

Empresas transnacionales y derechos humanos

*¿Cómo garantizar
que se haga justicia?*

Debates y elementos claves
de la conferencia internacional
por Victoria Mutti



Vitória, 9 y 10 de noviembre de 2017



Índice

Introducción.....	5
■ 1. ETN y derechos humanos: elementos para analizar una relación difícil	5
■ 2. La necesidad de instrumentos nacionales fuertes para proteger los derechos humanos: ¿qué pasa con los PAN en América Latina?	8
<i>Las deficiencias en la elaboración del Programa Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos (PNEDH) de México</i>	9
<i>Las «fallas estructurales» del PAN sobre Derechos Humanos y Empresas de Colombia</i>	11
■ 3. Retrospectiva y perspectiva del proceso para un tratado vinculante en materia de ETN y derechos humanos	12
<i>El proceso del tratado como eje articulador de reivindicaciones sociales</i>	14
<i>Instrumentos regionales e interamericanos para la defensa de los derechos humanos en relación con las ETN</i>	15
■ 4. A modo de cierre	18



Introducción¹

A la cabeza de un nuevo paradigma de relaciones económicas internacionales, las empresas transnacionales (ETN) controlan una proporción cada vez mayor de los flujos comerciales, financieros y productivos del mundo. En paralelo a este crecimiento, se ha ido organizando un ordenamiento jurídico global basado en reglas estrictas de comercio e inversiones, con el propósito de tutelar los derechos de las ETN. No obstante, mientras sus derechos se encuentran salvaguardados, las obligaciones de las ETN son reguladas por débiles ordenamientos jurídicos nacionales y un derecho internacional relativo a los derechos humanos que para muchos es frágil y desactualizado. No es casual entonces constatar la existencia de innumerables violaciones a los derechos humanos, laborales y medioambientales, fundamentalmente en los países en desarrollo.

Por lo tanto, se torna imperioso fortalecer los mecanismos de protección de los derechos humanos a escala nacional, regional e internacional. Esto se puede lograr promoviendo la elaboración de Planes de Acción Nacionales (PAN) que escuchen efectivamente la voz de los organismos de derechos humanos y garanticen una debida reparación a las víctimas, y mediante la sanción de normas vinculantes dentro de un marco de derecho internacional para las ETN, a fin de que estas respeten los derechos humanos a escala global. En esa dirección, a los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos propiciados por la Organización de las Naciones Unidas (ONU)² se agregó más recientemente la reconocida labor del Grupo de Trabajo Intergubernamental de composición abierta, en el marco del Consejo de Derechos Humanos (CDH) de la ONU, encargado de establecer pautas para un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre ETN con respecto a los derechos humanos.

Desde el Proyecto sobre Empresas Transnacionales de la Fundación Friedrich Ebert (FES) y Nueva Sociedad, consideramos que el actual es un momento sumamente propicio para debatir no solo los desafíos que se presentan para convertir los PAN en instrumentos sólidos a escala nacional, sino también los alcances y perspectivas del proceso de Ginebra

para un tratado internacional vinculante en materia de ETN y derechos humanos. Analizar los distintos caminos que se debaten en la actualidad para la realización efectiva de los derechos humanos es tarea de suma relevancia. Este fue el espíritu con el que se organizó la Conferencia Internacional sobre Empresas y Derechos Humanos realizada en Vitória a fines de 2017, sobre cuyos aportes y debates se ha elaborado este texto.

1. ETN y derechos humanos: elementos para analizar una relación difícil

En la actualidad nos enfrentamos a una enorme dificultad para establecer algún tipo de control o de vigilancia sobre las operaciones globales de las ETN, y los instrumentos de protección disponibles tanto a escala nacional como internacional resultan insuficientes. Solamente considerándolo desde el mundo del trabajo, detrás de las cadenas globales

1. Conferencia internacional «Empresas transnacionales y derechos humanos: caminos para su realización efectiva», 9 y 10 de noviembre de 2017, Vitória, Espírito Santo, Brasil. Además de representantes de la Fundación Friedrich Ebert (FES) y Nueva Sociedad, integrantes de organizaciones de la sociedad civil, parlamentarios, especialistas y activistas, participaron en calidad de expositores o comentaristas: Andressa Caldas (Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos, Mercosur), Daniel Uribe (South Centre, Ginebra), Fernanda Hopenhaym (PODER, México), Gabriel Moreno González (Universidad de Valencia, España), Gloria Holguín (FIAN, Colombia), Iván González (Confederación Sindical de Trabajadores y Trabajadoras de las Américas, Brasil), Jefferson Nascimento (Conectas Direitos Humanos, Brasil), Lucia Ortiz (Amigos de la Tierra Internacional, Brasil), Manoela Roland (Homa, Brasil), María Laura Böhm (Universidad de Buenos Aires, Argentina), Marlon Alberto Weichert (Ministerio Público Federal, Brasil) y Soledad García Muñoz (Relatora Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, CIDH-OEA).

2. Los Principios Rectores fueron elaborados por el Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y Otras Empresas, John Ruggie. El Representante Especial adjuntó los Principios Rectores a su informe final al Consejo de Derechos Humanos (CDH) (A/HRC/17/31). El CDH hizo suyos los Principios Rectores en su Resolución 17/4 del 16 de junio de 2011. «Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’», disponible en <www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf>.



de valor (CGV) se encuentran ocultos en innumerables casos el trabajo forzoso y condiciones análogas a la esclavitud o el trabajo infantil, entre otros flagelos, así como la práctica de la violencia y la represión, que llega a incluir asesinatos y otras formas de desaparición de personas. Se trata del denominado «escándalo de la esclavitud moderna», presente en América Latina, África y Asia, y que involucra no solamente el accionar de las ETN sino también la responsabilidad de los Estados por no garantizar una adecuada protección de los derechos humanos dentro de sus territorios. Frente a esto, en el ámbito sindical, por ejemplo, fueron desarrolladas algunas experiencias a partir de la creación de mecanismos que implican la responsabilización de la casa matriz de las ETN respecto de la vulneración de algunos derechos fundamentales del trabajo (libertad sindical, negociación colectiva y condiciones mínimas de salud y seguridad). Son los llamados «acuerdos marco globales» negociados entre una ETN y una federación sindical mundial con el fin de establecer una relación entre las partes y garantizar que la compañía respete las mismas normas en todos los países en los cuales opera. No obstante, tal como argumenta **Iván González**, de la Confederación Sindical de Trabajadores y Trabajadoras de las Américas (CSA), la principal limitación que encuentran estos mecanismos es que la mayoría de los trabajadores de esas ETN están fuera de su reconocimiento formal y, por ende, de la cobertura de ese acuerdo marco global³. Otro instrumento desarrollado para abordar estos problemas son las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para Empresas Multinacionales⁴. Sin embargo, vemos que se trata de mecanismos de carácter voluntario y que su respeto depende en mucho de la realidad nacional y del reconocimiento que tengan los sindicatos por parte de los Estados. Finalmente, en lo que respecta a los derechos laborales, se encuentra la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social⁵ de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), un marco general de compromisos acerca del reconocimiento de los derechos fundamentales del trabajador.

Con independencia de estos mecanismos específicos, y de otros que analizaremos posteriormente, se constata paralelamente la existencia de una verdadera

«arquitectura internacional de la impunidad» en beneficio de las ETN, que permite la vulneración de los derechos humanos sin que haya una persecución efectiva y eficaz por parte de los tribunales de justicia o de los Estados. Siguiendo a **Gabriel Moreno González**, de la Universidad de Valencia, esta arquitectura internacional de la impunidad involucra tres factores principales. En primer lugar, la propia naturaleza de las ETN: estas empresas presentan una estructura excesivamente compleja desde el punto de vista jurídico, ya que crean grandes cadenas de suministro donde se pierde el punto de imputación y de responsabilidad penal. El velo corporativo se constituye así en una estructura *ad hoc* creada para evitar la imputación de una responsabilidad penal o jurídica a la casa matriz. En segundo lugar, se encuentra la propia incapacidad material de tutela judicial efectiva en los Estados donde las ETN vulneran los derechos humanos. En la mayor parte de estos Estados las garantías de los derechos humanos a escala nacional son vulneradas por los propios elementos de la administración pública o de la estructura del Estado. Así, vemos que, en algunos países de África, Asia y América Latina, las violaciones a los derechos humanos son sistemáticas por parte de los mismos Estados. Por tanto, aunque jurídicamente

3. Un reciente informe de la Confederación Sindical Internacional (CSI) titulado «Escándalo. Exportando codicia a través del Canal de Panamá» (ITUC/CSI/IGB, 2017) relevó que 25 ETN con gran presencia en América Latina y el Caribe ocupan una mano de obra de aproximadamente 70 millones de trabajadores, de los cuales solo reconocen efectivamente como propios a 4 millones. Es decir que 95% de sus trabajadores no cuenta con sus derechos efectivamente reconocidos. V. informe en <www.ituc-csi.org/escandalo-exportando-codicia-a?lang=es>.

4. Las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales son recomendaciones dirigidas por los gobiernos a las empresas multinacionales que operan en países adherentes o que tienen su sede en ellos. Contienen principios y normas no vinculantes para una conducta empresarial responsable dentro del contexto global, conforme con las leyes aplicables y las normas reconocidas internacionalmente. Las Directrices están respaldadas por un mecanismo de implementación sobre la base de los denominados Puntos Nacionales de Contacto (PNC), organismos constituidos por los gobiernos de los países adherentes con el fin de promoverlas e implementarlas.

5. Adoptada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo en 1977. Su última enmienda fue en 2017.



se garantice la tutela judicial efectiva, aunque en las Constituciones o en los marcos normativos se garantice la persecución de los delitos y de las violaciones a los derechos humanos, o aunque en muchos países se hayan suscrito tratados internacionales en la materia, en los hechos resulta muy difícil perseguir penalmente esas vulneraciones porque los propios Estados y gobiernos están «capturados» por intereses corporativos. Finalmente, el tercer factor refiere al contexto normativo e institucional, tanto nacional como internacional. En la fase neoliberal del capitalismo internacional, lo que se observa no es la desregulación funcional a los intereses corporativos sino, por el contrario, una mayor regulación en beneficio de las ETN. Son los mismos Estados los que crean, fomentan e impulsan una estructura jurídica internacional desde el ordenamiento jurídico nacional y evitan de esta manera que futuros gobiernos o mayorías sociales —con proyectos de transformación, de defensa de la soberanía y de los derechos de los pueblos— puedan afectar los intereses de las ETN⁶.

De este modo vemos que el problema no está solo en las ETN, sino en el conglomerado de actores políticos y económicos que comparten intereses. Y ahí el Estado tiene un rol esencial, no solo como un tercero neutral, sino como parte de ese conglomerado. En este contexto, América Latina resulta una región particularmente comprometida, fundamentalmente por la preeminencia de intereses y actores corporativos en las industrias extractivas a gran escala (*fracking*, megaminería, represas, agroindustria), con enormes repercusiones ambientales e impacto en las comunidades locales y en la preservación de sus derechos humanos. Es así que, como sostiene **María Laura Böhm**, de la Universidad de Buenos Aires (UBA), se torna necesario complejizar el abordaje considerando no solo lo estrictamente jurídico y normativo, sino también los elementos económicos y geopolíticos en juego, así como los aspectos humanos y culturales involucrados en la reproducción de la lógica del extractivismo y en el desafío de pensar en sociedades «posextractivistas». De cara a ese objetivo, su propuesta, además, consiste en hablar de «necesidades básicas» o «insatisfacción de necesidades básicas». Porque si bien en derechos humanos se ha logrado mucho en términos de reconocimiento formal y existen espacios jurisdiccionales donde se pueden demandar sus violaciones, el

problema es que muchas veces no hay acceso efectivo a esos espacios, por lo que los derechos humanos no tienen de hecho ámbito donde ser reconocidos y reclamados. Asimismo, hablar en términos de necesidades básicas e insatisfacción de necesidades básicas permite acercarse al concepto de *violencia estructural* de Johan Galtung⁷, con el componente de *violencia cultural* que la legitima y su vinculación con la *violencia directa*, en referencia a la que padecen los manifestantes y a la política que reprime la protesta.

En relación con el impacto de las industrias extractivas en el contexto latinoamericano, como señala **Marlon Alberto Weichert**, procurador federal adjunto para los Derechos del Ciudadano en el Ministerio Público Federal de Brasil, existen casos paradigmáticos, como la tragedia de Mariana⁸, un desastre ambiental que, por su gravedad, su extensión y la diversidad de daños que generó, revela toda la complejidad de la problemática. En el caso de Mariana, además, el gobierno brasileño se apresuró a establecer un acuerdo con la empresa, sin

6. Así, por ejemplo, en América Latina hay cientos de tratados bilaterales de inversión (TBI), la mayor parte firmados en los años 90, que buscan petrificar la gestión de los gobiernos nacionales e impedir que, en caso de propiciarlo la voluntad popular, se puedan llevar adelante alteraciones sustantivas en materia de derecho de inversiones, de competencia e incluso de políticas públicas en el área de la salud, como lo demostró recientemente el caso Philip Morris contra Uruguay.

7. Remite al «triángulo de la violencia» que contiene la *violencia estructural*, similar a lo que se trabaja normalmente como injusticia social y necesidades básicas no satisfechas, a su vez consideradas obstáculos evitables en niveles organizativos o físicos. Que la no satisfacción de necesidades básicas sea evitable es lo que hace que se pueda hablar de violencia estructural.

8. El 5 de noviembre de 2015 Brasil atravesó la peor tragedia ambiental de su historia cuando colapsaron dos embalses de una mina de hierro de la empresa Samarco, asociada a BHP Billiton y Vale. La tragedia tuvo lugar en Mariana, Minas Gerais, y destruyó los poblados de Bento Rodrigues y Paracatu. Precisamente, la conferencia organizada por la FES y Nueva Sociedad tuvo lugar los días siguientes a la audiencia pública «Direitos humanos e empresas: Qual é a política pública que o Brasil precisa?», organizada el 8 de noviembre de 2017 en Vitória por la Procuraduría Federal de los Derechos del Ciudadano (PFDC) del Ministerio Público Federal de Brasil, en el marco de un balance a dos años del desastre.



siquiera tener una idea básica de los daños y sin participación de los damnificados. Se pone así en evidencia una vez más la opacidad de los gobiernos a la hora de abordar el tema de la responsabilidad de las empresas frente a las violaciones de los derechos humanos. Como resultado, para Weichert, existen dos pilares que deben guiar la discusión sobre empresas y derechos humanos. En primer lugar, el *pilar democrático*. Se debe promover un proceso que sea verdaderamente representativo y transparente, que tenga como elemento central a los damnificados, que históricamente han sido los trabajadores –aunque no son los únicos–. Es central esa participación, esa construcción social, porque se trata de un proyecto en disputa que involucra la cuestión del desarrollo social, del trabajo. Cualquier iniciativa para regular la responsabilidad de las empresas por violaciones a los derechos humanos que se haya hecho intramuros –hacia el interior de un gobierno o de un grupo técnico– está viciada desde el inicio. El segundo pilar refiere a la cuestión de la *efectividad*. No vale la pena hacer una enorme movilización para que el resultado sea magro o débil o para que simplemente involucre un conjunto de principios no vinculantes. Es un proceso que contrariaría toda la lógica dogmática de los derechos humanos, ya que provocaría reducción o debilitamiento de una normatividad ya existente. Un marco internacional o un movimiento internacional para llegar a resultados magros es un vector de retroceso y no de avance. La conversación solo tiene sentido si efectivamente existen perspectivas de avance desde el punto de vista de un marco normativo de mayor protección de los derechos humanos. Y para lograr este objetivo, se deben adoptar los máximos estándares en derechos humanos en todas las subsidiarias de las ETN. No puede haber múltiples estándares. Si las ETN se rigen por los estándares más altos para transferir flujos financieros, entonces también deberían aplicarse los estándares más altos en materia de derechos humanos. Finalmente, se debe pensar en una jurisdicción extraterritorial o cuasiuniversal. Si la empresa es transnacional para sus objetivos económicos, también debe serlo en el terreno judicial o jurisdiccional.

Retomando aquí a González, vemos que la insuficiencia de los mecanismos existentes revela la necesidad de contar con instrumentos más fuertes, que

permitan efectivamente supervisar la actividad empresarial y proteger los derechos humanos en toda la cadena de valor. De cara a ese objetivo, se plantea una serie de desafíos al movimiento sindical. Primero, organizar a los millones de trabajadores que están presentes en toda la CGV de las ETN. Segundo, seguir utilizando los instrumentos disponibles, aunque sean limitados, incluyendo los Principios Rectores y los PAN. Tercero, construir y alcanzar un instrumento vinculante en materia de ETN y derechos humanos. Por último, mantener una táctica política de acción sindical vinculada a la lucha concreta por organizar sindicatos, por defender derechos y por actuar frente a las violaciones de los derechos laborales. En este sentido, las alianzas sociales –como la Jornada Continental por la Democracia y contra el Neoliberalismo– se presentan como una orientación política estratégica frente a las ETN.

2. La necesidad de instrumentos nacionales fuertes para proteger los derechos humanos: ¿qué pasa con los PAN en América Latina?

En línea con los Principios Rectores y con la labor de promoción realizada por el Grupo de Trabajo (GT) sobre Empresas y Derechos Humanos de la ONU⁹, hasta el momento 19 países han configurado sus PAN sobre empresas y derechos humanos¹⁰. Para el caso de América Latina, hasta el presente, tan solo Colombia y Chile¹¹ lanzaron sus PAN, mientras

9. Para ayudar a los países a elaborar sus PAN, el GT ha producido una Guía sobre Planes de Acción Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos. La última versión de la guía fue presentada por el GT en noviembre de 2016. Esta guía se encuentra disponible en <www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/UNWG_NAPGuidance.pdf>.

10. Irlanda, República Checa, Reino Unido, Holanda, Dinamarca, Finlandia, Lituania, Suecia, Noruega, Colombia, Suiza, Italia, Estados Unidos, Alemania, Francia, Polonia, España, Bélgica y Chile (ordenados según fecha de lanzamiento).

11. Para un enfoque del Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas de Chile, ver Victoria Mutti: «Un primer paso con muchas dudas. Entrevista a Yerko Ljubetic» en *Nueva Sociedad* edición digital, 11/2017, disponible en <<http://nuso.org/articulo/chile-y-su-iniciativa-sobre-empresas-y-derechos-humanos/>>.



que países como Argentina, Brasil¹², Guatemala, México y Nicaragua, entre otros, se encuentran trabajando en su elaboración o se han comprometido a hacerlo. Si bien los expertos reconocen la importancia de estos instrumentos, también destacan las serias limitaciones que presentan para enfrentar las violaciones a los derechos humanos.

Así, para **Jefferson Nascimento**, de la ONG brasileña Conectas Direitos Humanos, si bien resulta de suma importancia que diferentes países de distintas regiones estén elaborando este tipo de políticas públicas, el problema se presenta con su contenido, y aquí menciona también la responsabilidad del propio GT. Existen elementos fundamentales que han sido expresados de modo lábil o que directamente se encuentran ausentes. Por ejemplo, las orientaciones extremadamente frágiles del GT en relación con elementos sustantivos terminan siendo como las recomendaciones referidas a cualquier política pública por parte de los Estados. Que los PAN deban tener un inicio bien delimitado y mecanismos de evaluación y consulta a la sociedad civil y otros actores, circular con anterioridad y contar con mecanismos de implementación y actualización, son reglas que debieran funcionar regularmente en todos los Estados. Asimismo, no existen expresiones claras sobre en qué medida los PAN deben tener relación con otros tratados internacionales de derechos humanos, o sobre si es obligatorio que dialoguen con la normativa existente. Para Nascimento, tal vez el principal problema subyacente a todos estos aspectos sea que los PAN tienen una lógica de voluntariedad. Por otra parte, casi como un retroceso respecto a los propios Principios Rectores, las orientaciones del GT nada dicen acerca de las obligaciones de las empresas. Los PAN son un instrumento que vincula solamente a los Estados, y todo el debate sobre empresas y derechos humanos se encuentra focalizado en la lógica de las obligaciones de los Estados. Y por parte del Estado, además, dentro de la lógica de compromisos voluntariamente asumidos. Esto repercute en los PAN vigentes y en los que se encuentran en proceso de elaboración. Según Nascimento, como veremos a continuación, la dinámica de compromisos voluntarios está presente en el PAN colombiano y subyace en la forma en que se hizo la consulta a múltiples actores en el caso mexicano. Y también existen elementos deficitarios que se pueden

verificar en otras experiencias nacionales, como la falta de participación de los afectados en el Reino Unido o la ausencia de medidas de reparación en Suecia y en Holanda.

A los fines de analizar los desafíos implicados en cuanto al contenido, la elaboración y la implementación de los PAN, durante la conferencia se analizaron dos casos específicos: México, por encontrarse en proceso de formulación, y Colombia, por estar en fase de instrumentación.

Las deficiencias en la elaboración del Programa Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos (PNEDH) de México

El proceso de discusión y elaboración del PNEDH comenzó en 2015, con la instalación de un grupo multisectorial o de partes interesadas, que incluyó a la sociedad civil, ministerios y secretarías, cámaras y asociaciones empresariales e industriales, y observadores como Unicef o la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH). En la esfera gubernamental, el proceso ha sido conducido por el Ejecutivo federal y liderado por la Secretaría de Gobernación (SEGOB), de la que depende la Subsecretaría de Derechos Humanos. Esta subsecretaría había desarrollado el Programa Nacional de Derechos Humanos (2014-2018), uno de cuyos objetivos versaba sobre empresas y derechos humanos. Ahora bien, a la hora de avanzar en el PNEDH, en lugar de elaborar un programa basado exclusivamente en los Principios Rectores, se decidió insertarlo en el mencionado Programa Nacional de Derechos Humanos. Esta es una particularidad que, oportunamente, sería cuestionada desde la sociedad civil.

Las organizaciones de la sociedad civil mexicana han tenido un papel de suma relevancia en el proceso. En efecto, cuando el gobierno mexicano inició los trabajos para la creación del PNEDH, distintas ONG decidieron conformar el Grupo Focal de Sociedad

12. Si bien Brasil no figura en la lista del GT como un país que tenga en marcha la configuración de un PAN, distintos actores sociales y el mismo gobierno han declarado que este se encuentra en elaboración. Sin embargo, no hay una orientación clara por parte del Poder Ejecutivo brasileño al respecto.



Civil sobre Empresas y Derechos Humanos¹³ para participar de la iniciativa. En ese contexto, elaboraron de forma independiente y con recursos propios un «Diagnóstico de Línea Base»¹⁴ con el objetivo de determinar el estado de la legislación y la institucionalidad, registrar los vacíos existentes y la posibilidad de generar instrumentos adicionales, de modo de contribuir al mejoramiento de la situación en materia de derechos humanos y empresas en México. En ese contexto, formularon recomendaciones específicas para la Administración pública federal de cara al desarrollo del PNEDH. Sin embargo, el hecho de que el gobierno mexicano desatendiera de forma sistemática las recomendaciones más prioritarias del Grupo Focal –sobre todo aquellas realizadas al primer borrador del Programa, difundido en marzo de 2017– y persistiera en omisiones consideradas fundamentales en términos del proceso y del contenido del PNEDH acabó erosionando la participación de estas organizaciones en la mesa de negociaciones.

En lo que hace a las omisiones fundamentales en relación con el proceso, desde la perspectiva de **Fernanda Hopenhaym**, del Proyecto sobre Organización, Desarrollo, Educación e Investigación (PODER, por sus siglas en inglés), existieron tres problemas principales. En primer lugar, las comunidades directamente afectadas no participaron en la mesa de negociaciones¹⁵. En segundo lugar, dos actores claves, como el Poder Legislativo y el Poder Judicial, estuvieron prácticamente invisibilizados, y su escasa participación se dio de manera tangencial. El proceso estuvo liderado por el Poder Ejecutivo y eso constituyó un déficit. Era de suma importancia, por ejemplo, que existiera participación de la Comisión de Derechos Humanos de ambas Cámaras del Congreso, o que hubiera habido participación activa del Poder Judicial para discutir la cuestión del acceso a la justicia para las víctimas de abusos corporativos. En tercer lugar, se presentó el problema de la transparencia de los recursos; nunca hubo claridad acerca de la existencia o no de recursos públicos destinados a la elaboración e implementación del PNEDH, ni transparencia sobre los apoyos de la cooperación europea en general y de la española en particular. Es importante observar que son precisamente estos actores quienes están financiando iniciativas de este tipo en la región latinoamericana, a la vez que

tienen intereses para invertir en distintos sectores claves –como el de energía eólica en México–, en los que España es un actor de gran relevancia.

En lo que hace al contenido, y también según Hopenhaym, un hecho sobresaliente fue que el pilar 3 de los Principios Rectores («Acceso a remedio y justicia») no estuviera debidamente abordado y se encontrara prácticamente invisibilizado en el PNEDH¹⁶. El borrador del Programa no generaba ningún mecanismo nuevo, solo proponía fortalecer el Punto Nacional de Contacto (PNC) de la OCDE –que únicamente emite recomendaciones– y la Comisión Nacional de Derechos Humanos –que solo puede emitir recomendaciones y que, además, no tiene facultades para abordar casos que no sean de funcionarios públicos, si bien ha demostrado interés en el tema de empresas y derechos humanos–.

13. El Grupo Focal de la Sociedad Civil sobre Empresas y Derechos Humanos en México es una coalición de ONG conformada por el Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos (CIEDH), el Centro Mexicano de Derecho Ambiental (CEMDA), el Comité de Defensa Integral de Derechos Humanos Gobixha (Código DH), el Proyecto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ProDESC), el Proyecto sobre Organización, Desarrollo, Educación e Investigación (PODER, por sus siglas en inglés) y Oxfam México, y es acompañado por Brigadas Internacionales de Paz (PBI, por sus siglas en inglés), Asociación Interamericana para Defensa del Ambiente (AIDA) y Servicios y Asesoría para la Paz (Serapaz).

14. Para acceder al diagnóstico, v. <www.projectpoder.org/es/2017/01/diagnostico-de-linea-base-para-la-implementacion-de-los-principios-rectores-sobre-empresas-y-derechos-humanos-de-la-onu-en-mexico>.

15. Esto motivó que el Grupo Focal oportunamente solicitara a la SEGOB la integración de comunidades indígenas, campesinas, agrarias, ejidales, urbanas y sindicatos independientes, afectados por las actividades de las empresas en el país. Sin embargo, la demanda de convocarlas de forma transparente, participativa, incluyente e informada desde el inicio y durante la elaboración del Programa no fue atendida adecuadamente.

16. Según los Principios Rectores, basados en tres pilares (1. El deber del Estado de proteger, 2. La responsabilidad de las empresas de respetar y 3. El acceso de las víctimas a reparaciones), los programas nacionales deben atender los pilares 1 y 3. El pilar 2, que refiere a la promoción del respeto de los derechos humanos dentro del sector privado, generalmente no queda contenido en estos programas. Sin embargo, el borrador del Programa de México básicamente está centrado en los pilares 1 y 2.



En el borrador no se hacía referencia alguna al sistema de justicia ni a otro tipo de mecanismos que pudieran generarse desde el Estado. En lo que hace al tema de la consulta previa, libre e informada, existió una enorme disputa con la sociedad civil organizada mexicana y las comunidades afectadas, porque tanto las empresas como el gobierno querían promover una ley general de consulta, con el solo fin de brindar seguridad jurídica a las inversiones. También existieron debilidades en el tema de la debida diligencia, ya que no estaban definidos los contenidos de procedimiento en los procesos de debida diligencia en materia de derechos humanos. Asimismo, se perdió la oportunidad de que el Estado como actor económico pudiera exigir a las empresas con las que tiene relaciones comerciales la debida diligencia, tanto para las empresas que contratan con el Estado –para el tema de compras públicas– como para las empresas públicas mismas. Como el Estado tiene capacidad de control sobre estas empresas, esta omisión fue vista como una enorme oportunidad perdida. Finalmente, otra de las debilidades fundamentales tuvo que ver con la protección personal de los denunciantes que enfrentan al poder corporativo, puesto que el borrador del PNEDH mencionaba el asunto de forma tibia y muy general.

Las «fallas estructurales» del PAN sobre Derechos Humanos y Empresas de Colombia

El PAN colombiano se publicó en diciembre de 2015, enmarcado en los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la ONU. Desde la perspectiva del gobierno, fue considerado un insumo necesario para el escenario del posconflicto y la construcción de la paz. Al igual que en el caso mexicano, el proceso de elaboración convocó la participación de la sociedad civil. Sin embargo, esta participación no fue representativa, lo que obligó a la constitución autónoma de una Mesa de Política de Empresas y Derechos Humanos, conformada por diversas organizaciones de la sociedad civil que han realizado seguimiento de la implementación del PAN¹⁷.

Una vez difundido el PAN, estas organizaciones decidieron presentar un derecho de petición a la Defensoría del Pueblo –que juega un rol importante en la implementación del plan–, haciendo consultas

respecto de su labor. Sin embargo, al no recibir respuesta, en junio de 2016 la mesa de organizaciones emitió un comunicado público en el que hacía una serie de críticas sobre lo que se consideran «fallas estructurales» del PAN. Para **Gloria Holguín**, de la organización FIAN Colombia, estas fallas refieren a que el PAN se plantea básicamente como una ventaja competitiva empresarial; no existen en su formulación diagnósticos previos sobre violaciones a los derechos humanos en los contextos en los cuales operan las empresas, o diagnósticos sobre la legislación o las normas vinculantes existentes para exigir que se garanticen los derechos afectados o identificar los vacíos existentes; en consecuencia, el PAN no prevé mecanismos de reparación efectivos, independientemente de que se base en los tres pilares de los Principios Rectores y no solo en los dos primeros, como en el caso mexicano; a pesar de promover espacios de diálogo y concertación entre las empresas y los afectados (espacios multisectoriales) con el gobierno –mediante la Defensoría del Pueblo– para establecer mecanismos de reparación, normaliza o ignora el desequilibrio existente entre un actor como una ETN y las comunidades en el territorio; y, finalmente, no ofrece garantías a las comunidades víctimas de violaciones a los derechos humanos en contextos de explotación, ya que delega la responsabilidad en las empresas y establece que a partir de los mecanismos de quejas y reclamos se empiecen a implementar los mecanismos de reparación; si no se logra un acuerdo, el PAN tampoco habilita instancias adicionales.

Siguiendo a Holguín, a pesar de que en 2017 el gobierno colombiano presentó un informe de avance en relación con el PAN, se constatan las siguientes problemáticas: no se atendió a ninguno de los cuestionamientos ni críticas que se hicieron desde la mesa de organizaciones de la sociedad civil; a la hora de reportar avances sobre la implementación del PAN, no se informa sobre cada una de las tareas pautadas

17. Centro de Estudios para la Justicia Social Tierra Digna, FIAN Colombia, Asociación Minga, Asociación Ambiente y Sociedad, Colombia Punto Medio, Comisión Intereclesial de Justicia y Paz, Comité Ambiental en Defensa de la Vida, Equipo Jurídico Pueblos, Comité de Solidaridad con los Presos Políticos, Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos (ILSA), Observatorio de Expansión Minero Energética y Re-existencias, Indepaz, Pensamiento y Acción Social (PAS).



(diagnóstico, monitoreo, capacitación, etc.), sino sobre los tres pilares de los Principios Rectores; se menciona como avance un cumplimiento del PAN de 59%, pero no se explica el origen de ese porcentaje ni a qué avances corresponde; si bien se sostiene que se trazó una línea de base y una evaluación del impacto del PAN sobre los derechos humanos, no se reconoce ninguna violación a los derechos humanos ni se reconocen daños como tales; si bien se menciona que se logró incluir el tema de los derechos humanos en los planes de desarrollo municipales, no se especifica en qué sentido, e incluso existen numerosos municipios que ni siquiera tienen planes de desarrollo municipales; para el caso piloto del PAN llevado adelante en la comunidad de El Hatillo (Cesar)¹⁸ –afectada por la extracción de carbón a cielo abierto y que se encuentra en un proceso de reasentamiento involuntario por contaminación ambiental–, no se reportan mecanismos de reparación, más allá de los diálogos o actividades de concienciación o capacitación para la identificación de los «impactos» (no de los daños). Por último, Holguín argumenta que se debería pensar en normas vinculantes para todo el poder corporativo transnacional. El PAN colombiano habla de voluntariedad, pero las empresas incumplen obligaciones legales, y cuando el Estado toma medidas y las sanciona, aquellas demandan a los Estados ante tribunales internacionales. Por otra parte, el PAN no reconoce daños. Tampoco tiene un enfoque de obligaciones extraterritoriales, lo que hace que sea muy difícil responsabilizar a las empresas. Si bien Holguín sostiene que lo que ha pasado con el PAN colombiano es un argumento más para avanzar hacia el tratado vinculante, también considera que el tratado por sí solo no va a resolver completamente el problema de las empresas y los derechos humanos. Lo que a su criterio se requiere es un derecho corporativo internacional en el que el tratado vinculante sea un primer elemento o herramienta.

3. Retrospectiva y perspectiva del proceso para un tratado vinculante en materia de ETN y derechos humanos

La problemática de las empresas y los derechos humanos no es nueva, sino que data de hace más de 40 años. Su reconocimiento se inicia con un discurso de Salvador Allende ante la ONU en 1972, en el que

alertaba sobre el enorme poder adquirido por las grandes corporaciones transnacionales¹⁹. A partir de allí comenzó la construcción de una institucionalidad en materia de ETN y derechos humanos. Una de las primeras iniciativas fue el Proyecto de Código de Conducta para las Empresas Transnacionales de la ONU, bajo la idea de regular a estas empresas y el trato a inversores extranjeros. Para **Daniel Uribe**, investigador del Centro del Sur, tras las negociaciones en torno de este proyecto –que duraron desde mediados de los años 70 hasta mediados de los 80–, progresivamente se comenzaron a generar dos grandes regímenes: un régimen de responsabilidad social corporativa, basado únicamente en principios voluntarios y que fue complementado con códigos de conducta internos de las empresas²⁰; y un régimen de inversiones, basado en los miles de tratados bilaterales de inversión (TBI) existentes y en un sinnúmero de decisiones adoptadas por tribunales de arbitraje que han fortalecido el carácter vinculante de las normas de tratamiento de inversores.

A principios del siglo XXI, el tema de las empresas y los derechos humanos resurgió, en un primer momento con el debate en torno de las «Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos» y luego con la adopción de los Principios Rectores. Y más recientemente, a partir del proceso

18. Para Holguín, el caso de la comunidad de El Hatillo resulta paradigmático dado que lo que se logra es que la comunidad sea la «responsable» por los retrasos en los acuerdos de reparación. Cuando las comunidades comienzan a exigir garantías de derechos en el marco de los escenarios de diálogo, las empresas argumentan que no hay daño, que debe demostrarse el daño. Como resultado, lo que efectivamente se prevé es que habrá un acuerdo sobre la base de lo que las empresas consideren, pero no un remedio real.

19. En palabras de Allende: «Estamos frente a un verdadero conflicto frontal entre las grandes corporaciones transnacionales y los Estados. Estos aparecen interferidos en sus decisiones fundamentales, políticas, económicas y militares por organizaciones globales que no dependen de ningún Estado y que en la suma de sus actividades no responden ni están fiscalizadas por ningún parlamento, por ninguna institución representativa del interés colectivo. En una palabra, es toda la estructura política del mundo la que está siendo socavada».

20. Forman parte también de este proceso la Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales de la OCDE de 1976 (que incluye las Líneas Directrices) y la Declaración Tripartita de la OIT.



para alcanzar un tratado vinculante en materia de ETN y derechos humanos, emanado de la Resolución 26/09, presentada por Ecuador y Sudáfrica y aprobada por el CDH en junio de 2014. Siguiendo a Uribe, es interesante mencionar que hay un antes y un después de la adopción de la Resolución 26/09. No solo porque a partir de ella los Principios Rectores obtuvieron un mayor impulso²¹, sino también porque incluso si el instrumento vinculante no llegara a establecerse, se puso de manifiesto que los Principios Rectores no son el único mecanismo que se puede implementar en materia de empresas y derechos humanos.

La Resolución 26/09 crea un «grupo de trabajo intergubernamental [en adelante, GTI] de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, con el mandato de elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos». Uribe señala varios elementos que merecen consideración. En primer lugar, a diferencia del debate en torno de las Normas sobre las responsabilidades de las ETN o los Principios Rectores, ya no son los expertos quienes crean este tipo de instrumentos, sino que, como sucedió con el Proyecto de Código de Conducta para las Empresas Transnacionales, son los Estados los que se deben sentar a negociar. En segundo lugar, se involucraron elementos de mayor apertura y transparencia, como la configuración abierta del GTI, que permite la participación de otros actores –y esto debe resaltarse porque una de las principales críticas por parte de la Unión Europea es la falta de transparencia del proceso–. En tercer lugar, es importante señalar que el GTI ya desarrolló las tres primeras sesiones pautadas en la Resolución 26/09. La diferencia entre las dos primeras sesiones y la tercera –celebrada en Ginebra del 23 al 27 de octubre de 2017– es que en esta última se contó con un instrumento base para abrir las negociaciones apelando a un diálogo constructivo. Y durante la tercera sesión esto pudo ser comprobado en el debate que se generó sobre los principales elementos que era preciso tener en cuenta de cara a las próximas sesiones. Otra cuestión a resaltar es que, de todos los elementos que se presentaron, sobre principios, propósitos, alcances, obligaciones tanto

de Estados como de las empresas, medidas preventivas, responsabilidad legal, acceso a la justicia, jurisdicción, cooperación judicial y elementos de monitoreo, hubo claridad en que al menos dos fueron consensuados: medidas preventivas y cooperación judicial. Y esto es relevante porque a partir de esos elementos se puede empezar a construir un lenguaje para avanzar hacia un instrumento vinculante.

En cuanto a las lecciones que pueden derivarse en torno del proceso, para Uribe es claro que la histórica máxima «divide y reinarás» sigue vigente, actualmente tanto como cuando en las negociaciones en torno del Proyecto de Código de Conducta para las Empresas Transnacionales, cuando los países desarrollados buscaron que se perdiera el interés en las negociaciones del código y se comenzara a generar interés en las negociaciones de TBI y tratados de libre comercio (TLC). Por una parte, existe un instrumento vinculante que se está discutiendo en el marco del CDH, pero al mismo tiempo también se dan la creación de un tribunal multilateral de inversiones en la UE, la inclusión de supuestas obligaciones para los inversores en el marco de los TBI, nuevos estándares de protección y nuevos mecanismos de implementación de guías voluntarias, todo lo cual hace que la sociedad civil deba esforzarse enormemente para seguir estos procesos de forma simultánea. Por ello, si bien la vigilancia que se realiza en cada uno de estos procesos es necesaria, habría que definir cuáles son los más importantes. Asimismo, se requiere identificar los puntos de consenso y evitar la polarización Norte-Sur, que es precisamente lo que sucedió en el marco de la negociación de las Normas sobre las responsabilidades

21. En primer lugar, porque partir de la Resolución 26/09 no casualmente aumenta la inyección de recursos adicionales para la implementación de los Principios Rectores por parte de la UE y de otros actores interesados. En segundo lugar, porque a partir de la Resolución 26/09 se creó el mandato del GT para promocionar la implementación de los Principios Rectores, entre otros mecanismos, a través de los PAN. Y, finalmente, porque con posterioridad a la Resolución 26/09 se creó el proyecto de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH) denominado Accountability and Remedy Project, que intenta buscar aquellas falencias a escala nacional e internacional que impiden la efectiva reparación a las víctimas y poner con ello de manifiesto las debilidades de los mecanismos previstos en los Principios Rectores.



de las ETN. Sobre la base de la experiencia de otras negociaciones, hay dos mecanismos que, según Uribe, se pueden tener en cuenta: uno es responder a las alegaciones de quienes están en contra del tratado –por ejemplo, la UE– y negociar; el otro es construir un discurso a partir de los intereses de los países que están a favor del instrumento vinculante. No hay que adoptar una visión derrotista ni tampoco una triunfalista. El mandato establecido en la Resolución 26/09 es abierto, no solo en cuanto a la participación sino también en cuanto al objetivo, y eso implica que no termina hasta que no se haya elaborado un instrumento vinculante o hasta que haya una resolución que finalice su mandato. Y esta segunda opción es políticamente inviable. El instrumento vinculante no es una solución definitiva, pero sí una herramienta de suma importancia para empoderar a las víctimas y para que los Estados cuenten con un mecanismo de defensa.

El proceso del tratado como eje articulador de reivindicaciones sociales

Un aspecto de trascendencia en torno del proceso para configurar un tratado vinculante ha sido el desarrollo de la Campaña Global para Reivindicar la Soberanía de los Pueblos, Desmantelar el Poder de las Transnacionales y Poner Fin a la Impunidad. Esta Campaña Global, lanzada en 2012 durante la Cumbre de los Pueblos en Río+20 por Justicia Social y Ambiental en defensa de los bienes comunes y contra la mercantilización de la vida, no solo puso de manifiesto la falta de instrumentos jurídicos vinculantes y de responsabilización de las ETN, sino también la idea de construir una soberanía popular y un espacio de solidaridad internacional para abordar las alternativas para un cambio de sistema. Habiendo participado activamente de las dos primeras sesiones del GTI, en el marco de la tercera sesión la Campaña Global presentó una propuesta concreta de contenidos para un Tratado sobre Empresas Transnacionales y sus Cadenas de Suministro con respecto a los Derechos Humanos²².

Para **Lucía Ortiz**, de Amigos de la Tierra Internacional, la participación de la sociedad civil y de los movimientos sociales –en el marco del espacio denominado Alianza por el Tratado– ha sido también fundamental para facilitar un amplio compromiso

social en el proceso y dotar de contenido a las propuestas del proyecto. Así es como durante la tercera sesión hubo un gran avance en el número de Estados participantes, en la diversidad de sectores sociales representados y en la discusión de una serie de temas. En primer lugar, en lo referido a los mecanismos de implementación y cooperación internacional entre jurisdicciones, la Campaña Global puso de manifiesto la importancia de una articulación entre los tribunales populares, como el caso del Tribunal Permanente de los Pueblos. La demanda por un tribunal internacional representa un eje de articulación del poder popular y, de concretarse, serviría para romper la asimetría existente entre las comunidades afectadas, las ETN y los Estados. En segundo lugar, en lo que refiere tanto a las instituciones financieras internacionales (IFI) responsables de la arquitectura de la impunidad como a los TLC y TBI. No solamente en materia de acceso a la justicia para los afectados por algún proyecto específico con financiamiento de estos organismos, sino también producto de la problemática derivada de los ajustes estructurales y los procesos de austeridad promovidos por estas instituciones en los países en desarrollo, con afectaciones a los derechos humanos y procesos de privatización de la salud, la educación, el agua y la seguridad social, entre otros. En tercer lugar, en materia de las obligaciones directas de las empresas comprendidas dentro de una CGV, incluyendo las contratistas, las filiales y los financiadores. Para Ortiz, la consideración de todos los agentes intervinientes es de suma importancia. La visualización en términos de CGV traza un potencial de movilización enorme y pone en evidencia la verdadera precarización de las condiciones de trabajo y

22. El Proyecto del Tratado está compuesto de nueve partes: I. Marco General, II. Obligaciones de las Empresas Transnacionales, III. Obligaciones de los Estados en el ámbito del Tratado, IV. Obligaciones de las Instituciones Económicas y Financieras Internacionales oficiales y relativas a los acuerdos y tratados de comercio e inversión, V. Mecanismos de control y ejecución en el ámbito internacional (Corte Internacional sobre Empresas Transnacionales, Centro Internacional de Monitoreo de las Empresas Transnacionales), VI. Mecanismos de cooperación internacional en investigación, jurisdicción y ejecución de sentencias, VII. Acceso a la justicia y reparación, VIII. Mecanismos de participación en el marco del Tratado, y IX. Disposiciones finales. Para más información sobre el proyecto, v. <www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2017/10/Treaty_draft-ES1.pdf>.



los modos de vida, con perjuicios que van desde la producción hasta la distribución y la comercialización, tanto en el medio rural como en las ciudades, y que afectan a diversos sectores sociales. Asimismo, este abordaje acaba con la falsa dicotomía que supone que en el marco del proceso del tratado no se estarían considerando todas las empresas sino solo las ETN y pone de manifiesto que, si bien hay muchas empresas responsables, la mayor responsabilidad debe recaer sobre las casas matrices donde se concentran los lucros y la toma de decisiones, así como el poder económico y político.

Siguiendo a **Manoela Roland**, coordinadora de Homa-Centro de Derechos Humanos y Empresas, este sería precisamente el motivo por el cual existe un gran esfuerzo internacional para bloquear el proceso del tratado por parte de los países que son sede de las ETN. La propia resistencia de estos actores, tradicionalmente defensores de la *Lex Mercatoria*, demuestra que estamos frente a un cambio de paradigma esencial que va en contra de la estrategia de gobernanza corporativa global. Existen elementos políticos y estratégicos en disputa que revelan la ausencia de una real predisposición a resolver los problemas de fondo. De ahí que luego de la Resolución 26/09 existiera un fuerte movimiento internacional a favor de los Principios Rectores, para que los países se aproximaran únicamente a los PAN, en detrimento del involucramiento con el tratado²³. Para Roland, es muy importante el involucramiento de la sociedad civil en el proceso de configuración del tratado y la presión que se pueda ejercer sobre los Estados para alcanzar el mejor instrumento posible. Hay que preservar una negociación constructiva—no polarizada—y, al mismo tiempo, alcanzar un instrumento que sea relevante y plantee innovaciones. Las medidas preventivas, la cuestión de la extraterritorialidad, la perspectiva de alcanzar toda la cadena de valor, los instrumentos de cooperación, los mecanismos de monitoreo y reparación, la Corte Internacional y la responsabilidad directa de las empresas como sujetos de derecho internacional son solo algunas de las materias que es preciso discutir en profundidad y tener en cuenta de cara a la construcción del tratado. Y son cuestiones que no pueden encontrar solución únicamente en el ámbito nacional. Se requiere una mayor movilización y participación de la sociedad civil y de los Estados en este proceso. Y en el ámbito interameri-

cano y latinoamericano, el debate debiera necesariamente incluir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y a procesos de integración regional, como el Mercosur.

Instrumentos regionales e interamericanos para la defensa de los derechos humanos en relación con las ETN

La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) aún no ha desarrollado instrumentos o parámetros jurídicamente vinculantes en materia de empresas y derechos humanos para la región. Pese a ello, como señala **Soledad García Muñoz**, Relatora Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la CIDH, la OEA viene desempeñando un rol interesante en la materia, ya que ha elaborado una serie de resoluciones que abordan el tema; por ejemplo, la Resolución 2840 sobre Promoción y Protección de los Derechos humanos en el Ámbito Empresarial (2014) o la Resolución 2887 sobre Promoción y Protección de Derechos Humanos (2016). Por su parte, el Comité Jurídico Interamericano (CJI) emitió en 2014 el documento «Responsabilidad social de las empresas en el campo de los derechos humanos y el medio ambiente en las Américas» y, posteriormente, en marzo de 2017, adoptó la Resolución 232 titulada «Regulación consciente y efectiva de las empresas en el ámbito de los derechos humanos», por medio de la cual exhorta a los órganos políticos de la OEA a examinar la «Guía de principios sobre responsabilidad social de las empresas en el campo de los derechos humanos y el medio ambiente en las Américas», aprobada en 2014 por el CIJ. En este marco, el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA elaboró un documento de referencia que acompaña la resolución, titulado «Recopilación de buenas prácticas, iniciativas, legislación, jurisprudencia y desafíos para identificar alternativas en el tratamiento de la responsabilidad social de

23. Para ampliar este análisis crítico, v. Homa: «Perspectivas generales acerca de los Planes Nacionales de Acción en empresas y derechos humanos», disponible en <<http://homacdh.com/wp-content/uploads/2016/06/Perspectivas-Generales-acerca-de-los-Planes-Nacionales-de-Accio%CC%81n-en-Empresas-y-Derechos-Humanos.pdf>>.



las empresas en el continente». Asimismo, tanto la CIDH como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han desarrollado estándares en la materia a partir de una serie de informes, resoluciones y sentencias. Precisamente una parte importante de su jurisprudencia y de los estándares desarrollados tiene que ver con los derechos de los pueblos indígenas²⁴ en nuestra región en el marco de actividades extractivas. También existen antecedentes relacionados con la prestación de servicios de salud²⁵, derechos de trabajadores migrantes²⁶ y prohibición y erradicación del trabajo esclavo²⁷, entre otros.

Siguiendo a García Muñoz, es importante mencionar que pese a la existencia de estos avances y antecedentes, aún no existen lineamientos interamericanos que guíen la actuación de los Estados en este campo. La sistematización y el análisis de los estándares vinculados a la temática será un paso importante para fortalecer la obligación de los Estados de proteger a las personas en el contexto de las operaciones empresariales y del derecho de las víctimas a acceder a recursos efectivos para hacer valer sus derechos. Por su parte, la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos aún sigue considerándose de carácter voluntario por parte de algunos sectores, lo que le otorga una efectividad limitada de acuerdo con intereses coyunturales. Asimismo, se carece de marcos normativos adecuados para facilitar el acceso de las víctimas de violaciones cometidas por empresas a la justicia, ya sea dentro del territorio nacional o extraterritorialmente. Y en lo que refiere a las obligaciones extraterritoriales de los Estados, existen enormes desafíos que deberían ser explorados a través de los diferentes mecanismos del sistema interamericano. También, se requiere analizar la efectividad de los Principios Rectores en el marco del contexto de la jurisprudencia hemisférica, lo que incluye la aplicación de principios pro persona, indivisibilidad de derechos humanos, de igualdad y no discriminación, etc. En ese marco, la actual preparación del informe temático sobre empresas y derechos humanos a cargo de la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA)²⁸ de la CIDH representa una primera oportunidad para que la Comisión profundice y desarrolle la temática en el hemisferio, con el objeto de analizar el marco jurídico, las obligaciones de los Estados y la responsabilidad internacional que se podría generar por violaciones de derechos humanos cometidas por empresas.

García Muñoz también hizo notar que la región se encuentra amenazada de retroceder en el cumplimiento de obligaciones internacionales en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales debido a diferentes prácticas, iniciativas de reformas normativas o políticas públicas, así como a denuncias por el deterioro de diversos derechos, tales como alimentación, salud, agua, trabajo o medio ambiente sano. De allí que para ella la creación de la Relatoría Especial resulte fundamental para poner estos derechos en un lugar central. La tarea además está orientada a encaminar el mandato otorgado a esta por la propia CIDH en relación con el abordaje de la situación de pobreza en la región, los derechos al agua y a la alimentación, los obstáculos en el acceso a la justicia en casos de violaciones a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, así como el tratamiento del tema de las empresas y sus impactos en el goce de los derechos humanos.

La complejidad del panorama regional no solo requiere redoblar los esfuerzos en torno de las más recientes iniciativas en materia de empresas y derechos humanos, sino que asimismo torna necesario reforzar los instrumentos existentes, sea mediante una mayor ponderación de la jurisprudencia en

24. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku *vs.* Ecuador, sentencia de la Corte IDH del 27 de junio de 2012; Pueblos Kaliña y Lokono *vs.* Surinam, sentencia de la Corte IDH del 25 de noviembre de 2015; CIDH: «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; Informe 78/00 de la CIDH, Caso Comunidades de Indígenas Maya *vs.* Belice.

25. Caso Ximenes Lopes *vs.* Brasil, sentencia de la Corte IDH del 4 de julio de 2006.

26. Opinión Consultiva de la Corte IDH 18/03 «Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados».

27. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde *vs.* Brasil, sentencia de la Corte IDH del 22 de agosto de 2017.

28. Esta Relatoría es una oficina especializada en la CIDH, de carácter permanente, con independencia funcional, estructura operativa y presupuesto propio, para dar soporte y asesoría a este órgano mediante la construcción de estándares y buenas prácticas en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales para la región. La REDESCA trabaja en la promoción y protección de estos derechos a través de la asistencia técnica a la CIDH, en el trámite de peticiones y casos, medidas cautelares y realización de audiencias públicas. Además, prepara informes temáticos y regionales, realiza visitas oficiales y académicas y puede prestar asesoría técnica.



la materia, sea dotando de mayor efectividad a los Principios Rectores o a los PAN. No obstante, vale mencionar que en este asunto no existe consenso entre los especialistas, y en el debate en torno de los derechos humanos subyacen posiciones divergentes respecto de la complementariedad de las distintas alternativas disponibles.

De este modo, **Andressa Caldas**, del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDH) del Mercosur, cuestiona si no estamos desperdiciando gran parte de nuestro tiempo y energía en procesos (como los puntos focales de la OCDE o los PAN) que se presentan como complementarios, pero que más que insuficientes parecen ser distractores y contraproducentes. Asimismo, Caldas señala que, mientras el tratado vinculante no llega y se va construyendo un proceso que puede tardar mucho tiempo, se deben reforzar los instrumentos nacionales, regionales, interamericanos e internacionales efectivos actualmente disponibles. De allí la importancia de rescatar la jurisprudencia reunida hasta el presente, en términos de los casos juzgados y las reparaciones realizadas sobre la base de acciones de terceros, de particulares. Existe una masa de casos nacionales relacionados con violaciones a los derechos humanos por parte de las empresas que evidencian la responsabilidad de terceros (en Brasil, citó los casos de Samarco-BHP y Vale, de la TKCSA – ThyssenKrupp y Vale–, de la duplicación del Ferrocarril Carril Carajás y de la Hidroeléctrica de Belo Monte). Desde el punto de vista del sistema interamericano, se debe rescatar la tradición de análisis de casos y resulta importante tener relatores y audiencias temáticas que apunten a los comisionados y a los Estados los diagnósticos, contextos y convergencias con la sociedad civil. Asimismo, resulta fundamental que los casos concretos, sean individuales o colectivos, se resuelvan para que, además de diagnósticos compartidos o recomendaciones, existan reparaciones efectivas para los damnificados. Sobre la actuación del GT sobre empresas y derechos humanos, Caldas considera que debiera recuperar la actuación de los relatores especiales de la ONU – como el Relator Especial sobre el Derecho a la Salud– que efectúan recomendaciones no a las empresas en general sino a las responsables en particular. A su criterio, cuando se habla de corporaciones y de ETN debemos nombrarlas, identificando quiénes

son los actores y las personas jurídicas involucradas en las violaciones a los derechos humanos. Así, para Caldas, detrás del «caso Mariana» en Brasil hay que nombrar la participación de la BHP y Vale; el asesinato de Berta Cáceres en Honduras está relacionado con el proyecto hidroeléctrico Agua Zarca, de la corporación DESA; la situación de los mapuches y la muerte de Santiago Maldonado en Argentina están conectadas con la presencia de Benetton en tierras reclamadas por los pueblos originarios; y la lucha de Máxima Acuña en Perú es para detener el proyecto de megaminería Conga de las empresas Newmont y Buenaventura. Hablar en estudios e informes genéricamente de las ETN sin nombrarlas solo refuerza su invisibilidad como «sujetos de derechos y deberes».

En lo que hace al ámbito regional, dentro del espacio del Mercosur existen dos posibilidades: por un lado, los espacios de discusión dentro de la Comisión Sociolaboral –que verifica el cumplimiento de la Declaración Sociolaboral del Mercosur– y de las Cumbres Sociales del Mercosur; por otro, el trabajo del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur (IPPDH). Para Caldas, la creación de estos espacios fue resultado de una convergencia histórica entre los gobiernos de los países de la región que hizo posible que el Mercosur avanzara en ciertas temáticas sociales anteriormente ausentes del proceso de integración²⁹. No obstante,

29. Como resultado de esa convergencia se destaca la articulación de esfuerzos entre el IPPDH del Mercosur y otras instancias regionales, como la del Grupo de Alto Nivel (GAN) sobre Derechos Humanos de la Unión de Naciones Suramericanas (Unasur), creado en 2012. En efecto, el IPPDH fue llamado por el GAN para ayudar a pensar su agenda de trabajo. Así durante el periodo 2015-2016, bajo la presidencia *pro tempore* de Uruguay en la Unasur, los Estados decidieron que para no superponer esfuerzos el GAN trabajara temáticas distintas de las trabajadas dentro del ámbito del Mercosur en materia de derechos humanos. Luego de un proceso de debate, los temas que quedaron definidos para el GAN fueron: combate de la tortura, tráfico de personas y empresas y derechos humanos. Asimismo, quedó bajo la responsabilidad del GAN intercambiar informaciones y llegar a la ONU con un Grupo de América Latina y el Caribe (GRULAC) en el ámbito de la Unasur. Finalmente, dado que el proyecto quedó bajo la presidencia *pro tempore* de Venezuela, se vio perjudicado por la situación interna de ese país y por su suspensión dentro del Mercosur, a lo que se agregó la situación de acefalía de la Unasur.



reconoce que a partir de los más recientes cambios de gobierno esta convergencia ha sido modificada y esto impacta en el funcionamiento de los distintos mecanismos existentes. Así, por ejemplo, la Cumbre Social –que no producía ninguna declaración vinculante, pero conseguía dialogar con los Estados sobre los temas sociales– ha dejado de celebrarse. Teniendo en cuenta esta situación, Caldas sostiene que existe una tercera posibilidad para explorar en el Mercosur, que es la de incidir sobre el Parlamento del Mercosur (Parlasur), específicamente ante la Comisión de Derechos Humanos, en tanto espacio de negociación que permitiría promover audiencias y otras iniciativas en el tema de empresas y derechos humanos con vistas, por ejemplo, a monitorear los TBI y el impacto de las ETN en los derechos humanos y el medio ambiente de nuestra región.

4. A modo de cierre

Las transformaciones operadas en los procesos económicos, financieros, productivos y normativos han convertido a las ETN en actores centrales de la globalización, que impactan de un modo negativo en la salvaguarda de los derechos humanos, sean económicos, sociales, culturales, laborales o medioambientales. Como se pudo apreciar en los apartados precedentes, el debate en materia de empresas y derechos humanos se torna cada vez más necesario y complejo. La necesidad resulta de la situación de extrema vulnerabilidad en la que se encuentran las distintas comunidades afectadas por los abusos corporativos. La complejidad se deriva de la multiplicidad de variables que intervienen en la explicación de un fenómeno que, en tanto es multidimensional, requiere de un abordaje integral, que incluya la consideración de factores que van desde lo jurídico hasta lo geopolítico. En consecuencia, los desafíos que se presentan son enormes y abarcan necesariamente distintos frentes. Se

requieren compromisos urgentes por parte de Estados y organismos regionales e internacionales, y se redoblan los esfuerzos que recaen sobre los movimientos sociales y las organizaciones de la sociedad civil que buscan denodadamente poner la cuestión de los derechos humanos en un lugar central.

Además de los instrumentos disponibles en el ámbito regional que exigen una mayor atención y ampliación, existen dos grandes herramientas actualmente en marcha. Por un lado, los PAN –basados en los Principios Rectores–, que aún se presentan como políticas públicas débiles e insuficientes, que desconocen las connotaciones estructurales de la problemática de las violaciones a los derechos humanos por parte de las empresas e ignoran a las víctimas de los abusos corporativos. Por otro, el proceso para la configuración de un tratado vinculante en materia de ETN y derechos humanos, cuya formulación en el ámbito multilateral enfrenta enormes retos, no solo en términos de la definición de su contenido sino en cuanto a la estrategia para alcanzar su materialización. No obstante, si bien los desafíos enumerados son de gran magnitud, también dejan entrever perspectivas de alcanzar una mayor protección de los derechos humanos en el ámbito empresarial. No se trata de descartar los PAN, sino de cuestionarlos para robustecerlos y convertirlos en instrumentos efectivos de los Estados para garantizar mecanismos de prevención y control de empresas, reparación y acceso a la justicia para las víctimas. En lo que hace a la posibilidad de alcanzar un tratado vinculante en el marco de la ONU, por la apertura y la diversidad de actores involucrados, la sola discusión de los elementos del futuro instrumento –extraterritorialidad, responsabilidad directa de las empresas, CGV, mecanismos de reparación, entre otros– convierte el proceso en un recurso potente que conspira contra el *statu quo* y ayuda a desenmascarar la arquitectura de la impunidad.

Empresas transnacionales y derechos humanos

*¿Cómo garantizar
que se haga justicia?*

Responsable

Fundación Friedrich Ebert | Nueva Sociedad
Defensa 1111, 1º A | C1065AAU Buenos Aires | Argentina

Claudia Detsch | Directora
Tel./Fax.: ++54-11-4361-4108 / 4871
<http://www.nuso.org>

Pedidos / Contacto:
info@nuso.org

Diagramación: Fabiana Di Matteo
Fotografía: Gustavo Basso/Kleber Cordeiro/
Ragne Kabanova/Shutterstock

Se prohíbe el uso comercial de los medios publicados por la Fundación
Friedrich Ebert (FES) sin un consentimiento escrito de la FES.