

BÚSQUEDA DE CONSENSOS SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS: HACIA UN INSTRUMENTO INTERNACIONAL VINCULANTE

JUAN RUIZ GALÁN*

| | |
|---|-----|
| I. INTRODUCCIÓN..... | 820 |
| II. LOS PRINCIPIOS RECTORES Y LAS OBLIGACIONES ACTUALES DE LAS EMPRESAS..... | 822 |
| III. EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS: EL DEBATE ACTUAL EN LA O.N.U..... | 825 |
| IV. LA POLARIZACIÓN EN LOS GRUPOS DE TRABAJO | 828 |
| V. CONSTRUCCIÓN DE UNA PREMISA COMÚN..... | 832 |
| A. ESTABLECIMIENTO DE UN PLANTEAMIENTO CORRECTO..... | 832 |
| B. ELEMENTOS DE UNA PREMISA COMÚN | 835 |
| C. GARANTIZAR EL RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS Y MECANISMOS EFECTIVOS DE REPARACIÓN | 837 |
| D. FOMENTAR EL DESARROLLO ECONÓMICO SOSTENIBLE Y REFORZAR LA SEGURIDAD JURÍDICA EMPRESARIAL..... | 838 |
| E. FORTALECER LAS CAPACIDADES DE LOS ESTADOS..... | 839 |
| VI. ESTABLECIENDO UNA METODOLOGÍA EFICIENTE | 842 |
| A. OBLIGACIONES INTERNACIONALES INDIRECTAS..... | 842 |
| B. OBLIGACIONES INTERNACIONALES DIRECTAS VINCULANTES (<i>HARD LAW</i>) | 843 |
| C. DISPOSICIONES INTERNACIONALES DIRECTAS, NO | |

*Licenciado en derecho por la Universidad La Salle, México, y cuenta con diversos cursos y diplomados en derechos humanos, derecho electoral, democracia y servicio público. En el ámbito profesional se ha desempeñado en diversos órganos legislativos, en un partido político y en la administración pública federal, particularmente en la Procuraduría General de la República. Cuenta con diversas publicaciones en materia de derechos humanos y gobernanza.

Contacto: juanruizgalan7@gmail.com.

| | | |
|-------|--|-----|
| | VINCULANTES (<i>SOFT LAW</i>) | 844 |
| VII. | NECESIDAD DE NORMAS VINCULANTES | 846 |
| | A. ¿FUNCIONALIDAD DEL ESQUEMA VOLUNTARIO? | 846 |
| | B. ¿EVASIÓN DE OBLIGACIONES ESTATALES? | 849 |
| | C. ¿RESPONSABILIDAD NACIONAL, NO INTERNACIONAL? | 850 |
| | D. ¿NORMAS INTERNACIONALES VINCULANTES YA EXISTENTES? | 851 |
| | E. ¿ERRÓNEA IMPLEMENTACIÓN DE NORMAS NACIONALES? ... | 852 |
| | F. ¿COSTOS PRIVADOS Y EXCESOS NORMATIVOS? | 853 |
| | G. ¿COSTOS PÚBLICOS Y DESINVERSIÓN? | 854 |
| VIII. | CONCLUSIONES..... | 855 |

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la globalización económica ha traído como consecuencia natural la ampliación de la esfera de influencia de cualquier empresa en el mundo. El crecimiento exponencial de éstas, el aumento de sus capacidades financieras, y el control del ochenta por ciento de toda la cadena de valor del comercio internacional por empresas transnacionales¹ son prueba de ello.

Desde hace cuatro décadas, preocupada por los siniestros de empresas que han provocado transgresiones sistemáticas de derechos humanos, así como por el potencial peligro que algunas de éstas representan, por ejemplo las industrias extractivas, la comunidad internacional ha debatido cómo regular la conducta de las empresas con el objetivo de proteger los derechos humanos de las personas que están en su rango de influencia y, en su caso, garantizar reparaciones adecuadas.² La Organización de las Naciones Unidas (“O.N.U.” o “Naciones Unidas”) ha sido el centro sede del debate.

1. Ver U.N. Conference on Trade and Development, *Global Value Chains and Development: Investment and Value Added Trade in the Global Economy: A Preliminary Analysis* [Cadenas de valor y desarrollo mundial: inversión y valor agregado en la economía mundial: un análisis preliminar], en iii, Doc. O.N.U. UNCTAD/DIAE/2013/1 (2013).

2. Ver John Ruggie (Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas), *Informe final de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos*, Doc. O.N.U. A/HRC/17/31, en 3-4 (21 de mar. de 2011) [en adelante Ruggie, *Informe final de los Principios Rectores*] (comentando sobre el desarrollo de normas para abocar la cuestión de las empresas y los derechos humanos).

La controversia en cuestión ha arrojado conclusiones muy relevantes como los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, relativos a “proteger, respetar y remediar” y que más adelante se expondrán con mayor detalle.³ No obstante, tomando como antecedente el fomento de dichos Principios no obligatorios, se ha intensificado el debate a partir de la presión generada por un número considerable de interesados, particularmente de la sociedad civil organizada, que pugnan por crear un instrumento internacional, de carácter vinculante, que imponga obligaciones directas a las empresas.⁴ A partir de esta progresista iniciativa, han surgido muchas tensiones al interior de la O.N.U. entre quienes la apoyan y quienes defienden que el camino correcto para lograr moldear la conducta empresarial no se encontrará en la creación de normas coercitivas. Actualmente, el Consejo de Derechos Humanos de la O.N.U. tiene la colosal tarea de analizar y definir los próximos pasos de la comunidad internacional para garantizar el respeto de los derechos humanos en relación con actividades empresariales.⁵ En esta coyuntura, en el presente ensayo se ofrecen unas bases mínimas, eficaces pragmáticamente y jurídicamente viables, para coadyuvar teóricamente en la concreción de la valiosa iniciativa de crear obligaciones vinculantes sobre empresas y derechos humanos (“DDHH”).

3. Ver John Ruggie (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”*, Doc. O.N.U. HR/PUB/11/04, en 33 (2011) [en adelante Ruggie, *Principios Rectores*] (enumerando varias formas de reparación, tal como “disculpas, restitución, rehabilitación, compensaciones económicas o no económicas y sanciones punitivas (ya sean penales o administrativas, por ejemplo multas), así como medidas de prevención de nuevos daños”).

4. Ver, e.g., AMNISTÍA INTERNACIONAL, *LAS NORMAS DE DERECHOS HUMANOS DE LA O.N.U. PARA EMPRESAS: HACIA LA RESPONSABILIDAD LEGAL 20* (2004) (mostrando que Amnistía Internacional es un tal ejemplo de la sociedad civil organizada); ver también HUMAN RIGHTS WATCH, *WORLD REPORT 2013: EVENTS OF 2012* [INFORME MUNDIAL 2013: EVENTOS DEL 2012] 35 (2013), <http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/World%20Report%202013%20Challenges%20for%20Rights%20After%20Arab%20Spring.pdf> (recomendando, entre otras cosas, que se requiera que las empresas participen en la diligencia debida en materia de los derechos humanos y que los Estados implementen normas que criminalicen el soborno de funcionarios extranjeros).

5. Ver Res. 21/5 del Consejo de Derechos Humanos, Doc. O.N.U. A/HRC/RES/21/5, ¶ 2 (16 de oct. de 2012).

II. LOS PRINCIPIOS RECTORES Y LAS OBLIGACIONES ACTUALES DE LAS EMPRESAS

El proceso en el que se han llevado los múltiples esfuerzos para atender la situación de las empresas frente a los derechos fundamentales de las personas ha sido interesante, pero hasta ahora, poco progresista en sus diversos antecedentes desde los años setenta.⁶ Mientras la discusión sigue en pie, hoy en día el vínculo entre empresas y derechos humanos se encuentra regido principalmente, aunque sin carácter vinculante, por los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos”⁷ (“Principios Rectores”), elaborados entre 2005 y 2011 por el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas, John Ruggie, y reconocidos formalmente por el Consejo de Derechos Humanos (“Consejo”) en junio de 2011.⁸

En dicho documento, Ruggie desarrolla un sistema interrelacionado y dinámico de medidas de prevención y reparación basado en tres principios generales relativos a “proteger, respetar y remediar”, que son:

- “[L]a obligación del Estado de ofrecer protección frente a los abusos de los derechos humanos cometidos por terceros, incluidas las empresas, mediante medidas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia.”⁹ Deber que constituye la base misma del régimen internacional de derechos humanos.

- “[L]a obligación de las empresas¹⁰ de respetar los derechos hu-

6. *Ver, e.g.*, OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, DECLARACIÓN TRIPARTITA DE PRINCIPIOS SOBRE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES Y LA POLÍTICA SOCIAL (3a ed. 2001); Secretario-General, OCDE, *Líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales Revisión 2011*, en 3 (19 de oct. de 2011), <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>; Com. de Derechos Humanos, *Derechos económicos, sociales y culturales: comentario relativo a las normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*, Doc. O.N.U. E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.1 (4 de ago. de 2003) [en adelante *Comentario relativo a las normas sobre las empresas*].

7. Ruggie, *Principios Rectores*, *supra* nota 3.

8. Res. 17/4 del Consejo de Derechos Humanos, Doc. O.N.U. A/HRC/RES/17/4, ¶ 1 (6 de jul. de 2011).

9. Ruggie, *Informe final de los Principios Rectores*, *supra* nota 2, ¶ 6.

10. *Ver id.* anexo en 7 (explicando que “empresas” en este sentido significa “todas las empresas, tanto transnacionales como de otro tipo, con independencia de

manos, lo que significa actuar con la debida diligencia para no vulnerar los derechos de terceros, y reparar las consecuencias negativas de sus actividades.”¹¹ Siendo esta responsabilidad la expectativa social más elemental en relación con las empresas.

- “[L]a necesidad de mejorar el acceso de las víctimas a vías de reparación efectivas, tanto judiciales como extrajudiciales . . . porque ni siquiera los esfuerzos mejor coordinados pueden impedir totalmente que se cometan abusos.”¹²

Ahondando en el segundo principio citado, Ruggie señala que la responsabilidad de las empresas se caracteriza por: 1) el deber de abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas en las que tengan participación; 2) referirse a los derechos humanos (“DDHH”) reconocidos internacionalmente, diferenciada particularmente de la responsabilidad legal que pueda surgir de otras fuentes como normas nacionales; 3) exigir la no provocación o no contribución a consecuencias negativas sobre los DDHH y, en su caso, el hacer frente a éstas; 4) ser aplicable a todo tipo de empresas independientemente de sus características, y 5) contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias, por lo menos: 5.1) un compromiso político de respetar; 5.2) un proceso de diligencia para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas, y 5.3) procesos para reparar lesiones a los derechos humanos.¹³ Estos tres incisos forman a su vez los principios operacionales y más específicos que las empresas tienen que aplicar en su actividad diaria para ser coherentes con sus responsabilidades en materia de derechos humanos.

Es importante señalar que el contenido de los Principios Rectores no crea obligaciones jurídicas, sino que estructura, clasifica, aclara y explica las normas pertinentes emanadas del derecho internacional de los derechos humanos;¹⁴ verbigracia, el principio 18.b respecto al derecho a la consulta previa está basado en el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del

su tamaño, sector, ubicación, propietarios y estructura”).

11. *Id.* ¶ 6.

12. *Id.*

13. Ruggie, *Principios Rectores*, *supra* nota 3, en 15-18.

14. *Id.* en 1.

Trabajo.¹⁵ A pesar de ello, los Estados parte de la O.N.U. reconocen que los Principios Rectores son un avance importante en la materia y existe un compromiso de realizar los esfuerzos necesarios para su materialización; de hecho, desde su adopción, diferentes organismos a nivel mundial—particularmente órganos internos de las Naciones Unidas—los han utilizado para incentivar a las empresas, bajo el principio de buena fe, a que respeten los DDHH en sus actividades económicas.¹⁶

Con base en lo anterior, la responsabilidad de las empresas frente a los derechos humanos se deriva de los actuales instrumentos internacionales que protegen a las personas contra conductas que pueden ser producidas por empresas, pero que, no obstante a ello, son exclusivamente vinculantes para los Estados.¹⁷ Ergo, hay una laguna jurídica en la responsabilidad de las empresas sobre DDHH, misma que se complica aún más tratándose de transnacionales.¹⁸

Bajo estas circunstancias, el mismo Ruggie ha reconocido que los Principios Rectores no servirán de mucho para solucionar las tensiones entre derechos humanos y empresas, “pero marcará[n] el fin

15. *Comparar id.* en 23 (recomendando que las empresas inicien “consultas sustantivas” con las partes interesadas que podrán ser afectadas por sus actividades), *con* Convention (No. 169) Concerning Indigenous and Tribal People in Independent Countries [Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes] arts. 6, 15, 17, 22, 27 de jun. de 1989, 1650 U.N.T.S. 383 (obligando a los gobiernos a consultar las poblaciones afectadas con respecto a: la aprobación de medidas legislativas o administrativas; la evaluación del impacto de la explotación de los recursos naturales; la venta de tierras indígenas; o la iniciación de programas de formación profesional).

16. *Ver, e.g.*, Okechukwu Ibeanu (Relator Especial sobre los efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos), *Adición: misión a Côte D'Ivoire y los Países Bajos (1 a 8 de agosto de 2008 y 26 a 28 de noviembre de 2008)*, ¶ 16, Doc. O.N.U. A/HRC/12/26/Add.2 (3 de sep. de 2009) (utilizando el Marco para “proteger, respetar y remediar” para evaluar el impacto del traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxico y peligrosos en Côte D'Ivoire y los Países Bajos).

17. *Ver* JENNIFER A. ZERK, MULTINATIONALS AND CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY: LIMITATIONS AND OPPORTUNITIES IN INTERNATIONAL LAW [MULTINACIONALES Y RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA: LIMITACIONES Y OPORTUNIDADES EN EL DERECHO INTERNACIONAL] 104 (2006) (comentando cómo las obligaciones impuestas por el derecho internacional han sido dirigidas tradicionalmente a los Estados, no a las corporaciones multinacionales).

18. *Id.* en 34.

del comienzo: la creación de una plataforma conjunta de acción a nivel mundial, como base para seguir avanzando paso a paso, sin excluir ninguna otra posibilidad prometedora a largo plazo.”¹⁹ En este tenor, los Principios Rectores son un punto de partida sólido para plantear el problema que nos compete y dar el paso siguiente.

III. EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS: EL DEBATE ACTUAL EN LA O.N.U.

Han pasado cinco años desde la adopción de los Principios Rectores por el Consejo y si bien han servido para clarificar la temática a la comunidad internacional, han resultado ineficaces para resolver el problema de fondo, que es modificar el comportamiento de las empresas y, en alguna medida de los Estados, en relación con las afectaciones a los derechos humanos ocasionadas por actividades empresariales.

Como se puede prever, las tensiones socio-políticas entre empresas y derechos humanos siguen siendo preocupantes y un tema aún vigente en la O.N.U., en donde el Consejo de Derechos Humanos ha fungido como el principal órgano para abordar el debate. A continuación, a efectos de entender mejor la problemática, se resumen los antecedentes del tema en dicho órgano.

Decimoséptimo período de sesiones (mayo–junio de 2011). El 16 de junio de 2011 el Consejo aprobó la Resolución 17/4 mediante la cual, entre otras cosas, hizo suyos los Principios Rectores presentados por John Ruggie, y creó un grupo de trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (“Grupo de Trabajo sobre Principios”) que, entre sus mandatos, se encontraba el promover la divulgación y aplicación efectiva de los Principios Rectores, y el estudiar posibilidades nacionales, regionales e internacionales para aumentar el acceso a recursos efectivos para quienes vean afectados sus derechos fundamentales por las actividades de empresas transnacionales y comerciales.²⁰

Vigésimo sexto período de sesiones (junio de 2014). Tres años después, el Consejo mantuvo el seguimiento a los Principios Rectores y adoptó dos resoluciones que marcaron la pauta esencial para

19. Ruggie, *Informe final de los Principios Rectores*, *supra* nota 2, ¶ 13.

20. Res. 17/4 del Consejo de Derechos Humanos, *supra* nota 8, ¶¶ 1, 6.

el debate actual, a saber:

- Resolución 26/9.²¹ Por la cual se creó un Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta con el mandato de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante en la materia (“Grupo de Trabajo sobre un instrumento vinculante”), con el fin de regular exclusivamente “a las empresas cuyas actividades operacionales tienen carácter transnacional,” excluyendo así a empresas locales.²²

- Resolución 26/22.²³ A través de la cual se emitió una serie de reconocimientos y solicitudes al Grupo de Trabajo sobre Principios y se extendió su mandato por tres años.²⁴

Vigésimo noveno período de sesiones (junio–julio de 2015). El Consejo recibió el Informe del Grupo de Trabajo sobre Principios en el cual concluyó, entre otras cosas: 1) que se ha avanzado en la formulación de políticas e instrumentos en torno a los Principios Rectores, y que el sistema de la O.N.U. tiene potencial para su integración sólida; 2) que es necesario definir mejor las funciones y responsabilidades tanto para Estados como para empresas respecto a cuestiones concretas como el trabajo infantil o la evasión de impuestos; y 3) que existen incoherencias entre la conducta de los Estados con instituciones multilaterales sobre desarrollo y empresas, sus compromisos internacionales sobre derechos humanos, y la protección a éstos en sus territorios.²⁵

Trigésimo primer período de sesiones (marzo de 2016). El Conse-

21. Res. 26/9 del Consejo de Derechos Humanos, Doc. O.N.U. A/HRC/RES/26/9, (14 de jul. de 2014).

22. *Id.* en 1.

23. Res. 26/22 del Consejo de Derechos Humanos, Doc. O.N.U. A/HRC/RES/26/22, (15 de jul. de 2014).

24. *Ver id.* en 3 (aprobando, entre otras cosas, la labor del Grupo de Trabajo sobre Principios en la creación de “una base de datos sobre los planes de acción nacionales” y otros datos relacionados con la aplicación de los Principios Rectores, tanto como los esfuerzos del Grupo en la elaboración de directrices para la concepción y aplicación de planes de acción nacionales y alentando al Grupo a que identifique y fomente “las mejores prácticas en la aplicación de los Principios Rectores a nivel nacional”).

25. *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, ¶¶ 88-90, Doc. O.N.U. A/HRC/29/28 (2015) [en adelante *Informe del Grupo de Trabajo sobre Principios*].

jo recibió el informe del primer período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre un instrumento vinculante, en relación con los progresos de su labor consultiva y deliberativa sobre el contenido, alcance, la naturaleza y forma del futuro instrumento internacional, realizada a través ocho mesas redondas con expertos en la materia.²⁶

Trigésimo segundo período de sesiones (junio–julio de 2016). En este período, el Consejo acogió dos documentos importantes en el tema, que son:

- El Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (“ACNUDH”) relativo a “Mejorar la rendición de cuentas y el acceso a las reparaciones para las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales.”²⁷

- El informe anual del Grupo de Trabajo sobre Principios en el que se examina la obligación de los Estados de proteger a las personas contra violaciones de derechos humanos causadas por empresas públicas, como medida adicional para que los Estados muestren un liderazgo en la materia y sean políticamente coherentes.²⁸

26. Ver María Fernanda Espinosa (Presidenta-Relatora del grupo de trabajo), *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*, ¶¶ 37-105, Doc. O.N.U. A/HRC/31/50 (5 de feb. de 2016) [en adelante Espinosa, *Informe del Grupo de Trabajo Intergubernamental*] (proponiendo, entre otras cosas, un instrumento internacional vinculante que determine el alcance de los derechos humanos que serán cubiertos bajo el instrumento y que el instrumento debe de distinguir entre los deberes y las responsabilidades, el primero de los cuales es obligatorio y el segundo es voluntario).

27. Ver Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los 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*, Doc. O.N.U. A/HRC/32/19, anexo (10 de mayo de 2016) [en adelante *Mejorar la rendición de cuentas*] (estableciendo orientaciones para ayudar a los Estados a mejorar mecanismos en la materia de rendición de cuentas y reparaciones con respecto a las violaciones de los derechos humanos cometidas por las empresas).

28. Ver *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, ¶¶ 22-34, Doc. O.N.U. A/HRC/32/45 (2016) [en adelante *Informe 2016 del Grupo de Trabajo sobre Principios*].

Trigésimo cuarto período de sesiones (febrero–marzo de 2017). Como último antecedente, el Consejo recibió el informe del segundo período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre un instrumento vinculante, el cuál sigue la misma línea de consulta y deliberación que el primero. En éste se observan coincidencias importantes por parte de la mayoría de las delegaciones respecto a que las normas voluntarias son insuficientes y que las obligaciones en materia de DDHH deben prevalecer sobre las mercantiles. Asimismo, se observó un aparente consenso en el sentido de que el tratado abarque todos los derechos humanos, incluido el derecho al desarrollo.²⁹

Según se desprende de los antecedentes referidos, el Consejo ha analizado el problema de DDHH y empresas por sendas separadas. La primera de éstas, a cargo del Grupo de Trabajo sobre Principios, enfocada en las empresas de todo tipo y en el llamado derecho suave o *soft law*, promoviendo la aplicación de los Principios Rectores, el perfeccionamiento de normas y medidas nacionales y la celebración de foros. La segunda, a cargo del Grupo de Trabajo sobre un instrumento vinculante, enfocada exclusivamente en las empresas transnacionales y en el denominado derecho duro o *hard law*, con el objetivo específico de redactar un instrumento internacional jurídicamente vinculante en el tópico.

En esta tesitura, los siguientes períodos del Consejo representan una coyuntura crucial en la que la comunidad internacional podrá abordar la problemática de las empresas en relación con la eficacia de DDHH, teniendo una importante probabilidad de crear normas vinculantes.

IV.LA POLARIZACIÓN EN LOS GRUPOS DE TRABAJO

Existen dos Grupos de Trabajo con el objetivo final de proteger la vigencia de derechos humanos ante posibles transgresiones cometidas por empresas. Sin embargo, de acuerdo con los mandatos del

29. Ver María Fernanda Espinosa (Presidenta-Relatora del grupo de trabajo), *Informe del segundo período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*, ¶¶ 29, 102, Doc. O.N.U. A/HRC/34/47 (4 de ene. de 2017) [en adelante Espinosa, *Segundo Informe del Grupo de Trabajo Intergubernamental*].

Consejo, ambos órganos difieren sustancialmente en sus premisas para la solución del mismo problema, lo que ha traído como consecuencia cierta polarización en el seno de Naciones Unidas y, por supuesto, en diferentes sectores de la comunidad internacional.

¿Deben ser o no vinculantes las normas internacionales que regulan la conducta empresarial en aras de proteger los derechos humanos? Al parecer, esta es la interrogante que cada Grupo de Trabajo se responde a sí mismo para darle sentido a sus labores y, también, es donde reside originalmente la polarización de la temática.

En la última década, la premisa que se ha mantenido es que el derecho internacional no debe regular a las empresas, de manera vinculante, como sujetos obligados directamente. Esto se corrobora con diversos antecedentes, principalmente con los trabajos del Representante Especial John Ruggie;³⁰ no obstante, lo anterior no quiere decir que la comunidad internacional no haya estado interesada en el problema, sino que se partió de la premisa de que eran los Estados quienes, a través de herramientas nacionales y con apoyos internacionales, debían garantizar que las empresas en su jurisdicción respetaran los derechos humanos y, como más adelante lo determinó el Representante Especial, asegurarse de que estas entidades económicas cumplieran con las responsabilidades enmarcadas en los Principios Rectores.

Fomentada por el Grupo de Trabajo sobre Principios, esta postura suena cada vez menos convincente y los defensores de derechos humanos de todas partes del mundo se han encargado de que el debate sobre empresas y derechos humanos no haya sido eliminado de la agenda internacional. De hecho, con el apoyo de muchos Estados más progresistas, se está posicionando una respuesta más efectiva para la protección de los DDHH considerando también obligaciones coercitivas³¹. No obstante, la postura progresista lleva implícita su

30. Ver, e.g., Ruggie, *Informe final de los Principios Rectores*, supra nota 2, anexo en 7 (reconociendo el deber de los Estados solamente de “respetar, proteger y cumplir los derechos humanos y las libertades fundamentales”).

31. Ver SOUTH CENTER, BUSINESS AND HUMAN RIGHTS: COMMENCING DISCUSSIONS ON A LEGALLY BINDING INSTRUMENT [EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS: COMENZANDO LA DISCUSIÓN SOBRE UN INSTRUMENTO LEGAL VINCULANTE] 6-9 (23 de nov. de 2015) (describiendo las posturas de diferentes Estados, por ejemplo de Egipto y Venezuela en el sentido de que no hay ninguna contradicción, sino complementariedad, en el fomento de los Principios Rectores y en

complejidad política desde el inicio, y es que la decisión del Consejo para adoptar la Resolución 26/9—por la que se creó el Grupo de Trabajo sobre un instrumento vinculante—fue tomada con veinte votos a favor, trece abstenciones y catorce en contra, incluyendo votos en contra de países influyentes como los Estados Unidos de América y los miembros de la Unión Europea.³²

| VOTACIÓN del Consejo de Derechos Humanos. Resolución 26/9 - | | |
|---|---|---|
| Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. | | |
| A FAVOR (20) | EN CONTRA (14) | ABSTENCIONES (13) |
| Argelia, Benín, Burkina Faso, China, Congo, Costa de Marfil, Cuba, Etiopía, Federación de Rusia, Filipinas, India, Indonesia, Kazajstán, Kenia, Marruecos, Namibia, Pakistán, Sudáfrica, Venezuela y Vietnam. | Alemania, Austria, Estados Unidos de América, Estonia, ex República Yugoslava de Macedonia, Francia, Irlanda, Italia, Japón, Montenegro, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda de Norte, República Checa, República de Corea y Rumania. | Arabia Saudita, Argentina, Botswana, Brasil, Chile, Costa Rica, Emiratos Árabes Unidos, Gabón, Kuwait, Maldivas, México, Perú y Sierra Leona. |

Como consecuencia de esta resolución, la delegación de la Unión Europea expresó su convencimiento de que el haber mandatado la elaboración de un instrumento vinculante polarizó innecesariamente el tema, dividió al Consejo en un área donde es esencial construir

la creación de obligaciones vinculantes; así como de las postura de Sudáfrica tendiente a expresar la necesidad de normas internacionales obligatorias para las empresas debido a, entre otras cosas, la asimetría de poder y de capacidades entre algunas empresas y ciertos Estados).

32. Res. 26/9 del Consejo de Derechos Humanos, *supra* nota 21, en 3.

consensos, y socavó los esfuerzos relativos a la implementación de los Principios Rectores.³³

Posteriormente, durante la primera sesión del Grupo de Trabajo sobre un instrumento vinculante la Unión Europea asistió a la apertura para expresar sus propuestas sobre el Programa de Trabajo del órgano y reiterar la innecesaria polarización derivada de dicho Grupo de Trabajo.³⁴ Una vez hecho esto, se retiró en absoluto del debate y del período de sesiones.³⁵

De seguir el debate con una falta de coordinación y poco acercamiento³⁶ entre ambos Grupos de Trabajo, así como con una importante polarización entre los Estados, se corre el peligro de un enfrentamiento frontal entre quienes optan categóricamente por establecer obligaciones vinculantes y quienes no lo consideran así, tanto en las decisiones del Consejo como en las de la Asamblea General. De ser así este esfuerzo podría resultar no vinculante, tal como aconteció en el 2004 con el proyecto de Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos.³⁷

33. *Ver* Inter-Governmental Working Group [IGWG] on the Elaboration of an International Legally-Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights, Submission of the European Union [IGWG en la Elaboración de un Instrumento Internacional Jurídicamente Vinculante sobre Empresas Transnacionales y otras Empresas con respecto a los Derechos Humanos, Sumisión de la Unión Europea] 3, 6 (jul. 2015), <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session1/Pages/WrittenContributions.aspx> [en adelante IGWG].

34. *Id.* en 6.

35. *Id.* en 7.

36. *Ver* Espinosa, *Informe del Grupo de Trabajo Intergubernamental*, *supra* nota 26, ¶¶ 1-3 (mostrando que sólo se encontró una evidencia de la coordinación entre ambos Grupos de Trabajo, y es la asistencia del presidente del Grupo de Trabajo sobre Principios al primer período de sesiones del otro órgano de trabajo).

37. *Comparar* David Weissbrodt & Muria Kruger, *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights* [Las normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos], 97 AM. J. INT'L L. 901, 913-15 (2003) (señalando que la adhesión a las normas no es voluntaria y éstas deben su autoridad legal a las fuentes vinculantes del derecho como los tratados y el derecho consuetudinario) *con* John Gerard Ruggie, *Business and Human Rights: The Evolving International Agenda* [Negocios y derechos humanos: la evolución de la agenda internacional], 101 AM. J. INT'L L. 819, 821 (2007) (describiendo como la Comisión sobre Derecho Humanos declaró que las

En este contexto y con fundamento en los Principios Rectores, en el presente documento sólo se abarca el debate relativo a si es necesario o no establecer normas vinculantes toda vez que aún no hay un consenso en este punto y que, de no haber dicho consenso en lo general, se considera que entrar a controversias más específicas en relación con algún elemento de una posible norma vinculante carecería de sentido práctico.³⁸

V. CONSTRUCCIÓN DE UNA PREMISA COMÚN

En el marco de los próximos períodos de sesiones del Consejo de Derechos Humanos radica una oportunidad histórica para influir en la elaboración de un instrumento vinculante. El propósito central del presente documento es dar argumentos contundentes para demostrar que la polarización antes mencionada es, además de innecesaria, jurídicamente injustificada.

Hay suficiente evidencia para afirmar que la polarización entre los Estados y, también, entre los Grupos de Trabajo, se debe a un erróneo planteamiento de inicio por el cual se tomó una postura categórica respecto a si se deben crear o no normas vinculantes para las empresas en materia de DDHH. Además, de una revisión profunda a las líneas de investigación de cada Grupo de Trabajo, se deduce que ambos órganos están prestando o restando atención a alguno de los tres elementos que se consideran indispensables para construir una solución duradera a la problemática que ambos enfrentan y cuya omisión obstaculiza la construcción de acuerdos en el tema. A continuación, se abordan ambas variables para la construcción de una premisa común.

A. ESTABLECIMIENTO DE UN PLANTEAMIENTO CORRECTO

¿Necesariamente se debe decidir categóricamente entre crear obligaciones vinculantes, o no, para buscar la vigencia de los derechos humanos ante la actuación empresarial? Hay un número considerable

normas carecían de estatus legal).

38. No obstante a ello, el debate es muchísimo más profundo y complejo, especialmente al abarcar temas particulares como las responsabilidades respectivas entre empresas y gobiernos, la determinación del concepto del sujeto obligado, la transparencia y rendición de cuentas, la debida diligencia empresarial, o los mecanismos de justiciabilidad extraterritorial.

de factores que parecen indicar que no es así y que, de hecho, el mejor camino se encuentra en un justo equilibrio entre los mandatos de ambos Grupos de Trabajo.

Uno de estos factores es la misma Resolución 17/4 por la que se creó el Grupo de Trabajo sobre Principios, pues en ésta se expresó unánimemente que la puesta en práctica de los Principios Rectores podía seguir mejorando y que no debería impedirse ningún tipo de evolución de los mismos, “incluido el perfeccionamiento de las normas.”³⁹ Además, según se desprende del inciso e), párrafo seis, este Grupo de Trabajo tiene el mandato de seguir “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.”⁴⁰ Así, el Grupo de Trabajo sobre Principios está facultado desde su inicio, y con los votos de la Unión Europea a favor, para encontrar nuevas alternativas sobre la problemática abordada en el presente ensayo (como lo pudiera ser, precisamente, la creación de normas vinculantes para empresas con operaciones transnacionales).

Como respuesta a la polarización antes descrita y a la ausencia de quienes mantienen una postura negativa respecto a la elaboración del instrumento, durante el inicio de su primer sesión, la embajadora María Fernanda Espinosa, presidenta del Grupo de Trabajo sobre un instrumento vinculante, invitó “nuevamente a esas Partes a reevaluar su decisión,” señalando que “el mejor lugar para dilucidar y compartir dudas y preocupaciones de manera clara y democrática es justamente mediante la presencia” en este órgano.⁴¹ Asimismo, refrendó su postura abierta a ambos mandatos al señalar que:

[E]stá en el interés de todos que los dos procesos [los principios rectores y la creación de un instrumento vinculante] se consideren desde una perspectiva de mutuo refuerzo, pues si bien los principios rectores no son obligatorios, son la herramienta que varios países están utilizando de acuer-

39. Res. 17/4 del Consejo de Derechos Humanos, *supra* nota 8, ¶ 4.

40. *Id.* ¶ 6.

41. María Fernanda Espinosa, Repr. Permanente de Ecuador ante la O.N.U. en Ginebra, Intervención inaugural en la primera sesión del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, en 4 (6 de jul. de 2015), http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session1/Ecuador_Opening_Statement.pdf.

do a su realidad y a sus intereses y por el momento, constituyen el marco de referencia que tenemos disponible.⁴²

No obstante a ello, resulta desesperanzador el hecho de que, aparte de lo expresado por la Unión Europea al inicio de la sesión, no haya habido posteriores contribuciones por parte de los demás Estados que están en contra o en abstención, ni de los representantes del sector privado.

En este mismo evento de apertura y considerando la polarización en el tema, el titular del ACNUDH, Zeid Ra'ad Al Hussein, expresó que no existía conflicto “entre abogar por la implementación de los Principios Rectores de la O.N.U. y apoyar el desarrollo de un instrumento legal para mejorar aún más la protección y rendición de cuentas en el contexto empresarial;” sino que, por el contrario, ambas iniciativas pueden y deben verse como pasos positivos en el desarrollo de los estándares internacionales de los derechos humanos y como respuestas a la necesidad de una protección más efectiva de los derechos humanos en la esfera privada.⁴³

En concordancia con lo anterior, resulta especialmente relevante la asistencia del presidente del Grupo de Trabajo sobre Principios al primer período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre un instrumento vinculante, en donde observó acertadamente que “su labor podría servir de aportación . . . para proporcionar vías de recurso en caso de violaciones de los derechos humanos por parte de empresas,” confiado en que un instrumento vinculante “podía ayudar a promover y fortalecer los derechos humanos.”⁴⁴ Se trata del primer hecho de coordinación y legitimación mutua entre ambos órganos.

Los anteriores posicionamientos dejan en evidencia que ambos mandatos no son excluyentes, sino que se complementan para lograr

42. *Id.* en 4-5.

43. Zeid Ra'ad Al Hussein, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Video Statement on the Occasion of the First Session of the Working Group on a Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights [Declaración de vídeo en la ocasión de la primera sesión del grupo de trabajo sobre un instrumento jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos], (6 de jul. de 2015) (traducción no oficial).

44. Espinosa, *Informe del Grupo de Trabajo Intergubernamental*, *supra* nota 26, ¶¶ 37-38.

el objetivo común consistente en fomentar, incentivar y moldear la conducta empresarial para que se respeten los derechos humanos de las personas que están en su esfera de influencia, sin perder de vista su naturaleza mercantil.

De hecho, actualmente son muchos los Estados que han entendido que se debe partir de esta premisa común, pues de lo contrario no se explicaría por qué hay países, como Sudáfrica o Argelia, que han apoyado los mandatos de ambos grupos de trabajo.

Sin embargo, aún hay un número muy considerable de Estados, principalmente europeos, que no están dispuestos a colaborar en el proceso de creación de un instrumento vinculante y, mucho menos, de votar a favor de éste.⁴⁵ Además, los Estados que se abstuvieron en la votación por la cual se creó el Grupo de Trabajo sobre un instrumento vinculante dejan mucho que desear para la construcción del debate y se encuentran en un silencio difícil de comprender.

Luego entonces, es necesario que el presente debate en las Naciones Unidas se aborde desde un planteamiento complementario entre la necesidad de normas vinculantes, así como de no vinculantes y mecanismos de incentivos, para moldear la conducta empresarial y proteger los derechos humanos, superando así el planteamiento categórico por el que surgió la polarización.

B. ELEMENTOS DE UNA PREMISA COMÚN

El Grupo de Trabajo sobre Principios está enfocado en difundir y aumentar la influencia e implementación de los Principios Rectores en las realidades nacionales, poniendo énfasis en tres aspectos que son: 1) la integración de los Principios en toda la labor y los procesos de las Naciones Unidas mediante una “interfaz empresarial” basada en la inversión, el comercio y las instituciones financieras; 2) la difusión de un nuevo paradigma consistente en el reconocimiento de que las empresas son agentes preponderantes para lograr el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, contemplados en la Agenda Multilateral 2030 de la O.N.U.; y 3) la investigación, exploración y difusión de iniciativas que favorezcan el cumplimiento de los Principios Rectores a través de un marco de gobernanza mun-

45. *Ver* Res. 26/9 del Consejo de Derechos Humanos, *supra* nota 21, en 3 (mostrando los catorce países que votaron en contra de la resolución).

dial, regional y nacional pertinente, para lo cual este órgano también dirige el Foro sobre Empresas y Derechos Humanos.⁴⁶

Por otro lado, el Grupo de Trabajo sobre un instrumento vinculante está enfocado en garantizar la protección de los derechos humanos, así como su eficacia en relación con la reparación de daños, a través de un instrumento jurídico internacional de carácter vinculante. Para ello, sus principales líneas de investigación son: 1) principios generales del instrumento; 2) conceptualización y naturaleza legal de las empresas transnacionales en el derecho internacional; 3) margen de protección de derechos humanos; 4) obligación de los Estados de garantizar el respeto a los derechos humanos por empresas, incluyendo sus obligaciones extraterritoriales; 5) perfeccionar las responsabilidades empresariales para respetar los derechos humanos, incluyendo los principios de prevenir, mitigar y remediar; 6) estándares de responsabilidad legal de las empresas transnacionales y conductas reguladas; y 7) mecanismos nacionales e internacionales para el acceso a las reparaciones, incluyendo la cooperación internacional judicial.⁴⁷

Con base en lo anterior, así como en demás resoluciones y documentos de cada Grupo de Trabajo, podemos advertir que existen tres elementos fuertemente entrelazados:

A) el respeto a los derechos humanos y mecanismos efectivos de reparación;

B) el desarrollo económico sostenible y la seguridad jurídica empresarial; y

C) el fortalecimiento de las capacidades estatales.

Sin embargo, si bien estos tres elementos les deben concernir, de

46. *Informe del Grupo de Trabajo sobre Principios*, supra nota 25, ¶¶ 5, 8.

47. Permanent Representative of Ecuador to the U.N. in Geneva, First Session of the Open-Ended Intergovernmental Working Group on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with respect to Human Rights: Concept Note Proposed Under the Responsibility of the Designated Chair, Amb. María Fernanda Espinosa [Primera sesión del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos: comentario conceptual propuesto bajo la responsabilidad de la presidenta nombrada, Amb. María Fernanda Espinosa], ¶¶ 14-20 (6-10 de jul. de 2015), http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session1/Concept_note.docx.

manera prioritaria, a ambos Grupos de Trabajo para la cumplimiento de sus mandatos respectivos, lo cierto es que ninguno parece concertarlos integralmente en sus respectivas labores. Cuestión que también incide determinantemente en la polarización del debate.

Esto es así toda vez que, independientemente de que tienen mandatos diferentes, ambos Grupos tienen un objetivo común y, en ese sentido, deberían partir de una premisa básica que tenga por ciertos estos tres elementos y dé una orientación general al margen de acción de cada órgano. En esta tesitura, el aprovechamiento o desperdicio de esta oportunidad histórica depende, en gran medida, de la capacidad de entendimiento y negociación que los diferentes actores tienen en relación con un tema que no sólo abarca los derechos humanos, sino que, como se ha señalado, debe abarcar otros dos elementos indispensables para formar la premisa sobre la cual se debe influir en la conducta empresarial en relación con sus efectos—tanto negativos como positivos—sobre los DDHH. A continuación, se abunda en estos elementos:

C. GARANTIZAR EL RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS Y MECANISMOS EFECTIVOS DE REPARACIÓN

Es indubitable que este elemento es la razón en sí misma del debate, pues ambos Grupos de Trabajo tienen como objetivo lograr garantizar la vigencia de los DDHH desde sendas diferentes. No obstante que se trate de estrategias diversas (entre el *soft* y el *hard law*), lo importante es reconocer que los derechos humanos deben ser la causa y el propósito del debate.

Asimismo, las vastas evidencias que hay sobre este particular y los procesos de divulgación e implementación de los Principios Rectores, deberían llevar a que el Grupo de Trabajo sobre Principios refuerce el argumento de que las normas vinculantes sí pueden fungir como una opción viable, de carácter complementario, para aumentar los progresos en la implementación de los Principios por parte de los agentes empresariales. En este mismo sentido, debería abogar por normas vinculantes en la medida que son herramientas necesarias para hacer efectivas las reparaciones, entendidas éstas como “los *procesos* tendientes a reparar una consecuencia negativa sobre los derechos humanos y los *resultados* sustantivos que pueden contrarre-

star, o compensar, esa consecuencia negativa,” así como prevenir nuevos daños.⁴⁸

D. FOMENTAR EL DESARROLLO ECONÓMICO SOSTENIBLE Y REFORZAR LA SEGURIDAD JURÍDICA EMPRESARIAL

Siguiendo la tesis de Holmes y Sunstein, un Estado sin recursos económicos no puede garantizar la existencia de derechos de sus ciudadanos, mucho menos protegerlos, porque todos los derechos cuestan y “un derecho legal sólo existe si y cuando tiene costos presupuestarios.”⁴⁹ Así, la eficacia de los DDHH también se produce a partir de la generación de riqueza de un país por el cual se puedan acceder a los medios suficientes para hacer valer dichas prerrogativas, y toda vez que esta riqueza es generada, en su vasta mayoría, por el sector privado, luego entonces debe ser prioritaria la estimulación—y no limitación—de la actividad empresarial en un país.

Conscientes de ello, el Consejo ha señalado que las empresas “tienen la capacidad de fomentar el bienestar económico, el desarrollo, el progreso tecnológico y la riqueza, así como de provocar repercusiones negativas para los derechos humanos.”⁵⁰ Por consiguiente, los Grupos de Trabajo no sólo deben esforzarse por imponer limitantes a las conductas empresariales que pueden afectar las libertades fundamentales sino que, aún con igual rigor, deben preocuparse por fomentar el progreso económico sostenible.

Sin embargo, según se desprende del informe de su primer período de sesiones, el Grupo de Trabajo sobre un instrumento vinculante no ha puesto énfasis en este aspecto y, con base en la evidencia ob-

48. *Ver* OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LA O.N.U. PARA LOS DERECHOS HUMANOS, LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS DE RESPETAR LOS DERECHOS HUMANOS: GUÍA PARA LA INTERPRETACIÓN, en 9, Doc. O.N.U. HR/PUB/12/2 (2012), http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_sp.pdf [en adelante GUÍA PARA LA INTERPRETACIÓN].

49. STEPHEN HOLMES & CASS R. SUNSTEIN, EL COSTO DE LOS DERECHOS: POR QUÉ LA LIBERTAD DEPENDE DE LOS IMPUESTOS 38 (Stella Mastrangelo trad., Siglo Veintiuno Editores 2011) (1999), http://www.sigloxxieditores.com.ar/pdfs/holmes_sunstein_el_costo_de_los_derechos.pdf.

50. Res. 26/9 del Consejo de Derechos Humanos, *supra* nota 21, en 2.

tenida, ninguna empresa ni organización empresarial presentó documentos señalando su postura. Pero no obstante la no aportación de argumentos por parte del sector privado, ni de consideración de este elemento en los argumentos de la mayoría de las organizaciones de derechos humanos, en los esfuerzos que hagan los Grupos de Trabajo, especialmente el encargado de elaborar un instrumento vinculante, se deben asumir los impactos que tendrán sus conclusiones sobre aspectos como la generación de riqueza, recaudación fiscal, competitividad, inversiones y todo lo relativo a la seguridad jurídica empresarial.

E. FORTALECER LAS CAPACIDADES DE LOS ESTADOS

El hecho de que los recursos económicos y las capacidades políticas de muchos Estados se vean reducidos frente al poder de agentes económicos es, sin duda, uno de los factores más importantes en donde se tiene que poner atención. En América Latina, por ejemplo, se ha denunciado una fuerte tensión entre “los requisitos legales internos para emprender las actividades mineras . . . la debilidad institucional de los Estados para exigirlos con firmeza y el poder de las grandes empresas para lograr soslayarlos.”⁵¹

Como lo explica Berrón,⁵² en el caso de los abusos cometidos por empresas transnacionales existe una asimetría en el sentido de que mientras países desarrollados poseen medios institucionales para procesar de forma más efectiva a aquéllas que violan derechos humanos, “garantizando así una vigencia más perfecta del Estado de Derecho,” países en desarrollo y, en particular, los países más pobres y con baja institucionalidad, son proporcionalmente más débiles en sus relaciones con este tipo de entidades económicas.⁵³ Siguiendo con el autor, esto nos podría explicar cómo es que el caso de contaminación en el Golfo de México por British Petroleum significó

51. GRUPO DE TRABAJO SOBRE MINERÍA Y DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA, *EL IMPACTO DE LA MINERÍA CANADIENSE EN AMÉRICA LATINA Y LA RESPONSABILIDAD DE CANADÁ: RESUMEN EJECUTIVO DEL INFORME PRESENTADO A LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 20* (2014), http://www.dplf.org/sites/default/files/informe_canada_resumen_ejecutivo.pdf.

52. Gonzalo Berrón, *Poder económico, democracia y derechos humanos: un nuevo debate internacional sobre derechos humanos y empresas*, 11 SUR – REVISTA INTERNACIONAL DE DD. HH. 127 (2014).

53. *Id.* en 132.

una condena de miles de millones de dólares aplicada por Estados Unidos de América, mientras que en el caso de Union Carbide en Bhopal, India, las víctimas de violaciones aún encuentran dificultades para la reparación del daño y la ejecución de las sanciones.⁵⁴

A partir de esta preocupación, y en lo que respecta a la influencia de las labores de los Grupos de Trabajo en el ámbito de gobernabilidad nacional, se debe hacer un análisis de impacto desde dos aspectos. El primero, de carácter positivo, refiere a que nuevas herramientas jurídicas brindarán para aumentar las capacidades de los Estados tendientes a regular empresas nacionales (inclusive de forma extraterritorial) o extranjeras que realizan actividades económicas en su territorio. El segundo, de carácter negativo, implica cuáles serán los aspectos que reducirán la libertad configurativa de los Estados, es decir, que restringirán la discrecionalidad de cómo manejar la relación de empresas, inversiones económicas y derechos humanos.

Respecto al primer punto, la O.N.U. ha dejado claro su compromiso para desarrollar y fortalecer las capacidades estatales en la formulación e implementación de políticas públicas, leyes e instituciones tendientes a manejar adecuadamente a las empresas y, en particular, el Grupo de Trabajo sobre Principios, junto con el ACNUDH, han hecho importantes esfuerzos para alentar las mejores prácticas empresariales en relación con los derechos humanos.⁵⁵

54. *Ver id.*; *ver también* Consent Decree Among Defendant BP Exploration & Production Inc. (“BPXP”), the United States of America, and the States of Alabama, Florida, Louisiana, Mississippi, and Texas [Decreto de consentimiento entre el demandado BP Exploration & Production Inc. (“BPXP”), los Estados Unidos de América y los estados de Alabama, Florida, Louisiana, Mississippi y Texas] ¶¶ 10, 15, In re: Oil Spill by the Oil Rig “Deepwater Horizon” in the Gulf of Mexico, on April 20, 2010, Nos. 10-4536, 10-04182, 10-03059, 13-4677, 13-158, and 13-00123 (E.D. La. 4 de abr. de 2016) (exigiendo que BPXP pague aproximadamente \$13.6 billones en multas civiles y por daños causados a los recursos naturales); *Union Carbide/Dow Lawsuit (re Bhopal)* [*Union Carbide/Dow demanda judicial (re Bhopal)*], BUS. HUMAN RTS. RES. CTR., <https://business-humanrights.org/en/union-carbidedow-lawsuit-re-bhopal> (última visita 24 de mar. de 2017) (describiendo las varias dificultades en el sistema judicial de la India para que las víctimas del accidente industrial en Bhopal de 1984 obtengan una reparación integral).

55. *Ver, e.g.*, Declaración del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos al final de su visita a México (7 de sep. de 2016), http://hchr.org.mx/images/doc_pub/20160907_EOM_Mexico_FINAL_SPA.pdf [en adelante *Declaración del Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derecho Huma-*

En cuanto al segundo punto, podemos observar un importante avance dado que la mayor parte de las delegaciones que participaron en el segundo período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre un instrumento vinculante reconocen la primacía del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho internacional privado o mercantil.⁵⁶

No obstante, no deben perderse de vista las propuestas de la sociedad civil y de los Estados tendientes a balancear los derechos de inversionistas con los deberes en materia de DDHH, especialmente en lo que se refiere a los acuerdos de arbitraje de diferencias estado-inversor;⁵⁷ cuestión sumamente necesaria para el fortalecimiento del estado de derecho y la exigibilidad de reparaciones, pero que podría tener efectos limitativos en la discrecionalidad de las políticas económicas de un país (por ejemplo, en la suscripción de tratados comerciales).

Por todo lo anterior, es de gran importancia que ambos Grupos de Trabajo ejecuten sus mandatos sobre la base de un planteamiento complementario en el que no se excluya categóricamente la creación de normas jurídicamente vinculantes y, por otro lado, en el que se considere íntegramente la protección a los derechos humanos, el desarrollo económico sostenible y el fortalecimiento de las capacidades estatales.

nos] (comentando sobre el esfuerzo del gobierno mexicano para implementar las políticas públicas, leyes y prácticas necesarias para alinearse con los Principios Rectores); ver también Ruggie, *Informe final de los Principios Rectores*, supra nota 2, en 7-9.

56. Espinosa, *Segundo Informe del Grupo de Trabajo Intergubernamental*, supra nota 29, en 8.

57. Ver, e.g., James Harrison, *Human Rights Arguments in Amicus Curiae Submissions: Promoting Social Justice? [Argumentos sobre los derechos humanos en las presentaciones amicus curiae: ¿promoviendo justicia social?]*, en HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION [DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES Y ARBITRAJE] 396 (Pierre-Marie Dupuy et al. eds., 2009) (analizando las *amicus curiae* presentadas por parte de los grupos de la sociedad civil las cuales han servido para introducir y promover argumentos sobre los derechos humanos en los arbitrajes de inversión internacional); ver también *id.* en 30.

VI. ESTABLECIENDO UNA METODOLOGÍA EFICIENTE

Otra de las cuestiones que puede ampliar determinadamente las probabilidades de consenso entre los mismos Grupos y, eventualmente, en el Consejo y la Asamblea General de la O.N.U., es la metodología de trabajo que implementen ambos Grupos de Trabajo con el propósito de lograr un mismo objetivo superior. Para esto, se propone utilizar una metodología que logre armonizar los mandatos de ambos Grupos, al permitir diferenciar claramente si una solución jurídica específica debe traducirse en una norma vinculante o no, y si dicha propuesta debe resultar aplicable para todas las empresas en general o solo para las de carácter transnacional.

Además, compartir la generalidad de sus respectivas metodologías de trabajo y cooperar mutuamente en las investigaciones, ayudará también a optimizar la información que cada Grupo tenga para cumplimentar sus mandatos. De lo contrario, un Grupo de Trabajo podría desaprovechar importantes argumentos recibidos al no ser de su competencia, pero que serían sumamente útiles para el otro, o, peor aún, presentarían al Consejo informes antagónicos entre sí, lo que llevaría la polarización a un nivel más alto.

Sobre esta base, se considera que la metodología más efectiva de regulación para conciliar los intereses y argumentos de ambos Grupos, es la clasificación de éstos ya sea en obligaciones internacionales directas o indirectas respecto a las empresas; y respecto a las directas, clasificándolas a su vez según se traten de obligaciones coercitivas (*hard law*) o disposiciones voluntarias (*soft law*). A partir de esto, los Grupos de Trabajo tendrán la colosal tarea de negociar cada una de las problemáticas que surjan y plantear sus respectivas soluciones.

A. OBLIGACIONES INTERNACIONALES INDIRECTAS

De acuerdo con el artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cualquier persona, sea física o moral, tiene deberes respecto a la comunidad, entre los que se encuentra el respeto a los derechos humanos de terceros.⁵⁸ Asimismo, los Estados

58. G.A. Res. 217 (III) A, art. 29, Universal Declaration of Human Rights [Declaración Universal de Derechos Humanos] (10 de dic. de 1948).

deben garantizar la vigencia de los derechos humanos reconocidos en los diversos tratados internacionales suscritos y asegurarse de que ninguna empresa o persona impida u obstaculice su disfrute. De este deber estatal emanan las obligaciones indirectas de las empresas.

Como se podrá deducir, este tipo de obligaciones se imponen directamente a los Estados, quienes, a su vez, pueden y deben ejercer las herramientas legales necesarias para asegurar que ninguna entidad privada actúe al margen de los derechos humanos.⁵⁹

Este tipo de obligaciones indirectas se encuentran establecidas firmemente en instrumentos vinculantes y fueron la base jurídica para la elaboración de los Principios Rectores. No obstante a ello, los Grupos de Trabajo pueden abordar como optimizar este tipo de normas y, en su caso, incluir las determinaciones que se consideren oportunas en el proyecto normativo que elabore el Grupo de Trabajo sobre un instrumento vinculante.

B. OBLIGACIONES INTERNACIONALES DIRECTAS VINCULANTES (*HARD LAW*)

El derecho internacional no está limitado para establecer obligaciones jurídicas, con carácter vinculante, a las personas y a las empresas; mismas cuyo cumplimiento podría hacerse efectivo, inclusive mediante la coacción, a través de organismos internacionales competentes.⁶⁰

Como se abordará en el capítulo siguiente, este tipo de obligaciones resultan esenciales para obtener una solución eficaz en la materia, pues el sentido de la coacción directa contra una empresa es desincentivar conductas potencialmente lesivas de DDHH. Desde un análisis costo-beneficio, la eficacia de este tipo de obligaciones se da en la medida de que el costo de la violación de este tipo de obligaciones—más la probabilidad de condena—sea mucho mayor que los beneficios económicos que se podrían obtener de realizar las

59. *Ver id.* preámbulo (considerando que los Estados Miembros de las Naciones Unidas deben esforzarse para que las instituciones y los territorios bajo de su jurisdicción respeten los derechos y libertades otorgados por la Declaración).

60. *Ver, e.g.*, Rome Statute of the International Criminal Court [Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional], art. 25, 12 de julio de 1998, 2187 U.N.T.S. 900 (estableciendo la responsabilidad penal individual ante la Corte Penal Internacional).

conductas sancionadas.⁶¹

Además, crear una norma jurídica internacional de este tipo complementaría algunas legislaciones nacionales, y serviría como fundamento en el derecho internacional para que el órgano jurisdiccional respectivo, o bien, quien resuelva la controversia y reparación en vía extrajudicial, imponga la obligación para las empresas de reparar el daño y prevenir nuevos.

Un aspecto importante en esta categoría es que, de acuerdo con el mandato del Grupo de Trabajo sobre un instrumento vinculante, este tipo de normas deben reservarse a la regulación de las empresas con operaciones transnacionales y no así a las de carácter nacional. Ante ello resulta confuso que el Grupo de Trabajo sobre Principios haya sugerido que “cualquier futuro instrumento jurídicamente vinculante que guarde relación con empresas y derechos humanos contemple a las empresas que sean propiedad del Estado o estén controladas por este,” pues no necesariamente las empresas públicas son transnacionales.⁶² Esto demuestra la necesidad de una mejor coordinación entre ambos Grupos.

C. DISPOSICIONES INTERNACIONALES DIRECTAS, NO VINCULANTES (*SOFT LAW*)

Se refieren a todas aquellas normas impuestas directamente a la generalidad de las empresas pero que no tienen fuerza vinculante y su cumplimiento depende de la voluntariedad del sujeto regulado.⁶³

61. *Ver* ANDREW T. GUZMAN, HOW INTERNATIONAL LAW WORKS: A RATIONAL CHOICE THEORY [CÓMO FUNCIONA EL DERECHO INTERNACIONAL: UNA TEORÍA DE LA ELECCIÓN RACIONAL] 32-34 (2008) (argumentando que existen tres factores—reputación, represalia y reciprocidad—que motivan a los estados a cumplir con el derecho internacional y, en particular, el riesgo de pasar daño reputacional a veces es mucho mayor que el beneficio de desobedecer una norma).

62. *Informe 2016 del Grupo de Trabajo sobre Principios, supra* nota 28, ¶ 100.

63. *Ver* John Cerone, *A Taxonomy of Soft Law: Stipulating a Definition* [Una taxonomía de soft law: estipulando una definición], en TRACING THE ROLES OF SOFT LAW IN HUMAN RIGHTS [EXAMINADO LOS PAPELES DE SOFT LAW EN LOS DERECHOS HUMANOS] 15, 18 (Stéphanie Lagoutte et al., eds. 2016); *cf.* Stéphanie Lagoutte, *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Confusing ‘Smart Mix’ of Soft and Hard International Human Rights Law* [Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la ONU: una confusa mezcla inteligente de soft y hard law, sobre el derecho internacional de derechos

Estas normas tienen una función de estimulación para generar un involucramiento voluntario por parte de las empresas, y es justo allí donde radica su importancia.⁶⁴ Los Principios Rectores son el ejemplo por antonomasia de este tipo de disposiciones.

Lograr el cumplimiento de este tipo de normas es mucho más complejo por la falta de coercitividad inherente, no obstante, se debe tener en cuenta que lograr el cumplimiento voluntario debe ser una prioridad por infinidad de razones. Por ejemplo: concientizar sobre la importancia de los derechos humanos, aumentar la prevención en conductas empresariales, o disminuir la carga de trabajo en órganos resolutores de conflictos.

Por ello, la comunidad internacional se plantea la creación de un sistema de incentivos positivo cuyo objetivo sea el cumplimiento voluntario del *soft law* por parte de las empresas. Generar un sistema así debe ser un propósito de ambos Grupos de Trabajo pero, con base en su propio mandato, debería ser el Grupo de Trabajo sobre Principios quien esté más atento en establecer procedimientos sistemáticos y regulares para medir y verificar los progresos realizados por empresas y Estados en relación con la implementación de los Principios Rectores, así como para estudiar los efectos que pudieran tener el cumplimiento de éstos o las condenas de responsabilidad de una determinada empresa en, por ejemplo, la recepción de créditos o apoyos financieros por parte de instituciones como la Corporación Financiera Internacional.

En la mencionada clasificación de obligaciones encontramos la importancia de la metodología, pues es que a través de ésta, y partiendo de la misma premisa común, se puede optimizar la construcción y el desarrollo de soluciones jurídicas a partir de los diversos

humanos], en TRACING THE ROLES OF SOFT LAW IN HUMAN RIGHTS [EXAMINADO LOS PAPELES DE SOFT LAW EN LOS DERECHOS HUMANOS] 235, 241 (Stéphanie Lagoutte et al., eds. 2016) (caracterizando a los Principios Rectores como “new soft law” en el sentido de que éstos consisten en normas no vinculantes creadas por instituciones y órganos intergubernamentales).

64. Ver Kenneth W. Abbott and Duncan Snidal, *Hard and Soft Law in International Governance* [Hard y soft law en la gobernanza internacional], 54 INT’L ORG. 421, 434-35 (2000) (comentando sobre las ventajas de soft law y argumentando de que una de ellas es que ésta facilita la participación de los Estados por el hecho de que reduce los costos y riesgos asociados con entrar en conformidad con las normas, tales como el riesgo a la invasión de la soberanía estatal).

argumentos de todos los interesados y de las líneas de investigación de cada Grupo de Trabajo; lo que a su vez facilitaría la generación de consensos entre los Estados.

VII. NECESIDAD DE NORMAS VINCULANTES

Existe una oposición muy rígida respecto a que exista un instrumento internacional que contenga obligaciones directas vinculantes. Más allá de que, como ha sido sustentado, tanto las normas coercitivas como las voluntarias son complementarias, no hay razones jurídicas suficientes para señalar la inviabilidad, ineficacia o no necesidad de un instrumento de esta naturaleza.

A continuación, tomando en cuenta los tres elementos que deberían considerarse en la premisa común de ambos Grupos de Trabajo y la metodología expuesta para tratar la problemática, se analizarán los argumentos de quienes están en contra de la creación de normas vinculantes, demostrando que quienes defienden esta postura,⁶⁵ además de no entender que se trata de una labor complementaria, erran en sus construcciones lógicas.

A. ¿FUNCIONALIDAD DEL ESQUEMA VOLUNTARIO?

Se ha señalado que no hay evidencia que demuestre la necesidad de cambiar el esquema voluntario que hoy impera con los Principios Rectores, a un esquema obligatorio, pues hay un creciente interés por los DDHH en el mundo empresarial y han aumentado las empresas que voluntariamente asumen los deberes de los Principios Rectores. Esto es falso. Desde 2014, el Grupo de Trabajo sobre Principios ha reconocido que, a pesar de los grandes esfuerzos para implementar e incentivar el cumplimiento de los Principios, se mantienen obstáculos sustanciales para su vigencia, por lo cual urgió al Consejo a que prestara especial atención al tema e hiciera un replanteamiento para

65. *Ver, e.g.*, ÁLVARO DE REGIL CASTILLA, DERECHOS HUMANOS Y EMPRESA: HACIA UN NUEVO PARADIGMA DE DEMOCRACIA REAL Y EL SOSTENIMIENTO DE LA GENTE Y EL PLANETA, O DERECHOS RETÓRICOS EN UN MAR DE ENGAÑOS Y APARIENCIAS 23-24 (2008), <http://www.jussempor.org/Resources/BusinessandHRRVF.pdf> (describiendo las posiciones a favor y en contra de las Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales); AMNISTÍA INTERNACIONAL, *supra* nota 4, en 9-10, 19; IGWG, *supra* nota 33, en 3-5.

hacer prevenciones y reparaciones eficaces a las lesiones de derechos humanos que pudieran ocasionar las empresas; inclusive planteó atender el asunto desde una visión estratégica que, además de establecer incentivos, pudiera contener regulaciones.⁶⁶ En otras palabras, se puede afirmar que este Grupo de Trabajo ha reconocido su incapacidad, en términos de su mandato, para garantizar el respeto a los derechos humanos y, en ese sentido, deben buscarse nuevas alternativas.

En este tenor, el ACNUDH ha considerado de urgente necesidad el adoptar medidas para garantizar la responsabilidad jurídica de las empresas y el acceso a una reparación efectiva, debido a que “las empresas rara vez son objeto de sanciones penales y obligadas a cumplir la ley.”⁶⁷

Desde otro punto de vista, al renunciar a su cargo en el Grupo de Trabajo sobre Principios, Puvan Selvanathan expresó abiertamente que si los Estados desean que las empresas respeten los derechos humanos se deben crear normas que regulen sus actividades de forma obligatoria.⁶⁸

Por si esto fuera poco, se suma la preocupación del Consejo “por los obstáculos de carácter práctico y jurídico que dificultan la reparación de las violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales, que pueden privar a los perjudicados de la posibilidad de obtener una reparación efectiva,”⁶⁹ y la creciente vulnerabilidad en la que se encuentran los defensores de derechos hu-

66. U.N. Human Rights Council, *Report of the Working Group on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises* [Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas], ¶¶ 91-95, Doc. O.N.U. A/HRC/26/25 (5 de mayo de 2014).

67. *Mejorar la rendición de cuentas*, supra nota 27, ¶ 2.

68. Letter from Puvan J. Selvanathan, Member, U.N. Working Grp. on Hum. Rts. & Transnat'l Corps. & Other Bus. Enters., to H.E. Joachim Rucker, President, Hum. Rts. Council [Carta de parte de Puvan J. Selvanathan, Miembro, Grupo de Trabajo sobre DD. HH. y empresas transnacionales y otras empresas, para H.E. Joachim Rucker, Presidente, Consejo de Derechos Humanos] (15 de dic. de 2015), <https://business-humanrights.org/sites/default/files/documents/Letter%20to%20the%20President%20HRC.pdf>.

69. Consejo de Derechos Humanos, 26^o Sesión, *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, en 2, Doc. O.N.U. A/HRC/26/L.1 (23 de jun. de 2014).

manos por el hecho de enfrentarse simultáneamente tanto a actores estatales como a no estatales, quienes, amén de no contar con medidas efectivas de protección, resultan inclusive hostigados material y legalmente.⁷⁰

En una realidad donde no se pueda garantizar que los afectados accedan a mecanismos de reparación eficaces, el deber de protección de los Estados puede debilitarse e incluso carecer de sentido. Por ello, el Consejo debe considerar necesario un esquema con elementos coercitivos, pues como lo ha señalado la entidad Business & Human Rights Resource Centre:

Poder hacer que una empresa sea legalmente responsable por abusos de derechos humanos, en cualquier lugar del mundo, es vital para alentar a las empresas a que respeten a los derechos humanos. Sin recursos legales que ayuden a hacer cumplir las obligaciones en derechos humanos, las empresas tienen vía libre para operar impunemente—y de hecho, muchas así lo hacen. Mientras tanto, las víctimas de abusos y los abogados y abogadas que trabajan a su favor, son vulnerables al hostigamiento legal y, en últimas, terminan sin acceso a la justicia.⁷¹

Por otro lado, esto no quiere decir que el esquema voluntario tenga que volverse obsoleto, pues sus bondades se canalizarían a través del *soft law*, como fue mencionado previamente, y con estrategias como el establecimiento de un fondo mundial⁷² para reforzar la capacidad de aplicar los Principios Rectores, o la promoción de éstos a través de mecanismos como el Pacto Mundial.⁷³

70. Pacifique Manirakiza et al., *Una mirada desde las regiones: empresas, derechos humanos y mecanismos regionales*, INT'L SERV. HUM. RTS. (11 de nov. de 2014), <http://www.ishr.ch/news/una-mirada-desde-las-regiones-empresas-derechos-humanos-y-mecanismos-regionales>.

71. *Resumen ejecutivo*, INFORME ANUAL DE RESPONSABILIDAD LEGAL EMPRESARIAL (Bus. & Human Rts. Resource Ctr., Nueva York, N.Y.), ene. 2015, en 2, <http://business-humanrights.org/sites/default/files/documents/Corp-Legal-Acc-Annual-Briefing-Exec-Summ-ESP-Jan-2015.pdf>.

72. Ver Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Viabilidad de un fondo mundial para reforzar la capacidad de los interesados para aplicar los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*, Doc. O.N.U. A/HRC/29/18 (29 de abr. de 2015).

73. Ver *The Ten Principles of the UN Global Compact* [Los diez principios del Pacto Mundial de la ONU], U.N. GLOBAL COMPACT, <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles/principle-1> (última visita 26 de mar. de 2017).

En síntesis, perfectamente se puede seguir utilizando el esquema voluntario para incentivar, bajo el principio de buena fe, el cumplimiento de las responsabilidades empresariales en materia de DDHH, pero, en caso de incumplimiento y/o transgresión, deben existir los mecanismos coercitivos para hacer que una empresa sea responsable por las lesiones causadas a estos derechos, lo que a su vez estimula la implementación de buenas prácticas y el cumplimiento de los Principios Rectores y demás normas voluntarias.

B. ¿EVASIÓN DE OBLIGACIONES ESTATALES?

Para quienes afirman que crear obligaciones vinculantes para empresas implica disminuir las responsabilidades de los Estados, cabe señalar que en ningún momento se ha pretendido que las obligaciones estatales queden disminuidas con la creación de un instrumento vinculante. Como lo ha expresado el Consejo en repetidas ocasiones, “recae en los Estados la obligación y la responsabilidad primordial de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, y . . . los Estados deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas transnacionales.”⁷⁴

De hecho, un compromiso que ha mantenido la O.N.U. al respecto es, precisamente, fortalecer al Estado para que pueda hacer frente, con las mejores herramientas, a las responsabilidades que tiene como garante de los derechos humanos; compromiso que se ve reflejado, por ejemplo, con las contribuciones del ACNUDH para que “las medidas legales internas sean más justas, accesibles y efectivas para las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con las empresas.”⁷⁵

Así pues, la creación de normas vinculantes no disminuiría las obligaciones estatales de respetar, proteger, garantizar y promover los derechos humanos, sino que, por el contrario, refuerza los medios

74. Res. 26/9 del Consejo de Derechos Humanos, *supra* nota 21, en 2.

75. *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la marcha de los trabajos acerca de las opciones jurídicas y medidas prácticas para mejorar el acceso a las reparaciones de las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con las actividades empresariales*, ¶ 47, Doc. O.N.U. A/HRC/29/39 (7 de mayo de 2015) [en adelante *Informe sobre la marcha de los trabajos acerca de las opciones jurídicas*].

que requiere el Estado para cumplir con estas obligaciones en la medida que tiene mejores herramientas para exigir el respeto de los DDHH por parte de empresas transnacionales, así como para exigir reparaciones respecto a los daños causados. Cabe señalar que, al utilizar la metodología propuesta, se definirían con mayor claridad las responsabilidades estatales de las empresariales a partir de las obligaciones directas e indirectas.

C. ¿RESPONSABILIDAD NACIONAL, NO INTERNACIONAL?

Se ha señalado que el garantizar la eficacia de los DDHH es una tarea de cada Estado y que el papel de la O.N.U. se debe reducir, tratándose de la regulación a empresas, a crear parámetros y marcos guía que funjan como punto de referencia (e.g. los Principios Rectores).⁷⁶ Si bien es cierto que los Estados son los principales garantes de la vigencia de los derechos en sus territorios, también hay que recordar que uno de los propósitos de la O.N.U. es servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones para la solución de problemas internacionales y problemas relativos a los derechos humanos.⁷⁷

Siendo evidente que el debate actual se centra en una temática que emana, en gran medida, del fenómeno de la globalización, es natural que la O.N.U. tenga un rol importante en la construcción de soluciones, acuerdos e, inclusive, tratados, que permitan resolver el fondo de la problemática. Es por ello también que, a diferencia del Grupo de Trabajo sobre Principios, los sujetos de interés específico del Grupo de Trabajo sobre un instrumento vinculante son las empresas transnacionales o con efectos internacionales.

En este mismo sentido se pronuncia el Alto Comisionado al reconocer que “se necesitarán acciones concertadas y multidisciplinarias de todos los Estados, que conjuguen medidas de reforma legislativa y avances en el ámbito jurídico,” para enfrentar los desafíos particulares que plantean las empresas transfronterizas.⁷⁸

76. Lagoutte, *supra* nota 63, en 237-38.

77. U.N. Charter [Carta de la O.N.U.] art. 1 ¶ 4.

78. *Mejorar la rendición de cuentas*, *supra* nota 27, ¶ 7.

D. ¿NORMAS INTERNACIONALES VINCULANTES YA EXISTENTES?

Es cierto que existe un conglomerado de instrumentos jurídicos internacionales vinculantes para los Estados en la materia, mismos que fueron la base para la elaboración de los Principios Rectores.⁷⁹ Sin embargo, hay dos razones sustanciales por las que las actuales normas internacionales ya no son suficientes para las condiciones socio-económicas y políticas que imperan con la globalización.

La primera se basa en el hecho de que no están claras las obligaciones de los Estados respecto a sus deberes extraterritoriales tratándose de empresas con su nacionalidad, ni a sus capacidades jurisdiccionales respecto a hechos ocurridos en el extranjero; en consecuencia, existe un limbo jurídico respecto a las posibilidades que tienen las víctimas para litigar de forma extraterritorial.⁸⁰ Al respecto cabe señalar que en las sustanciosas investigaciones del ACNUDH uno de sus elementos clave es, precisamente, el uso de la jurisdicción extraterritorial como estrategia para evitar que las actividades económicas internacionales de una empresa rebasen la capacidad real de justiciabilidad de un Estado específico y, en ese sentido, construir una herramienta jurídica por la cual las víctimas puedan acceder a una tutela más efectiva de sus derechos humanos.⁸¹

La segunda tiene que ver con que actualmente no existe un fundamento jurídico internacional para responsabilizar, de manera directa, a las empresas por violaciones en casos de derechos humanos. De haberlo, sin duda alguna, se ampliaría el nivel de protección de estas libertades desde el Sistema Universal de Derechos Humanos y desde

79. Ver Ruggie, *Informe final de los Principios Rectores*, supra nota 2, en 15 (afirmando que la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos proviene de instrumentos como la Carta Internacional de Derechos Humanos y la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo).

80. Hoy en día no hay reglas claras para el acceso a la justicia mediante el litigio extraterritorial. Por un lado tenemos que los escenarios donde tradicionalmente se han instaurado demandas extraterritoriales [como E.U.A.] están cerrando sus puertas, y que los gobiernos de países donde empresas multinacionales tienen sus matrices [como Canadá] no proporcionan suficientes recursos judiciales para los abusos cometidos por sus empresas en el exterior; por el otro, tenemos nuevos, aunque limitados espacios, en donde se pueden instaurar demandas extraterritoriales contra violaciones a DDHH cometidas por empresas. Ver *Resumen ejecutivo*, supra nota 71, en 1.

81. Ver *Informe sobre la marcha de los trabajos acerca de las opciones jurídicas*, supra nota 75, ¶ 13(b).

los tres sistemas regionales de protección de los mismos. Un ejemplo de esta situación la podemos encontrar en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador,⁸² en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la cual el tribunal internacional condenó al Estado por transgredir los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural, en perjuicio del Pueblo Indígena.⁸³ Si bien es cierto que quedó demostrada la responsabilidad estatal, es importante señalar que, de acuerdo con la evidencia, también se probó que una empresa petrolera participó directamente en el conflicto al realizar actos invasivos y de coacción por sus propios medios.⁸⁴ No obstante a ello, esta empresa no fue responsable internacionalmente de las violaciones.

E. ¿ERRÓNEA IMPLEMENTACIÓN DE NORMAS NACIONALES?

Se ha argumentado de manera incisiva que, más que a un problema de formalidades normativas, nos enfrentamos a uno de carácter pragmático, es decir, que el problema radica en la incapacidad o en la falta de voluntad para implementar las normas existentes y los Principios Rectores. Evidentemente también es un tema de voluntad, pero es iluso obviar que en muchos sistemas normativos nacionales no existen disposiciones jurídicas tendientes a proteger los derechos humanos de la actuación empresarial, o son deficientes las que existen.⁸⁵ De hecho, en un estudio comisionado por el ACNUDH en el 2015, en donde se examinó “la efectividad de los mecanismos judiciales internos en casos de presunta participación de las empresas en violaciones graves de los derechos humanos,” se determinó “que el sistema actual de recursos de derecho interno para ese tipo de casos

82. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) N° 245, (12 de jun. de 2012).

83. *Id.* ¶ 232.

84. *Id.* ¶¶ 75, 87, 104-106.

85. *Ver* INT'L COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY, BEYOND VOLUNTARISM: HUMAN RIGHTS AND THE DEVELOPING INTERNATIONAL LEGAL OBLIGATIONS OF COMPANIES [MÁS ALLÁ DEL VOLUNTARISMO: DERECHOS HUMANOS Y EL DESARROLLO DE OBLIGACIONES LEGALES INTERNACIONALES PARA LAS EMPRESAS] 77-82 (2002) [en adelante BEYOND VOLUNTARISM] (describiendo los obstáculos legales que típicamente las víctimas enfrentan en sistemas normativos nacionales como los altos costos, las dilaciones y las normas de procedimiento desfavorables, entre otras cosas).

es ‘desigual, imprevisible, a menudo ineficaz y frágil.’”⁸⁶ Con base en esto, se advierte que el crear normas internacionales vinculantes sería de gran apoyo para suplir las deficiencias u omisiones normativas a nivel nacional.

Esto aunado a que, como fue comentado, muchos Estados tienen debilidades institucionales que hacen más compleja la implementación de las normas o la creación de éstas.

F. ¿COSTOS PRIVADOS Y EXCESOS NORMATIVOS?

La postura en contra de normas vinculantes señala que, de crearlas, se impondrían obligaciones excesivas a las empresas que disminuirían su productividad y el progreso económico del espacio en el que actúan; además, señalan que el cumplimiento de éstas implicaría también un aumento presupuestario en sus gastos fijos.⁸⁷

Hay que recalcar que las empresas, como entes de la sociedad, están obligadas a respetar los derechos humanos bajo cualquier circunstancia (haya o no normas vinculantes). Ahora bien, si bien es cierto que el cumplimiento de normas puede ocasionar costos extraordinarios para la empresa, estos costos se deberían asumir tanto en el enfoque voluntario como con el enfoque coercitivo. También es cierto que, a través de un adecuado sistema de incentivos para el cumplimiento, las empresas pudieran acceder a beneficios económicos, como acceso a financiamiento internacional, o ventajas competitivas respecto a empresas que incumplen estas normas.⁸⁸ Además, de acuerdo con el Consejo Internacional para Política de Derechos Humanos, los directivos de algunas empresas admiten que

86. *Informe sobre la marcha de los trabajos acerca de las opciones jurídicas*, supra nota 75, ¶ 3 (citando a JENNIFER ZERK, CORPORATE LIABILITY FOR GROSS HUMAN RIGHTS ABUSES: TOWARDS A FAIRER AND MORE EFFECTIVE SYSTEM OF DOMESTIC LAW REMEDIES: A REPORT PREPARED FOR THE OFFICE OF THE UN HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS [RESPONSABILIDAD CORPORATIVA POR ABUSOS GRAVES DE DERECHOS HUMANOS: HACIA UN SISTEMA MÁS JUSTO Y EFECTIVO DE REMEDIOS EN LEYES DOMÉSTICAS: UN INFORME PREPARADO PARA LA OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LA ONU PARA LOS DERECHOS HUMANOS] 2, 7 (2013), <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/DomesticLawRemedies/StudyDomesticLawRemedies.pdf>).

87. Geoffrey B. Sprinkle & Lauren A. Maines, *The Benefits and Costs of Corporate Social Responsibility* [Los beneficios y costos de la responsabilidad social corporativa], 53 BUS. HORIZONS 445, 448-49 (2010).

88. *Id.* 449-51.

prefieren el binomio claridad-obligación al de discreción-confusión, por lo que la aplicación de un esquema obligatorio implicaría también mayor seguridad jurídica empresarial si se crean conceptos y reglas claras.⁸⁹

Respecto a los argumentos sobre los excesos en la regulación, se trata de una postura prejuiciosa pues, hasta el momento, no se conocen los términos, elementos ni conceptos que el proyecto de instrumento vinculante tendría; pero aunado a esto, siempre habrá opciones de soluciones jurídicas equilibradas.

G. ¿COSTOS PÚBLICOS Y DESINVERSIÓN?

Se ha considerado que el crear obligaciones internacionales para las empresas implicaría mucha burocracia para incluir estas normativas a nivel nacional.⁹⁰ Esto es cierto como en cualquier otro instrumento internacional sustantivo, pero también es cierto que esta “burocracia” normativa se ha venido generando con la divulgación y promoción de los Principios Rectores hechos por el Grupo de Trabajo sobre Principios. Actualmente, algunos Estados ya han modificado sus ordenamientos internos para estar en armonía con los Principios Rectores.⁹¹

Por otro lado, se ha dicho que los Estados tienen cierto temor de que el crear normas vinculantes para las empresas traiga, como efecto adverso, el desvío de inversión extranjera en sus países.⁹² Previen-

89. BEYOND VOLUNTARISM, *supra* nota 85, en 19.

90. Ver Julie Campagna, *United Nations Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights: The International Community Asserts Binding Law on the Global Rule Makers* [Las Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos: la comunidad internacional impone una ley vinculante sobre los creadores de normas globales], 37 J. MARSHALL L. REV. 1205, 1231 (2004) (describiendo los reclamos de parte de las corporaciones transnacionales acerca de la burocracia y restricciones impuestas por las Normas).

91. Ver, e.g., IGWG, *supra* nota 33, en 4 (señalando que seis países de la Unión Europea habían iniciado Planes Nacionales de Acción para la implementación de los Principios Rectores); Declaración del Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos, *supra* nota 55 (describiendo los esfuerzos de México para implementar los Principios Rectores).

92. Ver BEYOND VOLUNTARISM, *supra* nota 85, en 12; ver también Steven R. Ratner, *Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility* [Empresas y derechos humanos: Una teoría de la responsabilidad legal], 111 YALE

do esto, la controversia se da precisamente en la O.N.U. y en el marco del Sistema Universal de DDHH, que es aplicable de forma universal y no regional o nacional.

Por último, con la preponderancia de los acuerdos de arbitraje de diferencias estado-inversor, los países asumen altos riesgos de ser sancionados económicamente por órganos de arbitraje que no son ni transparentes ni apelables, aun cuando los países actúen en protección de los DDHH.⁹³ Ante ello, crear obligaciones vinculantes que clarifiquen la preponderancia de los derechos humanos sobre este tipo de acuerdos o semejantes, disminuiría las posibilidades de ser sancionados en estos términos controversiales y, paralelamente, fortalecería el posicionamiento de los Estados para negociar acuerdos más justos y sanos para el desarrollo sostenible.

VIII.CONCLUSIONES

La actual polarización en el debate gestado en el seno de las Naciones Unidas surge de la posición tomada por muchos Estados sobre si es necesario o no establecer normas vinculantes para garantizar el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas. Por lo expuesto en este ensayo, es evidente que se ha tomado una postura categórica a partir de un planteamiento erróneo, pues tanto la creación de normas vinculantes como la implementación de los Principios Rectores forman parte de un mismo objetivo y, por tanto, son complementarios para lograr que los derechos humanos sean respetados por las empresas.

La adopción de un instrumento internacional por parte de la Asamblea General de la O.N.U. debe hacerse por mayoría de dos ter-

L.J. 443, 462 (2001) (analizando el dilema que se les presenta a los países en vías de desarrollo en cuanto a el respeto hacia los derechos humanos y la inversión extranjera).

93. Ver BEYOND VOLUNTARISM, *supra* nota 85, en 12; Alfred de Zayas, Opinion, *How Can Philip Morris Sue Uruguay Over its Tobacco Laws?* [¿Como es que Philip Morris puede demandar a Uruguay por sus leyes de tabaco?]

GUARDIAN (16 de nov. de 2015), <https://www.theguardian.com/commentisfree/2015/nov/16/philip-morris-uruguay-tobacco-isds-human-rights> (señalando la necesidad de imponer límites legales de carácter internacional para este tipo de acuerdos, límites que, en su opinión, deberían establecerse en el contexto de un acuerdo internacional sobre derechos humanos y empresas).

cios de los Estados presentes y votantes,⁹⁴ de no lograr superar la confrontación actual en el Consejo de Derechos Humanos, se corre el riesgo de perder la oportunidad histórica para crear un instrumento jurídico internacional en materia de derechos humanos y empresas. En este sentido, analizar las causas de esta polarización y ofrecer una solución para ambas posturas, debe ser la meta prioritaria para quienes buscan la creación de normas vinculantes, pues, sin duda, encontrar o no un consenso general es la variable más determinante para conseguir dotar de vida jurídica a un tratado de esta naturaleza.

En ambos Grupos de Trabajo reside la trascendente labor de iniciar la generación de consenso en cuanto a que tanto el mandato de crear un instrumento internacional vinculante, como el de fomentar la aplicación de los Principios Rectores, son complementarios. Para que esta labor sea fructífera, se propone partir de la premisa común relativa a que el moldear la conducta empresarial para que vaya acorde con los derechos humanos sólo se logrará reconociendo tres elementos: la protección a los derechos humanos y el garantizar su vigencia; la importancia del desarrollo económico sostenible y la seguridad jurídica empresarial, y el fortalecimiento de las capacidades estatales para mejorar la gobernanza pública en relación con las empresas.

En la medida que se utilice una metodología de trabajo que logre armonizar la mencionada premisa común con los enfoques de cada Grupo de Trabajo se ampliarán las probabilidades de consenso entre los mismos Grupos y, eventualmente, en el Consejo y en la Asamblea General para las respectivas votaciones. En este sentido, se propone una metodología basada en la clasificación de las soluciones que se den a problemáticas específicas del debate según sean más útiles si se traducen en obligaciones internacionales indirectas; en obligaciones internacionales directas de carácter vinculante (*hard law*), o en obligaciones internacionales directas no vinculantes (*soft law*). A partir de ello, las negociaciones respecto a todo tipo de argumentos, inclusive ideas contrarias, serían más eficientes en la obtención de soluciones jurídicas óptimas para temas específicos.

Con base en los artículos 1 y 56 de la Carta de las Naciones Uni-

94. Vienna Convention on the Law of Treaties [Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados] art. 9, 32 de mayo de 1969, 1155 U.N.T.S. 331.

das, todos los Estados miembros están comprometidos a tomar las medidas necesarias para solucionar problemas internacionales y para desarrollar el respeto a las libertades fundamentales de todos. Está más que claro que el tópico de las empresas y los derechos humanos implica una problemática internacional que aún no ha sido solucionada; también hay claridad de que los Principios Rectores y los incentivos voluntarios, por sí solos, no servirán para lograr el objetivo deseado. Por ende, estos compromisos internacionales de los Estados, en conjunto con la necesidad de adoptar medidas más progresistas para salvaguardar la dignidad de millones de personas vulnerables y/o victimizadas por actividades empresariales, hacen exigible la adopción de un instrumento internacional vinculante que garantice la protección de los derechos humanos en relación con actividades de empresas.

Es inminente una nueva etapa del derecho internacional de los derechos humanos en donde la gobernanza mundial, regional y nacional pueda garantizar el respeto de estos derechos frente a cualquier agente potencialmente lesivo para su vigencia, incluyendo a entidades privadas, y en donde el paradigma de los derechos humanos cada vez esté más presente en todas las instituciones de la sociedad. Esto es un paso necesario, pero determinante, para la democratización y el fortalecimiento del estado de derecho en nuestra civilización globalizada.