asamblea General

(Composición 2017)

Presidencia Honoraria

Thomas Buergenthal
Pedro Nikken
Sonia Picado

Claudio Grossman

Presidente

Wendy Singh

Vicepresidenta

Margaret E. Crahan

Vicepresidenta

Allan Brewer-Carías
Antonio A. Cançado Trindade
Ariel E. Dulitzky
Carlos Basombrío
Carlos M. Ayala Corao
Carlos Portales
César Barros Leal
Douglass Cassell
Eduardo Bertoni
Elizabeth Odio Benito
Fabián Salvioli
Héctor Fix-Zamudio
Hernán Salgado Pesantes
José Antonio Aylwin Oyarzún
José Antonio Viera Gallo
Juan E. Méndez
Line Bareiro
Lloyd G. Barnett
Lorena Balardini
María Elena Martínez Salgueiro
Mark Ungar
Mayra Alarcón
Mitchell A. Seligson
Mónica Pinto
Nina Pacari
Renato Zerbini Ribeiro Leao
Robert K. Goldman
Santiago A. Cantón
Suzana Cavenaghi
Víctor Rodríguez Rescia
Wendy Singh

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Francisco José Eguiguren Praeli
Margarette May Macaulay
Esmeralda Arosemena de Troitiño
José de Jesús Orozco Henríquez
Paulo Vannuchi
James L. Cavallaro

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Roberto de Figueiredo Caldas
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Eduardo Vio Grossi
Humberto Antonio Sierra Porto
Elizabeth Odio Benito
Eugenio Raúl Zaffaroni
Patricio Pazmiño Freire

José Thompson J.
Director Ejecutivo

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de los Estados Americanos, universidades y centros académicos. Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.