

Empresas y derechos humanos en el siglo XXI

La actividad corporativa
bajo la lupa, entre las
regulaciones internacionales
y la acción de la sociedad civil

**César
Rodríguez
Garavito**

editor



EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS EN EL SIGLO XXI

Empresas y derechos humanos en el siglo XXI

La actividad corporativa bajo la lupa,
entre las regulaciones internacionales
y la acción de la sociedad civil

César Rodríguez Garavito
editor

Centro de Estudios de
Derecho, Justicia y Sociedad
(Dejusticia)

Traducción de Carlos F. Morales de Setién Ravina

siglo xxi editores, méxico

CERRO DEL AGUA 248, ROMERO DE TERREROS, 04310 MÉXICO, DF
www.sigloxxieditores.com.mx

siglo xxi editores, argentina

GUATEMALA 4824, C1425BUP, BUENOS AIRES, ARGENTINA
www.sigloxxieditores.com.ar

anthropos

LEPANT 241, 243 08013 BARCELONA, ESPAÑA
www.anthropos-editorial.com

Rodríguez Garavito, César

Empresas y derechos humanos en el siglo XXI / César Rodríguez
Garavito (editor).- 1ª ed.- Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores,
2018.

320 p.; 16x23 cm.

Traducido por: Carlos F. Morales de Setién Ravina

ISBN 978-987-629-802-5

1. Derechos Humanos. 2. Derecho Internacional. I. Título.
CDD 323

Título original: *Business and Human Rights: Beyond the End of the
Beginning* (Cambridge University Press, 2017)

*Este libro contó con el apoyo financiero de Dejusticia con recursos del
programa Strengthening Human Rights Worldwide de la Fundación Ford*

© 2018, Siglo Veintiuno Editores Argentina S.A.

Diseño de cubierta: Eugenia Lardiés

ISBN 978-987-629-802-5

Impreso en Arcángel Maggio - División Libros // Lafayette 1695,
Buenos Aires, en el mes de marzo de 2018

Hecho el depósito que marca la ley 11.723
Impreso en Argentina // Made in Argentina

Índice

Agradecimientos	13
Introducción. Un diálogo para superar las divisiones en el campo de las empresas y los derechos humanos	15
César Rodríguez Garavito	

PARTE I

**El encuentro entre la gobernanza global
y las empresas y los derechos humanos.
Debates conceptuales y alternativas regulatorias**

1. Empresas y derechos humanos. Un marco conceptual y un mapa de estrategias regulatorias	29
César Rodríguez Garavito	
La implementación de los Principios Rectores	36
La lógica dinámica de los Principios Rectores: teoría y práctica	43
Una vía complementaria: un tratado vinculante	56
Parámetros y alternativas para que los esfuerzos dirigidos a la aprobación de un tratado y los Principios Rectores tengan resultados positivos para todos	65
Conclusión: algunas posibles formas de avanzar	68

2. ¿Jerarquía o ecosistema? La regulación de los riesgos relativos a los derechos humanos provenientes de las empresas multinacionales **75**

John Gerard Ruggie

Los Principios Rectores	77
La sociedad civil en los Principios Rectores	83
Juridificación internacional	88
Conclusión	97

3. Empresas y derechos humanos: ¿momento de ir más allá del “presente”? **99**

Surya Deva

Un marco para el debate: algunas reflexiones críticas	100
Cuestiones que acaban bajo “la alfombra del consenso”	105
Vacíos de gobernanza, derecho internacional y sociedad civil	110
Resumen: ir más allá de la situación “actual”	116

4. Volver a incluir “los derechos humanos” en los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Cambiar de marco e incorporar los derechos de participación **117**

Tara J. Melish

El cambio del marco: las teorías en disputa sobre el cambio social	123
La participación empoderada de la sociedad civil: ¿cómo llegar a ella?	132
Un tratado vinculante: ¿qué, por qué y vinculante para quién?	141
Hacia el futuro	146

5. De los Principios Rectores a las organizaciones interpretativas. El desarrollo de un marco para aplicarlos a los conflictos que institucionalizan el activismo de la sociedad civil **149**

Larry Catá Backe

Del derecho, el Estado y el individuo a la metagobernanza y la política de masas	151
--	-----

Coordinar la gobernanza de los derechos humanos mediante los Principios Rectores: de la teoría a la práctica	155
El giro reaccionario: la ajada promesa de un tratado como régimen alternativo de gobernanza	162
Conclusión	165

6. ¿Un tratado sobre empresas y derechos humanos?

Un debate recurrente en un nuevo panorama de gobernanza

167

Claret Vargas

Las principales preocupaciones y objetivos de quienes proponen un tratado	169
Los tratados vinculantes de derechos humanos y la deficiencia de implementación: límites y posibilidades de un mejor cumplimiento	171
Repensar la división entre vinculante y no vinculante	176
Reestructuración: la efectividad de los compromisos de derechos humanos en un mundo con desequilibrio de poder	180
Conclusiones	187

PARTE II

Las empresas y los derechos humanos en la práctica. Activismo y estrategias regulatorias

7. Reconducir el poder en el campo de las empresas y los derechos humanos

191

Chris Jochnick

Trasfondo	192
Por qué es importante	195
Reconducir el poder de forma más deliberada	200

8. Siempre y de todas las formas: garantizar el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas 203

Amol Mehra

Las empresas y el programa de derechos humanos en el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas	206
El programa de empresas y derechos humanos por fuera del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas	211
La creación de medidas preventivas y de reparación	216
Conclusión	218

9. ¿Qué viene ahora para las empresas y los derechos humanos? Un enfoque desde los movimientos sociales 219

Louis Bickford

La teoría de los movimientos sociales	220
Marco	221
Las estructuras de oportunidad política	225
Acción organizada	227
Conclusión	229

10. Entorno regulatorio de las empresas y los derechos humanos. Vías en la esfera internacional e ideas sobre las funciones de los grupos de la sociedad civil 233

Juana Kweitel

Vías en la esfera internacional	233
Roles para los grupos de la sociedad civil	244
Comentarios finales	250

11. Cometer el delito de ser pobre. La siguiente etapa del debate sobre empresas y derechos humanos 251

Bonita Meyersfeld

Las deficiencias de los Principios Rectores y los retos que implica un tratado	252
La desagregación de los intervinientes	256
¿Cuál es el daño?	260
¿Y ahora qué? ¿Requisitos para promover la protección de los derechos humanos?	262
Conclusión	268

**Conclusiones. El futuro del campo de las empresas
y los derechos humanos: una visión ecosistémica 269**

César Rodríguez Garavito

¿Hacia dónde va el campo de las empresas y los derechos
humanos? 271

EDH y el campo de los derechos humanos: límites,
transformaciones y retos 278

Referencias 289

Acerca de los autores 311

Agradecimientos

Este libro es el resultado de varios años de trabajo colectivo, no sólo de los autores de los diferentes capítulos, sino también de tres instituciones y grupos de personas que hicieron posible el proyecto de investigación-acción que terminó plasmado en este volumen. El Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), una organización de investigación y defensa de los derechos humanos, con sede en Bogotá, fue el núcleo base del proyecto y proporcionó gran parte de la energía intelectual y organizativa necesaria para el libro. Quiero agradecer especialmente a los miembros de Dejusticia que han trabajado en el área de empresas y derechos humanos (Meghan Morris, Sean Luna, Claret Vargas y Tatiana Andia) por su extraordinaria asistencia de investigación y sus contribuciones cruciales para que Dejusticia haya conseguido una presencia acreditada en el debate sobre esta temática. El Watson Institute for International and Public Affairs, de la Universidad de Brown, fue el socio ideal para este proyecto. Como parte de la serie Diálogo Norte-Sur, copatrocinada por Brown y Dejusticia, Peter Evans y yo organizamos el seminario en el que se presentaron y discutieron las versiones preliminares de los capítulos de este libro. En Brown, el generoso apoyo de Rick Locke (en ese momento director del Watson Institute) y de Patrick Heller fue también esencial para el éxito del seminario. Igualmente importante fue el acompañamiento de Cambridge University Press, que publicó la versión original de esta obra bajo el título *Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning*. Para la versión en español fueron fundamentales, como siempre, el apoyo generoso y el profesionalismo sin par del equipo editorial de Siglo Veintiuno Editores, dirigido por Carlos Díaz.

La Fundación Ford patrocinó generosamente el programa internacional de Dejusticia, del cual surgió esta compilación. En dicha fundación, Martín Abregú y Louis Bickford han sido colegas de reflexión durante estos años y han proporcionado un estímulo esencial para la nueva in-

vestigación y el activismo en el campo de las empresas y los derechos humanos y en otras disciplinas emergentes.

Durante la producción del manuscrito, el apoyo editorial de Sean Luna y Celeste Kauffman fue excepcional. En la traducción al español, como siempre, la agudeza y el cuidado de Carlos Morales de Setién Ravina resultaron fundamentales.

A todos ellos, mi más profundo agradecimiento y aprecio.

César Rodríguez Garavito

Introducción

Un diálogo para superar las divisiones
en el campo de las empresas
y los derechos humanos

César Rodríguez Garavito

A medida que el debate sobre las empresas y los derechos humanos (EDH) se ha ido convirtiendo en un campo global de investigación y práctica durante las dos últimas décadas, su presencia se ha manifestado en dos niveles claramente diferenciados. Por un lado, existe una gran cantidad de iniciativas regulatorias internacionales, que van desde las normas y los principios rectores de Naciones Unidas hasta códigos de conducta específicos para cada industria, pasando por estándares regionales. Esas iniciativas han producido “regímenes complejos” (Keohane y Victor, 2011) en los que instituciones y regulaciones muy diversas coexisten sin coordinación ni principios universales.

El régimen complejo incluye una gran variedad de regulaciones e instituciones, como el “derecho duro” aprobado por organizaciones globales y regionales (como la Organización de las Naciones Unidas –ONU–, la Unión Europea –UE– y la Organización Mundial del Comercio –OMC–) o las iniciativas de “derecho blando” de grupos de Estados (como la “Guía de debida diligencia para cadenas de suministro responsables de minerales en las áreas de conflicto o de alto riesgo”, de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE–, o las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales) y de organismos privados (los códigos de conducta adoptados por empresas individuales o por asociaciones empresariales transnacionales).

Lo que tienen en común todas esas iniciativas es el lugar que ocupan en el campo. Más allá de que se trate de derecho blando o duro, esos procesos jerárquicos de creación e implementación normativa se han gestado en gran medida en los centros tradicionales de poder, como Ginebra (el caso de los estándares de Naciones Unidas), Washington (los códigos para industrias, como el de la Fair Labor Association) o París (las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales). Del mismo modo, y en línea con estos posicionamientos, el trabajo académico

sobre derecho internacional y gobernanza global en materia de EDH se ha concentrado en los argumentos teóricos y jurídicos que defienden los diferentes enfoques regulatorios globales.¹

Por otro lado, un gran número de comunidades, junto con organizaciones locales y nacionales de todo el mundo, participan en campañas, procesos judiciales, negociaciones y políticas de información cuyo objetivo es prevenir y remediar las violaciones de derechos humanos cometidas por las empresas. Ya sean los esfuerzos destinados a regular los derechos de patente de las empresas farmacéuticas para facilitar el acceso a medicamentos esenciales, o los de los tribunales de los pueblos para proteger las tierras de las comunidades indígenas ante la expansión de las economías extractivas en sus territorios, o los de las nuevas campañas contra el trabajo en las maquilas, esas estrategias “desde abajo hacia arriba” –cuyo fin es exigirles responsabilidad a las empresas por sus actos– rara vez recurren a los estándares globales que ocupan la atención de los analistas de la gobernanza global y sus practicantes. En vez del análisis jurídico, la investigación empírica sociojurídica es la que suele inspirar la literatura académica sobre este tipo de iniciativas.²

El contraste entre estos posicionamientos en el terreno de las EDH está claro para quienes circulan de un lugar a otro, como les ocurre a varios de los autores de este volumen.³ En mi caso, esto se ha vuelto evidente a partir de mi experiencia como académico-practicante. Los debates dominantes en el ámbito de las Naciones Unidas –como los relativos a la implementación de los Principios Rectores (PR) sobre Empresas y Derechos Humanos y el futuro de la discusión en el grupo intergubernamental de trabajo encargado de desarrollar un tratado sobre EDH por mandato del Consejo de Derechos Humanos de la ONU– parecen muchas veces pertenecer a un mundo distinto, alejado de los procesos judiciales, las campañas sociales o el trabajo de campo sobre violaciones de derechos humanos resultantes de las prácticas empresariales en los territorios indígenas de Colombia, las maquilas de Centroamérica, las

1 Al respecto, véanse, por ejemplo, Martin y Bravo (2015), Deva y Bilchitz (2013).

2 Véase, por ejemplo, de Sousa Santos y Rodríguez Garavito (2007).

3 Véanse, por ejemplo, Jochnik, Kweitel y Mehra, en este mismo libro.

plantaciones de té de la India o las discusiones sobre política pública relativas a los derechos de propiedad intelectual y el acceso a los medicamentos en las Américas (Rodríguez Garavito, 2005, 2012, 2015; Dreyfuss y Rodríguez Garavito, 2014).

Sobre este telón de fondo, la idea que inspira a esta obra colectiva es triple. En primer lugar, los participantes y los temas fueron escogidos para promover el diálogo, la reflexión y la circulación entre los dos niveles mencionados, a fin de contribuir a acrecentar la capacidad colectiva del campo de empresas y derechos humanos para regular, prevenir y remediar eficazmente las violaciones cometidas por las compañías. Por tanto, entre los autores figuran académicos, practicantes y académicos-practicantes que discuten explícitamente unos con otros tanto en sus capítulos como en el coloquio que motivó este volumen. En segundo lugar, en vista de los intensos (y a veces agrios) debates entre los diferentes enfoques, el coloquio y el libro reunieron analistas y practicantes que defienden posicionamientos contrastantes sobre las cuestiones teóricas –por ejemplo, sobre las bases conceptuales de los PR y las propuestas de un tratado vinculante– y los dilemas prácticos –como cuáles serían los siguientes pasos regulatorios más eficaces para proteger los derechos humanos y que podrían ser viables a la luz de las circunstancias geopolíticas del presente y el futuro cercano–. Como los lectores notarán, los autores aceptaron el reto de discutir abiertamente –a veces en todo de acuerdo, otras discrepando con vehemencia– y se esforzaron en explicar las visiones conceptuales y estratégicas que consideran correctas. En tercer lugar, para contrarrestar el dominio marcado del Norte Global en las discusiones en el ámbito de las empresas y los derechos humanos, el libro incluye voces originarias del Sur Global –o con amplia experiencia en él–.

Dada la inmensa diversidad de regulaciones e instituciones sobre empresas y derechos humanos, este diálogo era posible sólo si se restringía el foco de atención. Para ello tomamos partido del hecho de que este campo ha sido objeto de un esfuerzo explícito de reestructuración de su complejo régimen regulatorio, a fin de darle un mecanismo de “orquestación” y un punto focal. Como él mismo explica en el capítulo 2, John Ruggie encabezó el esfuerzo de construir los PR de la ONU con ese objetivo en mente. El Consejo de Derechos Humanos de la ONU los aprobó en 2011, al cabo del mandato de Ruggie como Representante Especial del Secretario General de la ONU para Empresas y Derechos Humanos (RESG), y desde entonces han sido adoptados gradualmente por órganos regulatorios públicos

y privados, desde la OCDE hasta gobiernos nacionales y asociaciones empresariales.

En su informe final al Consejo de Derechos Humanos, el RESG señaló que los PR no pretendían ser la última palabra sobre la regulación de las empresas, sino “el fin del comienzo: el establecimiento de una plataforma global común de acción, a partir de la cual fundamentar un progreso acumulativo, paso a paso, sin cerrarse a otros desarrollos prometedores a largo plazo”. Teniendo esto presente, en el capítulo 1 sostengo que los académicos y los practicantes deberían evaluar los logros y las limitaciones conceptuales y empíricas de los PR, no sólo en su dimensión estática (a la que pertenece el contenido de los estándares contemplados), sino también en su dimensión dinámica (como su capacidad para impulsar el desarrollo de nuevas normas y prácticas que podrían ir más allá del contenido inicial de los PR y mejorar el cumplimiento de los derechos humanos por parte de las empresas).

Este libro es el resultado de un esfuerzo colectivo de académicos y practicantes del campo de las EDH, provenientes de varias partes del mundo, por hacer un inventario de las dimensiones estática y dinámica de los PR, y por recoger los debates e iniciativas teóricas, jurídicas y de política pública a los que han dado lugar. Con ese propósito, estas páginas combinan el análisis conceptual con el trabajo empírico. En primer lugar, porque permiten visualizar los presupuestos teóricos que subyacen al encendido debate en torno a los PR y otros enfoques del campo de las EDH; en segundo lugar, porque varios de los capítulos del libro examinan si, en los hechos, los mecanismos estructurales y los incentivos regulatorios de los PR están llevando la práctica en el campo de las EDH más allá del “fin del comienzo”, es decir, si han aparecido las primeras pruebas de una convergencia normativa y de una difusión de mejores prácticas estatales y empresariales en materia de derechos humanos. Teniendo en cuenta que el marco de los PR tiene un diseño policéntrico, los autores de este libro estudian cuál ha sido su implementación a través de diferentes canales, como las prácticas de empresas individuales o de las asociaciones sectoriales empresariales, o el Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y Otras Empresas (GT), que es el medio oficial establecido por Naciones Unidas para difundir e implementar los PR.

La estructura y los contenidos del libro

El trabajo conjunto que hemos realizado estuvo guiado por una serie de preguntas en común. Surgió de una conferencia organizada por el Centro de Estudios de Justicia, Derecho y Sociedad (Dejusticia, Colombia) y el Instituto Watson de Estudios Internacionales, de la Universidad de Brown, en marzo de 2014. Allí, los participantes presentaron los primeros borradores de lo que hoy constituyen los capítulos de este libro y discutieron sus textos y temáticas más generales sobre EDH durante dos días. Finalmente, a partir de los intercambios surgidos en el seminario, revisaron cada una de sus ponencias.

A efectos de fortalecer la coherencia del libro y centrar el debate, como editor del volumen escribí un texto que sirviera como base del seminario y punto de partida de este libro (el capítulo 1). En mayor o menor medida, todos se remitieron a él, desde diferentes ángulos y con muy distintos grados de acuerdo con lo allí expresado.

El libro está organizado en dos partes. La primera analiza la intersección entre la gobernanza global y las EDH. Los capítulos estudian las bases conceptuales y jurídicas de la gobernanza global y los enfoques de derechos humanos con respecto a las EDH, con especial atención en los PR, pero dando cuenta también de los esfuerzos actuales realizados en Naciones Unidas para desarrollar un tratado vinculante sobre la materia. La segunda parte proporciona relatos más empíricos y cercanos a situaciones de hecho sobre cómo esos diferentes acuerdos de gobernanza funcionan en la práctica: de qué manera puede estimularse la acción de sus destinatarios, qué instituciones pueden servir como coordinadoras y qué iniciativas garantizarían la aceptación transnacional de esas normas y su cumplimiento.

En el capítulo 1, tomo como punto de partida la distinción entre enfoques integrados y policéntricos con respecto a la regulación, tal como han sido desarrollados por los teóricos de la gobernanza global en las dos últimas décadas. Si bien respaldo el enfoque policéntrico, experimentalista, de los PR, critico la débil participación de la sociedad civil tanto en el diseño de los PR como en su implementación por el GT. Propongo mecanismos institucionales que incorporen el enfoque de la “participación empoderada” en las actividades del GT, y también un rango de alternativas en cuanto al contenido y el ámbito de un futuro tratado vinculante en la esfera de Naciones Unidas que, partiendo de los PR, los excedería para mejorar su contenido normativo y sus efectos reales.

En el capítulo 2, John Ruggie revisa los PR y su fundamento, prestando atención a la tarea de alinear sistemas de gobernanza diferenciados con el fin de influenciar la conducta de las empresas, y proporcionar las bases conforme a las cuales esos sistemas se reforzarían mutuamente y compensarían entre sí sus debilidades. Recoge algunos de los ejemplos más destacados sobre cómo los PR han sido asumidos en todos los niveles y explica su importancia; por ejemplo, muestra cómo su implementación descentralizada ha comenzado a dar resultados tangibles. Luego se enfoca en dos preocupaciones relativas a los PR que deben ser tratadas para impulsar su puesta en práctica: la participación de la sociedad civil y el desarrollo de una juridificación internacional del campo de las EDH. En este sentido, analiza el proceso del tratado y de los obstáculos que enfrenta, al tiempo que defiende un pragmatismo de principios y la multiplicación de los esfuerzos para ejecutar los PR, más allá de cuál sea la resolución del proceso a largo plazo.

En el capítulo 3, Surya Deva cuestiona la línea divisoria en los PR entre la dimensión dinámica y estática que se hace en el capítulo inicial y argumenta que la segunda estructura (y limita potencialmente) el alcance de la primera. Sugiere también que considerar el tratado y los PR como mecanismos mutuamente excluyentes no es lo característico de los observadores agudos del campo de las EDH, que apoyan ambos conjuntos de herramientas. El capítulo analiza cuál debería ser la función del derecho internacional a la hora de ocuparse de los vacíos de gobernanza y considera las fricciones entre los principios empresariales esenciales y los requisitos fundamentales de la protección de los derechos humanos; sostiene específicamente que las empresas deberían tener la obligación de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos. Deva aboga por alejarse de las respuestas estadocéntricas, que se verán debilitadas por la falta de voluntad de los Estados para hacer cumplir las normas de derechos humanos. El texto finaliza con una propuesta: la adopción de una Declaración sobre Obligaciones de Derechos Humanos para las Empresas, que proporcionaría un fundamento normativo y aclararía el alcance de los deberes y compromisos así como los mecanismos de su implementación.

En el capítulo 4, Tara Melish plantea reestructurar el debate acerca de los PR y alejarse de las explicaciones enfrentadas que proponen soluciones que oscilan entre el experimentalismo y la jerarquía del mando y control. Melish cree que la discusión debería darse en torno a teorías competidoras sobre cómo conseguir el cambio social o la

transformación de sistemas. La autora sostiene que, desde el punto de vista de los derechos humanos, los enfoques basados en la aculturación que están detrás de iniciativas como los PR reflejan una estructura jerárquica, de arriba hacia abajo, de los procesos de decisión y argumenta que no contemplan ningún cambio con relación al poder. Es así como considera que los esfuerzos por adoptar un tratado están llamados a remediar esas debilidades y a reforzar los compromisos expresivos globales con respecto a los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales. Melish propone incluir un cuarto pilar “participativo” en los PR y también impulsar de manera simultánea la aprobación de un tratado que siga el modelo de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidades: un tratado flexible, que a su vez implica compromisos expresivos, contempla los derechos de los participantes y especifica las obligaciones de los Estados.

Desde un punto de vista que se contrapone a los de Deva y Melish, Larry Catá Backer argumenta en el capítulo 5 que hay que resistirse al llamamiento para aprobar un tratado y que, en cambio, habría que reforzar y profundizar el carácter policéntrico de los PR. Según este autor, para que funcione la gobernanza policéntrica es necesario un mecanismo central de coordinación que interprete los instrumentos normativos de la gobernanza transnacional, como los PR. Afirma, además, que las organizaciones representativas de la sociedad civil deben tener la capacidad de presentar casos a tal organismo e intervenir en él. Catá Backer justifica su propuesta recurriendo a un enfoque histórico y describiendo dos tendencias: una hacia la elaboración de órdenes de metagobernanza integrada (los PR son un ejemplo excelente de un orden como ese), y otra hacia la abstracción del individuo, el ascenso de los movimientos de masas y la consagración de la sociedad civil como la figura que protege la dignidad individual. El capítulo señala las oportunidades perdidas recientemente por el GT de asumir el papel de un órgano cuasi judicial, empoderado para interpretar los PR, y propone un camino que permita encauzarse hacia esa dirección.

En el capítulo que concluye la primera parte, Claret Vargas estudia las principales preocupaciones que llevan a la sociedad civil y a las comunidades a apoyar un tratado vinculante sobre EDH y analiza si los tratados de derechos humanos existentes se han ocupado de esas inquietudes en otros contextos y cómo lo han hecho. Examina la incidencia que un tratado tendría para reducir las deficiencias en

la implementación, comparado con los instrumentos no vinculantes, e identifica los factores que tienden a mejorar la puesta en práctica de los tratados de derechos humanos. Vargas se pregunta si esos factores están presentes –o si pudieran estarlo– en los procesos de implementación de los PR, y concluye que no aporta al debate pensar esos acuerdos como parte de una división binaria entre instrumentos de derecho duro y blando. En cambio, argumenta que es más provechoso considerar esas dos clases de instrumentos como parte de un continuo de acuerdos, con aquellos que dan el mayor acceso a herramientas que facilitan la implementación en un extremo y los que proporcionan el menor en el otro. La autora presenta algunos estudios de caso y sugiere recomendaciones para una ejecución más efectiva de las normas sobre EDH, ya sea en el contexto de un tratado o en el de la puesta en funcionamiento de los PR.

En el capítulo 7, que pasa a concentrarse en la práctica de las EDH, Chris Jochnick se detiene en la cuestión de la transferencia de poder y usa un criterio específico para medir el progreso: ¿afecta a las circunstancias y las capacidades cotidianas de las personas en su vida real? Este capítulo distingue dos sectores y enfoques en el campo de las EDH: el de Derechos Humanos (así, con mayúsculas, para indicar su carácter jerárquico, de arriba hacia abajo, y que participa en el sistema global de derechos humanos) y el de derechos humanos (con minúscula, que busca empoderar a los afectados y a los movimientos locales, de abajo hacia arriba). Si bien reconoce que ese marco es una simplificación de varias cuestiones, Jochnick lo utiliza para ilustrar las razones por las que existen reacciones adversas y desencanto ante todos los procesos regulatorios jerárquicos, de arriba hacia abajo, por parte de las organizaciones y de las comunidades de la sociedad civil, y observa esas tensiones a través de la lente del poder. Aunque cuestiona la capacidad de los PR para ocuparse de las diferencias de poder, este capítulo plantea inquietudes similares acerca de la posibilidad de que un tratado, originado en el seno de Naciones Unidas, pueda lidiar de forma más efectiva con los asuntos relativos al poder. Jochnick concluye con una exploración de los espacios en los que tiene lugar el progreso, como la movilización de las bases sociales, el empoderamiento de los activistas y el fortalecimiento del apoyo institucional para responsabilizar a las empresas a nivel nacional.

En el capítulo 8, Amol Mehra reconoce la diversidad de empresas y los distintos grados de complejidad que presentan, y argumenta que los activistas deben ser creativos sistemáticamente para desarrollar

modelos que impulsen a las corporaciones a respetar los derechos humanos, y también ser persistentes en el uso de la multiplicidad de vías y herramientas disponibles. En este sentido destaca los instrumentos y dispositivos que no se acotan a la mera sanción a los comportamientos dañinos. Mehra comienza destacando la naturaleza de los PR como un umbral mínimo a partir del cual los interesados deben construir el futuro y propone mirar más allá del GT para ocuparse de los vacíos de implementación. Subraya la amplia variedad de estándares internacionales, regionales y nacionales que pueden emplearse para incorporar el respeto por los derechos humanos en las prácticas de las empresas. También reivindica el desarrollo de medidas preventivas y de reparación, y aboga por la necesidad de una mejor comprensión de los retos específicos que presentan las demandas judiciales contra las empresas. Su capítulo finaliza con la defensa de un enfoque de “siempre, de todas las formas” para implementar los acuerdos de derechos humanos en el contexto de las empresas.

En el capítulo 9, Louis Bickford analiza cómo el campo de las EDH tendrá efectos más permanentes en el futuro. A partir de la literatura sobre movimientos sociales, argumenta que las normas y estándares internacionales presentes en el campo de las EDH, incluidos los PR, han producido un conjunto coherente de “símbolos externos” que pueden servir a los defensores de los derechos humanos en su tarea de desarrollar un marco global. De hecho, si bien esos defensores ya han comenzado a servirse de los símbolos externos para exigir responsabilidad a las empresas, Bickford afirma que la participación de una mayor variedad de organizaciones de la sociedad civil, como ONG o universidades, puede contribuir a legitimar y elevar los estándares recogidos en los PR y ayudar a estructurar el campo en general. Luego propone dos ángulos adicionales para reforzar los PR y su implementación: estructuras de oportunidad política y acción organizada, que muestren cómo las ONG pueden amplificar el impacto de las EDH en todo el mundo y en sociedades específicas.

En el capítulo 10, Juana Kweitel analiza las vías disponibles en la actualidad para que los defensores de los derechos humanos logren un entorno regulatorio más efectivo en el terreno de las EDH. Examina la propuesta de un tratado y, en concreto, la intervención por primera vez de organizaciones y “participantes no tradicionales” en los procesos de Ginebra, teniendo en cuenta el potencial y los riesgos implicados. El capítulo ofrece un análisis igual de preciso acerca de los PR y del desempeño del GT tras sus acciones iniciales, y luego descri-

be las formas en que los organismos de derechos humanos deberían redefinir su participación en la supervisión del GT, subrayando cinco prioridades para el trabajo de las organizaciones de la sociedad civil en el ámbito de las empresas y los derechos humanos: documentar las violaciones, hacer campañas, intervenir en procesos judiciales, crear nuevas herramientas para el cumplimiento de los PR en la esfera nacional y formar nuevas coaliciones.

Bonita Meyersfeld abre el capítulo 11 con un análisis de los problemas estructurales en la arquitectura de los PR. Compara su implementación ideal con las realidades vividas, para lo cual, por ejemplo, examina la vulnerabilidad de los Estados con elevados niveles de pobreza y los incentivos de los que se valen para reducir las protecciones legales y atraer la inversión. Meyersfeld examina también los defectos de diseño en la elaboración de los PR y en los procesos de consulta que excluyeron, por ejemplo, a las poblaciones en situación de pobreza. Sostiene que, con el fin de solucionar las deficiencias estructurales, hay que desagregar los actores y elaborar un diagnóstico más preciso de los daños que hay que atender. Los síntomas de estos últimos son usualmente más visibles, como en el caso del escape de gas de Bhopal en la India, pero el verdadero perjuicio, como argumenta Meyersfeld, es la hegemonía económica que no considera la pobreza como una violación de derechos humanos. El capítulo propone dos enfoques específicos para tratar con éxito el problema de las EDH: alianzas regionales y un criterio distinto de valoración del trabajo humano.

El libro cierra con un capítulo de conclusiones en el que analizo el posible futuro de las EDH como terreno de investigación y práctica. Desde un punto de vista externo, el de los observadores interesados en la comprensión sociológica de un campo, caracterizo el área de las EDH a partir de las posiciones conceptuales, normativas y estratégicas que se dan en él. En el texto considero las EDH como una materia en desarrollo, cuyos límites analíticos y prácticos son aún objeto de viva discusión, y con diferentes participantes que proponen marcos de comprensión contrapuestos para entender e influenciar las estructuras regulatorias como los PR o un posible tratado vinculante. Asimismo, argumento que la esfera de las EDH puede comprenderse como una manifestación de debates más amplios sobre la transformación en general de los derechos humanos. Como conclusión, propongo una concepción ecosistémica del campo de las EDH, que recoja la rica diversidad de estrategias y marcos existentes, y que se esfuerce por crear

sinergias, tanto hacia el interior del propio ámbito como con otros campos de la justicia social que procuran que las empresas respondan por sus acciones ante la sociedad.

PARTE I

El encuentro entre la gobernanza global y las empresas y los derechos humanos

Debates conceptuales y alternativas regulatorias

1. Empresas y derechos humanos

Un marco conceptual y un mapa de estrategias regulatorias

César Rodríguez Garavito*

Uno de los principales retos que deben enfrentar los derechos humanos y la gobernanza en nuestros días es la regulación de las empresas en la economía global. El desafío es cerrar la brecha entre los procesos económicos transnacionales, por un lado, y la regulación de los deberes y las responsabilidades de las empresas y los Estados, por el otro, para proteger, respetar e implementar los derechos humanos en el contexto de la actividad empresarial y asegurar la responsabilidad de los autores en caso de violaciones.

Los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos (PR) fueron desarrollados con el objetivo de ayudar a cerrar esa brecha. El Consejo de Derechos Humanos adoptó los PR en 2011, al final del mandato de John Ruggie como Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para las Empresas y los Derechos Humanos (RESG). En su último informe al Consejo de Derechos Humanos, el RESG señaló que los PR no pretenden ser la última palabra sobre las empresas, sino más bien “el fin del comienzo: mediante el establecimiento de una plataforma global de acción, a partir de la cual construir un progreso acumulativo, paso a paso, sin cerrar otros desarrollos prometedores a largo plazo”.¹

Teniendo esto presente, deberían evaluarse conceptual y empíricamente los logros y las limitaciones de los PR, no sólo en su dimensión estática (es decir, respecto del contenido de los estándares fundacionales y operativos incluidos en ellos), sino también en cuanto a su dimensión dinámica (esto es, su capacidad de impulsar el desarrollo de nuevas normas y prácticas que vayan más allá del contenido inicial de los PR y mejoren el cumplimiento de los derechos humanos por parte de las empresas).

* Agradezco a Meghan Morris, por su apoyo y contribución fundamental al Proyecto que acabó en este capítulo. También a Sean Luna, Tatiana Andia y Claret Vargas, por su excepcional asistencia de investigación.

¹ Véase el documento A/HRC/17/31, párr. 13.

Desde la adopción de los PR y el establecimiento del Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y Otras Empresas (GT) encargado de implementarlos, el debate en los círculos académicos, activistas y de política pública se ha concentrado en la dimensión estática de los PR. Por ejemplo, la creciente literatura académica sobre el tema consiste en gran medida en un análisis del lenguaje de los PR, de sus fundamentos conceptuales y de su alcance tal y como han sido adoptados por Naciones Unidas, junto con un relato histórico del mandato del RESG.² Se pone un énfasis parecido en los círculos activistas, como se observa en las controversias que se dieron durante el mandato del RESG y que desde entonces han vuelto a plantearse (por ejemplo, en torno a la conveniencia de la elaboración de un tratado vinculante que exprese las obligaciones de derechos humanos), en las que se suscitan posiciones críticas hacia los PR por parte de un número significativo de ONG.

Aunque estos debates retrospectivos tienen importancia académica y práctica, en este capítulo me concentro específicamente en la dimensión dinámica de los PR. Quiero subrayar lo que ha sucedido luego de la adopción de los PR, y también hablar de lo que podría pasar en el futuro, con el fin de hacer que el terreno de las empresas y los derechos humanos (EDH), en su conjunto, contribuya de forma efectiva a la protección de los derechos humanos en el mundo real.³

Desde este enfoque prospectivo, y partiendo de la idea de que los PR son sólo el “fin del comienzo”, es decir, un punto de largada, analizo su potencial para generar un “progreso acumulativo”, y en este sentido estudio las medidas implementadas y que se necesitarían tomar con el fin de hacer realidad la promesa de progresar “paso a paso”. También reflexiono sobre si, en la práctica, se han abierto o cerrado espacios para “otros desarrollos prometedores a largo plazo” en materia de EDH.

Para evaluar los PR, los considero un componente de un “complejo de regímenes” (Keohane y Victor, 2011) global que regula los deberes y la responsabilidad de las empresas con respecto a los derechos humanos.

2 Véanse, entre muchas otras, las contribuciones en Mares (2011) y Deva y Bilchitz (2013).

3 Aunque la corriente retrospectiva a la que me refiero no ha terminado, el número de obras académicas dedicadas a los aspectos dinámicos aumentó en los últimos tiempos. Véanse, por ejemplo, Martin y Bravo (2015) y De Felice (2015).

Como sostengo en el capítulo que cierra este libro, los derechos humanos, en general, y el terreno de las EDH, en particular, se han vuelto mucho más plurales, a medida que nuevos participantes, nuevas estrategias y nuevas clases de regulación han proliferado en un mundo multipolar e interconectado. Por consiguiente, propongo pensar el campo de las EDH como un ecosistema en el que coexisten diferentes integrantes, modelos normativos y tácticas políticas, en lugar de como un sistema global integrado y centrado en el derecho.⁴ Aunque me concentro en los PR, mi análisis acerca de su potencial y sus limitaciones se realiza en el trasfondo de ese ecosistema, en el que los PR coexisten con otros estándares de derecho duro y blando y son utilizados, apropiados y rebatidos por un gran número de participantes, que incluye desde Estados hasta empresas pasando por comunidades de base, ONG y redes activistas transnacionales.

Este capítulo combina el análisis conceptual con el trabajo empírico. Desde un punto de vista conceptual, planteo que los intensos debates en torno a los PR son representativos de una discusión más amplia que se está desarrollando en círculos activistas, académicos y de política pública, y entre diversos enfoques de la gobernanza global y los derechos humanos. Como han argumentado De Búrca, Keohane y Sabel (2013), debates parecidos se producen en otros ámbitos regulatorios como los del cambio climático y los derechos laborales. Por otro lado, los defensores de lo que estos autores llaman “regímenes integrados y generales” tienden a favorecer “la idea de negociar un tratado general, universal y jurídicamente vinculante que prescriba, de una manera jerárquica, políticas universales” (Falkner y otros, 2010: 252). Mientras que quienes apoyan una “gobernanza experimental”, se inclinan por un enfoque policéntrico, que a veces toma como punto de partida estándares voluntarios aplicables por la presión de los Estados, los actores privados y la sociedad civil.

La materia de las EDH muestra una imagen explícita y particularmente animada de este debate, como dejan patente los autores de este libro. Aunque muchos de los participantes de tal intercambio favorecen una perspectiva híbrida que toma elementos tanto de las posiciones integradas como de las experimentalistas, hay diferencias visibles en las acentuaciones conceptuales y prácticas. Como veremos, algunos basan sus propuestas en una versión u otra de regulaciones vinculantes de carácter

4 Para profundizar sobre estas cuestiones, véase Rodríguez Garavito (2015).

general, mientras que otros apoyan claramente un modelo más gradual y experimentalista.

Los PR podrían incluirse en el ámbito experimentalista, como declara el ex RESG, John Ruggie, en su capítulo incluido en este libro. Mi análisis conceptual se concentra, por consiguiente, en indagar si los PR poseen los mecanismos institucionales que, según el paradigma del experimentalismo global, son necesarios para generar un progreso acumulativo.

Teniendo en cuenta la discusión sobre la gobernanza experimental y sus diferentes usos en esa literatura académica (incluidos algunos capítulos de este libro), habría que hacer dos aclaraciones conceptuales. En primer lugar, el debate entre enfoques integrados y policéntricos es muy anterior a los PR. De hecho, se ha escrito un enorme conjunto de obras académicas en las últimas dos décadas que teorizan y estudian empíricamente las diferencias entre esas perspectivas, y que defienden el paradigma de gobernanza experimental bajo una variedad de nombres, como “experimentalismo democrático”,⁵ “derecho postregulatorio” (Teubner, 1986), “regulación responsiva” (Ayes y Braithwaite, 1992), “gobernanza colaborativa” (Freeman, 1997), “derecho reflexivo”,⁶ “nueva gobernanza” (Lobel, 2012) o “gobernanza sin más”.⁷ En contra de lo que algunos críticos argumentan, ni el RESG ni el proceso de elaboración de los PR generaron ese debate conceptual ni ese marco teórico, sino que más bien los heredaron.

Es también importante tener presente que la discusión entre enfoques integracionistas y experimentalistas no puede reducirse de manera simplista a una preferencia entre estándares obligatorios o experimentales, respectivamente. Cuán “blanda” o “dura” sea una regulación internacional es sólo uno de los factores del debate. Son igual de importantes las variables como la naturaleza centralizada o policéntrica del proceso de implementación de esas regulaciones, las normas que buscan reducir las asimetrías de poder entre los intervinientes en el campo regulatorio de las EDH y las consideraciones de principio que se enfrentan a las pragmáticas a la hora de estar a favor o en contra de un enfoque normativo determinado, entre otras. Teniendo en cuenta los fines específicos de este capítulo, no intentaré ofrecer una clasificación más compleja, sino que dejo ese esfuerzo para el capítulo final. Aquí tomo como punto de

5 Dorf y Sabel (1998), Sabel (1994, 1995).

6 Teubner (1983), Rogowski y Wiltshagen (1994).

7 Jessop (1998), Mac Neil y otros (2002), Nye y Donahue (2000).

partida la tipología mencionada, bien consolidada, y la caracterizo como una división entre enfoques integracionistas y perspectivas experimentalistas respecto a las EDH. Aunque soy muy consciente de que la mayoría de los posicionamientos se sitúan en alguna instancia intermedia entre esos dos tipos ideales (en el sentido weberiano del concepto), pretendo esclarecer el estudio de las EDH conectándolo con la discusión precedente, más amplia, existente en la literatura sobre gobernanza global.

Desde un punto de vista empírico, examino si en la práctica los mecanismos experimentalistas de los PR han funcionado durante su proceso de implementación y si se conseguirá un progreso acumulativo. El marco de los PR es, por diseño, policéntrico, lo que quiere decir que es ejecutado por diversas entidades, como instituciones estatales nacionales, organizaciones intergubernamentales, empresas individuales y asociaciones empresariales sectoriales, entre otras. En lo que se refiere a la teoría de la gobernanza experimental, esas entidades contribuyen al “desarrollo” del campo, haciendo cumplir los esquemas existentes y creando nuevos; involucrando a los sujetos de la sociedad en el ámbito de las empresas y los derechos humanos; promoviendo la colaboración y las discusiones entre ellos, y difundiendo ciertos estándares y prácticas (Abbott y Snidal, 2013).

A cuenta de la variedad de organizaciones que desarrollan los PR, los estudios empíricos necesitan concentrarse en una o en un conjunto limitado de ellas para que la investigación sea manejable. En este capítulo, me detengo en el GT, el organismo establecido por Naciones Unidas cuya finalidad específica es poner en práctica los PR.⁸ Aunque existen otros nodos de coordinación e implementación igual de relevantes, no realizaré un análisis detallado de ellos en este texto. Entre esos otros nodos se encuentran los puntos nacionales de contacto que llevan adelante

8 Al concentrarme en el GT, no argumento que sea el único mecanismo de desarrollo de los PR o siquiera el más importante. Una futura valoración detallada de los PR tendría que incluir otros mecanismos de implementación igual de relevantes, que se estudian en otros capítulos de este libro, como los planes de acción nacionales o los estándares regionales establecidos por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), o los acuerdos sectoriales entre múltiples interesados. Aunque mencionamos esos mecanismos y otros en las siguientes páginas, va más allá de la intención de nuestro capítulo y del estudio empírico que lo sustenta realizar una evaluación sistemática de su funcionamiento. Para un análisis del GT como uno entre varios mecanismos de desarrollo, véase el capítulo de Ruggie en este libro. Para un análisis de algunos de los otros mecanismos, véase el capítulo de Mehra, también en este volumen.

las directrices de la OCDE, los tribunales regionales que incorporan los PR a su jurisprudencia o las instituciones nacionales de derechos humanos a cargo de coordinar las políticas sobre EDH mediante los planes de acciones nacionales que están desarrollándose en gran cantidad de países para incorporar los PR a su esfera local.⁹

Mi evidencia empírica combina el análisis sistemático de los documentos producidos por el GT durante su mandato con la observación participante y las entrevistas realizadas en dos foros organizados por el GT en Ginebra entre 2012 y 2015. Con el objetivo de contrarrestar la visibilidad otorgada a las voces del Norte Global en la literatura académica,¹⁰ recurro también a datos de entrevistas y de observaciones participantes recogidos en eventos internacionales sobre la cuestión celebrados en el Sur Global durante ese mismo período: el Foro Regional del GT sobre Empresas y Derechos Humanos en Latinoamérica, celebrado en Medellín (Colombia); el Foro Alternativo, organizado por instituciones de la sociedad civil en Medellín, en paralelo al Foro Regional del GT, y las convocatorias anuales del Foro de los Pueblos sobre Derechos Humanos y Empresas, celebrado en Bangkok (2013), Bogotá (2014) y Nairobi (2015), en las que participan ONG y organizaciones de víctimas y se tratan las violaciones empresariales de los derechos humanos mediante la discusión de casos específicos, estrategias y propuestas de la sociedad civil, con el objetivo de promover la responsabilidad de las empresas.

Este capítulo se divide en cuatro secciones, cada una de las cuales desarrolla uno de los argumentos que presento. En la primera, analizo la historia de los PR y del GT. Allí argumento que los PR suponen un considerable progreso al haber creado un punto focal legitimado y reconocido para una cuestión muy controvertida. Este logro es consecuencia de su difusión continua, a través de los planes de acción nacionales desarrollados por los Estados, los principios de la OCDE o los códigos empresariales de conducta –entre otros instrumentos– y también es un efecto de las sentencias de los tribunales nacionales y regionales. Dicho

9 Para una discusión de los planes de acción nacionales, véase Mehra, capítulo 8 en este libro. Para las iniciativas de la sociedad civil que se basan en los PR, véanse los textos de Jochnik, Bickford y Kweitel incluidos en este volumen (capítulos 7, 9, y 10).

10 Un ejemplo ilustrativo es que más del 90% de las obras compiladas en la *Oxford Bibliography on Business and Human Rights* han sido escritas por académicos que trabajan en el Norte Global. Véase Santoro y Wettstein (2013). Agradecemos a Juana Kweitel por darnos a conocer esa información.

esto, el GT, debido a una interpretación restrictiva de su mandato y a su intensa concentración en la propagación de los PR, no ha hecho lo suficiente para impulsar un programa legislativo y la implementación efectiva de los PR en vistas de aumentar la protección de las víctimas del abuso corporativo. En este sentido, el GT se ha quedado en el “fin del comienzo”, sin realizar intentos sustantivos para ir más allá.

En la segunda sección, explico en detalle las razones de tales limitaciones. Al comparar mi análisis de los eventos convocados por el GT y sus informes con las promesas de la gobernanza experimental, encuentro que las limitaciones surgen de dos fuentes, una de las cuales proviene de los PR y la otra del trabajo pendiente para conseguir su implementación. En primer lugar, ni los PR ni el GT han incorporado de forma explícita y sistemática un elemento esencial de la gobernanza experimental: la participación empoderada de la sociedad civil. En segundo lugar, hay confusión y una discusión en curso con respecto a qué significaría “sociedad civil” a efectos de la participación en la implementación de los PR.

En la tercera sección, me ocupo de otra cara del debate, y me concentro en aquellos que, usando un enfoque integracionista, tienden a rechazar los PR y proponen un tratado vinculante como el principal mecanismo para promover la protección de los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales. Aunque un tratado tiene la ventaja de crear presión desde arriba para la regulación global de las empresas y mantiene el estatus normativo de los derechos humanos, argumento que, desde un punto de vista dinámico y prospectivo, esta posición tiene sus propias limitaciones. Concentrarse de manera exclusiva en los tratados internacionales deja de lado otras formas de presión regulatoria, como los propios PR, y también el hecho de que estos podrían servir para complementar normas nacionales e internacionales vinculantes. Además, con respecto a la posibilidad de una amplia participación de la sociedad civil, enfocarse sólo en un tratado puede privilegiar las voces de las organizaciones especializadas, en detrimento de las agrupaciones de base alejadas de los espacios en los que se discuten esta clase de instrumentos jurídicos. Por último, aunque la defensa de un tratado tiene un sólido fundamento en consideraciones jurídicas, suele prestar muchas veces una atención insuficiente al problema de la viabilidad política y su repercusión real.

En la cuarta sección, presento las alternativas conceptuales y prácticas que, desde mi punto de vista, combinarían las fortalezas de las dos posiciones, la integracionista y la experimentalista, y ayudarían a corregir sus limitaciones, al ofrecer vías intermedias para conseguir la protección

de los derechos humanos en la economía global. Con respecto a los PR, propongo mecanismos de cumplimiento y ampliar la agenda del GT, así como una implementación participativa de los PR. En relación con la cuestión de un tratado vinculante, sugiero la combinación de una implementación participativa de los PR con un impulso para lograr un tratado que compense algunas de las limitaciones de los PR, sin dejar de tener en cuenta consideraciones sobre factibilidad política, costos de oportunidad y repercusión real en la vida de las personas.

La implementación de los Principios Rectores

Los orígenes de los Principios Rectores y del Grupo de Trabajo

El mandato y la orientación del GT son en parte resultado de su historia institucional. En concreto, la historia de la intervención de Naciones Unidas en la cuestión de las empresas y los derechos humanos, y los debates con respecto a la naturaleza de esa participación, proporcionaron el fundamento a partir del cual se configuró el GT y también la forma en la que este ha interpretado su propio mandato.

La intervención de Naciones Unidas en la relación entre empresas privadas y derechos humanos comenzó en los años setenta, con el establecimiento de una Comisión de Naciones Unidas sobre Empresas Transnacionales y el Centro de Naciones Unidas para las Empresas Transnacionales (CNUET). Dada la frustración pública generada por la inadecuación de un enfoque puramente estadocéntrico con respecto a la responsabilidad de las empresas, se encargó a esos dos órganos que investigaran los efectos de la actividad empresarial internacional, fortaleciendo la capacidad de los países receptores para negociar los términos con tales corporaciones y desarrollaran un proyecto de marco normativo para las actividades empresariales transnacionales. La labor de la Comisión desembocó en un proyecto de Código de Conducta para las Empresas Transnacionales, discutido en una serie de sesiones especiales entre 1983 y 1990. Debido a una fuerte oposición, particularmente por parte de los Estados que recibían inversiones de empresas transnacionales con sede en el Norte, en 1994 se abandonó el proyecto de Código y el CNUET fue disuelto (Jerbi, 2009).

Durante el liderazgo de Kofi Annan, Naciones Unidas intentó una nueva regulación del sector empresarial, que eventualmente llevó al de-

sarrollo del Pacto Global de Naciones Unidas (PG) en el año 2000. El PG estableció diez principios no vinculantes para guiar a las empresas en el desarrollo de prácticas sostenibles desde un punto de vista social y ambiental. Muchos activistas de derechos humanos se opusieron a la naturaleza voluntaria del PG y defendieron la necesidad de una regulación vinculante para controlar la actividad empresarial dañina. Algunos de ellos formaron una coalición, hoy extinta, llamada Alianza para unas Naciones Unidas Libres de Empresas, y alegaban para ello los antecedentes medioambientales y sociales de las compañías con las que Naciones Unidas había establecido relaciones mediante el PG. Sin embargo, el PG fue relativamente bien recibido por la comunidad empresarial y un número significativo de corporaciones se unió a esa iniciativa voluntaria.¹¹

Aun así, debido a las críticas dirigidas contra esta medida no vinculante, la Subcomisión de Naciones Unidas de Promoción y Protección de los Derechos Humanos comenzó a principios del 2000 a desarrollar las Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos (Proyecto de Normas de Naciones Unidas) (Catá Backer, 2005). Al ser el resultado del trabajo de un grupo de expertos, el Proyecto de Normas no tenía efectos directamente vinculantes, pero representó el primer intento de Naciones Unidas por identificar estándares jurídicos de derechos humanos aplicables a las empresas. El Proyecto de Normas se convirtió en un objeto candente de debate, en el que los activistas de derechos humanos y algunos académicos apoyaban vigorosamente la tentativa de establecer obligaciones empresariales de derechos humanos,¹² mientras que las empresas y otros intelectuales la rechazaban por una variedad de razones, entre las cuales estaba la transferencia al sector privado de responsabilidades propias de los Estados.¹³ En última instancia, el Proyecto de Normas fue neutralizado por una resolución de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que se negó a conceder a aque-

11 La página web del PG declara que, desde su lanzamiento en el año 2000, la participación ha crecido hasta alcanzar 12 000 inscritos, de los cuales 9000 son empresas. Véase <www.unglobalcompact.org/what-is-gc/participants> (consulta: 7/12/2017).

12 Véanse ESCR-Net (2005) y Weissbrodt y Kruger (2003).

13 Véase "Informe provisional del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales", E/CN.4/2006/97, 22 de febrero de 2006.

llas pautas valor jurídico y ordenó a la Subcomisión que se abstuviera de realizar funciones de vigilancia con respecto a estas Normas.

A la luz del fracaso del Proyecto de Normas, el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas exigió que el Alto Comisionado para los Derechos Humanos compilara y valorara los estándares existentes de derechos humanos relacionados con la actividad empresarial. En el informe resultante, el Alto Comisionado señaló el creciente interés por discutir esas regulaciones. La Comisión de Derechos Humanos, a partir de ese reporte, solicitó al Secretario General que nombrara a un representante especial sobre el tema. Es así que, en 2005, Kofi Annan nombró como Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y Otras Empresas (RESG) a John G. Ruggie, que había trabajado con él como principal asesor de planificación estratégica y había estado involucrado en el desarrollo del Pacto Global.

El mandato inicial del RESG tuvo un ámbito de acción relativamente limitado y se concentró en gran medida en identificar y aclarar los estándares de responsabilidad empresarial con respecto a los derechos humanos y a determinar las mejores prácticas estatales y empresariales. A diferencia de otros procedimientos especiales de Naciones Unidas, el mandato del RESG no incluyó visitas de campo a los países o el estudio de situaciones específicas. Dicho esto, el enfoque de Ruggie respecto de su mandato en cierto sentido acabó por ampliarlo; culminó sus primeros tres años de trabajo con el desarrollo del Marco Proteger, Respetar y Remediar (Marco PRR), que reforzó el deber del Estado de salvaguardar a la población ante los abusos de derechos humanos, la responsabilidad empresarial de respetar tales derechos y la necesidad de las víctimas de contar con un mayor acceso a los reparaciones judiciales y no judiciales. El RESG elaboró ese marco mediante consultas con los Estados, las empresas y los grupos de la sociedad civil durante el transcurso de su mandato.

La duración del cargo fue extendida a continuación por otros tres años para que el RESG hiciera “operativo” el Marco PRR mediante directrices concretas tanto para los Estados como para las empresas. En ese período, el RESG desarrolló los hoy conocidos Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: un conjunto de preceptos no vinculantes basados en el Marco PRR que el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas adoptó en 2011. Si bien la sociedad civil en parte había recibido de buena manera al Marco PRR, teniendo en cuenta el hecho de que se ocupaba de forma directa de algunas de las cuestiones

destacadas previamente por los activistas de derechos humanos, los PR fueron objeto de considerable controversia.

Los PR fueron sancionados y apoyados por la OCDE, la Comisión Europea y numerosas empresas. Sin embargo, los activistas de derechos humanos, todavía frustrados algunos de ellos por el fracaso del Proyecto de Normas, se mostraron decepcionados por la ausencia de un esfuerzo más firme en establecer estándares vinculantes para las empresas,¹⁴ y muchos rechazaron los PR de plano. Además, casi todas las organizaciones de derechos humanos los criticaron, porque para ellas los PR representaban un paso atrás en la protección al no incorporar las garantías internacionales ya existentes, relevantes ahora para la actividad empresarial. Se produjeron quejas recurrentes porque se consideró que el RESG no había tenido lo suficientemente en cuenta las opiniones de la sociedad civil sobre estos asuntos.¹⁵

A pesar de esas críticas, los PR fueron apoyados de forma unánime por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que estableció el Grupo de Trabajo sobre las Empresas y los Derechos Humanos para guiar su implementación, y los PR se convirtieron en el principal instrumento jurídico sobre empresas y derechos humanos en Naciones Unidas.

La actividad del Grupo de Trabajo

El GT está formado por cinco expertos, cada uno de ellos representa una región del mundo. Su mandato inicial fue de tres años y se concentró en divulgar e implementar los PR; en la promoción de las mejores prácticas y la creación de capacidad en el campo de las empresas y los derechos humanos; en realizar visitas a los países y desarrollar recomendaciones sobre el acceso a remedios efectivos para las personas cuyos derechos humanos fueran afectados por la actividad empresarial.¹⁶

En general, los primeros años del GT estuvieron caracterizados por una interpretación algo restrictiva de su mandato. A pesar del hecho de que el GT está considerado un “procedimiento especial” del Consejo de Derechos Humanos, y de la naturaleza relativamente abierta de su

14 Véase el análisis de esta cuestión en FIDH y otros (2011); De la Vega y otros (2011); Bilchitz y Deva (2013).

15 Véase, por ejemplo, “U.N. Human Rights Council: Weak Stance on Business Standards”, *Human Rights Watch*, 16 de junio de 2011, disponible en <www.hrw.org>.

16 Véase A/HRC/17/L.17/Rev.1 (2011) para el texto completo del mandato.

accionar, su labor se ha concentrado sobre todo en la difusión y la implementación de los PR. Ese ha sido un aspecto del GT criticado por los grupos de la sociedad civil, que han argumentado que el GT no le ha dado suficiente lugar a la participación de las personas y las comunidades afectadas por las actividades empresariales. Esos colectivos señalan también la lentitud con que se ha tratado la cuestión de los remedios efectivos, que cabe sostener que es el elemento que está conectado de manera más directa con los grupos afectados y sus necesidades.

El contenido de los primeros años de trabajo del GT y la forma en que sus miembros lo han desarrollado queda reflejado en parte en los informes regulares del GT al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas y a la Asamblea General. Su primer reporte a cada uno de estos organismos estuvo centrado con claridad en cuestiones de estrategia. El informe presentó la disposición del GT a apoyar los intentos de las empresas de llevar a cabo procesos de diligencia debida en materia de derechos humanos, y también su propósito de favorecer el desarrollo de planes de acción nacional con relación a las EDH. Sin embargo, no se establecieron programas claros para ocuparse de cuestiones como la regulación y los remedios efectivos.

Un problema adicional que surgía de los informes del GT fue la improbabilidad de que tratara casos concretos de violaciones de derechos humanos en el contexto de la actividad empresarial. En su primer reporte, el GT declaró que “no estaba en posición de investigar los casos individuales de violaciones de derechos humanos”.¹⁷ Aunque el GT rectificó luego esa declaración y estuvo de acuerdo en reunirse con grupos y personas afectados en sus visitas a los países, y en recibir peticiones individuales, no ha alcanzado la posición que asumen otros procedimientos especiales respecto de casos particulares. Los procedimientos por los cuales recibe demandas específicas no han sido establecidos de forma clara, lo que también hoy es objeto de preocupación para las ONG de derechos humanos.

El primer informe temático del GT trató sobre los pueblos indígenas.¹⁸ El documento analiza el problema de las relaciones entre estos pueblos, las empresas y los derechos humanos, y abarca el estudio de los tres pilares de los PR (el deber del Estado de proteger, la responsabili-

17 Véase A/HRC/WG.12/3/1. Véase también la carta conjunta de Conectas y Amnistía Internacional enviada al GT el 13 de julio de 2012 y la respuesta del GT, del 30 de julio de 2013.

18 Véase A/68/279.

dad de las empresas de respetar y la existencia de remedios efectivos). Este reporte incluye un análisis más detallado sobre remedios efectivos que cualquiera de los textos previos elaborados por el GT, en especial con respecto al rol del Estado de adoptar medidas que eliminen los obstáculos que enfrentan los pueblos indígenas para acceder a medidas judiciales. Sin embargo, con relación a la cuestión de la consulta previa, libre e informada, el enfoque del GT es en ciertas áreas un paso atrás, ya que no menciona los casos en que el derecho internacional requiere la obtención del consentimiento tras la consulta. El informe tampoco distingue entre los conceptos de “consentimiento” y “consulta”, no presta atención a la cuantiosa jurisprudencia nacional y regional sobre este asunto, ni contempla la naturaleza vinculante de estos derechos (Dejusticia y otros, 2013a).

Por otro lado, el reporte temático más reciente del GT se concentró en mediciones. El documento subraya la escasez de datos para medir y comprender la “naturaleza, escala o alcance” de los efectos que las actividades empresariales tienen sobre los derechos humanos, tanto de manera agregada como por país. En el mismo sentido, señala la falta de datos para medir los esfuerzos de los Estados para “prevenir y remediar” los daños generados por las empresas.¹⁹ Con el beneficio de cuatro años de trabajo dedicados a la implementación, el informe examina la lentitud en la puesta en práctica, la investigación y la recolección de información en lo que respecta al tercer pilar, el de remediar. Así confirma, de forma implícita, los temores de la sociedad civil y de las organizaciones de base: el acceso a la justicia sigue siendo tan esquivo como lo era con los regímenes voluntarios anteriores.

No obstante, el informe deja abierta la posibilidad a un activismo más enérgico porque reclama una recolección más seria de datos y una atención orientada a las mediciones realmente importantes: los efectos sobre las comunidades afectadas. Dice así:

La investigación en el campo de las empresas y los derechos humanos carece de datos completos sobre el número y la naturaleza de las quejas contra los efectos negativos de la actividad de

19 Véase “Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas”, A/70/216, 30 de julio de 2015.

las empresas y sobre la efectividad de los órganos encargados de investigar y remediar esos efectos.²⁰

Es importante destacar que el GT sostiene que esas mediciones, aunque son difíciles de obtener, serían “lo que es significativo conocer” y deben “tener en cuenta las valoraciones efectuadas por los individuos y las propias comunidades”.²¹

El informe subraya también la falta de atención que los Estados y las empresas prestan a los efectos reales de sus acciones (que no es lo mismo que comunicar la implementación de una política) sobre los indígenas, las minorías y otras comunidades vulnerables, así como sobre los defensores de los derechos humanos.²² Las comunidades afectadas han luchado por la inclusión de sus perspectivas en la puesta en acción de los PR, y en los paneles y debates patrocinados por el GT. El informe del GT de 2015 reconoce incipientemente la importancia de la participación de las comunidades en el proceso, aunque está lejos de incorporarlas como sujetos activos con una voz influyente en la configuración de las políticas de implementación, tanto de los Estados como de las empresas. Por otro lado, ese escrito es un paso adelante a la hora de desplazar la conversación de expresiones sobre el “compromiso” con los derechos humanos a “mediciones de los efectos reales de la prevención” o “los remedios ante los daños”.²³ Podría ser una herramienta útil para que la sociedad civil responsabilizara a los Estados por la distancia entre los compromisos manifestados y los resultados experimentados por las comunidades afectadas.

Como se señaló en las páginas anteriores, el debate internacional acerca de las empresas y los derechos humanos ha estado marcado por la división entre las perspectivas integracionistas y las experimentalistas. Aunque esa discusión ha tenido una gran importancia, la historia de los desarrollos en Naciones Unidas sobre ese tema también puede verse como una polémica respecto de quién puede y debe tener voz a la hora de establecer políticas públicas. Las siguientes secciones del capítulo estudiarán cómo se han configurado estos dos aspectos del debate a lo largo de la historia del GT. Comienzo analizando la cuestión de la participa-

20 *Ibíd.*, párr. 88.

21 *Ibíd.*, párr. 89.

22 *Ibíd.*, párr. 51-52.

23 *Ibíd.*, párr. 52.

ción en la implementación de los PR, y luego paso a examinar las nuevas propuestas de un tratado vinculante. Conservo mi enfoque prospectivo y mi centro analítico en el aspecto dinámico de los PR cuando desarrollo y estudio en detalle el potencial de su implementación por parte el GT, por un lado, y las propuestas de la sociedad civil de un tratado vinculante, por otro, con el fin de que las normas y prácticas sobre empresas y derechos humanos vayan más allá del “fin del comienzo”.

La lógica dinámica de los Principios Rectores: teoría y práctica

Gobernanza experimental y Principios Rectores

La cuestión de quién participa en el marco de los PR y cómo lo hace no es sólo empírica, sino que está en el corazón de la teoría de la gobernanza que los inspiró. A diferencia del modelo integracionista, centrado en el Estado, los académicos de la gobernanza experimental proponen un enfoque gradual y policéntrico (De Búrca y otros, 2013). Teniendo en cuenta la fragmentación jurídica y política de la globalización contemporánea, sugieren acuerdos de gobernanza que armonicen los diversos sistemas normativos constitutivos de los “complejos regulatorios” globales, en campos como el cambio climático o la propiedad intelectual, entre otros muy diversos (Raustiala y Victor, 2004; Keohane y Victor, 2011). Es importante señalar que la lógica dinámica de este modelo sigue una perspectiva de bloques constructivos, basada en estándares regulatorios y mecanismos institucionales que fortalezcan y coordinen los diferentes sistemas de gobernanza.

El terreno de las EDH es un claro ejemplo de pluralismo jurídico global, así reconocido por la gobernanza experimental. El ámbito nacional e internacional, el derecho duro y blando, o la legislación pública y privada se han desarrollado sin un nodo de coordinación o un marco general integral. A la amplitud y diversidad de este campo regulatorio se suma el hecho de que engloba una gran variedad de industrias (por citar algunas, la agricultura, la industria del vestido, los servicios financieros o las tecnologías de la información) y de derechos humanos (el derecho a la vida, los derechos laborales, los derechos indígenas o los derechos medioambientales, entre muchos otros).

La estrategia del RESG de desarrollar los PR para que sirvan como punto focal acreditado para este complejo regulatorio es similar a la aproximación de bloques de construcción (Ruggie, 2014b). Los bloques

son tres sistemas de gobernanza: 1) el derecho estatal (nacional e internacional), 2) la gobernanza empresarial y 3) un “sistema de gobernanza civil que involucra a los afectados por las empresas y que emplea varios mecanismos sociales de cumplimiento como las campañas activistas y otras fuentes de presión” (Ruggie, 2014b: 9). Siguiendo con la metáfora arquitectónica, la idea tras los PR es que cada bloque sea ubicado de tal forma que compense la debilidad de los otros y ejerza una presión hacia arriba, es decir, que provoque una mejora continua de la protección de los derechos humanos afectados por las actividades empresariales (Ruggie, 2013).

Desde la perspectiva de la gobernanza experimental, Melish y Meidinger señalan que la estructura de los PR está basada con solidez en los dos primeros bloques (el público y el empresarial), pero que el tercer elemento es débil (la sociedad civil). Los pilares de “proteger” y “respetar” del marco de Ruggie se corresponden respectivamente con los Estados y las empresas, pero la ausencia de presión por parte de la sociedad civil no está compensada por el pilar “remediar”. Dado que la finalidad de los principios remediales es ofrecer a los sujetos de la sociedad civil vías para solucionar violaciones específicas de los derechos humanos, el principal papel que contemplan para esos sujetos es el de ser autores potenciales de denuncias, en vez de sujetos empoderados que participen de forma activa en los procesos de creación, revisión, vigilancia y cumplimiento de las normas. Como teorizan quienes proponen la gobernanza experimental, la participación de la sociedad civil en estos desarrollos es una fuente esencial de presión para conseguir el cumplimiento de los estándares existentes y el progreso legislativo acumulativo (Melish y Meidinger, 2012).²⁴ Aunque los PR se mueven en esa dirección –por ejemplo, al declarar que las empresas deberían “consultar” a las comunidades potencialmente afectadas con el fin de evaluar los “riesgos”²⁵ para los derechos humanos–, no incorporan la participación de la sociedad civil como una característica institucional sistemática.

Dada mi atención a los aspectos dinámicos de los PR, me interesa sobre todo indagar en cómo, para lograr su cumplimiento, la presión pública, empresarial y de la sociedad civil ha influido en la implementación de los PR. Como se ha señalado, en las estructuras de gobernanza policéntrica,

²⁴ Véase también el capítulo de Melish en este libro.

²⁵ Véase A/HRC/17/31, principio 18.

esto implica que varias entidades tengan funciones de “coordinación”. Los procesos regulatorios acumulativos se apoyan en la coordinación, bajo la creencia de que la interiorización de los estándares de derechos humanos y su cumplimiento “impulsan progresivamente” (Fung y otros, 2001).

El GT es uno de los mecanismos de desarrollo de los PR, creado de manera explícita para ese propósito en el sistema de Naciones Unidas. Desde el principio de su mandato en 2011, el GT ha adoptado lo que ha sido conocido como “enfoque consultivo, inclusivo y multinivel” con respecto a ese objetivo.²⁶ Esta estrategia ha tenido un éxito sustantivo a la hora de que los Estados y las empresas acudan a consultas, talleres sobre mejores prácticas y foros. Sin embargo, ha tenido menos alcance en conseguir la participación activa de las organizaciones de la sociedad civil y los grupos afectados.

Antes de estudiar el historial del GT a este respecto, es importante destacar la importancia de esa asimetría para el modelo de gobernanza encarnado por los PR, ya que este modelo puede desatender las desigualdades de poder entre los sujetos participantes en los marcos regulatorios y considerar la esfera pública global como un espacio despolitizado de interacción entre “interesados” genéricos. Las profundas desigualdades que caracterizan los contextos locales e internacionales y que plantean los retos más difíciles para la gobernanza (por ejemplo, empresas transnacionales, por un lado, y trabajadores y comunidades afectadas, por el otro) se traducen en marcadas asimetrías entre los asistentes a las reuniones y los lugares en que estas se realizan, desde las consultas locales a las conferencias globales.²⁷

Un enfoque complementario prometedor es la “gobernanza participativa empoderada” de Fung y Wright (2003), puesto que una de sus preocupaciones principales es teorizar y estudiar de forma empírica la intervención de los contrapoderes en los sistemas de gobernanza. Este análisis reconoce que algunos marcos de gobernanza experimental

son muchas veces indiferentes a los problemas de falta de poder y dominación; por lo tanto, parecería sugerirse que basta-

²⁶ Véase A/HRC/WG.12/3/1.

²⁷ Para una formulación más completa de esta crítica a la teoría de la gobernanza experimental, aplicable al debate empírico sobre los códigos empresariales de conducta en cuanto a asuntos laborales, véase Rodríguez Garavito (2005).

ría con que los diseños institucionales se elaboraran de la forma correcta y entonces los grandes desequilibrios de poder en el contexto de estas instituciones se verían neutralizados (Fung y Wright, 2003: 259).

En consecuencia, se necesitan arreglos institucionales y estrategias de activismo que faciliten el desarrollo y el ejercicio del contrapoder, un concepto que describe “cómo sujetos poderosos con un acceso privilegiado a los lugares en los que se toman las decisiones pueden sufrir la oposición e incluso ser derrotados de vez en cuando por los débiles y los menos organizados” (Fung y Wright, 2003: 260). Sin contrapoderes, los acuerdos entre múltiples interesados frustrarán probablemente los fines de la gobernanza experimental:

A grandes líneas, el paso de la gobernanza adversarial jerárquica a la gobernanza colaborativa, cuando no hay contrapoderes o capacidad de resistencia, puede equivaler en la práctica a una reducción del Estado, a una maniobra de desregulación en la que se cooptan y neutralizan las fuerzas opositoras y la participación colaborativa no es más que un juego de apariencias (Fung y Wright, 2003: 265).

Si se tienen en cuenta las asimetrías de poder entre Estados, empresas y titulares de derechos, las mejoras duraderas a la protección de los derechos humanos en el marco de las actividades empresariales se basan en el desarrollo de mecanismos institucionales que promuevan el contrapoder de los titulares de derechos, las comunidades afectadas y las organizaciones de la sociedad civil, de manera que puedan desempeñar la función trazada para ellos en el enfoque de “los elementos constructivos”. Al ocupar ese rol, las organizaciones de la sociedad civil no siguen un camino único. Según cuáles sean sus métodos de trabajo, bases electorales y clase de conocimiento experto, algunas han elegido establecer relaciones con el GT, otras enfrentarse a él e incluso algunas adoptaron ambas estrategias.²⁸ Como Elliot y Freeman (2003: 50, 64) han señalado con respecto a los estándares laborales globales, desde el punto de vista de la protección efectiva de los derechos humanos, la coexistencia de “antagonistas” y “colaboradores” es un activo más que un pasivo en el

28 Sobre este aspecto, véase el capítulo de Kweitel en este libro.

terreno de la gobernanza global, ya que la estrategia óptima para hacer progresar los fines gemelos del cumplimiento y la difusión de los derechos humanos es alguna forma de oposición (de presión continua a los Estados y a las empresas para que cumplan con los PR y el derecho internacional en general) y colaboración (promover la difusión de estándares más altos de derechos humanos entre los Estados y las empresas).

Desde la postura del GT, esto implica abrir vías a la participación no sólo de los colaboradores (es decir, de las organizaciones de la sociedad civil que ayudan a divulgar los PR), sino también de los antagonistas (es decir, de las organizaciones activistas y de víctimas capaces de elevar denuncias y quejas específicas, y de presionar de forma constante para promover continuamente el contenido de las obligaciones de derechos humanos y el cumplimiento de ellas). Como Keck y Sikkink (1998) han revelado, al ejercer una “política de control de la responsabilidad”, los antagonistas son fuentes fundamentales de contrapoder, por ejemplo, al reclamar que los Estados y las empresas se sujeten a los PR y a otras obligaciones contempladas en el derecho duro y en el blando, y en los estándares nacionales e internacionales, y al presionar para la aprobación de estándares y prácticas más efectivas.

Como he indicado en un estudio sobre los estándares laborales internacionales, los acuerdos institucionales que incorporan este tipo de gobernanza participativa empoderada tienen más posibilidades de contribuir a mejoras sostenibles en las prácticas reales de derechos humanos (Rodríguez Garavito, 2005).²⁹ En oposición a la conclusión de Ruggie en el capítulo 2 de este volumen, esos acuerdos pueden establecerse, y así ha ocurrido, además de en las esferas local o nacional, en la global. Existen precedentes relevantes recientes en el régimen del cambio climático que surgió tras la Conferencia de París de las Partes en 2016, en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono y en el código de conducta y el sistema de supervisión creados por el Worker Rights Consortium para proteger sus derechos laborales en la industria global del vestido (Rodríguez Garavito, 2005).³⁰

29 Para un argumento conexo relacionado con la regulación global de la propiedad intelectual y cómo dificulta el acceso a los medicamentos, véase Dreyfuss y Rodríguez Garavito (2014).

30 Véase también De Búrca y otros (2013).

En resumen, la dinámica de los PR está fundada en la superposición y complementariedad entre las formas de gobernanza pública, empresarial y de la sociedad civil. A estos fines, el GT, como uno de los mecanismos de desarrollo de los PR, necesita divulgar y estimular la adopción de los PR entre los Estados y las empresas, y crear canales de colaboración con la sociedad civil para que esta ejerza una política de control de la responsabilidad. Mientras la difusión genera incentivos para el cumplimiento mediante la creación de ideas, la política de control de la responsabilidad impulsa estímulos materiales. Sin embargo, para que funcione la política de control de la responsabilidad de las empresas ante la sociedad, los acuerdos y las prácticas institucionales del GT necesitan facilitar el ejercicio del contrapoder, puesto que hoy la presión ejercida por la sociedad civil resulta irrelevante por la diferencia de poder entre ella y los Estados y las empresas.³¹

¿Cómo se compara el historial de la implementación de los PR con las promesas del nuevo modelo de gobernanza? ¿Cómo se ha relacionado el GT con los diversos interesados? ¿Cómo ha tratado los diferenciales de poder entre ellos? Me ocupo ahora de estas preguntas.

La implementación asimétrica de los Principios Rectores

Desde el principio de su mandato, los esfuerzos del GT se concentraron en la difusión de los PR, tal y como se anunció en sus reportes iniciales. En su primer informe a la Asamblea General, el GT señaló que un pilar de su estrategia de divulgación era su trabajo con agentes “multiplicadores” fundamentales, que para el GT son instituciones regionales, asociaciones empresariales, agencias para el desarrollo y plataformas dedicadas a la responsabilidad social y la sostenibilidad ambiental de la actividad empresarial. El documento da cuenta de los esfuerzos de difusión en el sector industrial y otorga prioridad al sector empresarial en la circulación futura de los PR. El GT también destaca que “apoyará a los Gobiernos, a las asociaciones empresariales y a otros colectivos en la elaboración y aplicación de planes de acción diseñados para divulgar e

31 El GT es sólo uno de los muchos puntos de influencia hacia los cuales dirigir el contrapoder. Para un análisis del conjunto más amplio de oportunidades políticas e institucionales para ejercer presión de abajo hacia arriba con el fin de exigir responsabilidad a las empresas, véanse los capítulos de Bickford y Jochnik en este libro.

implementar los PR”.³² En el mismo sentido, el texto describe la puesta en práctica por parte de Estados y empresas, y destaca dos proyectos que el GT emprenderá para alentar esos esfuerzos: la elaboración de planes de acción nacionales, y la “discusión entre pares y el aprendizaje entre Estados y negocios” para la implementación.³³

El énfasis del GT en la difusión, junto con el trabajo previo del RESG en esa misma dirección, ha conseguido un progreso tangible y rápido hacia la convergencia normativa en torno a los PR entre Estados y empresas, dando pie a un prometedor comienzo para poder cumplir con una de las principales tareas de los mecanismos estructuradores de regímenes complejos. Por ejemplo, el nuevo capítulo de derechos humanos de las Directrices de la OCDE para las Empresas Multinacionales prácticamente copia los PR. Los Principios Internacionales de Sostenibilidad de las Empresas Financieras y los Estándares de Desempeño, que establecen condiciones sobre los préstamos que se conceden al sector privado, han incorporado recientemente cláusulas de derechos humanos extraídas de los conceptos de los PR. Además, se ha desarrollado un nuevo estándar de responsabilidad social, el ISO 26 000, que incluye un capítulo de derechos humanos que también toma como modelo los PR (Ruggie, 2014b: 11).

En esta línea, en varios países están discutiéndose planes de acción nacionales (PAN) para la implementación de los PR. Los europeos han liderado la iniciativa: la Comisión Europea ha anunciado su intención de desarrollar un plan de acción en la Unión Europea (UE) (ICAR y DIHR, 2013) y, en el momento de escribir este capítulo, nueve de los diez países que han aprobado PAN pertenecen a la UE. Colombia es el autor del décimo PAN. En su informe de diciembre de 2015, el GT señaló con preocupación la falta de evaluaciones nacionales de referencia para el desarrollo de los PAN y elogió a Chile, Sudáfrica, Zambia, Alemania y Escocia, entre otros países, por dedicar atención a los diagnósticos de referencia que sirvan para la elaboración de sus respectivos PAN. En la actualidad, más de diecinueve Estados se han comprometido a concebir sus PAN y están trabajando en esa dirección; además hay ocho Estados que tienen instituciones nacionales de derechos humanos u organizaciones de la sociedad civil que han dado pasos para forjar un PAN.³⁴ Sin

32 Véase A/67/285, párr. 35.

33 *Ibid.*, párr. 39.

34 Para la información más actualizada sobre los PAN, véase <www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>.

embargo, como el propio informe del GT recoge, hay poca información sobre los efectos reales que tienen esas acciones estatales en las comunidades afectadas, a pesar del anunciado compromiso público con los principios de derechos humanos en los PAN y otros instrumentos.³⁵

El reverso del énfasis inicial del GT en la difusión y la colaboración con agentes “multiplicadores” de las administraciones públicas, empresariales y de la sociedad civil ha sido su relativa falta de atención a la participación de las comunidades afectadas y las organizaciones de la sociedad civil enfocadas en responsabilizar a las empresas. Igualmente, dicho énfasis ignoró las diferencias de poder entre estas comunidades y organizaciones de la sociedad civil, de un lado, y los actores que el GT privilegió por considerar que tenían un efecto multiplicador. A pesar de que se ha mejorado la atención hacia las comunidades afectadas, aún está pendiente revisar la forma de interacción del GT con estas comunidades. Este desequilibrio es en especial sorprendente a la luz de dos hechos. En primer lugar, el mandato del GT exige

desarrollar un diálogo regular y discutir las áreas posibles de cooperación con los Estados y todos los sujetos relevantes, entre los cuales están los órganos de Naciones Unidas pertinentes, las agencias, fondos y programas especializados [...], y también las empresas transnacionales y otras clases de empresas, las instituciones nacionales de derechos humanos, los representantes de los pueblos indígenas, las organizaciones de la sociedad civil y otras organizaciones internacionales regionales y subregionales.³⁶

35 “En opinión del Grupo de Trabajo, los planes de acción nacionales son un medio y no un fin. [...] Para que los procesos de los planes de acción nacionales sean eficaces, deben examinarse y actualizarse periódicamente, con mecanismos de vigilancia incorporados. Además, el proceso por el que se llevan a cabo, es decir, un proceso que incluya un desglose completo de los deberes de los Estados, así como amplias consultas con las partes interesadas, es tan importante como el producto final. El Grupo de Trabajo alienta a los Estados a que consideren los planes de acción nacionales como un instrumento para la mejora continua y los lleven a cabo teniendo presente la inclusión y amplitud.” Informe del GT, A/70/216, 30 de julio de 2015, párr. 73.

36 Véase “Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”, A/HRC/17/L.17/Rev.1, 15 de junio de 2011, p. 3.

En segundo lugar, el estatus del GT en el sistema de Naciones Unidas es el de un “procedimiento especial” del Consejo de Derechos Humanos, que los encargados del mandato suelen interpretar como una prioridad a su relación con las víctimas de las violaciones de derechos humanos.

Si se tiene en cuenta la amplitud y complejidad del régimen regulatorio global que contribuye a desarrollar, la única opción que tenía el GT era tomar decisiones estratégicas sobre las prioridades, porque no hubiera sido factible intentar ocuparse a la vez de todas sus tareas con todos los interesados. Para tomar estas determinaciones un criterio fundamental debía ser la necesidad de asegurar “la participación de los entes relevantes (‘interesados’) en un proceso no jerárquico de adopción de decisiones” (De Búrca y otros, 2013: 739). Eso implicaría emplear métodos de trabajo y mecanismos institucionales dirigidos de forma explícita a convocar a las comunidades y los individuos afectados, y también a las organizaciones de la sociedad civil que colaboran con ellos. Basándose en la tradición de los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, esos mecanismos podían incluir la recepción de solicitudes y quejas individuales y la respuesta a ellas, otorgando prioridad a los asuntos que, con mayor urgencia, preocupen a esas comunidades y organizaciones, estimulando su participación (por ejemplo, el acceso a remedios para las víctimas), y promoviendo relaciones con los interesados que ayuden a mitigar las asimetrías de poder entre ellos (por ejemplo, a través de reuniones con los afectados por violaciones a los derechos humanos y ayudas para que participen de forma significativa en las consultas regionales y globales).

Las primeras decisiones estratégicas del GT no apuntaron en esa dirección y cristalizaron en una interpretación restrictiva de su mandato. En lo referente a la tensión entre principios y consideraciones pragmáticas que contiene el enfoque del “pragmatismo de principios”³⁷ adoptado por el ex RESG para el desarrollo de los PR, el GT escogió el camino errado de las consideraciones pragmáticas en vez de adoptar el de los

37 Según el ex RESG, el pragmatismo de principios implica “un compromiso irrenunciable con el principio de fortalecer la promoción y la protección de los derechos humanos en su relación con las empresas, unido a un apego pragmático a lo que mejor funcione para introducir cambios en lo que más importa en las vidas cotidianas de la gente”. Véase “Informe provisional del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales”, E/CN.4/2006/97, 2006, párr. 81.

principios que ampliaran el espacio para el cumplimiento efectivo de los derechos humanos. Por ejemplo, como se señaló, en un comienzo el GT afirmó que “no estaban en posición de investigar casos individuales de violaciones de derechos humanos”. A petición de algunas ONG, revisó esa postura y declaró que se reuniría con las víctimas durante las visitas a los distintos países.³⁸

Los primeros años de actividad del GT se caracterizaron entonces por una falta de atención a la participación empoderada de la sociedad civil, seguidos luego de una apertura gradual a ella como respuesta a las críticas. Esta disposición se hace evidente, por ejemplo, en la evolución de los foros regionales y globales que convoca, en los que se manifiestan dos retos que enfrenta la sociedad civil en los acuerdos entre múltiples interesados: quién participa y quién es considerado “sociedad civil” en esos diálogos.

Con respecto a *quién participa*, el formato del primer Foro Global y Regional limitó el grado en el que todos los interesados podían contribuir a la discusión. El GT intentó que hubiera representantes de cada grupo en los paneles; sin embargo –teniendo en cuenta la débil intervención en general de los colectivos afectados y de la sociedad civil, debido a su propia falta de interés, a su potencial desconfianza en el proceso y a la posibilidad limitada de asistir debido a los costos y la logística–, las mesas del primer Foro Global de 2012 muestran a menudo los mismos miembros participantes de la sociedad civil y los individuos afectados sólo formaron parte de un panel.

Aunque en su primer informe de abril de 2012 el GT reconoció los retos que enfrentaban las comunidades vulnerables de organizaciones e individuos para participar,³⁹ no implementó medidas para ocuparse de los desequilibrios con suficiente prontitud, por lo cual las agrupaciones de la sociedad civil comenzaron a exigir más oportunidades para intervenir. Por ejemplo, en una declaración hecha pública justo antes de comenzar el primer Foro Regional de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, en Medellín, Colombia, en agosto de 2013, un grupo de ONG exigió que el GT

38 Véase la nota 18 en este capítulo.

39 En concreto, el informe (E/CN.4/2006/97) destaca la necesidad de que el GT preste más atención a las personas afectadas y a los obstáculos que enfrentan para acceder a la justicia.

generase mecanismos reales y efectivos de participación con el fin de garantizar que los representantes de las comunidades afectadas de varios sectores y movimientos sociales tengan la capacidad de expresar sus opiniones y presentar sus casos en el marco de Naciones Unidas.⁴⁰

Una declaración de la sociedad civil, publicada después del evento, expresó preocupaciones parecidas y ha sido discutida en varias de sus reuniones de coordinación.⁴¹

En respuesta a estas inquietudes expresadas por grupos de la sociedad civil, el GT comenzó de forma gradual a cambiar algunos de sus procedimientos para ampliar la participación. Consiguió fondos limitados para apoyar los viajes al foro anual celebrado en Ginebra, que asignó a integrantes concretos, provenientes de regiones y países con insuficiente representación, e introdujo otros métodos de inclusión, como pequeños eventos paralelos al principal, seminarios temáticos de expertos y reuniones de interesados previas al foro.⁴² Además, después de las sugerencias efectuadas por las organizaciones de la sociedad civil y otros solicitantes, el GT modificó el formato de las sesiones plenarias para el foro global de Naciones Unidas de 2013, de manera que en los paneles hubiera más participantes de la sociedad civil y de la comunidad, y durante el debate público estuvieran diferenciadas con claridad sus preguntas de las provenientes de las empresas y de los Estados, garantizando así que cada uno de esos grupos tuviera la misma oportunidad de intervenir.

Como ya señalé, un segundo tema de discusión apunta a *quién es considerado parte de la sociedad civil* a los fines de estos debates y de otras formas

40 Véase “NGO declaration re forthcoming UN Regional Forum on Business and Human Rights for Latin America & Caribbean”, disponible en <www.business-humanrights.org>.

41 Véase “Declaration of civil society organizations that participated in the First Regional Forum on Business and Human Rights in Latin America and the Caribbean” y “Joint letter on suggestions for the 2013 UN Forum on Business and Human Rights”, disponibles en <www.business-humanrights.org>. En el People’s Forum, celebrado en Bangkok, Tailandia, en noviembre de 2013, se expresaron preocupaciones parecidas, como también se hizo en las reuniones de coordinación de la sociedad civil celebradas en Ginebra en 2012 y 2013 y en Medellín.

42 Véase “Response to the civil society organizations who have sent submissions in relation to the 2013 Regional Forum on Business and Human Rights for Latin America and the Caribbean”, disponible en <www.business-humanrights.org>.

de relacionarse con el GT. En las consultas y los foros convocados por el GT surgen diferencias sobre cuáles son los límites de la sociedad civil. Las organizaciones activistas de derechos humanos que más tiempo llevan participando en EDH –algunas de ellas con actividad en Naciones Unidas desde antes de la aprobación del Proyecto de Normas– han criticado que en la categoría de “sociedad civil” se hayan incluido nuevas consultoras y fundaciones especializadas de expertos que asesoran a las empresas y a los Estados sobre la temática de las EDH.

Con la adopción de los PR y de otros sistemas de gobernanza de múltiples interesados, se han establecido varias entidades de esa clase; algunas actúan como consultoras para las empresas y trabajan con ellas para garantizar el cumplimiento de los PR y otros estándares regulatorios internacionales.⁴³ Este papel híbrido ha despertado el debate sobre los límites de la categoría de “la sociedad civil”; reconocidas organizaciones activistas de derechos humanos cuestionan cómo las preocupaciones y las participaciones de estos nuevos grupos en el proceso dejan a un lado a grupos de mayor trayectoria (y más críticos). Algunos han cuestionado el hecho de que las actividades de estas nuevas entidades diluyen los efectos positivos de los PR en lugar de fortalecerlos.

Al principio, el GT no mostró ninguna receptividad a las críticas y tendió a unificar todas las entidades no estatales, que no fueran empresas, bajo la categoría de “sociedad civil”. Eso se hizo evidente en las discrepancias entre el conteo de participantes de la sociedad civil realizado por el GT y el proporcionado por las ONG de derechos humanos. Si bien estas últimas no contaron como miembros de la sociedad civil a las empresas y las organizaciones que trabajaban como consultores, el GT sí lo hizo.

El resultado divergente de estos cálculos pone de relieve el conflicto en torno a los límites de la sociedad civil y sus consecuencias para la gobernanza participativa empoderada. En los recuentos efectuados por las ONG de derechos humanos, sólo el 10% de los panelistas provenían de comunidades afectadas por las actividades empresariales o de ONG que trabajaran con esas comunidades, mientras que el 43% representaba a empresas o consultoras de derechos humanos. El GT hizo un cómputo diferente, y declaró que el 32% de los conferencistas pertenecía

43 Ejemplos de esas organizaciones son Business for Social Responsibility, Global Business Initiative y Rights Advice.

a organizaciones empresariales y el 23%, a la sociedad civil.⁴⁴ Aunque parte de la discrepancia fue producto de que los grupos de la sociedad civil consideraron únicamente las principales sesiones de los paneles (47 conferencistas), mientras que el GT tuvo en cuenta también los seminarios de expertos y las sesiones paralelas (73 conferencistas), la mayor diferencia se explica por las concepciones divergentes sobre dónde están los límites entre empresas y sociedad civil.⁴⁵ Si bien las ONG de derechos humanos contabilizaron algunas organizaciones que ofrecían servicios de consultoría como empresas, pertenecientes por consiguiente al sector empresarial, el GT las consideró como participantes de la sociedad civil.

Los límites son siempre objeto de controversia, en especial cuando la categoría tiene connotaciones históricas y conceptuales tan fuertes como “sociedad civil”. Hay entidades híbridas, de toda clase, que no pueden clasificarse con facilidad. Sin embargo, estos debates sobre los límites pueden tener consecuencias tangibles en la práctica. Por ejemplo, la discusión sobre los números generó una información más transparente sobre los participantes y los conferencistas registrados en el Foro de Naciones Unidas de 2013, celebrado en Ginebra. A diferencia de lo que había pasado en el Foro Global de 2012 y el Foro Regional de 2013, el GT publicó una lista completa de participantes registrados y los clasificó en categorías como “consultores”, “organizaciones de la sociedad civil” y “otros”.⁴⁶

En resumen, las iniciativas con múltiples interesados, como las centradas en torno al GT, tienden a fomentar y a la vez a limitar la participación de los actores relevantes. Como indica la trayectoria del GT, los “colaboradores” y los agentes “multiplicadores” suelen tener un papel predominante, por sobre los antagonistas. Esta preponderancia es resultado de la combinación de los dos tipos de sujetos y estrategias en una única categoría de sociedad civil. A su vez, eso puede ampliar los diferenciales de poder entre los interesados, puesto que la voz de los más poderosos

44 Véanse los textos citados en las notas 42 y 43 en este capítulo.

45 Hay discrepancias mucho menores en lo referente a los participantes pertenecientes a los gobiernos y a Naciones Unidas. Según el conteo de las ONG, el 26% de los conferencistas representaba gobiernos regionales y el 21% provenía de diversos organismos de Naciones Unidas. Según la medición del GT, el 23% procedía de gobiernos y de instituciones nacionales de derechos humanos, y el 22% de organismos de Naciones Unidas.

46 Véase la lista de participantes en <www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/ForumSession2/ListOfParticipants.pdf>.

(por ejemplo, las empresas y los Estados) se amplifica todavía más gracias a los actores de la sociedad civil que trabajan para ellos (por ejemplo, las empresas consultoras).

En consecuencia, esos acuerdos institucionales a veces no incorporarían la voz de los sujetos menos poderosos, como los individuos y las comunidades afectados, y no conseguirían empoderarlos.⁴⁷ Por lo tanto, pueden verse reducidas las posibilidades de que la política de control de la responsabilidad sirva como fuente de presión hacia arriba en los nuevos regímenes de gobernanza. Con el fin de evitar estos riesgos de fracaso, es necesario incorporar mecanismos institucionales dirigidos a promover los contrapoderes. En la sección final de este capítulo propongo medidas específicas a través de las cuales el GT podría desplazarse en esta dirección.

Una vía complementaria: un tratado vinculante

Como he señalado en la introducción, el aspecto dinámico de los PR, con independencia de la cuestión de si ejerce presión desde arriba, debería valorarse según si, en la práctica, los PR abren espacios para “otros desarrollos prometedores a largo plazo”. Si se tiene en cuenta la historia de Naciones Unidas con respecto a las EDH, y también los debates actuales sobre la necesidad de tener normas vinculantes relacionadas con las obligaciones de las empresas, es evidente que un desarrollo fundamental a en esta área sería la adopción de un tratado internacional vinculante. Un acuerdo de esa clase, sumado a la difusión de los PR y a la participación empoderada de la sociedad civil en su implementación, como se ha estudiado en la sección previa, sería un paso esencial que iría más allá del “fin del comienzo” en el derecho y los regímenes de gobernanza relacionados con las empresas y los derechos humanos.

En este apartado se examina tal vía complementaria y el debate en torno a ella. Aunque algunos de los partidarios de un tratado vinculante no se oponen a los PR, muchos los han criticado, como también al nuevo modelo de gobernanza que encarnan, por no ser lo suficientemente

47 Para un análisis afín acerca de los desequilibrios de poder en los PR y en el derecho internacional en general, véase el capítulo de Meyersfeld en este libro.

efectivos en la protección de los derechos de las personas y los grupos afectados por las actividades empresariales.⁴⁸ En el mismo sentido, algunos defensores de los PR no suelen entrever la viabilidad política y la conveniencia jurídica de este tipo de normas vinculantes, al igual que el modelo “legalista” de gobernanza que, en su opinión, subyace a las propuestas favorables a un tratado.⁴⁹

Mi argumento se sitúa en una posición intermedia entre los dos frentes de este debate. Por un lado, sugiero que el esfuerzo en adoptar un tratado vinculante, si se presta igual atención a consideraciones normativas y pragmáticas, y está redactado con un nivel adecuado de generalidad y dirigido al objetivo correcto, podría ser fundamental para la protección de los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales y servir para hacer más específico el contenido de los PR en aspectos clave, además de fortalecer su implementación y cumplimiento. Por otro lado, sostengo que la inclinación que tienen algunos académicos y ciertas organizaciones activistas por un tratado vinculante no implica necesariamente el progreso que podría generar una implementación efectiva, expansiva y empoderada de los PR.

Mi tesis sobre la puesta en práctica de los PR y un tratado vinculante tienen fundamentos conceptuales similares. Como han defendido los teóricos de la gobernanza, es posible combinar mecanismos policéntricos y centralizados, o mecanismos voluntarios y obligatorios, en un mismo régimen (De Búrca y otros, 2013: 727). Si se articulan de forma adecuada, estos enfoques diferenciables pueden ser complementarios.

Hay múltiples razones para creer que esa complementariedad existe con respecto a la implementación y la expansión del marco regulatorio de los PR. En primer lugar, en lo referente al esquema de gobernanza tripartito (Estado, empresas y sociedad civil) que está tras los PR, un tratado vinculante especificaría las obligaciones y reforzaría los mecanismos de cumplimiento con respecto al Estado, al tiempo que pondría a disposición de la sociedad civil los mecanismos de participación y los remedios existentes en el derecho internacional de los derechos humanos. En segundo lugar, la adopción de un tratado mejoraría la correspondencia

48 Véase, por ejemplo, Alianza Social Continental y otros, “Statement to the Delegations on the Human Rights Council. Final Report of the SRSG on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises” (2011).

49 Véase el capítulo 2, de Ruggie, en este libro.

entre los PR y las normas e instituciones internacionales de derechos humanos. Puesto que los PR sólo especifican “responsabilidades” (y no “deberes”) de las empresas en relación con los derechos humanos, las compañías podrían usarlos para negar tener obligaciones derivadas del derecho internacional (como argumentó Shell con respecto al *jus cogens* en el caso “Kiobel c. Royal Dutch Shell” ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos).⁵⁰ También, como afirma Deva en este libro, los PR no son lo suficientemente inclusivos en cuanto a la variedad de fuentes de obligaciones de derechos humanos internacionales que reconocen, puesto que se refieren sólo a los

expresados en la Declaración Internacional de Derechos Humanos y a los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo.⁵¹

Esto deja fuera tratados centrales sobre los derechos de las mujeres, las víctimas de la discriminación racial, los niños y las personas con discapacidades. Por consiguiente, un tratado vinculante haría que las obligaciones en torno a las EDH se alinearan con el derecho internacional. En tercer lugar, un tratado viable y focalizado, además de tener una mayor probabilidad de ser aprobado en Naciones Unidas, establecería una base mínima regulatoria que reconocería y aprovecharía el poder normativo de los estándares de derechos humanos, lo que a su vez podría generar la clase de regulación policéntrica y experimental representada por los PR y favorecida por los académicos de la gobernanza experimental. Por último, si un tratado como ese aclarara las obligaciones extraterritoriales de los Estados y las empresas con respecto a las violaciones de derechos humanos, ayudaría a cerrar el vacío regulatorio –la territorialidad de la jurisdicción estatal– que acaso no pueda superarse mediante mecanismos descentralizados y graduales como los PR.

50 “Kiobel c. Royal Dutch Petroleum”, 133 S.Ct. 1659 (2013). El ex RESG intervino con un memorando en este caso para aclarar que los PR no debían ser interpretados de esa forma.

51 PR, Principio 12.

Trasfondo: los Principios Rectores y la idea de un tratado vinculante

Los partidarios de la regulación mediante un tratado vinculante son, en gran parte, grupos de la sociedad civil y académicos que desde hace tiempo dedican su labor a promover la regulación de las empresas en la esfera internacional y nacional. La convicción de realizar un tratado proviene de una larga historia de esfuerzos en responsabilizar a las empresas ante la sociedad por los efectos negativos de sus actividades. Ese esmero, sobre todo por parte de la sociedad civil y los grupos afectados, se ha visto dificultado por la ausencia de normas vinculantes aplicables a las empresas, y también han denunciado las complicaciones que surgen de la falta de aplicación extraterritorial de las normas nacionales existentes. La idea de un instrumento vinculante internacional es muy atractiva para los grupos de la sociedad civil.

Muchos de estos grupos fundamentan en parte la historia de su enfoque con respecto a los mandatos del RESG y del GT en el fallido Proyecto de Normas de mediados de los años dos mil. El Proyecto de Normas fue interpretado por esos grupos como un conjunto normativo que al menos incorporaba de manera razonablemente efectiva las obligaciones existentes de derechos humanos relevantes para la actividad empresarial. En cambio, los PR fueron percibidos como regresivos, en la medida en que no incluían las obligaciones vinculantes ya existentes.⁵²

Los grupos que habían dedicado considerable energía al desarrollo y la promoción del Proyecto de Normas también quedaron insatisfechos con el grado en que estas normas se pasaron por alto en el proceso de desarrollo de los PR. Desde el principio del mandato del RESG, la sociedad civil insistió en la importancia central del Proyecto de Normas y sostuvo que las iniciativas voluntarias no debían “verse como un sustituto de la ratificación de las obligaciones impuestas a todos por el derecho internacional de los derechos humanos” (FIDH, 2005).

El ex RESG reconoció la existencia de un “debate profundamente divisorio entre las organizaciones activistas de derechos humanos y la comunidad empresarial” (Ruggie, 2013: xviii) con respecto a la posibilidad de imponer obligaciones vinculantes para las empresas; para él, era una distinción creada por el Proyecto de Normas, que su mandato tendría que superar si quería ser exitoso. El RESG unió a su interpretación

52 Véanse, por ejemplo, FIDH y otros (2011), Oxfam (2011), European Center for Constitutional and Human Rights (2011).

del contexto político del Proyecto de Normas una interpretación jurídica que justificaba distanciarse todavía más de ellas –lo que él llama su “normicidio”– (Ruggie, 2013: 54), al argumentar que los deberes de las empresas conforme a las Normas no estaban lo suficientemente determinados y que no era claro en ellas la distinción entre deberes del Estado y deberes de las empresas (Ruggie, 2013: 49-51).

Ese distanciamiento del espíritu representado por el Proyecto de Normas y lo que eso significó para la forma de los PR (voluntarios en lugar de vinculantes) y su contenido (nuevos principios en lugar de la reformulación de normas establecidas) fue crucial para la crítica que los grupos de la sociedad civil hicieron luego del mandato del RESG. A medida que el mandato continuó y quedó claro que el Proyecto de Normas no sería parte de los marcos normativos que surgieran de él, algunos grupos siguieron participando en el proceso y proporcionaron comentarios durante el desarrollo de los PR, intentando influenciar en su contenido. Sus comentarios reiteraban, entre otros asuntos, que el proyecto de PR debía incorporar los estándares de derechos humanos, puesto que –según ellos– el proyecto de PR estaba tomando desde el principio

un enfoque más regresivo hacia las obligaciones de derechos humanos de los Estados y las responsabilidades de los sujetos no estatales comparado con las interpretaciones establecidas por el derecho internacional de los derechos humanos y las prácticas actuales (FIDH y otros, 2011).

Sin embargo, la mayoría de los grupos activistas de derechos humanos consideraron el contenido final de los PR insatisfactorio con respecto a estos puntos y algunos pidieron que los PR fueran totalmente rechazados.⁵³

El Grupo de Trabajo y la relevancia continua de un tratado

A pesar de la naturaleza no vinculante de los PR y de la distancia que el RESG tomó del Proyecto de Normas, en sus Recomendaciones sobre el Seguimiento del Mandato (2011b) John Ruggie describió lo que consideró como un camino para hacer progresar el campo de las empresas y

53 Véase, por ejemplo, A/HRC/17/31.

los derechos humanos mediante mecanismos jurídicos internacionales. En ese documento, hizo dos recomendaciones principales: en primer lugar, incorporar los PR en diferentes niveles y, en segundo lugar, aclarar los estándares jurídicos internacionales relativos a las EDH. A esos efectos, reconoce la posibilidad de “un proceso interestatal de elaboración de un nuevo instrumento jurídico internacional” (Ruggie, 2011b: 5).

Los grupos de la sociedad civil insatisfechos con la naturaleza voluntaria de los PR presionaron políticamente sobre ese segundo punto, haciendo referencia a la declaración del RESG, pero el GT no atendió su solicitud en los primeros años de su mandato. Durante ese tiempo, el GT se concentró cada vez más en la difusión y la implementación de los PR, en lugar del desarrollo de mecanismos vinculantes, por lo que fue creciendo la frustración de estos grupos de la sociedad civil con el GT; así, algunos prefirieron distanciarse del Grupo de Trabajo y de sus esfuerzos y la cuestión de un tratado vinculante permaneció en el fondo del cajón.

Sin embargo, la inquietud no se eliminó del programa de acción de la sociedad civil y volvió a surgir con fuerza en el Foro Regional sobre Empresas y Derechos Humanos, organizado por el GT en Medellín, Colombia, en agosto de 2013. En este encuentro, los participantes expresaron en varios frentes un impulso renovado favorable a la elaboración de un tratado. En primer lugar, el gobierno de Ecuador manifestó su intención de realizar nuevos esfuerzos para presionar en pos de la aprobación de un tratado vinculante sobre las obligaciones de derechos humanos de las empresas. En segundo lugar, el GT planteó la posibilidad de comenzar diálogos sobre un proceso para sancionar un tratado de tales características. Por último, las organizaciones de la sociedad civil celebraron intercambios internos acerca de la posibilidad de retomar con mayor vigor su labor para conseguir el tratado.⁵⁴

El Foro Alternativo fue también una muestra interesante de la variedad de apoyos entre las organizaciones de la sociedad civil. En la lista de signatarios de la declaración final, había organizaciones internacionales

54 Muchos grupos de la sociedad civil apoyaron los esfuerzos liderados por Ecuador para impulsar un tratado internacional; véase, por ejemplo, FIAN Internacional y otros (2013). Sin embargo, algunos retiraron su respaldo tras el cierre sumario de las oficinas de la Fundación Pachamama en diciembre de 2013, y mencionaron la hipocresía de la tarea de Ecuador por impulsar una regulación internacional sobre empresas para casos de abusos de derechos humanos, cuando al mismo tiempo clausuraba una organización de la sociedad civil por promover la protección de los derechos humanos en la industria extractiva.

de derechos humanos con sede en Ginebra y también grupos de la sociedad civil nacionales y otras organizaciones de base. Esa variedad muestra la diversidad de motivaciones para apoyar una iniciativa de ese tipo. En los grupos de la sociedad civil que trabajan en casos específicos y en colaboración con comunidades de base, hay una desconfianza notable hacia las empresas y un deseo por acabar con la impunidad de la que gozan, según ellos. Creen que las iniciativas voluntarias y la disminución del número de normas vinculantes fomentan esa impunidad. Para las ONG con un carácter más internacional, un impulso adicional es su ventaja comparativa a la hora de hacer el trabajo político necesario para alentar un instrumento vinculante. En concreto, los grupos con sede en Ginebra están organizados en torno al trabajo de Naciones Unidas y algunos de ellos son los que han estado dedicándose desde hace más tiempo y con mayor insistencia a conseguir un instrumento internacional vinculante.

Esta combinación es también evidente en la más reciente Alianza para el Tratado, producto de la sociedad civil, que adquirió fuerza después de que la idea de un tratado vinculante reviviera en el Consejo de Derechos Humanos. En junio de 2014, este aprobó una resolución de Ecuador, propuesta un año antes, para crear un grupo intergubernamental de trabajo y negociar un instrumento vinculante en EDH. Desde entonces, la Alianza para el Tratado ha servido como una plataforma para que las sociedades de la organización civil coordinen sus esfuerzos, establezcan relaciones con el grupo intergubernamental de trabajo y presenten sus ideas en las reuniones que el grupo de trabajo celebrará en julio de 2015 y octubre de 2016.

Las desventajas de concentrarse primordialmente en un tratado

Pese a su capacidad para convocar a diversos actores de la sociedad civil y a su importancia para regular de forma efectiva la actividad empresarial, la propuesta de un tratado vinculante, cuando se establece como el objetivo dominante o incluso exclusivo del activismo y la creación normativa, tiene limitaciones propias. Como se comprobó durante el largo proceso de desarrollo del Proyecto de Normas, presionar para conseguir la aprobación de un tratado internacional vinculante sobre empresas y derechos humanos es dispendioso en cuanto a recursos, tiempo y costos políticos. En las reuniones de la sociedad civil muchas veces se hace referencia a que ese proceso llevará veinte años y requerirá una notable estrategia política y considerables conocimientos y recursos. También

exige un apoyo estatal significativo, con liderazgos como el de Ecuador, además de una base social amplia si se quiere lograr el éxito.

A menudo es difícil para las organizaciones más pequeñas, que no tienen grandes presupuestos operativos o conexiones políticas destacables, ejercer en Ginebra la fuerte presión política que requiere el proceso de elaboración de un tratado, lo que deja a las organizaciones con sede en esa ciudad como centro del proyecto. Por un lado, eso aprovecha sus ventajas comparativas, su historial largo de trabajo sobre el tema y el conocimiento acumulado resultante de esos procesos, además de su ubicación estratégica. En muchos sentidos, esos grupos tienen una finalidad crucial y única. Sin embargo, las organizaciones que no tienen sede en Ginebra pueden fácilmente quedar fuera del trabajo político necesario para apoyar la sanción de un tratado. Si conseguir un instrumento vinculante en torno a la cuestión de EDH se convierte en el objetivo exclusivo o primario de la sociedad civil, se corre el riesgo de marginar las prioridades, las perspectivas y las estrategias políticas de las organizaciones más pequeñas o más regionales (como coordinar la comunidad local, trabajar en casos específicos o realizar campañas legislativas). Cuando el tratado se toma como objetivo único o primordial, en vez de como un elemento fundamental de un conjunto más amplio de alternativas de política pública o activista, este énfasis puede reproducir asimetrías de poder, dentro de la sociedad civil, y también entre esta, por un lado, y los Estados y las empresas, por el otro, que dificulten lograr acuerdos de gobernanza experimental.⁵⁵

Una última limitación potencial de un instrumento jurídico internacional que imponga obligaciones vinculantes de derechos humanos para las empresas (propósito de varios de los participantes en la Alianza para el Tratado) es el grado en el que la creación de deberes adicionales para las empresas, que se parecerían a los del Estado, podría llevar a una acumulación o un refuerzo de los poderes de las corporaciones, también semejantes a los estatales (como, por ejemplo, hacer un uso legítimo de la fuerza). Esta preocupación es discutida con frecuencia en círculos de la sociedad civil, en parte porque la percepción es que las empresas ya poseen parcialmente esos poderes *de facto* y, por lo tanto, deberían ser regulados conforme a ello (es decir, el poder lleva apare-

55 Véase el capítulo de Bickford para una valoración estratégica complementaria sobre el objeto principal de un tratado vinculante.

jado responsabilidad). Sin embargo, esa aprehensión sobre el camino resbaloso y las consecuencias potenciales de la transferencia o la distribución de poderes que antes eran exclusivos de los Estados y que ahora tendrían también entidades no estatales, no está del todo injustificada. De hecho, la intervención creciente y sin precedentes de las empresas en Naciones Unidas como consecuencia del proceso de los PR, como se analizó en la sección anterior, es un indicio de los cambios de poder que son posibles aun cuando sólo se les asignen responsabilidades voluntarias a las empresas.

Tal vez mereciera la pena incurrir en algunos de esos costos, en especial si el camino hacia un instrumento internacional vinculante culmina con éxito, pero es importante reconocer la relevancia de otros esfuerzos distintos y contemporáneos a los dirigidos para lograrlo. Por esta razón, y en línea con mis argumentos conceptuales y empíricos, propongo considerar un tratado como un instrumento más, parte de una caja de herramientas más grande, o como una estrategia a mediano plazo que sería bueno combinar con otras más inmediatas que probablemente mejorarían la protección efectiva de los derechos humanos ante actividades empresariales. Entre esas estrategias se encuentran la organización política de las comunidades locales y el uso de los tribunales en casos y conflictos específicos de empresas y derechos humanos; las iniciativas para sectores puntuales en los que haya participación de múltiples interesados; la sistematización y elaboración adicional de recomendaciones de los órganos de los tratados de Naciones Unidas sobre las obligaciones extraterritoriales de los Estados. El hecho de que la viabilidad política de un tratado vinculante internacional sea un problema persistente hace todavía más importante diversificar los enfoques y las estrategias, incluso si se apoyan entre sí las distintas maniobras.

Por tales razones, en la siguiente y última sección de este capítulo, defiendo un enfoque gradual, multidimensional, hacia un tratado vinculante, que implicaría alentar a la vez la implementación empoderada, expansiva, de los PR, por un lado, y la adopción de un instrumento vinculante promovido por Naciones Unidas que amplíe y complemente las bases establecidas por los PR, por el otro.

Parámetros y alternativas para que los esfuerzos dirigidos a la aprobación de un tratado y los Principios Rectores tengan resultados positivos para todos

Una perspectiva ecosistémica como la propuesta aquí y en el capítulo final, que busca promover las relaciones simbióticas entre los PR, un posible nuevo tratado y otras normas y puntos de influencia en el campo de las EDH, toma como punto de partida los parámetros conceptuales y las prácticas que reducen el rango de alternativas que están discutiéndose en este momento en el grupo de trabajo intergubernamental sobre un tratado de las EDH.

En primer lugar, esa perspectiva ecosistémica reconoce el hecho de la fragmentación de los sistemas de gobernanza y la probabilidad de que esta tendencia continúe caracterizando los campos internacionales de regulación, incluido el de las EDH. Ante la creciente multipolaridad, no sólo los regímenes emergentes como las EDH o el cambio climático, sino también otros más consolidados, como el de los derechos laborales internacionales, estarán constituidos probablemente por una variedad plural de instituciones y normas, sin un único centro o instrumento que ejerza la coordinación o la dirección. En oposición a la afirmación del ex RESG, los PR no se convertirán en el “punto focal” de la materia, sino que serán uno más entre otros aspectos normativos. En contra de las premisas defendidas por numerosos partidarios de un tratado vinculante general, la evidencia indicaría que la racionalización del campo de arriba abajo, mediante un instrumento con un estatus normativo superior y global, será tan improbable en la esfera de las EDH como en cualquier otra, incluso más si se tiene en cuenta la variedad de temas, la diversidad de sujetos jurídicos y la líneas difusas del interés geopolítico entre los países del Norte Global y las potencias emergentes del Sur Global. Por lo tanto, desde esta perspectiva, la tarea a corto plazo para los académicos y los practicantes de las EDH es mucho más parecida a la de un carpintero que ajusta con cuidado piezas sueltas, para que se conecten mejor y se refuercen mutuamente, que a la de un arquitecto preocupado en construir un tejado perfecto (sean los PR, un tratado o cualquier otra cosa). Para quienes pasamos parte de nuestro tiempo en el mundo académico y parte en la práctica, el trabajo diario se parece más al que tiene lugar en una carpintería.⁵⁶

56 Véanse, por ejemplo, los capítulos 7 y 8, de Jochnik y Mehra, en este libro.

En segundo lugar, una perspectiva ecosistémica minimiza la diferencia entre derecho “duro” y “blando”. En la práctica, esta diferencia es mucho menos clara que lo que la distinción analítica sugeriría, puesto que los tribunales, los gobiernos, los titulares de derechos, las empresas y las organizaciones de la sociedad civil invocan regulaciones de derecho duro y blando alternativamente. Como señaló Shelton (2006: 292-293), “las normas no vinculantes tienen efectos complejos y potencialmente grandes en el desarrollo del derecho internacional”. Para citar sólo un caso procedente del campo de las EDH, en noviembre de 2015 la Corte Interamericana de Derechos Humanos recurrió a los PR en la sentencia “Pueblos Kaliña y Lokono c. Surinam”.⁵⁷ En concreto, en su análisis de los deberes de Surinam con respecto a la regulación de la actividad empresarial en su territorio y las acciones de dos compañías mineras que habían causado daños medioambientales y violado los derechos de los pueblos indígenas, la Corte se apoyó en el Principio 18, que sirvió de base en última instancia para dictar una sentencia contra Surinam.

¿Qué significa eso para el debate en torno a un tratado y el trabajo del grupo intergubernamental que lo está discutiendo en la actualidad? Que las propuestas sobre el contenido, el alcance y los mecanismos de implementación del nuevo instrumento vinculante deberían ser evaluadas a la luz de su potencial, para tomar como base del trabajo futuro las regulaciones ya existentes en el campo y expandirlas y reforzarlas, incluyendo toda la variedad de tratados de derechos humanos e instrumentos de derecho blando como los PR. Esta opinión se enfrenta a la expresada por el entonces Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Alimentación, Oliver de Schutter, en su declaración sobre la propuesta ecuatoriana de un tratado vinculante. Aunque es convincente su planteo de que “la negociación de ese instrumento es una entre muchas formas alternativas mediante las cuales luchar contra la impunidad de las violaciones de derechos humanos y podría fortalecerse todavía más”, De Schutter argumentó que

la necesidad de un nuevo instrumento internacional debería valorarse [...] no en comparación con lo que se ha logrado

57 “Pueblos Kaliña y Lokono c. Surinam”. Sentencia sobre meritos, reparaciones y costas. Inter-Am. C.H.R. Ser. C nº 309, 25 de noviembre de 2015, párr. 223-226.

con los Principios Rectores, que en cualquier caso no tienen la intención de hacer progresar el derecho internacional introduciendo nuevas obligaciones a los Estados o los particulares, sino en comparación con las herramientas ya contempladas en el derecho de los derechos humanos internacionales (De Schutter, 2014).

Teniendo en cuenta que las fronteras del derecho internacional de los derechos humanos son controvertidas (De Schutter incluye, por ejemplo, las recomendaciones de derecho blando de los órganos de Naciones Unidas), y que la diferencia en los niveles de “obligatoriedad” entre estándares de derecho blando y duro es más tenue en la práctica que en los libros, creo que cualquier nueva herramienta de derecho internacional debería tener presente cuál es su articulación con otros instrumentos, pero también su capacidad de tomar como punto de partida las regulaciones existentes en el campo e ir más allá de ellas, incluidos los PR. Como veremos, el propio De Schutter hace propuestas interesantes en esa dirección.

En tercer lugar, los esfuerzos actuales por negociar un tratado vinculante deberían abarcar las lecciones jurídicas y empíricas ya mencionadas, aprendidas del debate en torno a los PR. No deberían ser regresivos con respecto a las normas existentes de derechos humanos (que incluyen no sólo las reconocidas en los PR, sino también las principales convenciones de derechos humanos); deberían ser cautelosos a la hora de imponer deberes internacionales a las empresas; deberían tener como objetivo la incorporación de mecanismos institucionales para facilitar la participación empoderada de los individuos afectados y la sociedad civil en su conjunto; y, por último, deberían ser realistas sobre las perspectivas de conseguir el apoyo estatal en las Naciones Unidas.

La última de las consideraciones, relativa a la factibilidad política a la luz de los acontecimientos y las tendencias empíricas, merece un comentario adicional, puesto que los académicos con una inclinación hacia lo normativo no le prestan suficiente atención. Como muestra el hecho de que la labor del grupo de trabajo intergubernamental haya dividido a los miembros del Consejo de Naciones Unidas y que la propuesta ecuatoriana excluya equivocadamente a las empresas nacionales como objeto de la regulación, no hay claras señales de que esté surgiendo un consenso en torno a un tratado. En esas circunstancias, los activistas y los académicos de las EDH harían bien en atender la advertencia de Alston:

La historia de la interacción del Estado con los regímenes de derechos humanos es la de un progreso incremental firme, no la de avances repentinos llamativos. En el pasado, entre los factores que han facilitado nuevas iniciativas significativas están la convicción de que la propuesta sea en gran medida inane (en el sentido de que no afectará negativamente en el corto plazo a los Estados que votaron a favor de ella); la presencia de un bloque coherente geopolítico o ideológico que se junta para proporcionar un apoyo fuerte a la propuesta o un sentimiento de preocupación o intranquilidad pública aplastante con respecto a las fallas de los gobiernos o de la comunidad internacional a la hora de actuar en una situación específica. Cuando no están presentes esos factores, la evolución orgánica ha sido el sello distintivo del cambio (Alston, 2014: 20).

Aunque las violaciones más graves cometidas por las empresas deberían dar lugar a una preocupación pública aplastante y a una acción estatal decidida, incluida la regulación internacional, ninguna de las condiciones de Alston se verifica empíricamente en este momento. Por lo tanto, el enfoque del progreso incremental y la evolución orgánica sería el que tendría que adoptar un tratado de EDH que quisiera tener las mayores probabilidades de promover la protección de los derechos humanos en la economía global.

Conclusión: algunas posibles formas de avanzar

En este capítulo, sostuve que el marco de los PR identifica coherentemente una característica endémica de la globalización contemporánea: la fragmentación de la gobernanza, evidente a través de la coexistencia de múltiples regulaciones formales e informales en complejos de regímenes. En línea con la teoría de la gobernanza experimental, aquí se propone un enfoque policéntrico con respecto a este reto, en el que la gobernanza tripartita de la administración estatal, empresarial y de la sociedad civil se complementen entre sí mediante un punto focal reconocido (los PR) y varios mecanismos de articulación (el GT, los órganos internacionales públicos y privados encargados de establecer estándares, los gobiernos nacionales, los sistemas de gobernanza de industrias específicas compuestos por varios interesados, etc.).

Me he concentrado en el aspecto dinámico de los PR al evaluar el potencial y las limitaciones de un enfoque policéntrico como ese, tal y como es implementado por el GT, para a) presionar en pos de una mejora continua de la protección de los derechos humanos y b) abrir espacios para desarrollos regulatorios a largo plazo. Cuando analicé las acciones dirigidas a un perfeccionamiento del campo de las EDH, me detuve en el mecanismo de gobernanza de los PR que, a mi juicio, menos se ha desarrollado: la participación empoderada de las comunidades y los individuos afectados, y también el ejercicio por parte de las organizaciones de la sociedad civil de una política de responsabilidad social cuyo objeto serían las empresas. Al investigar los desarrollos a largo plazo, me concentro en las posibilidades de un tratado vinculante como vía complementaria a la implementación participativa, ampliada, de los PR.

En línea con los argumentos teóricos, jurídicos y de política pública que he ofrecido, termino describiendo brevemente algunas medidas específicas institucionales que pueden adoptarse, entre otras, con el fin de llevar el marco de los PR más allá de su punto de partida y fortalecer el sistema más general de gobernanza internacional y derechos humanos internacionales en lo relativo a las actividades empresariales.

Con respecto a la participación empoderada de la sociedad civil, propongo tres mecanismos.⁵⁸ Siguiendo el foco empírico del capítulo, me detengo en el GT, aunque los principios y los acuerdos institucionales de la participación empoderada podrían y deberían incorporarse en los mecanismos de coordinación de las EDH, sean las oficinas locales de los puntos de contacto de la OCDE, las instituciones de derechos humanos responsables de la implementación de los planes de acción nacionales o cualquier otro mecanismo disponible.

En primer lugar, y siguiendo la tradición de los procedimientos especiales de Naciones Unidas, el GT debería elaborar y hacer público un plan de acción que le diera una prioridad explícita a las áreas y los temas susceptibles de progreso a corto plazo. Como se señaló, el GT ha elaborado exitosamente un programa procedimental de trabajo que privilegia la difusión y las consultas entre múltiples interesados. Este proyecto debería complementarse con otro que aborde la tarea de detallar los estándares sustantivos y las prácticas efectivas con respecto a PR específicos y otros estándares jurídicos internacionales. Aunque no llega a incorporar los estándares más altos del derecho internacional existente, el informe del GT sobre pueblos

58 Véase también Dejusticia y otros (2013).

indígenas se mueve en esa dirección. Se ha podido observar un avance adicional hacia ese objetivo en los cada vez más enérgicos llamados del GT a que se consideren los impactos reales sobre las comunidades afectadas, primero de manera tibia en el informe de 2014 centrado en los PAN, que pedía que las evaluaciones de referencia fueran más allá de “identificar las políticas, las leyes y las regulaciones existentes” y evaluaran también “la efectividad de una política y los aspectos prácticos del cumplimiento en los marcos jurídico, regulatorio y de resolución de conflictos”.⁵⁹ El reporte se ocupó también de una cuestión que no se aborda en gran medida en el proceso de la implementación y difusión de los PR: los estudios de referencia “deberían cubrir los tres pilares de los Principios Rectores”.⁶⁰ En su informe de 2015, el GT se ocupó del asunto con algo más de firmeza, y detalló los tipos de mediciones y otras variables que más importaban a la hora de calcular los efectos de las empresas en los derechos humanos, y también la efectividad de las políticas que buscan implementar los PR.⁶¹ Aunque hay un nuevo tono, sigue siendo poco claro si el llamado a favor de mejores mediciones será parte de una estrategia a largo plazo que proporcione una guía más específica para la aplicación de los PR, de manera que tenga resultados tangibles positivos en las comunidades afectadas.

Un siguiente paso bienvenido y natural tras esos informes temáticos sería que el GT se ocupara de la cuestión del acceso a los remedios como eje de un proceso participativo y produjera un reporte de fondo. Esa atención central no sólo respetaría el mandato del GT, que le proporciona la autoridad de desarrollar el pilar de los remedios, sino que sería apropiada sobre todo para el tipo de participación empoderada de la sociedad civil que he descrito. Las víctimas y las organizaciones de la sociedad civil se encuentran en una posición particularmente buena para suministrar la información necesaria y elaborar las propuestas y exigencias que harían progresar ese frente.

En segundo lugar, el trabajo del GT debería continuar fortaleciendo sus mecanismos institucionales para ser más receptivo a las demandas de las víctimas de violaciones de derechos humanos e incorporarlas de forma efectiva a su actividad. Además de reuniones y consultas específicas en el

59 Véase “Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas”, A/69/263, 5 de agosto de 2014, párr. 20.

60 Íd.

61 Véase el Informe del GT, A/70/216, 30 de julio de 2015.

contexto de las visitas nacionales y los foros internacionales, una medida de especial importancia sería divulgar ampliamente que el GT cuenta ahora con un proceso para atender peticiones individuales.⁶² Incluso el hecho de que el GT esté ahora abierto a recibirlas refleja el debate productivo creado por el proceso de implementación y la mayor conciencia del Grupo de Trabajo acerca de los peligros y obstáculos que enfrentan las comunidades y los sujetos afectados. Si el GT quiere incorporar de forma sistemática el conocimiento local –que sólo puede provenir de las personas afectadas por los nuevos sistemas de gobernanza– y crear más incentivos para el cumplimiento de los PR, debería seguir el camino de otros procedimientos especiales de Naciones Unidas para crear un sistema transparente y explícito que permita procesar las peticiones individuales.⁶³ Hasta comienzos de 2013, el GT se había limitado a eso: recibir las comunicaciones individuales, darles publicidad a sus procedimientos con respecto a esas comunicaciones e informar sobre estas tres veces al año, recurriendo así a una metodología similar a la de otros procedimientos especiales de Naciones Unidas.⁶⁴ La información disponible en esos informes incluye los nombres de las empresas y los Estados en cuestión, las acciones adoptadas y el nivel de respuesta por parte del GT. Son necesarios más datos para comprender el grado en el que las quejas individuales han proporcionado material al GT que sea relevante para su mandato general y para las opciones temáticas de sus informes posteriores a 2013.

En tercer lugar, el GT debería crear mecanismos institucionales específicos para hacer que se oigan las voces de las víctimas y de las organizaciones de la sociedad civil durante las consultas y en sus resultados. Con este fin, tendría que imitar las técnicas de los sistemas de gobernanza obligatorios y voluntarios. Un ejemplo de especial relevancia de esos mecanismos es el régimen de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuyas principales innovaciones son los mecanismos institucionales que le dan una participación

62 Véase el capítulo de Larry Catá Backer para un argumento relacionado a favor de la recepción de demandas individuales.

63 En 2012, el GT informó que había recibido cuarenta comunicaciones relacionadas con conflictos sobre las actividades empresariales que afectaban negativamente a los derechos humanos. Véase A/HRC/23/32, párr. 13. Sin embargo, no está claro cómo las recibió ni cómo las procesó (por ejemplo, si solicitó información a los Estados o a las empresas).

64 Estos informes sobre las comunicaciones están disponibles en <www.ohchr.org>, bajo el título de “Communications reports of special procedures”.

empoderada a los actores de la sociedad civil (De Búrca, 2010). En el mismo sentido, las lecciones de los códigos empresariales de conducta como instrumentos reguladores de las relaciones laborales en el sector del vestido pueden ser útiles, puesto que dos décadas de experimentación han permitido a los académicos y los practicantes identificar los mecanismos institucionales que llevan a una protección reforzada de los derechos humanos, como la combinación de regulación pública y privada, la supervisión independiente, la transparencia de la información y la participación de la sociedad civil.⁶⁵

Con respecto a los desarrollos a largo plazo, y en concreto a la labor del grupo intergubernamental de trabajo para aprobar un tratado vinculante, se han formulado varias alternativas que estarían cubiertas por los parámetros políticos y jurídicos que describí en la sección anterior. En otras palabras, la visión ecosistémica de las EDH sería compatible con varias de las propuestas relativas al contenido y el alcance de un posible instrumento vinculante. Una opción que muchos han defendido, yo mismo incluido, es un tratado vinculante limitado que regulara a) la participación de las empresas en las violaciones más graves de derechos humanos y b) la aplicación extraterritorial de la regulación nacional en este campo. Sería un paso concreto a corto plazo capaz de conseguir apoyo político. En línea con las propuestas presentadas por varias ONG de derechos humanos, el ex RESG ha alentado ambos elementos de este proyecto y sugerido que una de las principales prioridades del GT debería ser sugerir a los Estados la elaboración de un instrumento que se ocupe de los casos en los que “las prohibiciones de derecho internacional relativas a las peores violaciones de derechos humanos son infringidas por las personas jurídicas” (Ruggie, 2013: 200).⁶⁶ En su discurso inaugural del primer Foro de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos en Ginebra, también destacó la importancia de atender las obligaciones extraterritoriales.

Esta propuesta ha sido criticada sobre bases conceptuales y empíricas.⁶⁷ En lugar de defender esa opción específica, mi interés reside en encontrar una amplia gama de alternativas que sean al menos realistas

65 Véanse Locke (2013) y Rodríguez Garavito (2005).

66 Véase también el capítulo de Ruggie en este libro.

67 James Stewart, “A New Instrument on ‘Gross’ Violations? Enthusiasm and Apprehension”, 2 de febrero de 2015, disponible en <www.jamesgstewart.com>.

desde el punto de vista político, representen un claro progreso normativo y, lo que es más importante, ofrezcan herramientas concretas y efectivas para prevenir y abordar las violaciones de derechos humanos por las empresas.

De Schutter (2015) ha presentado de manera persuasiva dos vías posibles de acción que se ajustan a esas premisas. En primer lugar, podría adoptarse un tratado vinculante que aclarara los deberes de los Estados de proteger, respetar y cumplir los derechos humanos con respecto a las actividades empresariales. Es importante señalar que ese tratado haría explícita la obligación de proteger que tienen los Estados aun fuera de sus territorios, al imponer a la empresa matriz con sede en un Estado firmante la exigencia de controlar a sus subsidiarias extranjeras. En segundo lugar, el mismo tratado podría especificar los deberes de los Estados de proporcionarse entre sí asistencia jurídica y cooperación con el fin de garantizar que las víctimas tengan acceso a remedios efectivos. Esa cooperación y asistencia giraría en torno a tres cuestiones que en la actualidad frustran la responsabilización de las empresas transnacionales: la recolección de pruebas, el embargo de los activos y la ejecución de decisiones contra las empresas violadoras de derechos humanos.

Estas tres alternativas (y otras que se ajustarían a los parámetros ya propuestos) contarían al menos con algún apoyo estatal, como demostraron aquellos gobiernos que se unieron a la reciente iniciativa de Ecuador, y obtendría también respaldo de la sociedad civil.⁶⁸ Aunque es probable que varias empresas y Estados se opongan a cualquier proyecto que implique normas vinculantes, ese antagonismo no suele persistir en la esfera de las violaciones graves de derechos humanos o con respecto a la predisposición de los Estados de prestarse asistencia mutua. Son estas consideraciones pragmáticas, más que cualquier prioridad conceptual o moral acerca de esa subclase de derechos, las que subyacen a mi propuesta.

Planteos como este otorgan relevancia al enfoque progresivo, paso a paso, de formación del derecho internacional, y asumen la idea de que

68 Véase Augenstein y Kinley (2013). Hay un número considerable de obras escritas por miembros de la sociedad civil y académicos que se ocupan específicamente del asunto de la extraterritorialidad; los “Principios de Maastricht sobre las obligaciones extraterritoriales de los Estados en el área de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)” son una declaración bastante completa sobre las obligaciones extraterritoriales de los Estados en el área de los DESC.

los PR serían un medida para hacer progresar los estándares; ya que una herramienta limitada como esa podría y debería ser un escalón más en el camino hacia instrumentos adicionales futuros con un ámbito de aplicación más amplio, que incluyan otros derechos igual de importantes, como los socioeconómicos o los ambientales, entre otros, que pueden verse afectados de forma negativa y profunda por las actividades empresariales.⁶⁹ Una vez más, destaco que la energía puesta en conseguir un tratado, sea cual sea su ámbito, no debería ser la única estrategia y, en todo caso, necesitaría combinarse con otra clase de esfuerzos en el campo de las empresas y los derechos humanos. De esta forma, los PR serían el fin del comienzo y una manera de participación entre muchas, que permitirían un conjunto de prácticas verdaderamente policéntricas –y cabe esperar que, en conjunto, exitosas–, idóneas para hacer progresar los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales.

69 Para argumentos a favor de incluir estos derechos en un nivel de igualdad con las graves violaciones de derechos humanos en un instrumento regulatorio internacional, véanse los capítulos de Deva, Kweitel y Melish en este libro. Para una crítica del enfoque de “derecho duro”, véase el capítulo de Backer, también en este volumen.

2. ¿Jerarquía o ecosistema?

La regulación de los riesgos relativos a los derechos humanos provenientes de las empresas multinacionales

John Gerard Ruggie

Los llamados a que se regulen las empresas transnacionales (ET) mediante un único tratado internacional exhaustivo se remontan a la década del setenta. A lo largo de los años, los más persistentes en demandar esa clase de tratado han sido los activistas, mientras que la presión de los países en vías de desarrollo ha sido más intermitente.¹ Una reseña reciente sobre la intervención de la sociedad civil en este campo resume la historia hasta la fecha: “Todos estos esfuerzos enfrentaron una oposición vigorosa de las ET y sus asociaciones empresariales, y en última instancia fracasaron” (Martens, 2014: 5). Eso incluye una iniciativa de 2003 conocida como Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos, desarrollada por un órgano subsidiario formado por expertos pertenecientes a la ya extinta Comisión de Naciones Unidas de Derechos Humanos (hoy Consejo de Derechos Humanos), pero que fueron rechazadas por la misma Comisión en pleno.²

En cambio, en junio de 2011 el Consejo de Derechos Humanos respaldó de forma unánime los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (PR), que se desarrollaron durante el mandato de seis años del Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas (RESG), después de casi cincuenta consultas internacionales celebradas en todas las regiones del mundo.³ Los PR son la primera guía acreditada que el Consejo, y su órgano predecesor, la Comisión de Derechos Humanos,

1 Véase Sagafi-nejad (2008).

2 La Comisión declaró que no había solicitado el texto y que no tenía legitimidad procesal. También ordenó que ningún órgano de derechos humanos de Naciones Unidas vigilara el cumplimiento del texto. Véase el documento E/CN.4/DEC/2004/116, del 20 de abril de 2004.

3 Para el texto completo de los PR, véase el documento A/HRC/17/31, del 21 de marzo de 2011. Desarrollo la forma de pensar y las actividades que dieron

han aprobado para los Estados y las empresas mercantiles, en la que se establece cuáles son las obligaciones de aquellos y estas en el campo de las empresas y los derechos humanos (EDH). Fue la primera vez en la historia que una de esas instituciones “respaldó” un texto normativo sobre un tema que los Estados no hubieran negociado.

En comparación con los desarrollos normativos y de política pública en otras áreas difíciles, como el cambio climático, la adopción de los PR fue relativamente rápida y generalizada por otras entidades internacionales que establecen estándares, por Estados, por empresas, por la sociedad civil y los sindicatos, por colegios de abogados, por inversores internacionales y, hace muy poco, por la Fédération Internationale de Football Association (FIFA), el órgano rector del deporte más popular del mundo.

Algunos observadores atribuyen el éxito de los PR al hecho de que no son jurídicamente vinculantes. Sin duda, eso hizo más fácil que el Consejo de Derechos Humanos los adoptara, pero no explica demasiado lo que ocurrió después. En realidad, los PR no fueron concebidos como un documento estático, que los Estados debían adoptar y que luego debía esperar que impusieran a las empresas. En lugar de eso, fueron diseñados para generar una nueva dinámica regulatoria, diferente, en la que los sistemas de gobernanza públicos y privados, fueran empresariales o civiles, pudieran aportar cada uno algo con un valor diferenciado, compensar las debilidades del otro y reforzarse mutuamente. De allí debería surgir un régimen global más integral y efectivo, con medidas jurídicas específicas. La imagen espacial que incorporan los PR es la de un ecosistema regulatorio, no la de una jerarquía.

El capítulo de Rodríguez Garavito trata varias cuestiones fundamentales sobre cómo promover el programa de acción en el campo de las empresas y los derechos humanos a partir de las bases establecidas por los PR. Valoro su comprensión de los PR como un proceso dinámico, en lugar de limitarse a juzgarlos como un documento estático. Estoy en gran medida de acuerdo con su argumento en cuanto a la conveniencia de seguir insistiendo en un “enfoque policéntrico” y en identificar formas de tratar los problemas subsecuentes de “desarrollo” de los PR. Reconozco el reto que supone la institucionalización de lo que denominan “políticas de responsabilidad de las empresas ante la sociedad” con el fin de

lugar a los PR en mi libro publicado en 2013, *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*.

elevar continua y progresivamente la interiorización y el cumplimiento de los estándares de derechos humanos en las corporaciones. También coincido con su conclusión de que moverse hacia una mayor juridificación internacional en ese espacio no reemplaza el tener que ocuparse de las necesidades existentes en cada momento y que la prioridad deberían ser las violaciones graves de derechos humanos.

En las páginas que siguen, comienzo con una breve historia de los PR y de la lógica tras ellos. Luego desarrollo dos de las cuestiones planteadas en otros capítulos del libro. En primer lugar, me ocuparé de la crítica de Rodríguez Garavito, con la que otros están de acuerdo, que postula que los PR no hacen lo suficiente para garantizar lo que ellos llaman “la participación empoderada de la sociedad civil”. En segundo lugar, analizaré la función y las formas del derecho internacional que reforzarían los PR y que permitirían un mayor desarrollo de estos, en lugar de enfrentar el uno con los otros y, por consiguiente, arriesgarme a repetir una vez más los fracasos del pasado.

Los Principios Rectores

El discurso de los derechos humanos está inspirado en el supuesto de una jerarquía fundamentada en la importancia de los derechos: en la idea de que los derechos humanos no sólo son superiores en un sentido moral, sino que también lo son, o al menos deberían serlo, en términos jurídicos. Sin embargo, en un influyente informe a la Asamblea General de las Naciones Unidas, la autorizada Comisión para el Derecho Internacional concluyó que “desde una perspectiva realista, no cabe recurrir a ningún metasistema jerárquico homogéneo” en el orden jurídico internacional para resolver el problema de las normas incompatibles entre los diferentes conjuntos normativos legales, incluidas las decisiones de los diversos tribunales que tienen jurisdicciones concurrentes para ocuparse del mismo conjunto de hechos y, sin embargo, llegan a conclusiones disímiles.⁴ Por lo tanto, los PR parten de un enfoque distinto.

⁴ Véase “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006.

Gobernanza policéntrica

Los PR están basados en la observación de que la conducta empresarial en la esfera global está configurada por tres sistemas de gobernanza distintos. El primero es el sistema nacional e internacional de derecho público y gobernanza. El segundo es un sistema de gobernanza civil en el que participan todos los interesados afectados por las empresas y que emplea varios mecanismos sociales para conseguir el cumplimiento de las normativas, como las campañas activistas y otras formas de presión. El tercero es la gobernanza empresarial, que interioriza elementos de los otros dos sistemas (de manera desigual, sin duda). No había un fundamento legitimado que lograra que esos sistemas de gobernanza se alinearan mejor con respecto a las empresas y los derechos humanos, compensaran entre sí sus debilidades y se reforzaran mutuamente, lo que facilitaría cambios acumulativos con el transcurso del tiempo.

Para fomentar esa alineación, los PR se basaron en diferentes discursos y lógicas que reflejan las diversas funciones sociales que tienen esos sistemas de gobernanza a la hora de regular la conducta empresarial.⁵ Por consiguiente, los Estados subrayan sus obligaciones jurídicas, conforme al régimen internacional de derechos humanos, de protección ante las violaciones de derechos humanos de terceras partes, incluidas las empresas. En el mismo sentido, robustecen una lógica de la política pública que sea congruente y apoye el cumplimiento de esas obligaciones. Para las empresas, más allá del cumplimiento de obligaciones jurídicas, los PR se concentran en la necesidad de gestionar los riesgos de involucrarse en violaciones de los derechos humanos, lo que les exige actuar con la diligencia debida para evitar violar los derechos de otros y ocuparse de los daños cuando eso ocurra. Para los individuos y las comunidades afectadas, los PR determinan formas para otorgarles un mayor poder que permita hacer efectivo su derecho a una medida judicial o administrativa. Describo este enfoque como “pragmatismo de principios”.

Si se tienen en cuenta estos tres elementos fundacionales, se puede decir que los PR descansan sobre tres pilares:

⁵ Para un interesante análisis del discurso sobre el desarrollo de los PR, véase Buhman (2013).

1. El deber del Estado de proteger contra las violaciones de derechos humanos cometidas por terceros, entre los cuales estarían las empresas, mediante políticas, legislación y decisiones judiciales adecuadas.
2. Una responsabilidad empresarial independiente aplicable a los derechos humanos, lo que quiere decir que las empresas deberían actuar con la diligencia debida para evitar infringir los derechos de terceros y para solucionar los efectos negativos conectados con ellas.
3. Conseguir un mayor acceso de las víctimas a medidas judiciales y administrativas efectivas.

Los PR comprenden treinta y un principios, cada uno acompañado de un comentario que explica su significado y sus consecuencias para el derecho, la política pública y la práctica. Engloban todos los derechos reconocidos internacionalmente y se aplican a todos los Estados y empresas. No crean por sí mismos nuevas obligaciones vinculantes para estas últimas, sino que su fuerza normativa deriva del reconocimiento de las expectativas sociales que tienen los Estados y otros interesados esenciales de la sociedad, como las propias empresas.

Implementación descentralizada

Tras la conclusión de mi mandato como RESG, me sucedió en el cargo un equipo de cinco expertos –el Grupo de Trabajo (GT), que Rodríguez Garavito estudia en su capítulo–, uno por cada región geográfica reconocida en Naciones Unidas, cuya labor fue promover los PR y facilitar su aplicación. Aquí quisiera subrayar que el modelo de implementación que contemplé desde el inicio involucraba a una variedad de actores. Como es obvio, entre ellos estaban cada uno de los gobiernos y las empresas. Unos treinta Estados han aprobado o están en proceso de desarrollar planes de acción nacionales (PAN) para implementar los PR, y las empresas más importantes han alineado sus políticas y prácticas a ellos.⁶ Más allá de eso, he trabajado codo a codo con la Organización

⁶ El Business and Human Rights Resource Centre procura realizar un seguimiento de los compromisos de las empresas y los Estados; véase <www.business-humanrights.org>.

para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para asegurar que sus Directrices sobre Empresas Multinacionales se ajustaran a lo dispuesto en los PR. Las Directrices de la OCDE son importantes porque cada uno de los cuarenta y dos Estados firmantes tiene que establecer mecanismos de queja, conocidos como puntos nacionales de contacto (PNC). Las versiones previas de las Directrices carecían de un capítulo sobre derechos humanos, pero la versión de 2011 lo tiene y está basado directamente en los PR. Los primeros indicios disponibles sobre sus efectos muestran que las quejas sobre derechos humanos tienen mayores probabilidades de éxito en el proceso de los PNC que aquellas de otro tipo (Ruggie y Nelson, 2015).

Asimismo, trabajé con la Corporación Financiera Internacional para incluir criterios apropiados de derechos humanos en su marco de sostenibilidad y estándares de desempeño, los cuales deben ser respetados por sus clientes. A su vez, esos criterios son adoptados por los llamados “bancos del Ecuador”, es decir, por instituciones financieras privadas que proporcionan tres cuartos del total mundial de los créditos para proyectos de desarrollo. La Unión Europea ha establecido un nuevo requisito obligatorio de entrega de información no financiera para empresas que superen determinado tamaño, y ese es un requerimiento que remite a los PR.

También he intentado garantizar que las normas de derechos humanos del estándar ISO 26 000, una nueva guía de responsabilidad social aprobada por la Organización Internacional de Estandarización, fueran plenamente compatibles con los PR. La importancia de los PR también se hace evidente en el fuerte arraigo que tienen en Asia. La Comisión Intergubernamental de Derechos Humanos de la ASEAN (por sus siglas en inglés: Association of Southeast Asian Nations) basa su trabajo en los PR; como además lo hace la Unión Africana en su programa Visión de la Minería en África. También la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos ha apoyado formalmente los PR. Asimismo, los importadores de metales, minerales y químicos de la Cámara China de Comercio aprobaron directrices sobre responsabilidad social en las inversiones mineras en el exterior que ordenan a las empresas chinas “seguir los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos durante todo el ciclo de vida del proyecto minero”.⁷

7 Véase <oecdinsights.org/2015/06/18/corporate-respect-for-human-rights-in-the-chinese-context>.

Un número siempre mayor de empresas informan estar ajustando sus sistemas de gestión y supervisión internos a los PR. Las organizaciones de trabajadores y varias ONG mundiales están recurriendo a los PR como herramientas para el activismo jurídico y político. Organizaciones de abogados, como la Internacional Bar Association, la UK Law Society y la American Bar Association, están promoviendo la incorporación de los PR a la profesión jurídica, abarcando la asesoría a los clientes por parte de los despachos.

Tal vez el converso a la causa menos esperado de los PR haya sido la asediada FIFA. La decisión de la FIFA de revisar sus requisitos vinculantes con respecto a los derechos humanos se remonta a 2011, no mucho después de la elección de Rusia y Catar como anfitriones de las Copas del Mundo de 2018 y 2022. Entre otras fuentes de presión externa, en junio de 2014, Mary Robinson (ex presidenta de Irlanda y ex Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos) y yo le enviamos una carta abierta al presidente de la FIFA en ese momento, Joseph Blatter. Le recomendamos que la FIFA incorporara los PR a sus políticas, prácticas y relaciones.⁸ A principios de 2015, el personal de la FIFA solicitó al Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos asistencia técnica sobre los PR con el fin de aplicarlos a los documentos vinculantes para la Copa del Mundo de fútbol masculino de 2026. En julio de 2015, la FIFA publicó un comunicado de prensa en el que declaraba que su Comité Ejecutivo había decidido que para

futuras ofertas [de organización de la Copa del Mundo de hombres] habrán de reunir varios criterios adicionales importantes. En concreto, la FIFA reconocerá las normas de los PR y hará obligatorio su cumplimiento para sus socios contractuales y para aquellos de sus cadenas de suministro.⁹

8 Enviamos la carta en nombre del Institute for Human Rights and Business (IHRB), de la que ella es patrocinadora y yo presente del Consejo Asesor Internacional. La carta está disponible en <www.ihrb.org/focus-areas/mega-sporting-events/submission-open-letter-robinson-ruggie-fifa-human-rights>. También incluimos un reporte reciente del IHRB, disponible en <www.ihrb.org> bajo el título: "Striving for Excellence: Mega-Sporting Events and Human Rights".

9 Véase <www.fifa.com/governance/news/y=2015/m=12/news=fifa-to-further-develop-its-human-rights-approach-with-international-e-2744747.html>.

La FIFA me solicitó a continuación, como autor de los PR, que les hiciera recomendaciones para “incorporarlos adicionalmente” a las “políticas y prácticas de la FIFA”.¹⁰ En febrero de 2016, el Congreso de la FIFA adoptó una nueva norma en los Estatutos de la FIFA que declara que la “FIFA está comprometida con el respeto de todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos y se esforzará en promover la protección de esos derechos”.¹¹ Así, los requisitos obligatorios para la Copa del Mundo de 2026 incluirán por primera vez criterios de derechos humanos, en general alineados con los PR.

Mi tarea abarcó dos aspectos. Por un lado, se me pidió asesoramiento, entre otras cosas, acerca del lenguaje de derechos humanos que quería incluirse en los Estatutos de la FIFA y en los requisitos obligatorios de la Copa del Mundo masculina de 2026, y también se me solicitó que identificara los principales vacíos de las políticas y prácticas actuales de la FIFA. En segundo lugar, estuvimos de acuerdo en que se publicaría un informe público e independiente, exhaustivo, sobre qué significaba para la FIFA incorporar el respeto por los derechos humanos en toda la variedad de sus actividades y relaciones, usando como patrón los PR. El informe fue publicado en abril de 2016.¹²

Los países candidatos no serán excluidos perentoriamente de ser anfitriones de una Copa del Mundo. En todo caso, la manera en que se aplicarán los requisitos obligatorios de derechos humanos para la FIFA es exigiendo que los aspirantes realicen una diligencia debida de tales derechos. Si se identifican riesgos graves de cumplimiento, la FIFA solicitará a los postulantes desarrollar estrategias de mitigación efectivas a efectos de la Copa. Si se consideran apropiadas, la postulación será contemplada junto con las demás; si no lo son, la FIFA pasará al siguiente candidato. Para los torneos ya programados, la FIFA procura utilizar su influencia para reducir los daños causados por las violaciones de derechos humanos, algo que ya ha comenzado a

10 Véase “FIFA to further develop its human rights approach with international expert John Ruggie”, disponible en <www.fifa.com>.

11 Véase el art. 3 de “Draft FIFA Statutes. Extraordinary Congress 2016”, disponible en <www.resources.fifa.com>.

12 Véase Ruggie (2016).

hacer con respecto a Rusia y Catar.¹³ Nunca en la historia del deporte ocurrió algo parecido.

Los dos componentes de los PR que han tenido una recepción más rápida son los requisitos de diligencia debida relativos a los derechos humanos para las empresas y a la expansión del papel de los mecanismos de queja no judiciales, incorporados a las operaciones de las corporaciones o a las prácticas locales de estas, o a las actividades en las que están involucradas. La razón es simple: cada uno de los tres principales grupos de interesados quiere que estos elementos funcionen, al menos en principio, aunque sus motivos puedan diferir. Para los Estados, promover o exigir mecanismos de diligencia debida y de quejas contribuye a su obligación de proteger. Para las empresas, son medios de gestionar los riesgos relacionados con su actividad. Para los individuos y comunidades afectadas, ofrecen la promesa de reducir la incidencia general de los daños provocados por las compañías, y también sirven como una posible fuente de remedios cuando se produce el daño. Espero que esta clase de interacción dinámica continúe alentando el cambio. Las transformaciones de las medidas judiciales avanzan mucho más despacio.

Me ocupo ahora de dos críticas efectuadas por otros autores de los capítulos de este libro.

La sociedad civil en los Principios Rectores

Los PR fueron desarrollados mediante un proceso “policéntrico”, en el que participaron representantes de los Estados, las empresas y la

13 En una visita a Moscú, le preguntaron a Gianni Infantino, presidente de la FIFA, sobre las leyes rusas de “propaganda gay”. Dijo que “la FIFA no es ningún organismo mundial de asistencia social, pero tenemos que ser responsables sobre estas cosas y sobre la posición que tomamos con respecto a los derechos humanos”. Unos pocos días después, en Catar, cuando le preguntaron sobre la situación de los trabajadores emigrantes en el país, anunció que la FIFA lideraría un comité de vigilancia en el que habría miembros de la sociedad civil. Véanse, respectivamente, “FIFA’s Infantino Wants Video Assistance at 2018 World Cup”, *New York Times*, 19 de abril de 2016; y Owen Gibson, “FIFA promises panel to ensure decent working conditions for 2022 World Cup workers”, *The Guardian*, 22 de abril de 2016.

sociedad civil.¹⁴ En concreto, con respecto a la sociedad civil, celebré gran cantidad de reuniones bilaterales con ONG y también con personas y comunidades afectadas de forma negativa por las actividades empresariales. Los grupos de la sociedad civil suelen ser los participantes más numerosos en las consultas convocadas con diversos interesados, muchas de las cuales tuvieron lugar en el Sur Global. Pero a veces todavía surge la pregunta: ¿dónde está la sociedad civil en los PR? Rodríguez Garavito argumenta que el éxito futuro de los PR depende en gran medida de la “participación empoderada de la sociedad civil” y concluye que los PR se quedan cortos al respecto. Tara Melish y Errol Meidinger han sugerido que los PR deberían tener un cuarto pilar, que reconociera oficialmente la intervención fundamental de la sociedad civil (Melish y Meidinger, 2012).¹⁵ En su capítulo incluido en este libro, Melish repite esa propuesta y argumenta que, en los PR, los “compromisos expresivos” con la participación de la sociedad civil son limitados, y el resultado es que las ONG no pueden recurrir suficientemente a los PR para presionar la conducta estatal y empresarial y cambiarla.

Sin duda, estoy de acuerdo con la idea de que la participación de la sociedad civil es esencial y desde el principio desarrollé los PR teniendo eso presente: de ahí su fundamento en la noción de gobernanza policéntrica. Además, ni las ONG ni los sindicatos de trabajadores han tenido la menor dificultad en usar los PR para persuadir transformaciones. Pero hay varias cuestiones lógicas, prácticas y empíricas relacionadas que deben aclararse.

Para empezar, Rodríguez Garavito toma su concepto de “participación empoderada” de un importante estudio elaborado por Archon Fung y Erik Olin Wright sobre las innovaciones institucionales en países democráticos cuyo propósito es conseguir una participación ciudadana más directa a la hora de diseñar e implementar las políticas públicas que afectan a su vida cotidiana (Fung y Wright, 2003). Puede aprenderse mucho de los datos en los que se basan las conclusiones y

14 Véase Ruggie (2014b), artículo en el que desarrollo el marco analítico del proceso de los PR.

15 Es curioso que los autores aseguren que incluso el tercer pilar fue una victoria “duramente peleada de la comunidad de derechos humanos” (p. 314). Esa afirmación es incorrecta. El Marco Proteger, Respetar y Remediar (Marco PRR) se presentó como un instrumento único desde el comienzo.

generalizaciones de ese estudio. Pero recordemos también cuáles son esos casos y su contexto: consejos vecinales en Chicago, que se ocupan de cuestiones relacionadas con políticas y escuelas públicas; la conservación del hábitat conforme a lo dispuesto en la Ley de Especies Protegidas, de los Estados Unidos; el presupuesto participativo en Porto Alegre, Brasil; y ciertas medidas dirigidas a la descentralización fiscal y administrativa, en beneficio de municipios y pueblos, en los estados de Bengala Occidental y Kerala (India). Fung y Wright creen que estas innovaciones son transferibles y aplicables a otra escala en algunos contextos. De hecho, las normas de los PR sobre mecanismos de queja no judiciales para las empresas y los individuos y las comunidades afectadas cristalizan algunas de las ideas de Fung y Wright.¹⁶ Pero, respecto de la política global, hay límites estrictos a la aplicabilidad de las innovaciones institucionales que esos autores identifican, como el que se verifica en el sistema de carácter estatal de Naciones Unidas (y tal vez sobre todo ahí).

¿Y qué pasa con el pilar “participativo”, que recomiendan Melish y Meidinger? Identifico dos problemas con esa idea en este contexto. En primer lugar, la propuesta tendría sentido si los PR fueran una iniciativa de participación discrecional de diversos interesados –como el Proceso Kimberley para reducir el comercio de diamantes procedentes de países en conflicto, o el Consejo de Administración Forestal–, pero no lo son. Los PR son un instrumento de derecho blando que prescribe estándares mínimos de conducta para todos los Estados y las empresas con respecto a los derechos humanos en su conjunto. No hay ninguna institución central de gobierno como tal. Además, Rodríguez Garavito sugiere que la introducción de ese cuarto pilar también podría haber requerido contemplar estándares para los actores de la sociedad civil, lo que les hubiera encantado a algunos Estados y a muchas empresas, pero que –sospecho– hubiera encontrado resistencia por parte de la sociedad civil.

16 Uno de los esfuerzos más exitosos que conozco es la creación de ocho Consejos de Desarrollo Regional mediante el Global Memorandum of Understanding establecido entre Chevron Nigeria Limited y las comunidades de los estados de Delta, Rivers, Bayelsa, Ondo e Imo, en Nigeria. Mi mandato en Naciones Unidas dio lugar a un breve documental titulado “The Only Government We See: Building Company-Community Dialogue in Nigeria”, galardonado, que está disponible en <www.shiftproject.org>. Este documental fue financiado mediante una subvención de Noruega.

En segundo lugar, y desde un punto de vista más práctico, tengo serias dudas de que un pilar “participativo” hubiera sobrevivido durante el proceso político de Naciones Unidas que llevó a la aprobación de los PR. Más y más países están poniendo límites a la libertad de las organizaciones de derechos humanos, en especial a las que tienen vínculos internacionales, y les están pidiendo que se registren y se sometan a la vigilancia de las autoridades. Eso está sucediendo en China, India, Rusia, varios países de Oriente Medio e incluso Ecuador, que durante un momento se había convertido en el héroe de las ONG cuando propuso un tratado internacional sobre derechos humanos y empresas. Va más allá de lo creíble pensar que en ese entorno los Estados estarían de acuerdo con que las ONG participaran en igualdad de condiciones en el pilar “participativo” para regular el sector empresarial.

Pero en caso de no ser un pilar, ¿por qué no “compromisos expresivos” que apoyaran la participación de la sociedad civil y que se recogieran en el texto de los PR? Melish hace referencia la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como precedente y argumenta que los PR son más débiles al respecto y no dan suficiente apoyo a la sociedad.¹⁷ En efecto, el art. 4.3 de esa Convención dispone que “los Estados parte celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan”.¹⁸ Acerca de esta cuestión, quisiera señalar dos cosas.

En primer lugar, incorporé de hecho a las comunidades y los individuos afectados, junto con actores de la sociedad civil que pudieran representarlos, en los tres pilares. Hay referencias específicas a la necesidad de incluir, consultar e informar a las personas y comunidades afectadas como parte de los requisitos que los PR disponen para los procesos de diligencia debida. Además, se establecen criterios detallados de legitimidad y efectividad para los mecanismos de queja no judiciales, públicos y privados, partiendo de la premisa de que “un mecanismo de reclamación sólo puede cumplir su función si las personas a las que debe servir lo conocen, confían en él y son capaces de utilizarlo”.¹⁹ Por último,

17 Véanse Melish y Meidinger (2012) y el capítulo de Melish, en este libro.

18 Véase “Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, disponible en <www.un.org>.

19 Véase el Comentario al PR 31.

los PR en su conjunto proporcionan una herramienta para el activismo público y judicial (y así han sido utilizados) y, por lo tanto, son una base legítima para efectuar reclamaciones a los Estados y las empresas. A esa herramienta han recurrido organizaciones globales de derechos humanos, asociaciones de trabajadores y también grupos de activistas del derecho.²⁰ Puede que nada de eso sea suficiente, como alegan Melish y Meidinger y, en menor medida, Rodríguez Garavito. Pero no soy capaz de concebir qué más podríamos haber logrado –no como ejercicio teórico, sino en la práctica– con respecto al empoderamiento de la sociedad civil en las normas de los PR.

La segunda mención que haré es sobre las inapropiadas analogías entre un entorno y otro, que suelen generar confusión. Hay diferencias sustantivas en cuanto al ámbito, el tamaño y la dinámica política entre la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los intentos por regular las empresas multinacionales. La primera apunta un grupo de personas y enumera los derechos relevantes para que puedan tener vidas dignas. Al igual que otros tratados sobre derechos económicos, sociales y culturales, los compromisos de los Estados están sujetos a la “realización progresiva”, es decir, ligados a la capacidad del Estado. Además, existe un consenso generalizado sobre los fines subyacentes. En cambio, los tratados del campo de las empresas y los derechos humanos se ocupan de todos los derechos de todas las personas, de todos los Estados y de todas las empresas. Se caracterizan por abarcar una amplia diversidad de problemas, variaciones institucionales significativas e intereses en conflicto entre Estados y a su interior, dentro de los cuales no son de menor importancia los intereses y la influencia de las multinacionales. En consecuencia, me parece cuestionable efectuar una analogía directa entre el tratado sobre discapacidad y la regulación de las empresas y derechos humanos, tanto por razones sustantivas como metodológicas.

20 La International Corporate Accountability Roundtable (ICAR) ha hecho un trabajo impresionante para usar los PR como plataforma a partir de la cual fomentar la responsabilidad social de las empresas, y hay incluso legislación nacional nueva. La ICAR es una colación de organizaciones importantes de derechos humanos, y de su Comité de Dirección forman parte EarthRights International, Human Rights Watch, Human Rights First, Global Witness y Amnistía Internacional. Véanse también International Trade Union Confederation (2012) y Advocates for International Development (2013).

En última instancia, mi principal preocupación con la crítica que alega que los PR no proporcionan suficientes apoyos para la sociedad civil es el riesgo potencial de hacer predicciones que se acaben cumpliendo por formularlas y creer en ellas. Rodríguez Garavito señala que muchas organizaciones de derechos humanos en los países en vías de desarrollo carecen de la capacidad de aplicar los procesos de gobernanza global, como son los PR, y participar plenamente en ellos. Por consiguiente, buscan que los líderes de opinión, cuyas ideas y preferencias reflejan en gran medida las suyas, les faciliten pistas. Sería mucho más útil, no sólo para los PR, sino para aquellos cuyos derechos humanos son vulnerados por las empresas, si esos líderes de opinión ofrecieran más claves sobre cómo esas organizaciones pueden usar los PR y hacer contribuciones a ellos, en lugar de volver a abrir la discusión sobre si el texto de los PR adoptados en 2011 dice lo suficiente con respecto a la intervención de la sociedad civil o no.

Juridificación internacional

A medida que se despliega la agenda sobre empresas y derechos humanos, una mayor juridificación es un elemento inevitable y necesario para los desarrollos futuros. Pero a la luz del fracaso de los pasados esfuerzos en pos de un tratado en este campo, hay que preguntarse qué forma de juridificación debería producirse en la esfera internacional. ¿Cuál es el enfoque que, basándose en la experiencia, arrojaría el mayor beneficio para las comunidades y personas afectadas? No es una cuestión puramente académica. En septiembre de 2013, Ecuador propuso que el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas estableciera un grupo de trabajo interestatal para negociar esa clase de tratado y unas seiscientas ONG formaron una “Alianza para el Tratado” con el fin de apoyar la solicitud.²¹ En una votación muy dividida, el Consejo adoptó la propuesta el 26 de junio de 2014.

21 Véase el sitio web de Treaty Alliance, <www.treatymovement.com>. Hay que señalar que las principales organizaciones de derechos humanos, como Amnistía Internacional y Human Rights Watch, no se unieron a la alianza, lo cual reveló sus dudas sobre la viabilidad y eficacia de la propuesta de Ecuador.

¿Acabará este último intento por imponer obligaciones de derecho internacional a las empresas transnacionales como otro caso más de la clásica disfunción de hacer una y otra vez la misma cosa y esperar un resultado distinto? ¿O podrían las negociaciones llevar a una reflexión más profunda sobre las razones de ese pasado y moverse en una dirección productiva? A simple vista, los partidarios y los oponentes del tratado parecen destinados a chocar. Pero si se mira hacia delante, la respuesta depende de si los adeptos a la iniciativa están más interesados en conseguir cambios reales que en dejar clara su posición, y de si los adversarios pueden aceptar que es necesaria, y también deseable, alguna forma de juridificación internacional adicional en relación con las empresas y los derechos humanos. A continuación desarrollo esas posibilidades.

Comencemos por el pronunciamiento realizado por Ecuador y la votación al respecto. La resolución pide el establecimiento de un grupo de trabajo interestatal en el Consejo de Derechos Humanos, “cuyo mandato será elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos”.²² Por consiguiente, la resolución no va dirigida a regular ninguna violación específica de los derechos humanos. En todo caso, pretende establecer un marco jurídico internacional, de carácter general –una especie de Constitución global–, que regule la conducta de las corporaciones en materia de derechos humanos. Acto seguido define el término “otras empresas” de modo que queden excluidas las nacionales, con lo que el nuevo marco legal aplicaría sólo a las transnacionales.²³ Por consiguiente, por ejemplo, la redacción del tratado propuesto cubriría a las empresas internacionales que compraban las prendas elaboradas en el edificio colapsado Rana Plaza, pero no a los propietarios de las fábricas en las que se producían dichas prendas.

A la resolución de Ecuador se sumaron Bolivia, Cuba, Sudáfrica y Venezuela como copatrocinadores. La votación en el Consejo fue de 20 votos a favor, 14 en contra y 13 abstenciones. Hubo una mayoría de miem-

22 Véase el documento A/HRC/26/L.22/Rev. 1, 24 de junio de 2014.

23 Una nota a pie de página de la resolución apunta: “‘Otras empresas’ se refiere a todas aquellas cuyas actividades operacionales tienen carácter transnacional y no se aplica a las registradas a nivel local con arreglo a la legislación nacional pertinente”. La resolución no dice nada sobre los acuerdos empresariales de colaboración con las empresas nacionales ni sobre otras formas de relación del Estado con las compañías transnacionales.

bro africanos que votó a favor, y en el mismo sentido votaron China, India y Rusia. Más allá de los promotores de la iniciativa, los otros países latinoamericanos se abstuvieron, y cabe destacar que Brasil lo hiciera. La Unión Europea y los Estados Unidos votaron contra la resolución porque pensaron que era contraproducente y divisiva; ambos declararon que no participarían en el proceso de negociación del futuro tratado.²⁴ Japón y Corea del Sur también votaron en contra. Los representantes de la coalición de la sociedad civil mostraron su euforia, aunque varias ONG criticaron la exclusión de las empresas nacionales.²⁵ Cuando China explicó su voto no manifestó un apoyo exultante. El delegado chino declaró que la decisión estaba basada en una “interpretación” específica. Primero afirmó que la cuestión de un tratado sobre empresas y derechos humanos era compleja y que existían diferencias en los sistemas económicos, judiciales y empresariales de los países, y que también su historia y cultura eran distintas. Por ende, concluyó que sería necesario llevar a cabo estudios “detallados y en profundidad” y crear un proceso para el tratado que fuera “gradual, incluyente y abierto”.²⁶ Como es obvio, no es más probable que China imponga a sus multinacionales estándares de derechos humanos no aceptados en su normativa interna de lo que lo es para los Estados Unidos.²⁷

24 Véase “Explanation of Vote: A/HRC/26/L.22/Rev.1 on BHR Legally-Binding Instrument”, disponible en <www.geneva.usmission.gov>.

25 Véase Ganesan (2014): “Un defecto fundamental es la insistencia de Ecuador en que el tratado se concentre en las empresas multinacionales, a pesar de que cualquier empresa puede causar problemas y que la mayoría de los estándares, incluidos los Principios [Rectores] de Naciones Unidas, no hagan esa distinción artificial”.

26 Véase “A/HRC/26/L.22/Rev.1 Vote Item: 3 - 37th Meeting 26th Regular Session Human Rights Council”, disponible en <www.webtv.un.org>.

27 Esto plantea un aspecto fundamental que los activistas de la sociedad civil y otros partidarios del tratado han pasado por alto cuando critican lo que consideran la “debilidad” del segundo pilar, respetar. Todos los miembros del Consejo en 2011 pudieron respaldar la responsabilidad empresarial con respecto a todos los derechos humanos porque en el marco de los PR la responsabilidad está fundamentada en una norma social global, no en una obligación jurídica. En cambio, si la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos se convierte en una obligación contenida en un tratado internacional, su aplicabilidad y el rango de derechos humanos a los que tendría que atenerse estaría determinado por los casos específicos de ratificación estatal del tratado, lo que no sólo afectaría al nuevo, como es evidente, sino también a los estándares variables de derechos humanos que los Estados reconocen como obligaciones jurídicamente vinculantes.

En síntesis, un número considerable de los miembros del Consejo no votó a favor de la resolución. Los países sede de la inmensa mayoría de las empresas transnacionales se opusieron, se abstuvieron o, en el caso de China, condicionaron el apoyo significativamente. Los que se oponen se niegan también a participar en las negociaciones futuras del tratado. Por lo tanto, hasta ahora esta tentativa de lograr un tratado se parece mucho a un caso de disfunción repetido. ¿No podemos aprender nada de los últimos cuarenta años de historia, y de la creación de normas internacionales en general, que nos permita garantizar remedios adicionales a las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con las empresas? Creo que sí hay cosas que aprender, pero eso requeriría que las principales preferencias doctrinales dejaran paso a la realidad práctica. De forma resumida, señalo tres impedimentos.

En primer lugar, los partidarios del tratado, tanto Estados como ONG, deberían reconocer que no va a aprobarse ninguna iniciativa similar en el futuro próximo. El propio Ecuador, en las consultas informales antes de la votación, estimó que eso podría llevar una década o más. De hecho, si los participantes no superan el bloqueo actual, podríamos ser testigos de una repetición de las negociaciones sobre el Código de Conducta para Empresas Transnacionales que tuvieron lugar en la década del setenta y que estuvo a la deriva durante años, hasta que finalmente fue abandonado en 1992. Recuérdese que incluso en el caso de la Declaración sobre los Pueblos Indígenas, pasaron veintiséis años desde su concepción hasta su adopción, aun dado su carácter no vinculante. Eso no es una razón para retrasar la iniciativa, pero plantea una pregunta básica a los partidarios del tratado: ¿qué proponen hacer entre hoy y ese momento, cuando quiera que llegue? La respuesta obvia sería implementar y desarrollar los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, pero esto genera un dilema para muchos de los impulsores del tratado. Me explicaré.

Prácticamente todos los países que hablaron durante el debate en el Consejo destacaron la importancia de implementar los PR. De hecho, el día después del voto muy dividido sobre la propuesta de Ecuador, el Consejo adoptó una segunda resolución, presentada por Argentina, Ghana, Noruega y Rusia, con el apoyo de otros cuarenta Estados de todas las regiones del mundo. Esa resolución extiende el mandato del Grupo de Trabajo conformado por expertos que estableció el Consejo en el año 2011 para promover y desarrollar los PR. También solicita al Alto Comisionado para los Derechos Humanos que facilite un proceso con-

sultivo con Estados, expertos y otros actores interesados con el fin de explorar “la variedad completa de opciones jurídicas y medidas prácticas que mejoren el acceso a los remedios de las víctimas de violaciones de derechos humanos relacionados con las empresas”.²⁸ Por otro lado, le pide al equipo de expertos que informe al Grupo de Trabajo sobre la implementación de los PR, ya que la falta de conciencia de lo que ocurre en la práctica es lo que lleva a muchos a creer que no se están realizando grandes avances. El Consejo adoptó esta resolución por consenso, sin necesidad de votación.

Pero ahí está el problema: muchos de los países que apoyan el proceso del tratado han llevado a cabo mínimas acciones, si acaso alguna, para hacer efectivos los PR. En el mismo sentido, numerosas ONG de la Alianza para el Tratado han hecho poco por promoverlos y algunos incluso hicieron campaña en contra de su aprobación por el Consejo de Derechos Humanos en 2011. Ambos grupos se han limitado a mantener todo el tiempo la posición doctrinal de que sólo medidas jurídicas internacionales pueden producir cambios significativos y, puesto que los PR no crean por sí mismos nuevas obligaciones jurídicas internacionales, es necesario un tratado. Pero si se tiene en cuenta la propia conjetura de Ecuador de que un tratado de empresas y derechos humanos puede tardar a una década o más, quienes proponen un tratado se tomarán ahora la implementación de los PR con más seriedad, aunque más no sea considerándolos sólo medidas provisionales? Si no, ¿qué es lo que les dirán a las víctimas, en cuyo nombre se enarbolan todas estas batallas?

Una segunda posición doctrinal obstaculiza el progreso: la amplitud del tratado propuesto. La idea de establecer un marco jurídico internacional de carácter general mediante un único tratado que regule todos los aspectos de las empresas transnacionales en relación con los derechos humanos parece una aspiración razonable y una tarea simple. Sin embargo, ni el orden político ni el orden jurídico internacional pueden conseguir eso en la práctica. La esencia del problema es que la cuestión de las empresas y los derechos humanos no abarca un área temática tan determinada como para prestarse a un conjunto único de obligaciones detalladas, consignadas en un tratado. Desde el punto de vista político, los problemas de la diversidad, las variaciones institucionales y los inte-

28 Véase el documento A/HRC/26/L.1, Rev.1.

reses en conflicto entre los Estados lo único que hacen es aumentar a medida que crece el número de países sede de empresas transnacionales (léanse los comentarios ya citados de China). Desde el punto de vista jurídico, la categoría de “empresas y derechos humanos” incluye demasiadas dimensiones complejas del derecho internacional y nacional como para que un único tratado solucione toda la problemática de los derechos humanos.²⁹ Cualquier documento que intentara cumplir con ese objetivo tendría que formularse en un grado tan alto de abstracción que carecería de sustancia, sería de poco uso práctico para la gente real en lugares reales y tendría gran potencial de causar una grave reacción negativa contra toda forma futura de juridificación internacional en este campo (como ya empezamos a observar en el reciente debate en el Consejo).

Esto me lleva al tercer impedimento doctrinal. Los oponentes del tratado necesitan afrontar la realidad de que el derecho internacional en este terreno no puede permanecer inmutable por siempre. Si algunos de los argumentos de Ecuador y de la Alianza en pos del tratado suenan como un eco del pasado, algo similar ocurre con algunas de las respuestas del otro lado. Por ejemplo, el delegado del Reino Unido declaró que “es una cuestión del imperio de la ley, del Estado nación de derecho en Estados individuales”.³⁰ En el mismo sentido, la Cámara Internacional de Comercio (ICC, por sus siglas en inglés) declaró en un comunicado de prensa que “no hay ninguna iniciativa ni ningún estándar con respecto a las empresas y los derechos humanos que pueda reemplazar el papel fundamental del Estado y las leyes nacionales en esta área”.³¹ Ambas declaraciones son absolutamente correctas en este momento. Pero si bastaran el derecho y los tribunales nacionales, ¿por qué las ET no recurren a ellos para resolver los conflictos de inversión con los Estados? ¿Por qué es necesario el arbitraje vinculante internacional, aprobar más de tres

29 En un primer recuento, se me ocurre: los derechos humanos, el derecho laboral, las normas contra la discriminación, el derecho de la salud y la seguridad, las normas de protección de la intimidad, el derecho de protección al consumidor, el derecho medioambiental, las normas contra la corrupción, el derecho humanitario, el derecho penal, las normas sobre inversiones, el derecho del comercio, el derecho tributario, el derecho de propiedad y, de suma importancia, el derecho societario y de títulos valores.

30 Véase “A/HRC/26/L.22/Rev.1 Vote Item: 3 - 37th Meeting 26th Regular Session Human Rights Council”, cit.

31 Véase “ICC disappointed by Ecuador Initiative adoption”, 20 de junio de 2014, disponible en <www.iccwbo.org>.

mil tratados bilaterales y los capítulos de inversión en los acuerdos de libre comercio? La justificación de esto ha sido siempre que las leyes y los tribunales nacionales no son adecuados y necesitan el complemento de los instrumentos internacionales.

En respuesta a la resolución de Ecuador, el Reino Unido y la ICC expresaron su decidido apoyo a los PR. De hecho, ambos han promovido y contribuido de forma activa a su implementación, y el Reino Unido fue el primer país en adoptar un plan de acción nacional. Pero debemos tener claro qué son los PR y qué hacen. Los PR establecieron fundamentos basados en la evidencia y el consenso. Han generado nuevos requisitos nacionales e internacionales de política pública y también algunas exigencias jurídicas. En los lugares en los que se implementan y desarrollan, adicionalmente, ayudan a reducir la incidencia general de los daños a los derechos humanos provocados por las empresas y también proporcionan fuentes de remedios no judiciales que antes no existían. Pero su creación nunca pretendió cerrar el paso a otras vías futuras necesarias o deseables.

Ya al comienzo de mi mandato identifiqué un enfoque sobre la juridificación internacional en el área de las empresas y los derechos humanos congruente con el pragmatismo basado en principios que llevó a los PR (Ruggie, 2007). Esta corriente considera el derecho internacional como una herramienta para la solución de problemas colectivos, no sólo como un fin en sí mismo. Reconoce que el desarrollo de cualquier instrumento jurídico internacional requiere cierto grado de consenso entre Estados y sostiene que antes de iniciar el proceso de aprobación de un tratado los objetivos deberían estar claros, deberían existir expectativas razonables de que las partes relevantes puedan hacerlos cumplir y lo hagan, y debería ser efectivo para abordar los problemas específicos existentes. Esto iría en la dirección de instrumentos jurídicos internacionales sobre empresas y derechos humanos con propósitos limitados –yo los llamé “herramientas de precisión”–, centrados en vacíos de gobernanza específicos que no estén cubiertos por otros medios.³²

32 Soy muy consciente de la función “expresiva” del derecho, a diferencia de su función reguladora. Pero en el campo de los derechos humanos internacionales no faltan instrumentos jurídicos expresivos, sino vías operativas que consigan cambios acumulativos.

Un candidato obvio sería escoger como objeto de regulación lo peor de entre lo peor: las empresas en graves violaciones de derechos humanos, muchas de las cuales cometen crímenes internacionales, como el genocidio, los asesinatos extrajudiciales y la esclavitud, además del trabajo forzado. Hice una propuesta a este respecto en una nota que envié a los Estados miembros de Naciones Unidas en febrero de 2011, en la que expresaba mis recomendaciones para las medidas posteriores a mi mandato (Ruggie, 2011c). En el caso de las personas naturales, existe en la práctica un consenso amplio sobre las prohibiciones pertinentes, que por lo general gozan de una aplicación extraterritorial mayor que otros estándares de derechos humanos. Pero se requiere una mayor especificidad en cuanto a qué medidas los Estados deberían adoptar para con las empresas –personas jurídicas– y sobre la relevancia que la cooperación internacional podría tener para ayudar a los gobiernos a aplicar esas medidas. Un instrumento jurídico con ese enfoque tendría el efecto secundario de elevar la conciencia de los Estados y las empresas en cuanto a la necesidad de que estas últimas eviten infringir los derechos humanos, de una forma muy parecida a lo que hizo el Alien Tort Statute antes de que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos restringiera su aplicabilidad extraterritorial en el caso “Kiobel”.³³

En resumen, nunca me opuse a la juridificación internacional en sí; deberíamos sopesar con cuidado cuáles son sus variantes necesarias, posibles y capaces de conseguir resultados prácticos, al tiempo que se va trabajando sobre la base de los PR.

Este análisis lleva a tres conclusiones. La primera es que si Ecuador y los partidarios de su resolución mantienen los términos y la intención de esta, sólo hay dos posibles desenlaces. O bien las negociaciones se prolongan durante una década o más y siguen el camino de los intercambios por el Código de Conducta de los años setenta, o bien logran persuadir a un número suficiente de países en vías de desarrollo para que adopten un tratado como ese, pero no es ratificado por la mayoría de los países sede de las multinacionales, que no quedarían obligados. Más allá del re-

33 En “Kiobel c. Royal Dutch Petroleum Company”, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos declaró que hay una presunción en contra de la aplicación extraterritorial de la ley y que “incluso cuando las reclamaciones afectan y se refieren al territorio de los Estados Unidos, deben hacerlo con la suficiente fuerza como para desplazar la presunción en contra de la aplicación extraterritorial”.

sultado que prevalezca, representará otro camino sin salida y no les dará nada a los individuos y las comunidades afectadas negativamente por la conducta empresarial.

En segundo lugar, si los opositores al tratado sostienen su posición de que basta con el derecho nacional y las iniciativas voluntarias, argumentarán que no es necesaria ninguna clase de juridificación, ni ahora ni en el futuro. Eso contribuirá al resurgimiento de la polarización que hemos contemplado durante el último año y en el camino se socavarán los PR, no porque carezcan de valor, sino porque menospreciar o descartar ese valor es conveniente para quienes proponen un tratado desde el punto de vista político.

En tercer lugar, la resolución introducida por Argentina, Ghana, Noruega y Rusia, que en la actualidad ha sido opacada por la resolución de Ecuador, tendría gran relevancia para avanzar en el tema. A corto plazo, pide al Alto Comisionado que celebre consultas con todos los grupos de interesados que consideren “el rango pleno de opciones jurídicas y medidas prácticas que mejoren el acceso a los remedios”. Esto proporcionará información práctica, ideas y directrices a medida que las negociaciones para un tratado progresen. Pero si el proceso para la elaboración de un tratado termina por privilegiar la doctrina por sobre los resultados prácticos, esa resolución consensuada podría generar perfectamente un proceso paralelo formativo por derecho propio.

Cualquiera sea el camino, los Estados, las empresas y las ONG necesitan redoblar (o en muchos casos iniciar) esfuerzos en implementar y desarrollar más los PR, a través –por ejemplo– de planes de acción nacionales que establezcan expectativas claras para los gobiernos y toda clase de empresas.³⁴ Ningún tratado futuro, real o imaginario, puede sustituir la necesidad de conseguir mayores progresos ahora. De hecho, cuantos más logros conquisten los participantes a partir de esta base ampliamente apoyada, menos politizado y polarizado estará el debate sobre la juridificación internacional. El pragmatismo de principios podría continuar imponiéndose.

34 Véase ICAR y DIHR (2014), para una excelente guía al respecto.

Conclusión

En general, los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de Naciones Unidas han tenido éxito en iniciar una nueva dinámica regulatoria global. Su triunfo, hasta ahora modesto –salvo si se compara con las alternativas–, se debe al hecho de que el desarrollo de los PR reflexiona y está informado de manera consciente por las razones de los fracasos pasados. Busca de forma explícita implementar un enfoque diferente, como ya se ha descrito antes en este capítulo. Por consiguiente, una de las grandes ironías para mí, desde el comienzo de mi mandato en Naciones Unidas, fue el deseo de muchos activistas y algunos académicos de derechos humanos de regresar al molde convencional. ¿Por qué? Porque así es cómo los derechos humanos se aplican y deben aplicarse, según ellos.³⁵ El capítulo de Rodríguez Garavito tiene el valor de reconocer los límites no sólo de la posición convencional, sino también de sus consecuencias potencialmente perjudiciales para las comunidades y los individuos afectados, en especial en los contextos institucionales del Sur Global.

35 Para un ejemplo académico del tema, véase Bilchitz (2013).

3. Empresas y derechos humanos: ¿momento de ir más allá del “presente”?

Surya Deva

El respaldo del Consejo de Derechos Humanos a los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (PR), en junio de 2011, es considerado en general un paso importante para conseguir que las compañías cumplan con sus responsabilidades relativas a los derechos humanos.¹ Los PR transformaron de manera definitiva el lenguaje ordinario del discurso sobre empresas y derechos humanos (EDH). Sin embargo, puesto que no son más que “el fin del comienzo” en esta área, tal vez no logren impactar lo suficiente en el comportamiento empresarial en aspectos fundamentales. Quizá tampoco consigan introducir suficientes cambios –mediante planes de acción nacionales (PAN) o cualquier otra variante– en el marco regulatorio actual como para ofrecer a las víctimas de violaciones de derechos humanos un acceso efectivo a remedios necesarios. Por consiguiente, habría que ir más allá de los PR en el futuro próximo.

Como parte del examen de otras iniciativas regulatorias posibles que llenen los vacíos dejados por los PR, este capítulo tiene dos objetivos amplios. En primer lugar, analizar el capítulo de César Rodríguez Garavito en este volumen. Teniendo en cuenta las restricciones de espacio, me limitaré a algunos aspectos de su escrito que enmarcan el debate sobre EDH y que merecen una reflexión. Hago referencia también a otras cuestiones² –algunas de las cuales han sido barridas bajo lo que llamo “la alfombra del consenso”– de las que habría que ocuparse para garantizar que las empresas cumplan con sus obligaciones de derechos humanos.

1 Véase “Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: puesta en práctica del Marco de las Naciones Unidas para ‘Proteger, Respetar y Remediar’”, A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011.

2 Algunos de estos temas no aparecen en el capítulo de Rodríguez Garavito, lo que es comprensible debido a la extensión y a la cantidad de lo que puede cubrirse en ese espacio.

En segundo lugar, estudiar cuál debería ser el papel del derecho internacional y de la sociedad civil para ir más allá³ de un marco “estadocéntrico”.⁴ Creo que las organizaciones de la sociedad civil deberían ocupar una posición más central y tener una intervención institucionalizada en la regulación del comportamiento de las empresas, en lugar de actuar desde la periferia. Como los lectores observarán, mi pretensión de ir más allá de la situación “actual” en el campo de las EDH conecta estos objetivos de varias formas.

Un marco para el debate: algunas reflexiones críticas

Dimensión “estática” frente a dimensión “dinámica”

El capítulo de Rodríguez Garavito realiza una importante distinción entre las dimensiones “estática” y “dinámica” de los PR. Se concentra en esta última, es decir, en “lo que ha sucedido luego de la adopción de los PR, y también hablar de lo que podría pasar en el futuro”. Si bien ese objeto principal de estudio parece sensato, no hay que pasar por alto la interrelación entre ambas dimensiones y, en especial, cómo la “estática” podría influenciar en la “dinámica”. Si no identificamos y respondemos apropiadamente a las deficiencias de los PR, es probable que esas fallas dificulten el progreso de futuras iniciativas regulatorias.

Quisiera ofrecer unos pocos ejemplos que ilustran esta afirmación. Los PR están fundamentados en la creencia de que las empresas no tienen obligaciones jurídicamente vinculantes conforme al derecho internacional: lo único que tienen es una “responsabilidad de respetar” los derechos humanos. Ambos aspectos de esta formulación del segundo pilar son discutibles: las empresas ya tienen algunas obligaciones jurídicamente vinculantes de derechos humanos y la naturaleza de sus obligaciones no debería limitarse a la categoría del “respeto” (Bilchitz,

3 Por casualidad, la expresión “más allá” (“*beyond*”) aparece en el título de un reciente libro del que he sido coeditora junto con David Bilchitz, *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?* (2013).

4 Aunque la tesis de los “vacíos de gobernanza” se usa a menudo para señalar los retos en el área de las empresas y los derechos humanos, parece simplificar en exceso la complejidad de los problemas. Además, más allá de cierto punto, tampoco contribuye demasiado porque casi todos los conflictos actuales o pasados del mundo podrían explicarse recurriendo a los vacíos de gobernanza.

2013: 107). Por otro lado, los PR limitan las obligaciones de los Estados a la categoría de “proteger”,⁵ lo que por consiguiente implica que “respetar” y “cumplir” no son obligaciones relevantes de alguna forma significativa para el Estado en el área de las empresas y los derechos humanos. Además, los PR definen “los derechos humanos internacionalmente reconocidos” de una manera muy restrictiva, y sólo se refieren a los “expresados en la Declaración Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo”.⁶ En consecuencia, hay varias convenciones internacionales fundamentales, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw, por sus siglas en inglés), la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD),⁷ que no forman parte de esta lista “mínima”. En lugar de eso, se convierten en “estándares complementarios”.⁸

En estas circunstancias, cualquier intento de ajustarse a los PR podría heredar esa concepción restrictiva de las obligaciones para las empresas y los Estados.⁹ Aunque no he sido un admirador del Pacto Global de Naciones Unidas (PG) (Deva, 2007: 255), si sus principios se ajustaran hoy a los de los PR, eso sería un paso atrás, porque los principios del PG en su formulación actual incluyen la responsabilidad ambiental y no están confinados a la jaula de “respetar”. En el mismo sentido, los Estados que planean implementar los PR podrían pensar que no necesitan ir más allá de sus tres pilares para cumplir con sus obligaciones de derechos humanos, derivadas del derecho internacional y del constitucional, con relación a las actividades empresariales. Pueden observarse evidencias de este enfoque restricti-

5 Los principios generales de los PR reconocen, no obstante, que se basan en “las actuales obligaciones de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

6 PR, Principio 12.

7 Es pertinente señalar que el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD, por sus siglas en inglés) (175), la Cedaw (187) y el Comité de los Derechos del Niño (CRC) (193) han sido ratificados por más Estados que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Pidcp) (167) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc) (160).

8 PR, Comentario al Principio 12.

9 La alineación podría tener también resultados positivos, por ejemplo, la inclusión de un capítulo separado sobre derechos humanos en las Directrices de la OCDE de 2011.

vo, por ejemplo, en el PAN del Reino Unido:¹⁰ aunque ese plan contiene algunas medidas útiles,¹¹ es un reflejo de los tres pilares y no hace ninguna referencia a las implicaciones que tienen para el gobierno del Reino Unido las obligaciones derivadas de la CDN y la Cedaw (incluidos los Protocolos Facultativos relativos a esas convenciones). Además, el PAN del gobierno británico apenas menciona algo concreto sobre la mejora del acceso a los remedios efectivos en el país (Meeran, 2013: 378), aunque la actualización de 2016 menciona algunas medidas a tomar para alcanzar este fin.¹²

Remanentes de la dicotomía

Otra cuestión relacionada con el marco desarrollado en el capítulo central y que vale la pena aclarar es la formulación dicotómica de las dos visiones sobre la regulación, que en el pasado solían expresarse como regulación “obligatoria” y “voluntaria”: la primera está ligada a la idea de un tratado internacional general, legalmente vinculante; y la segunda se funda en diversas nociones sobre la regulación, como la gobernanza policéntrica, la nueva gobernanza, la regulación reflexiva y la regulación receptiva.¹³ Creo que los observadores agudos del campo de las empresas y los derechos humanos sostienen una tercera visión basada en la percepción de que se necesitan ambos conjuntos de herramientas regulatorias, no uno o el otro (Deva, 2017). Como objeto de regulación, las empresas multinacionales (EM) son difíciles y se necesita una combinación coherente de estrategias regulatorias para conseguir un nivel aceptable de eficacia de las medidas preventivas y remediales.¹⁴

Como reflejo de la yuxtaposición mencionada (es decir, entre aquellos que rechazan los PR y quienes proponen un tratado vinculante),¹⁵ el

10 Véase “Good Business: Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights”, 4 de septiembre de 2013, disponible en <www.gov.uk>.

11 Por ejemplo, extender el ámbito del informe de los directores contemplado en la Sección 172 de la Ley de Sociedades (Companies Act) para incluir cuestiones de derechos humanos y tener en cuenta las declaraciones finales negativas del punto nacional de contacto contra una empresa cuando considere un proyecto que implique exportación de capitales.

12 Véase “Good Business: Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights”, mayo de 2016, disponible en <www.gov.uk>.

13 Véase el capítulo de Rodríguez Garavito en este volumen.

14 Sobre esos niveles equivalentes de eficacia y para la idea de una “teoría integrada” de la regulación, véase Deva (2012b).

15 Véase el capítulo de Rodríguez Garavito en este libro.

capítulo central de este libro se pregunta si enfocarse exclusivamente en un tratado internacional sería una alternativa viable. Rodríguez Garavito rechaza con acierto la idea de apuntar única u obsesivamente a la aprobación de un tratado internacional vinculante: la propuesta es tan errónea como pensar que las iniciativas voluntarias, por sí mismas, podrían moderar la tendencia de las empresas a no tener en cuenta las normas de derechos humanos. De hecho, el autor sugiere el proyecto de un tratado internacional vinculante como “un instrumento más, parte de una caja de herramientas más grande”, que complementaría los PR.

Aunque revisaré después la propuesta de un tratado internacional, pueden hacerse dos observaciones en este momento sobre el análisis de Rodríguez Garavito y su argumento. En primer lugar, si algunas organizaciones de la sociedad civil se concentraron de forma exclusiva en un acuerdo internacional vinculante, fue sobre todo porque estaban en una situación “en la que no había opciones”. Puesto que cuatro décadas de iniciativas voluntarias no les han dado mucha esperanza, estas organizaciones tienen un escepticismo legítimo sobre la eficacia de cualquier nuevo empeño dirigido a este tipo de iniciativas (incluidos los PR). Por consiguiente, los adeptos de iniciativas voluntarias, y no las organizaciones de la sociedad civil, son los responsables de esta actitud mental excluyente –si fuera cierta–.

En segundo lugar, hay al menos dos aspectos diferentes en los cuales un tratado vinculante puede complementar los PR, pero no me queda claro el sentido que se sostiene en el capítulo de Rodríguez Garavito. Ruggie (2014a: 5) ha sugerido uno de esos modos: el de aprobar un tratado internacional –como una “herramienta de precisión elaborada con gran cuidado”– que se ocupe de las graves violaciones de derechos humanos que constituyan crímenes internacionales (véanse también Ruggie, 2011b: 4-5; 2013: 199-201). De manera que el tratado intentaría solucionar la deficiencia del segundo pilar, que señala –de forma incorrecta– que las empresas sólo tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos conforme al derecho internacional. Pero un tratado vinculante complementaría los PR de modo mucho más amplio al ir más allá de su texto, es decir, al reexaminar la naturaleza y el ámbito de las obligaciones empresariales con respecto a los derechos humanos, y también el *modus operandi* de su cumplimiento. De acuerdo con esto, el tratado tendría que pensarse como una “ampliación lógica” de los PR, con lo que estos últimos no deberían considerarse un documento sacrosanto, sino sólo transitorio. Sería conveniente aclarar todavía más el papel y el alcance exacto de un tratado internacional como lo concibe Rodríguez Garavito, porque si bien sigue el enfoque restrictivo de Ruggie, en algunos lugares

refiere a una implementación expansiva o generalizada de los PR, y esto último parecería indicar que un tratado futuro podría ampliar los límites de la responsabilidad empresarial establecidos por los PR.

Cuidarse del negocio de los derechos humanos

Mi última reflexión sobre el capítulo central del libro gira en torno a una pregunta muy importante planteada allí: ¿a quién se considera como parte de la sociedad civil?¹⁶ Este interrogante se relaciona con un problema más amplio: el incipiente negocio de los derechos humanos en el terreno de las empresas y los derechos humanos (o, en general, en el área de los derechos humanos). Debido al poder normativo percibido del que gozan los derechos humanos, casi todo el mundo desea emplear la causa de los derechos humanos para promover sus propios fines, algunos de los cuales podrían ser ilegítimos o estar ocultos. El surgimiento de consultoras de diversas clases para aconsejar a las empresas sobre cómo gestionar sus riesgos de derechos humanos debería estudiarse.

Una gran parte de las compañías (y de sus directivos) carece de la formación y de la capacidad para interiorizar las normas de derechos humanos en sus procesos decisorios.¹⁷ Es esencial crear facultad empresarial a este respecto. No obstante, también hay que estar atentos a las consultoras que desarrollan ese trabajo como actividad de negocio y pretenden al mismo tiempo ser expertos neutrales o independientes comprometidos con la causa de los derechos humanos.¹⁸ Ganar dinero y defender los derechos humanos puede ser compatible en algunas ocasiones, pero no siempre.

16 Véase Rodríguez Garavito, en este libro.

17 La reciente inclusión de cursos de Responsabilidad Social Empresarial (RSE) o sobre empresas y derechos humanos en el currículo de las facultades de Administración de Empresas y de las de Derecho podría ayudar a superar en cierta medida esa falta de formación.

18 Aunque este capítulo no se centra en esta cuestión, algunas organizaciones de la sociedad civil y organizaciones sin fines de lucro intentan a veces utilizar los derechos humanos para conseguir algunos de sus objetivos no relacionados con ellos.

Cuestiones que acaban bajo “la alfombra del consenso”

Una de las contribuciones más importantes del Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y Otras Empresas (RESG) fue su capacidad de conseguir el consenso en el área de las EDH y lograr el respaldo del Consejo de Derechos Humanos a los PR. Sin embargo, esto tuvo un precio. Hubo varias cuestiones complejas que el RESG dejó a un lado: acabaron debajo de la alfombra con el fin de obtener el consentimiento y la aceptación unánime de los PR (Bilchitz y Deva, 2013: 1, 10-17; Deva, 2013: 78, 86-91). Si se tiene en cuenta el hecho de que ya hay grietas en esa aprobación,¹⁹ es el momento de ir más allá de la gloria del “apoyo unánime” y recuperar las cuestiones que acabaron debajo de la alfombra por razones pragmáticas o que no fueron consideradas. Además, a menos que los encargados de las políticas públicas afronten estos asuntos incómodos, lo único que se estará haciendo será un tratamiento cosmético de problemas muy enraizados. Me referiré brevemente a esas cuestiones aquí.

Reorientar las empresas

Los académicos han señalado que el derecho societario tiene una importancia fundamental para promover el cumplimiento de los derechos humanos en las empresas.²⁰ El RESG también reparó en aquello e integró este aspecto en su mandato y también en los PR.²¹ Es un buen comienzo,

19 La iniciativa liderada por Ecuador y otros Estados del sur para negociar un tratado internacional legalmente vinculante llevó a la adopción por el Consejo de Derechos Humanos de una resolución en junio de 2014. De cuarenta y siete Estados miembros que tiene el Consejo, veinte apoyaron la resolución, mientras que catorce votaron en contra y trece se abstuvieron. Véase “Binding Treaty: Pros and Cons”, disponible en <www.business-humanrights.org>. Estas divisiones continuaron en la medida en que la mayoría de los países desarrollados boicotearon la primera sesión del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta (GTI), celebrada en julio de 2015.

20 En un artículo publicado en 2004, sostuve que la ausencia de los derechos humanos como parte de la cultura empresarial es una de las razones por las cuales las compañías violan los derechos humanos, y que esa carencia se debía a la falta de un horizonte compartido entre el derecho societario y el derecho de los derechos humanos (Deva, 2004: 110-111).

21 Véanse “Human Rights and Corporate Law: Trends and Observations from a Cross-national Study Conducted by the Special Representative”,

pero hay que hacer mucho más para conseguir cambios desde dentro y a su vez humanizar los negocios (Deva, 2012b: 211-214). Mencionaré dos puntos que no reciben suficiente atención en los PR. En primer lugar, las empresas no son sólo máquinas de maximización de beneficios que deberían respetar los derechos humanos porque hay un “interés empresarial” en hacerlo: en vez de eso, la sociedad les permite emprender diferentes actividades siempre que cumplan con ciertas normas no negociables, como las de derechos humanos. Estas deberían ser mucho más expansivas que las famosas “reglas del juego” preconizadas por Milton Friedman (2002: 133), los principios gemelos de la ética empresarial que Sternberg (2000) desarrolló en *Just Business* y las expectativas establecidas en los PR. Entre otros, el proyecto “The Purpose of the Corporation” [“La finalidad de la empresa”], de Frank Bold, intenta abordar este problema.²²

En segundo lugar, los principios de la responsabilidad societaria limitada y de la personalidad jurídica independiente –que surgieron en una época en la que el concepto de “empresas matriz y subsidiaria” era desconocido y cuando las compañías carecían del poder de adquirir y mantener acciones de otras empresas (Blumberg, 1993: 52)– deberían reformularse, de manera que ninguno de ellos sea usado por las EM para eludir sus responsabilidades legales ni aplicado de forma habitual por las casas matrices para diferir o evitar su responsabilidad por las violaciones de derechos humanos. En este punto hay varias alternativas posibles.²³ Es fundamental que las sociedades subsidiarias extiendan su responsabilidad a sus casas matrices por las violaciones de derechos humanos como cuestión de principio, a menos que la empresa matriz pueda demostrar que no conocía (o que no había razones para que conociera) las violaciones de derechos humanos o que estas ocurrieron a pesar de que la compañía tomó las medidas preventivas y remediales apropiadas en su proceso de decisión.²⁴

A/HRC/17/31/Add. 2, 23 de mayo de 2011; PR, Principio 3 y su Comentario.

22 Véase “The Purpose of the Corporation”, disponible en <www.en.frankbold.org>. Véase también “The Sustainable Companies Project”, disponible en <www.jus.uio.no>.

23 El enfoque del deber directo de diligencia adoptado por los tribunales británicos en algunos casos es bastante interesante porque permite levantar el velo corporativo. Véase, por ejemplo, “Chandler c. Cape plc” [2012] EWCA (Civ) 525.

24 Cabe destacar que la debida diligencia de la que habla el RESG es una herramienta más apropiada para las obligaciones empresariales que encajan en la categoría de “proteger” que en la de “respetar”.

La naturaleza y el grado de las obligaciones empresariales

Las empresas tienen, y así debe ser, obligaciones legalmente vinculantes con respecto a los derechos humanos. Es problemático concebir los derechos nacionales y el derecho internacional como dos compartimentos estancos y pretender que las empresas sólo son objeto de expectativas sociales y no de obligaciones vinculantes.

Entre las variadas razones potenciales que podrían apoyar la tesis de la obligatoriedad, una sería que los derechos humanos van más allá de una única relación entre sujeto y Estado. Todas las personas tienen estos derechos inherentes basados en la idea de dignidad humana. Por motivos históricos, los deberes respecto de esos derechos se desarrollaron en su mayor parte en referencia a los Estados. Pero eso no significa que otros entes no tengan esos deberes. De hecho, todo sujeto con capacidad real de violar los derechos humanos debería tener obligaciones subsecuentes, de manera que habría que concentrarse en los titulares de derechos y no en las violaciones. Poco le importa a las víctimas si son los Estados u otros actores no estatales los que violan sus derechos.

El preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos representa este espíritu (aunque todavía está pendiente su desarrollo y cumplimiento) y postula que hay una obligación de que “tanto los individuos como las instituciones [...] promuevan [...] el respeto a estos derechos y libertades”, que son un todo, y de que aseguren, a través de medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación “universales y efectivos”. Manifiestan que “toda persona y todo órgano de la sociedad [...] se esforzará [...] por promover el respeto por estos derechos y libertades” y por que sean un “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”. Además, como señala correctamente Joseph Raz,

no hay una lista cerrada [de deberes] que se corresponda con un derecho [...]. *Un cambio de circunstancias puede llevar a la creación de nuevos deberes a partir del antiguo derecho [...]*. Este aspecto dinámico de los derechos, *su capacidad de crear nuevos deberes*, es fundamental para cualquier comprensión de su naturaleza y función en el pensamiento práctico (Raz, 1986: 171).

El umbral del “cambio de circunstancias” de Raz podría superarse fácilmente hoy. Entre los ejemplos ilustrativos de ese cambio estarían:

- a) la delegación contractual de servicios públicos esenciales prestados por el Estado a empresas particulares, lo que a su vez produce situaciones en las que las consideraciones sobre los beneficios dictan la disponibilidad y el acceso a necesidades humanas básicas (Narula, 2005);
- b) la privatización de la guerra y de la seguridad, que permite a empresas militares y de seguridad particulares violar a voluntad los derechos humanos;²⁵
- c) el surgimiento de asociaciones público-privadas para grandes proyectos de infraestructura, que a menudo actúan con desconocimiento de las obligaciones de derechos humanos de los afectados (Deva, 2012a: 85).

En cuanto al alcance de los deberes, las empresas deberían tener las tres clases de obligaciones en un nivel variable: el deber de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos. Si bien sus obligaciones no deberían ser idénticas a las de los Estados, el grado de estas tampoco tendría que estar tan limitado como para que los derechos humanos de las personas no se hicieran efectivos de forma apropiada, puesto que vivimos en una era en la que las empresas realizan funciones ubicuas, algunas de las cuales solían desempeñar los Estados. Una delimitación precisa del ámbito de los deberes empresariales requeriría reflexiones e investigaciones adicionales. Pero mi idea preliminar es que las empresas deberían tener obligaciones de “respetar” parecidas a las de los Estados, mientras que sus obligaciones de “proteger” y “cumplir” deberían ser limitadas en comparación con las de los Estados. Por ejemplo, una empresa matriz debería cumplir la categoría de “proteger” los derechos de forma tal que garantizara que sus subsidiarias o proveedores no violaran los derechos humanos.²⁶ En el mismo sentido, las obligaciones de “hacer efectivos”

25 Véanse, por ejemplo, “Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación”, A/HRC/15/25, 2 de julio de 2010; Francioni y Ronzitti (2011).

26 El enfoque adoptado por los PR, es decir, que todas las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos, es deseable, pero ni es adecuado ni tiene en cuenta cómo actúan las compañías como grupo empresarial.

los derechos podrían ser relevantes en ciertas situaciones; por ejemplo, cuando una empresa opera una mina en un área remota en la que las personas carecen de acceso a necesidades básicas.

Los derechos más allá de la Declaración Internacional de Derechos Humanos y la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo

Las empresas pueden violar de forma directa (o indirecta) todos los derechos humanos, como señaló el RESG.²⁷ Sin embargo, los derechos que las empresas deberían respetar –“como mínimo”–, según los PR, son aquellos enumerados en la Declaración Internacional de Derechos Humanos y la Declaración sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). No resulta claro ni tampoco defendible por qué no fueron incluidos en ese mínimo moral otras convenciones internacionales como el CERD, la Cedaw, la CDN y la CDPD u otros instrumentos en el área de los derechos medioambientales y los derechos de los indígenas. A pesar de que el Consejo de Derechos Humanos requirió de forma específica “integrar una perspectiva de género en todo su trabajo y prestarles una atención especial a las personas pertenecientes a grupos vulnerables, en especial a los niños”, los PR disponen que las empresas “*pueden necesitar considerar estándares adicionales [...] cuando [sus acciones] puedan tener consecuencias adversas [en los derechos humanos]*”.²⁸

El enfoque de “mire y escoja”, no basado en principios y ya descrito, adoptado por los PR para no definir con precisión “los derechos humanos internacionalmente reconocidos” es muy problemático. ¿Por qué la Cedaw y la CDN, que son relevantes para casi todas las actividades empresariales, no son parte de las normas internacionales facultativas de derechos humanos aplicables a las empresas? En el mismo sentido, ¿por

27 En su informe de 2008, el RESG observó que “hay pocos, si acaso, derechos reconocidos internacionalmente en los que las empresas no puedan incidir, o en los que se piense que no inciden. Por consiguiente, las empresas deberían considerar todos esos derechos”. Véase “‘Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos’. Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie”, A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008, párr. 52. Véase también Ruggie (2013: 95-96).

28 PR, Comentario al Principio 12 (cursiva añadida).

qué los derechos medioambientales no forman parte de las prácticas corporativas de todas las empresas en todas las circunstancias? Las futuras y posibles iniciativas regulatorias internacionales deberían solucionar este defecto de los PR.

Vacíos de gobernanza, derecho internacional y sociedad civil

El RESG identificó correctamente los “vacíos de gobernanza” como un problema clave generado por las operaciones transnacionales y de *outsourcing* [externalización de operaciones] de las EM.²⁹ También señaló que las violaciones más graves de los derechos humanos tuvieron lugar en “zonas de gobernanza débil” o “zonas de conflicto”.³⁰ Aunque el RESG diagnosticó con acierto la enfermedad que plaga el campo de las empresas y los derechos humanos, no se puede decir lo mismo del medicamento prescrito a través de los PR.

Al igual que toda iniciativa regulatoria, la eficacia de los PR está basada en supuestos como los siguientes: los Estados estarán dispuestos y serán capaces de ejercer su deber de “proteger” contra toda clase de empresas; las compañías llevarán a cabo su “responsabilidad de respetar” de forma diligente, a pesar de la ausencia de toda fuerza legal derivada de los PR o de que las organizaciones de la sociedad civil no tengan ningún papel institucionalizado como supervisores informales;³¹ los mecanismos no judiciales pueden lograr los criterios de efectividad estipulados en los PR pese a la significativa asimetría entre las EM y quienes resultan afectados por sus actividades.³²

En esas circunstancias, ¿cuán realista es esperar que estos mismos Estados ubicados en el centro de las zonas de conflicto o de gobernanza débil ejerzan de forma competente su deber de proteger a las personas contra las violaciones de derechos humanos perpetuadas por las empresas? Por ejemplo, ¿podemos confiar realmente en que el gobierno chino garantice que las

29 Véase A/HRC/8/5, párr. 3.

30 *Ibid.*, párrs. 47-49.

31 Ruggie también piensa que hay “varios puntos fuertes” (2013: 101-102).

32 El capítulo Rodríguez Garavito subraya también este importante aspecto y destaca la necesidad de empoderar a las organizaciones de la sociedad civil para que actúen como contrapoderes.

empresas que actúan en China o desde su territorio no violen los derechos humanos, los mismos que los propios organismos públicos chinos infringen como parte de su política estatal? Confiar sólo en los entes estatales, o confiar en exceso en ellos como guardianes de los derechos humanos, puede ser poco realista aun en el caso de Estados democráticos con instituciones estables de gobernanza (Deva, 2014a: 289). En el mismo sentido, el pilar de la “responsabilidad de respetar” funcionará sólo si una empresa es sincera sobre el cumplimiento de sus responsabilidades de derechos humanos y hay razones empresariales para hacerlo. Si los motivos corporativos para favorecer la observancia de los derechos humanos fueran tan claros y universales,³³ no existiría necesidad del mandato del RESG y, ni siquiera, de este libro.

Por consiguiente, sugiero que los PR no serán suficientes cuando son más necesarios, es decir, en los “casos difíciles”, en expresión de Ronald Dworkin (1999). Uso la expresión para referirme a aquellas situaciones en las que no hay razones empresariales claras para respetar los derechos humanos y toda acción u omisión por parte de los Estados hace más complicado para las víctimas conseguir declarar responsables a las empresas por las violaciones de los derechos humanos. La dificultad, que se puede situar en el marco de los obstáculos del acceso a la justicia, surge porque es probable que no todas las empresas crean en el discurso de los derechos y algunos Estados no serán capaces de actuar vigorosamente contra esas empresas o no tendrán la voluntad de hacerlo.

Como he defendido en otro lugar (Deva, 2014c: 2-4), necesitamos un instrumento internacional que se ocupe de las violaciones empresariales de los derechos humanos por varias razones. Pero lo que es más importante, una herramienta como esta no debería ser demasiado “estadocéntrica”, ni debería limitarse a algunas violaciones graves de derechos humanos.

Es preciso alejarnos de la concepción estadocéntrica porque los Estados no son siempre cumplidores congruentes y fiables de las normas de derechos humanos, y esa es una de las principales razones para los llamados “vacíos de gobernanza”. Si un tratado internacional le encarga a los Estados en exclusiva la tarea de hacer cumplir las reglas de derechos humanos ante las empresas, aportará poco para conseguir el objetivo que los creadores de políticas públicas pretenden para un tratado. En cuanto a la elaboración de normas en la esfera internacional, los actores no estatales ya comenzaron a tener un papel crucial. Los esquemas re-

33 Para una crítica de la posición de las empresas, véase Deva (2012b: 139-146).

gulatorios deberían liberar el potencial de los actores no estatales, como las organizaciones de la sociedad civil, para hacer cumplir las normas internacionales, en especial en aquellos casos en que los Estados no intervienen en contra de empresas poderosas.

Además, necesitamos un instrumento de amplio alcance que cubra todos los derechos humanos porque los llamados a negociar un tratado restrictivo que se ocupe sólo de las violaciones más deplorables reflejan, entre otras cosas, la prioridad que el Norte Global le da a los derechos civiles y políticos por sobre los económicos, sociales y culturales. Para las personas que viven en el Sur Global, y que sufren de manera desmedida debido a las violaciones de derechos humanos vinculadas con las empresas, el otro conjunto de derechos es igual de importante que los derechos civiles y políticos, cuando no más. ¿Por qué deberíamos tomarlos menos en serio el desplazamiento de pueblos indígenas a causa de la minería, la emisión de químicos peligrosos y la exposición a ellos, las pruebas de embarazo previas a la contratación laboral y la apropiación ilegal de tierras por parte de las empresas que lo que nos tomamos la esclavitud o el genocidio? Parece que el capítulo central no recoge esa política presente en las relaciones internacionales y la gobernanza.³⁴

Hay razones sensatas por las que una mayoría de Estados debería apoyar la idea de instaurar un marco internacional jurídicamente vinculante, para regular las actividades empresariales que violen los derechos humanos (Deva, 2014c: 4-6). La adopción de una resolución por el Consejo de Derechos Humanos en junio de 2014, que establece un grupo de trabajo intergubernamental (GTI) de composición abierta con el fin de elaborar un instrumento internacional legalmente vinculante abre la posibilidad de lidiar con la situación presente de impunidad de las empresas por sus violaciones de los derechos humanos.³⁵ Es difícil predecir en este momento si ese intento, como otros anteriores del mismo tipo, producirá un instrumento internacional o no. Si se tiene en cuenta que la mayoría de los países desarrollados boicotearon la primera sesión del GTI celebrada en julio de 2015, y la oposición continuada de las organizaciones

34 Estableciendo una analogía, se ha sugerido que la Corte Penal Internacional se ocupó predominantemente de situaciones en África (es decir, el Sur Global) y pasó por alto las ocurridas en el Norte Global o las relacionadas con él.

35 Véase "Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos", A/HRC/26/L.22/Rev.1, 26 de junio de 2014.

empresariales al tratado propuesto, las señales iniciales no son muy prometedoras. También es problemático que esta resolución del Consejo de Derechos Humanos busque limitar, mediante una controvertida nota al pie de página, el alcance regulatorio de un instrumento internacional legalmente vinculante sólo a las empresas transnacionales y a otras clases de empresas con carácter transnacional.³⁶

Si el GTI es incapaz de romper el bloqueo actual, deberíamos considerar alternativas. Una opción podría ser desarrollar normas internacionales en esta área de “abajo hacia arriba” (Deva, 2014b). Por ejemplo, una coalición diversa de interesados dispuestos a ello, en la que participen Estados, académicos, practicantes, representantes de las empresas, organizaciones de la sociedad civil, sindicatos, agrupaciones estudiantiles, defensores de los derechos humanos y organizaciones de consumidores e inversores, que podrían redactar conjuntamente un instrumento internacional que establezca obligaciones de derechos humanos para las empresas. Una herramienta como esa, aunque tal vez más blanda que los PR, podría ser más factible desde el punto de vista normativo y estar más cerca de las expectativas sociales que la gente común tiene con respecto a lo que cabe esperar de las empresas.

La otra alternativa sería comenzar con un instrumento general de derecho blando, pero más ambicioso.³⁷ En otras palabras, en lugar de intentar negociar un tratado internacional que se ocupe sólo de violaciones graves escogidas de derechos humanos, similar al Estatuto de Roma, deberíamos empezar por redactar una Declaración sobre las Obligaciones de Derechos Humanos de las Empresas (la Declaración), parecida a la Declaración Universal de Derechos Humanos, pero para las empresas.³⁸ Este orden secuencial es fundamental porque una propuesta para convenir un tratado de contenido limitado no sólo coloca el carruaje delante del caballo por razones pragmáticas, sino porque tal vez se requiriera de instrumentos no vinculantes para ocuparse de otras violaciones de derechos humanos.

Esa Declaración debería:

36 Íd. El pie de página dice: “El término ‘otras empresas’ se refiere a todas aquellas cuyas actividades operacionales tienen carácter transnacional y no se aplica a las registradas a nivel local con arreglo a la legislación nacional pertinente”.

37 Para una explicación más detallada, véase Deva (2014c).

38 Es posible también concebir esta Declaración como aplicable a todos los sujetos no estatales y no sólo a las empresas.

- a) proporcionar un fundamento normativo sólido sobre por qué las empresas tienen obligaciones de derechos humanos;
- b) proclamar que los derechos humanos aplicables a las empresas no se limitan a aquellos mencionados en la Declaración Internacional de Derechos Humanos, sino que se extienden también a los desarrollados en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos;
- c) presentar los principios que gobiernan el nivel de las obligaciones empresariales en relación con esos derechos;
- d) contemplar varios mecanismos, algunos centrados en el Estado y otros no, para implementar y hacer cumplir las obligaciones de derechos humanos que tienen las empresas, y también proporcionar a las víctimas un acceso efectivo a una variedad de remedios; y
- e) sugerir formas para eliminar los obstáculos sustantivos, conceptuales, procedimentales y financieros experimentados por las víctimas a la hora de hacer responsables a las empresas de sus violaciones de derechos humanos.

Una vez que la Declaración se aprobase, deberían hacerse esfuerzos simultáneos o sucesivos para darles un contenido concreto a las obligaciones de derechos humanos en diferentes áreas. Eso implicará negociar y adoptar varios instrumentos internacionales en su debido momento. Un proyecto como ese tomará tiempo, como es natural, pero en sí no debería ser una razón para retrasar el inicio del proceso.

Hacer que las empresas cumplan con las normas de derechos humanos y responsabilizarlas en caso de incumplimiento requerirá introducir algunos cambios “fundamentales” a las leyes y políticas relevantes relacionadas con el origen de las compañías y las actuaciones empresariales.³⁹ Estas transformaciones deberían fundamentarse en el supuesto normativo de que incluso si las empresas son órganos sociales especializados, deberían estar sujetas a normas de derechos humanos no negociables. En este contexto, podría merecer la pena elaborar leyes modelos que proporcionen a los Estados una guía *concreta* para que así conozcan cuáles son los ajustes legislativos y políticos en las esferas nacional, bilateral,

39 Esta propuesta va más allá de lo que contemplan los PR, por ejemplo, en los Principios 3 y 8-10.

regional e internacional que deberían poder ejercer cuando se produzca una privación de los derechos humanos.

Si se tiene en cuenta la naturaleza fragmentada del derecho internacional, será vital que la Declaración reconozca la jerarquía normativa de los derechos humanos y de los instrumentos de derechos humanos con respecto a otras áreas de regulación y otros dispositivos legales que afectan a las empresas. La Declaración debería informar el mandato no sólo de Naciones Unidas, sino también de otros organismos internacionales como la Organización Internacional del Trabajo, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial del Comercio y el Banco Mundial. Los órganos y tribunales que actúen en el marco de los tratados bilaterales de inversión (TBI) y los acuerdos de financiación internacionales deberían también considerar las consecuencias que tiene la Declaración para sus actividades sobre resolución de conflictos.

En lo relativo al ámbito de aplicación de la Declaración y de cualquier instrumento internacional futuro, debería extenderse a todas las clases de entes empresariales y no sólo a las EM, aunque las actividades de las EM planteen retos regulatorios más importantes.

La Declaración (y los tratados subsiguientes) deberían concebir la posibilidad de emplear varios mecanismos de cumplimiento, tanto estatales como no estatales, en la esfera internacional y nacional para garantizar que las empresas que no acaten las obligaciones acordadas sean consideradas responsables de una forma eficiente y rápida. En particular, la Declaración debería contemplar institucionalizar el papel de las organizaciones de la sociedad civil a la hora de hacer cumplir e implementar las normas de derechos humanos contra las empresas. Por ejemplo, debería permitirse que un comité de organizaciones de la sociedad civil en cada Estado recibiera y tratara las quejas sobre abusos de derechos humanos cometidos por las empresas. Aunque un órgano como ese no tendría poderes formales para hacer cumplir las normas, sus decisiones podrían publicarse en una página web, con el fin de que se utilizaran de forma dinámica por diversos interesados.

Además de aceptar la relevancia de las sanciones civiles y penales a la hora de garantizar el compromiso de las empresas, la Declaración debería reconocer la fuerza de los medios informales y de los (des)incentivos sociales para lograr la observancia de las normas de derechos humanos. Estas dos herramientas serán de especial importancia para las víctimas en aquellas situaciones en que los Estados no tienen la voluntad o la capacidad de actuar contra las empresas por diversas razones.

Resumen: ir más allá de la situación “actual”

La perspectiva presentada en este capítulo sobre la función de los Estados, las empresas, las organizaciones de la sociedad civil y el derecho internacional en la gobernanza global de los derechos humanos contempla ir más allá de la situación “actual”, que trata los derechos humanos como expectativas sociales negociables con respecto a su aplicación a sujetos no estatales; que considera a las empresas como órganos especializados creados para maximizar el beneficio sujetos sólo a obligaciones no vinculantes de derechos humanos; que permite legalmente que las empresas matrices desplacen los riesgos a sus subsidiarias como una práctica empresarial legítima; que confiere a los Estados el derecho casi exclusivo de crear y hacer cumplir normas internacionales; y que no permite utilizar todo el potencial de las organizaciones de la sociedad civil para crear normas y hacerlas cumplir a través de vías informales, horizontales y no estadocéntricas.

Los Estados, las empresas, las organizaciones de la sociedad civil y el derecho internacional son sólo medios para conseguir ciertos fines. Si es necesario reorientar su función y lugar en la sociedad para hacer realidad unos mejores derechos humanos en circunstancias diferentes, deberíamos estar dispuestos a realizar los ajustes necesarios, en vez de buscar refugio en un pasado inadecuado o un presente inapropiado. Este capítulo sugiere que deberíamos ir más allá del consenso narrativo y enfrentar las cuestiones críticas que dividen a las empresas de las comunidades defensoras de los derechos humanos. También he descrito por qué y cómo el derecho internacional debería ser más que sólo una herramienta regulatoria “estadocéntrica”. En vez de eso, debería recoger el potencial y el poder de las organizaciones de la sociedad civil para humanizar el mundo empresarial.

4. Volver a incluir “los derechos humanos” en los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos

Cambiar de marco e incorporar los derechos de participación

Tara J. Melish

La forma en que se estructura una cuestión es fundamental [para ganar un debate público] porque una vez que se establece un marco en la mente del lector (o del oyente, del espectador, etc.), eso lleva casi de manera inevitable a la conclusión deseada por el creador de esa forma, y bloquea la consideración de otros hechos e interpretaciones posibles.

George Lakoff (2004),¹ experto en marcos discursivos

Hay una pregunta crucial que con demasiada frecuencia se elude en las discusiones sobre los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (PR): ¿por qué los críticos más bulliciosos y persistentes de los PR son las organizaciones de derechos humanos, precisamente los grupos que llevan más tiempo presionando con mayor fuerza para conseguir un enfoque más efectivo, menos tradicional, en materia de violaciones de derechos humanos por parte de las empresas? De hecho, las ONG de derechos humanos, más allá de si son grandes o pequeñas, de si su sede está en el Norte o en el Sur, de si su orientación es internacional o local, de si participan en redes importantes o no, han tomado una postura crítica hacia los PR. Si bien su disposición a relacionarse con los PR varió,² todas tienden a considerar “regresiva” su estructura, a verlos como un “paso atrás” en la

1 Un fragmento de Lakoff (2004) puede leerse en <www.infoamerica.org> bajo el título “George Lakoff Manifiesto 2”.

2 Los grupos que no adoptan un enfoque de derechos para la solución de problemas por la comunidad como principal inspiración de su trabajo han estado más abiertos a involucrarse con los PR. Al respecto, me resulta bastante afín el marco utilizado en la contribución de Chris Jochnick en este libro, aunque creo que puede exagerar las diferencias en cuanto al contenido de las posiciones críticas tomadas por las ONG de derechos humanos (como categoría) hacia los PR. Véase nota 6.

protección de los derechos humanos,³ como una herramienta basada en un modelo de buena voluntad que no sólo ha demostrado ser ineficaz tras décadas de pruebas y experimentación creativas,⁴ sino que tampoco tiene en cuenta los componentes esenciales de un enfoque de derechos humanos con respecto al cambio social, lo que es más revelador y tiene más consecuencias. Así, con el fin de hacer los PR aceptables para las empresas y, por consiguiente, lograr un elevado grado de acatamiento por parte de compañías y Estados, la propia esencia del “enfoque de derechos humanos” para la solución de problemas de la comunidad fue sistemáticamente eliminada del marco y de su lógica regulatoria, es decir, se prescindió del empoderamiento de su base social y de las características de participación y control de la responsabilidad que convierten el lenguaje de los derechos humanos en un instrumento efectivo y útil para los grupos vulnerables y sus defensores. Por lo tanto, a futuro, el desafío principal de los promotores de derechos humanos es descifrar cómo volver a introducir “los derechos humanos” en el marco de “las empresas y los derechos humanos” (EDH), ya sea en los propios PR o en otra fuente jurídica parecida.⁵

Al escuchar a John Ruggie –ex Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para las Empresas y los Derechos Humanos (RESG), autor intelectual de los PR y el principal patrocinador, defensor y divulgador de esos principios– podría pensarse otra cosa muy distinta: reitera una y otra vez que los grupos de derechos humanos se resisten a los PR porque están empecinados en un modelo de gobernanza jerárquico, de arriba hacia abajo, propio de la vieja escuela, que tiene poco espacio en el

3 Véanse, por ejemplo, FIDH y otros (2011) y Albin-Lackey (2013), texto en el que reconoce que los PR son “penosamente inadecuados” al “establecer un umbral inferior al de los estándares internacionales de derechos humanos”.

4 De hecho, desde 1960 se realizaron vigorosos esfuerzos internacionales inspirados en el voluntarismo de las empresas en el campo de los derechos humanos.

5 Las ONG de derechos humanos tendieron a responder a los PR sobre todo de dos formas: rechazando totalmente su utilidad para ciertos aspectos de los derechos humanos en la vida real o reconociendo su utilidad en ámbitos limitados, al mismo tiempo que insisten en complementarlos de manera directa con herramientas, instrumentos y procedimientos adicionales de derechos humanos para hacerlos coincidir, por lo menos, con los estándares de derechos humanos ya reconocidos y tan duramente peleados. Eso es especialmente cierto con respecto a los principios del marco de derechos humanos para la participación, la responsabilidad ante la sociedad, la no discriminación e igualdad, el empoderamiento y la legalidad de los derechos, conocidos como principios del “panel”.

mundo muy complejo y policéntrico de nuestros días. En sus esfuerzos por defender los PR ante las críticas (muy parecidos a los de una campaña activista mundial) y por obstaculizar los intentos cada vez más coordinados de suplementar los PR con mecanismos más participativos y vinculantes (en especial mediante un nuevo tratado de derechos humanos), el ex RESG adoptó un marco discursivo muy poderoso y políticamente bien recibido para comprender el debate internacional sobre los PR.⁶

Ese nuevo marco, que se supone que va más allá del enfoque de todo o nada, de “voluntariedad frente a obligatoriedad”, que dominó el campo durante largo tiempo, quiere reubicar la discusión en un espectro de tipos ideales de respuestas regulatorias globales. Esta tipología tiene en un extremo los regímenes de gobernanza “policéntricos” o “experimentalistas”, o complejos de regímenes (a menudo reunidos bajo la categoría de “gobernanza”) y, en el otro, a la regulación imperativa, de “mando y control”, propia de un tratado. Mediante ese marco, el ex RESG es capaz de cambiar la dirección del eje del debate y, al mismo tiempo, continúa estableciendo distinciones marcadas y categóricas entre los PR y el modelo que reemplazan, las Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos (las Normas).⁷ Esas Normas, aunque recibieron un fuerte apoyo de los grupos de derechos humanos, fueron, como es obvio, rechazadas por la comunidad empresarial y no consiguieron la aprobación de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas en 2005, lo que dio lugar al mandato del RESG y al proceso de redacción de los PR.

El nuevo marco funciona situando las Normas y las demandas de la sociedad en pro de la aprobación de un tratado general de derechos humanos en

6 El libro de John Ruggie, *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights* (2013), es un relato revelador de primera mano de las estrategias que el ex RESG desarrolló en las más altas esferas para promover los PR, distanciarse él mismo y su marco de las ONG de derechos humanos, y conseguir el respaldo de la comunidad empresarial y de los Estados poderosos.

7 Como reconoce abiertamente el profesor Ruggie, su “primer acto oficial [como RESG] fue cometer un ‘normicidio’”, pensado para establecer una “ruptura clara” con las Normas y, en consecuencia, abrir la puerta a una relación constructiva con la comunidad empresarial. Se consiguió, al concluir en su primer informe oficial –en un “lenguaje deliberadamente poco diplomático”–, que las Normas tenían “pretensiones jurídicas exageradas” y fueron “engullidas por [sus propios] excesos doctrinales” (Ruggie, 2013b: 54, 158). Ruggie atribuye regularmente los mismos “excesos” a los grupos de derechos humanos que piden reglas complementarias más vinculantes que los PR.

un extremo del espectro regulatorio. El ex RESG insiste en que las Normas están basadas en un modelo regulatorio antiguo, propio de los tratados, que ha demostrado ser ineficaz y poco adecuado para los retos globales modernos. Ese esquema tradicional –jerárquico, inflexible, muy prescriptivo– supondría que hay un solo enfoque, “de talla única”, para la solución de problemas globales que todo sujeto, en todo lugar, debe adoptar de forma uniforme.⁸ El paradigma de los derechos humanos, dice el ex RESG, está basado en ese modelo rígido, y sus partidarios insisten una y otra vez en que “debería existir una ley, un único derecho internacional, que obligue a todas las empresas, en todo lugar, de conformidad con un conjunto común de estándares de protección de los derechos humanos” (Ruggie, 2013b: 55).⁹ Aunque las ONG de derechos humanos abrazan con fervor ese programa –y cuya insistencia en que esa es la única forma de hacer progresos lo vuelve “loco”, como le gusta decir a Ruggie–, el ex RESG afirma que es un enfoque sin futuro que, a diferencia de los PR, no ofrece ningún remedio o recurso práctico para la gente real, en situaciones reales, en la vida real.¹⁰

En cambio, los PR están ubicados en el extremo opuesto, afortunado, de la tipología regulatoria global. Son presentados como un ejemplo fresco e innovador de un nuevo pluralismo jurídico global, que adopta un enfoque “policéntrico”, o de “nueva gobernanza” a la solución de problemas.¹¹ Este “nuevo” encuadre aprecia y valora la diversidad de grupos de interesados (en especial de las empresas) que deben participar de manera constructiva en la superación de conflictos en el siglo XXI. Los regímenes plurales de gobernanza son receptivos a las actividades cotidianas (empresariales,

8 Véase, por ejemplo, Ruggie (2014a: 3-4). También Ruggie (2014c: 4): “Cabría pensar que este [enfoque de arriba hacia abajo con respecto a la creación de normas internacionales, que pretende incluir todos los retos relativos a las EDH en un solo tratado general e integral] habría perdido su atractivo hoy, dado su fracaso repetido a la hora de producir resultados significativos”.

9 Véase también Ruggie, en este volumen. La acusación pone de cabeza el “paradigma de derechos humanos”.

10 Véanse, por ejemplo, Ruggie (2014c: 6): “Desde el punto de vista de las víctimas, una negociación sobre un tratado general e integral [sobre EDH] no sólo es una mala idea: es una profunda decepción”; y (2011a): “¿Es que Amnistía y las otras [ONG de derechos humanos] realmente desean su derrota [la del marco de los PR] y no darles ‘nada’ a las víctimas otra vez? ¿Cuánto tiempo les piden a las víctimas que esperen en nombre de algún régimen regulatorio abstracto y elusivo, cuando hay resultados prácticos que se pueden conseguir ahora?”.

11 Véase Ruggie (2014b: 5-17), donde describe los PR “como un ejercicio de gobernanza policéntrica”.

públicas y cívicas) de esos grupos y cuentan con formas creativas de alinear los intereses entre esos regímenes diferenciados que no interactúan entre sí lo suficiente. Según Ruggie, los PR fueron concebidos precisamente para hacer eso y por tal motivo han recibido ese apoyo y esa aceptación institucional tan grandes por parte de todos los participantes.

Promovido hábil y reiteradamente por el ex RESG en los debates regulares sobre los PR y en sus frecuentes conferencias públicas, el marco es una estrategia bastante efectiva para presentar el proyecto de los PR como la única alternativa viable. Es un marco cognitivo que, al situar a los PR en un extremo de los tipos ideales y a los tratados generales de derechos humanos en el otro, lleva al oyente casi de forma inevitable a la conclusión deseada por el creador de la idea: los PR son buenos –sus partidarios son razonables, flexibles y receptivos a los hechos del mundo real– y, en cambio, los tratados generales de derechos humanos son malos –sus partidarios son rígidos, doctrinarios, cortos de vista y fomentan el conflicto en su búsqueda excluyente de una “píldora mágica”, basada en un tratado, caducada sin remedio y que no responde a la complejidad y la policentralidad de los problemas del mundo real–.¹²

Aunque tergiversa de forma grosera las posiciones reales de las partes,¹³ esa heurística le es muy útil al proyecto de los PR.¹⁴ Garantiza negocios fluidos y el apoyo del Norte Global a los PR y a su proceso de implemen-

12 Véase, por ejemplo, el artículo de Ruggie “Progress in Corporate Accountability”, disponible en <www.ihhr.org>, en el que se burla de las peticiones provenientes del campo de los derechos humanos de aprobar un instrumento adicional más obligatorio que se sume a los PR y las descarta por estar basadas irremediablemente en “algún régimen regulatorio imperativo, idealizado, de carácter global” que “corre el riesgo de mandarnos al pasado en lugar de hacia el futuro”.

13 De hecho, los grupos de derechos no son ahora, y nunca fueron, defensores de una regulación rígida imperativa y no hay ningún tratado de derechos humanos que haya seguido ni siquiera remotamente ese enfoque. Al contrario, los promotores de los derechos humanos han estado durante décadas a la vanguardia de los esfuerzos globales por incorporar un experimentalismo mayor y nuevas características de gobernanza en sus regímenes regulatorios, en especial mediante el incremento de la participación de los interesados, la supervisión múltiple y cruzada, los acuerdos para la rendición de cuentas, la flexibilidad interpretativa y la receptividad a las prioridades y las comprensiones locales de la comunidad. Entretanto, los PR fueron duramente atacados por su fracaso en adoptar las características esenciales de la “nueva gobernanza” o los tipos de regímenes experimentalistas. Véase Melish y Meidinger (2012).

14 Véase el capítulo de Rodríguez Garavito en este volumen, donde se defiende el uso de la tipología simplemente como un instrumento “heurístico”. Como la

tación (al hacer que en su marco la alternativa sea la regulación jurídica internacional directa). Los reclamos que de buena fe luchan por un tratado que apruebe herramientas para el control de la responsabilidad empresarial y para el empoderamiento participativo, quedan marginados y son calificados de extremistas, regresivos, ciegos e indiferentes a las necesidades cotidianas de la gente real en la práctica. Esta perspectiva presenta a los partidarios de los PR, entre los cuales están las empresas poderosas y los Estados del Norte Global, como los “verdaderos” defensores del avance de los derechos humanos en el campo de las EDH; al tiempo que considera las ONG de derechos humanos (los críticos más fuertes y efectivos de los PR) y al número creciente de Estados del Sur Global que apoyan un nuevo tratado en el campo como obstáculos para el progreso real, tercetos y miopes en su extremismo ideológico y en sus “excesos doctrinales”¹⁵ y, por lo tanto, relegados justamente del proceso de implementación de los PR y de su “nueva dinámica regulatoria”.

Por consiguiente, el marco lleva, por diseño, no sólo a la conclusión general de que los grupos de derechos humanos y otras ONG de la sociedad civil *pueden*, e incluso *deben*, no ser tenidos en cuenta en el proceso de implementación de los PR (ni siquiera en las actividades del nuevo Grupo de Trabajo –GT– de Naciones Unidas encargado de difundirlos), sino también, y lo que es más relevante para este libro, a propuestas para disparar los PR “más allá del fin del comienzo” que mantienen intacta la lógica internacionalista y voluntarista del marco, centrada en las elites, y que se limitan a cambiar detalles marginales. Lo cierto es que, al buscar “vías intermedias” entre las dos clases de regímenes ideales, esas propuestas pierden de vista el núcleo de qué es lo que *realmente* está en juego y por qué se está peleando.

Es en ese punto que descansa mi principal crítica a la contribución inicial a este libro de César Rodríguez Garavito. El autor identifica de manera correcta la deficiencia central de los PR desde una perspectiva de derechos humanos (y de “nueva gobernanza” o “gobernanza experimentalista”),¹⁶ es decir, su fracaso a la hora de tener en cuenta de forma sistemática y explícita la importancia fundamental de la “participación empoderada de la sociedad

teoría de los marcos nos explica, la heurística puede extraviar el pensamiento y la acción como también puede dirigirlos.

¹⁵ Véase nota 7.

¹⁶ Para un análisis de la sobreposición (o superposición o trasape) entre los enfoques de la “nueva gobernanza” y los “derechos humanos” con respecto a la solución de problemas regulatorios, véase Melish (2010).

civil”, con el fin de llenar los enormes vacíos de gobernanza que persisten en el campo, pero la aceptación acrítica del marco del ex RESG¹⁷ lo lleva a unas propuestas pobres y desconcertantes para solventar esa deficiencia. Por lo tanto, su capítulo es un poderoso testimonio de la efectividad del marco escogido por el ex RESG. Muestra cómo ese marco no sólo lleva a un gran número de oyentes a la “conclusión deseada por el autor del marco” (la convicción de que los PR son la única alternativa viable y, en consecuencia, los esfuerzos por expandir su contenido mediante un tratado u otro instrumento regulatorio están fundamentalmente equivocados o son inútiles sin más), sino que también “bloquea la consideración de otros hechos e interpretaciones posibles”,¹⁸ entre los cuales –y esto es de importancia crítica– están las razones reales por las cuales las ONG de derechos humanos insisten en que los PR requieren un complemento más obligatorio y expresivo.

Es necesario un nuevo paradigma para ubicar el debate internacional sobre los PR. La primera sección de este capítulo ofrece lo que creo un marco mucho más preciso. Las dos secciones siguientes utilizan ese enfoque para repensar las respuestas a dos preguntas fundamentales identificadas por Rodríguez Garavito para llevar de forma constructiva a los PR “más allá del fin del comienzo”: ¿cómo puede “la participación empoderada de la sociedad civil” incorporarse de manera efectiva a la “lógica dinámica” de los PR? ¿Y cuál es el papel que tendría un tratado de derechos humanos, si tuviera alguno?

El cambio del marco: las teorías en disputa sobre el cambio social

Si las principales visiones en pugna de los PR no se ubican en el espectro “experimentalismo versus mando y control”, ¿cuál es el continuo en el que cabe situarlas? Como yo lo veo, el núcleo del debate internacional sobre los PR no cubriría dos regímenes de gobernanza o regulatorios diferenciados, sino dos teorías distintas sobre cómo se consigue influenciar

17 Véase el capítulo de Rodríguez Garavito, en este volumen. El autor ubica los PR en una tipología de las respuestas regulatorias globales que, según él, va de la regulación basada en tratados, en un lado del espectro, a los estándares voluntarios y la gobernanza policéntrica, en el otro. Coloca a continuación a los PR en el segundo de los extremos e incorrectamente lo llama “gobernanza expresiva”.

18 Véase nota 1.

de forma más efectiva el cambio social o la transformación de los sistemas en sociedades complejas y cambiantes. Es la divergencia fundamental entre estas dos teorías del cambio social, y lo que es más importante, los conjuntos correspondientes de herramientas requeridas para promover su realización práctica, lo que explica el escepticismo de las ONG de derechos humanos hacia los PR. Permítaseme explicarlo.

Como otros proyectos de Naciones Unidas con un diseño global en los que John Ruggie ha tenido una intervención notable en su desarrollo (por ejemplo, el Pacto Global y los Fines de Desarrollo del Milenio), los PR están basados en una teoría de la transformación del sistema, conocida en el ámbito de las relaciones internacionales como “constructivismo social” o “institucionalismo sociológico”. El profesor Ruggie es un importante fundador intelectual de esta teoría (véase, por ejemplo, Ruggie, 1998) que, explicada de modo simple,¹⁹ plantea que los miembros de la sociedad global (Estados, entidades empresariales, grupos de la sociedad civil) actúan de formas específicas porque están sobre todo socializados en ciertos patrones de comportamiento, en gran medida determinados a su vez por las normas y prácticas compartidas con los grupos de referencia globales con los que se autoidentifican. Por consiguiente, la manera más efectiva de modificar “malos” patrones de comportamiento en esos grupos es influenciar los sistemas culturales compartidos que definen normativamente cuál es la conducta apropiada en una determinada comunidad. Para lograr este cambio normativo se precisa una metodología específica, que tiene tres componentes fundamentales:

1. la adopción “legítima” de un patrón internacional estandarizado para su aplicación global;
2. tal patrón debe estar estructurado y presentado en un marco de manera tal que se promueva su adopción voluntaria y formal por parte de los grupos de referencia relevantes; y
3. también debe estar acompañado del fomento de procesos internacionales pensados para estimular la interacción de las elites con normas preconfiguradas y con otras elites pertenecientes a grupos de referencia, lo que llevará a la adopción voluntaria, la imitación y la estandarización de políticas entre los grupos.

19 Para una descripción más completa en el contexto de los PR, véase Melish y Meidinger (2012). Para la descripción del propio Ruggie, véase *supra*.

Mediante estos procesos de interacción de las elites, las normas, según esa teoría, acaban por verse como parte de la identidad propia del grupo de referencia. Cuando es alcanzado ese “punto de quiebre”, los elementos individuales del patrón global terminan incorporados e interiorizados como un nuevo conjunto de normas constitutivas que definen y preestructuran el ámbito de la conducta socialmente aceptable en el campo.²⁰ Por lo tanto, la calidad resultante de las normas subyacentes es dada por hecho y se piensa que estas podrán reconfigurar las estructuras desalineadas de incentivos y los problemas de acción colectiva que, en el contexto de las EDH, el ex RESG atribuye a la falta de un consenso con respecto a la forma y los resultados apropiados de las políticas. Por lo tanto, para el “éxito” del proyecto es fundamental mantener a las empresas y los Estados comprometidos con el “proceso de implementación” de los PR, entendido como la adopción formal de prácticas entre un grupo creciente de sujetos. Eso explica la referencia confiada que hace el ex RESG a las prácticas formales adoptadas por la elite internacional (la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE–, el Consejo Federal de Inversiones –CFI–, la Unión Europea –UE–, a Asean (por sus siglas en inglés: Association of Southeast Asian Nations) y la Oficina para la Estandarización Internacional (ISO, por su nombre en inglés) como “prueba” de la implementación exitosa de los PR (más allá de si, en la práctica, se plasmaron o no en cambios de las políticas reales).²¹ Explica también su resistencia, que llega incluso al antagonismo, ante la insistencia de la sociedad civil en aprobar más normas obligatorias y otros mecanismos participativos que le permitan ejercer una “política del control de la responsabilidad” desde abajo, y también explica la prioridad que tiene para el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y Otras Empresas (GT) la difusión de ese patrón y la participación empresarial de alto nivel

20 Véase, por ejemplo, Ruggie (2013: 166-169), donde describe la lógica de implementación de los PR a partir de tres etapas del “ciclo de vida de las normas”: aparición, cascada de normas e internacionalización de las normas. Concluyó que “entre los principales organismos que establecen estándares” y “las empresas multinacionales líderes” las dos primeras etapas ya han concluido, mientras que la última está apenas comenzando.

21 Véanse, por ejemplo, Ruggie (2013: 121-123), donde describe de manera triunfante “la adopción rápida” de los PR por los órganos creadores de estándares; y (2014a: 2): lo mismo, aunque reconoce que “no hay ninguna valoración sistemática disponible de los resultados generales hasta la fecha”.

en sus espacios de reunión internacionales (en lugar de parecerse más a otros procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos, que tienden a dar prioridad a la participación de la sociedad civil).

Los grupos de derechos humanos suelen ver la explicación de Ruggie del cambio social como simplista, ingenua e incompleta. Insisten en que la transformación social genuina sólo ocurre cuando las comunidades perjudicadas tienen la capacidad y la voz para intervenir por sí mismas en los procesos de decisión que afectan sus vidas, como sujetos activos del derecho y no como meros objetos. Desde su perspectiva, las violaciones de derechos humanos ocurren por una razón principal: la falta de poder. Las personas continuarán siendo blanco de abusos mientras carezcan de poder: poder de entender, de oponerse, de enfrentarse y de ocuparse de las causas y condiciones que dan lugar a que se aprovechen de ellas. Es de la mayor importancia que el cambio lo hagan ellos mismos como sujetos activos del derecho, no como objetos pasivos. De hecho, cualquier modelo basado en que otras personas realicen las transformaciones (sea por humanitarismo o por interés propio directo), y sobre todo si estas son las responsables de los comportamientos incorrectos, en lugar de los propios afectados es equivocado, en el mejor de los casos, y un ejercicio del poder del *statu quo*, en el peor. Los intereses en juego son formidables y el poder de los grupos dominantes para diluir, eludir, ignorar, establecer el programa de acción, influenciar, inmiscuirse y distorsionar es demasiado grande.²²

En consecuencia, los PR son un “paso atrás” para los grupos de derechos humanos por dos motivos relacionados. En primer lugar, no reconocen el rol esencial que desempeñan los propios titulares de los derechos a la hora de identificar las violaciones (de hecho, para definir las) y sus causas, así como los mecanismos, acuerdos y procedimientos para prevenirlas antes de que ocurran. En cambio, los PR contemplan los procesos de desarrollo de las políticas de derechos humanos y las decisiones relativas a esos derechos como mecanismos creados sobre todo de forma unidireccional y jerárquica, en los que son las empresas las que determinan qué es lo que se necesita, de manera que sea congruente con su interés y con su identidad propios, mientras que hay además un isomorfismo. Es decir, los PR, impulsados por incentivos pensados para las elites y por la idea de que las

22 Para una convincente reseña de las estrategias muy organizadas de relaciones públicas desarrolladas por el sector empresarial con el objetivo de reformular la agenda de Naciones Unidas sobre EDH, véase Martens (2014).

empresas son –o deberían ser– líderes en materia de derechos humanos como parte de su identidad misma, no contemplan ninguna transferencia de poder entre los intervinientes en el campo. Las empresas y los Estados poderosos son los agentes activos y los propiciadores de las normas en su centro “dinámico”, mientras que los titulares de derechos y sus defensores, miembros de la sociedad civil, quedan como espectadores y observadores, como “beneficiarios” pasivos de una buena voluntad externa. En realidad, si bien las empresas “deberían” consultar con esas comunidades, no tienen ninguna obligación ni hay consecuencias en caso de que no lo hagan.

Es ese menosprecio hacia la inclusión directa de los titulares de derechos y hacia su participación en los procesos de creación de los programas de acción lo que lleva a la segunda de las críticas fundamentales a los PR desde la óptica de los derechos humanos: el fracaso del marco a la hora de ofrecer alguna herramienta o recurso jurídico expresivo a las comunidades afectadas, de manera que sean los propios titulares de los derechos los que tengan el poder y la capacidad de abordar las causas de las violaciones que sufren.²³ Esas herramientas formativas de derechos permitirían a las comunidades comprender mejor cuál es el alcance específico de sus derechos, la necesidad de la movilización comunitaria en torno a ellos, los deberes correlativos que tienen otros agentes sociales (tanto sustantivos como procesales) y cómo esos deberes pueden, en última instancia, utilizarse para influenciar un cambio en la dinámica de la toma de decisiones con el fin de inclinarlas hacia la protección de los derechos humanos y de crear formas receptivas a lo local. Ese defecto es verificable tanto en la ausencia de expresividad en la redacción de los PR (con respecto a los derechos y los deberes)²⁴ como en su falta de referencia a todo derecho de participación o vía institucional para su ejercicio en el mundo real. Si se tienen en cuenta las enormes desigualdades de

23 Como está aquí utilizada, la expresión “recursos jurídicos” se refiere a aquellas herramientas normativas y vías institucionales mediante las cuales las personas y comunidades afectadas pueden conocer sus derechos, ponerse en pie para defenderlos cuando son violados y colaborar activamente en una praxis cotidiana de gobernanza participativa empoderada en los asuntos que impactan en sus vidas. Véase, en general, Dias y Paul (1985).

24 Los PR fueron reconocidos como el principal caso de un “instrumento internacional no expresivo”, ya que no establecen compromisos claros por parte de los agentes sociales que permitan que el resto exija responsabilidad por sus actos a los autores o favorecedores de violaciones de derechos humanos. Véase Woods (s.f.).

poder e información que predominan en el campo empresarial, esos recursos jurídicos son vitales para el ejercicio de una política de control de la responsabilidad empresarial, de abajo hacia arriba, por las comunidades vulnerables.²⁵ No sorprende, por lo tanto, que los PR hayan generado tan poco interés por conocerlos o aceptarlos entre las comunidades afectadas en todo el mundo. Lo que ocurre es que carecen de herramientas que les den sentido o los hagan relevantes en las luchas locales contra los abusos de las empresas.

El resultado es un régimen de gobernanza de las EDH lleno de oportunidades para el “cumplimiento creativo” y otras formas de “lavado de imagen” o “disociación”. Es decir, como es predecible, las empresas toman el camino de seguir prácticas muy formalistas, pensadas para legitimar las marcas comerciales y evitar su interacción con los defensores de los derechos, al tiempo que no realizan ningún cambio operativo genuino en su actividad real.²⁶ Los ejemplos abundan y dan pie a la preocupación de que esos incentivos a modificar las ideas y esos esfuerzos voluntarios por “conocer y mostrar” no cambiarán por sí mismos la conducta en la práctica. Para el “éxito” son indispensables controles localizados, independientes y regulares al poder y a los intereses en juego, respaldados por la amenaza creíble de consecuencias materiales y sanciones (sean sociales, económicas o jurídicas), realizados por aquellos grupos de interesados más afectados por la mala conducta empresarial.²⁷ Sin embargo, para

25 La responsabilidad ante la sociedad significa, en este caso, que “algunos agentes sociales tienen el derecho de hacer que otros se atengan a un conjunto de estándares, para juzgar si han cumplido con sus responsabilidades a la luz de estos y para imponer sanciones si determinan que esas responsabilidades no se han cumplido” (Grant y Keohane, 2005: 29).

26 El “remedio” limitado de los PR proporciona un alivio poco significativo en esas circunstancias. No les da derecho a las comunidades afectadas a intervenir en la solución de los problemas, el establecimiento de los programas de acción y la supervisión regular de los perjuicios causados a los derechos humanos por las empresas, sino que sólo reconoce el derecho a solicitar una medida de reparación (que esté disponible) una vez que ya ha ocurrido la violación.

27 Para un ejemplo importante, véase la Coalition of Immokalee Workers Fair Food Program, descrita como “una de las grandes historias exitosas de derechos humanos en nuestros días” y el “programa más importante de supervisión de los espacios laborales” en los Estados Unidos. Véase <www.fairfoodprogram.org>. Véase también Melish (2010), para una descripción de las estrategias de los movimientos sociales con respecto a la “nueva rendición de cuentas” en el Sur y el Norte Globales.

hacer esto los titulares de derechos necesitan ser reconocidos como elementos cruciales en el proceso de definición de los problemas, de la consideración de soluciones, del establecimiento de programas de acción, de la desestabilización de expectativas, de la vigilancia del cumplimiento y de la creación de incentivos para el comportamiento. Además de poder intervenir en esos procesos, es igual de importante que cuenten con un conjunto expresivo de herramientas influyentes, basadas en derechos, con las que hacer oír su voz y amplificar socialmente su poder.²⁸

Para remediar estas dos deficiencias, las ONG piden crear normas complementarias a los PR que sean más obligatorias y expresivas –en concreto, mediante un tratado de derechos humanos–. Como yo lo interpreto, esos llamados buscan principalmente tres cosas:

1. compromisos más expresivos por parte de los participantes en la esfera global, en los que se establezcan principios más claros y estándares y objetivos amplios (no normas rígidas, únicas para todos, que por definición no responden a las necesidades y experiencias locales);
2. un marco y la instauración de procesos mediante los cuales esos objetivos puedan buscarse por el conjunto completo de grupos de interesados y, en especial, por aquellos afectados por la mala conducta empresarial; y
3. derechos expresivos de participación que permitan que sean los titulares de los derechos los que incidan en el marco, en condiciones de igualdad con el resto de grupos de interesados, entre los cuales estaría el derecho a exigir responsabilidad por las fallas.

Esas peticiones, y hay que destacarlo, son congruentes no sólo con un enfoque de derechos humanos con respecto al cambio social (que se centre en promover la agencia, el poder y la dignidad de los titulares de

28 Véase, en general, De Búrca y otros (2013). Allí se concluye que “los regímenes y las prácticas experimentalistas ‘exitosas’ *dependen de* una participación amplia y abierta de los agentes de la sociedad civil para el establecimiento de los programas de acción, la revisión y solución de los problemas existentes [...] [y que es preciso] *ampliar el círculo de los procesos de decisión y mantenerlos accesibles a nuevos participantes*” (cursiva añadida). Para una aplicación de este argumento al campo de los derechos humanos, véase Melish y Meidinger (2012).

los derechos en su propio contexto social), sino también con la propia lógica de la gobernanza experimental. Se reconoce que los sistemas experimentales genuinos están constituidos por cuatro elementos básicos:

1. la estructuración de un marco amplio que establece de forma participativa fines o estándares generales;
2. entes locales (públicos y privados) que buscan lograr esos objetivos recurriendo a formas apropiadas para el contexto local;
3. informes regulares y revisión por pares provenientes de una variedad de grupos interesados; y
4. un sistema para evaluar los fines, los criterios de medición y los procedimientos de decisión, desarrollado por “un círculo ampliado de sujetos como respuesta a los problemas y las posibilidades mostradas en el proceso de revisión” (Sabel y Zeitlin, 2012: 169-183).²⁹

Los PR y las actividades de seguimiento de Naciones Unidas no están estructurados para hacer nada de esto y ni siquiera lo contemplan. En cambio, dan por sentado que otros lo harán –en algún lado, de alguna forma–, sin tener en cuenta en absoluto las diferencias de poder y las barreras estructurales que impiden que eso ocurra en la práctica. Por consiguiente, enmarcar los PR como “experimentalistas” y “policéntricos”, además de confundir sobre lo que se requiere de esos regímenes de gobernanza (un acceso abierto por parte de los grupos interesados y derechos de participación que puedan ser ejercidos en todas las etapas del diseño, la supervisión, la rendición de cuentas y la revisión), distorsiona radicalmente las líneas de la discusión acerca de qué es lo que los críticos piensan que falta en los PR y cómo quieren actualizarlos.

Formular un nuevo marco para el debate es fundamental. Los límites respecto de dónde se encuentran las “vías intermedias” se hacen mucho menos claros cuando se considera, con mayor precisión, el debate internacional sobre los PR como una competencia entre, por un lado, los partidarios de modelos de influencia social sobre bases aculturales, impulsados por las elites (el ex RESG, el GT, los intereses empresariales, muchos Estados del Norte Global) y, por otro, aquellos que recla-

29 Véase también De Búrca y otros (2013), que identifican cinco elementos parecidos.

man una política de control de la responsabilidad de las empresas de abajo hacia arriba (las comunidades afectadas, las ONG de derechos humanos).³⁰ Con independencia de las afirmaciones en sentido contrario, los defensores de los derechos humanos no rechazan los proyectos con bases aculturales (como los PR) cuando son promovidas como una de entre varias estrategias relevantes e importantes de influencia social.³¹ Lo que “rechazan” del marco de los PR es que se concentren de forma casi exclusiva en una dinámica de aculturación jerárquica, unida al rechazo que manifiestan los que promueven los PR, y que roza en el antagonismo, hacia estrategias de control de la responsabilidad empresarial más centradas en los titulares de derechos y de abajo hacia arriba. Estas últimas estrategias, como insisten los grupos de derechos humanos, son indispensables no sólo para ellos, sino también para la viabilidad misma de los procesos de aculturación de carácter normativo: sirven para garantizar una “lógica consecucional” que estimule, incentive, desestabilice y altere las situaciones de bloqueo en los procesos que incorporan una “lógica de la apropiación”.³²

30 Aunque las ONG de derechos humanos coinciden e insisten en que haya derechos más vinculantes o expresivos de participación para la sociedad civil, una supervisión independiente y rendición de cuentas, difieren en su disposición a hablar “por” las comunidades afectadas en el ejercicio de esos derechos. En un espectro tipológico que iría de las estrategias de influencia social basadas en la pura aculturación, en un extremo, a las que transfieren poder, en el otro, algunas se ubican en el segundo de los extremos, mientras que otras se mueven hacia una posición más al centro, lo que explica su mayor disposición a involucrarse con los PR. Compárese con Jochnick, en este volumen.

31 Al concentrarse en los límites operativos del GT y, por consiguiente, recomendar el “reemplazo” de su mandato actual por uno diferente, más centrado en los titulares de derechos, Rodríguez Garavito se mueve en esa dirección. La mejor opción sería contemplar distintos órganos o ámbitos de desarrollo en los que pudieran ejercerse diversas modalidades de influencia, como hacen otros regímenes de derechos humanos que tienen como base un tratado. Véase, por ejemplo, la CDPD y su Protocolo Facultativo (que crea un comité de supervisión que recibe informes periódicos y quejas individuales y también establece el funcionamiento independiente de una Conferencia de los Estados Partes cuyo propósito es lograr el aprendizaje entre pares por parte de los grupos interesados). La creación de un Relator Especial de Naciones Unidas sobre EDH para complementar la labor del GT existente sería un primer paso en esa línea.

32 Ruggie parece reconocer esto en la primera etapa de su trabajo como RESG. Véase, por ejemplo, Ruggie (2007: 836): “El talón de Aquiles de los acuerdos

De hecho, como admiten incluso los más ardientes partidarios de los modelos basados en las fuerzas de la aculturación, estas no aumentan irremediablemente el respeto por los derechos humanos; en la práctica, pueden llevar a un empeoramiento de la situación o a condiciones más peligrosas para el ejercicio de tales derechos (Goodman y Jinks, 2009: 443-444). Un esquema que se concentre de manera exclusiva o incluso principalmente en torno a fuerzas de esa clase es, por consiguiente, miope y contraproducente. En lugar de eso, el diseño óptimo de un régimen de derechos humanos requiere que se le preste atención no sólo a descubrir las preocupaciones de los participantes pertenecientes a la elite, sino también a los conflictos de intereses y a cómo los menos poderosos pretenden reducir las asimetrías de poder mediante mecanismos organizados de presión social (jurídica, económica, política). Sin esas características, un modelo de “empresas y derechos humanos” tiene poco sentido. En consecuencia, cabe esperar que las ONG de derechos humanos y las comunidades afectadas sigan rechazando el marco de los PR como “el punto focal acreditado” en el campo de las EDH³³ –o incluso que no lo consideren “acreditado” en absoluto–,³⁴ mientras el empoderamiento de los titulares de derechos y las relaciones participativas no sean rasgos más sistemáticos de ese marco.

La participación empoderada de la sociedad civil: ¿cómo llegar a ella?

En línea con la crítica anterior, Rodríguez Garavito se concentra correctamente en la necesidad de que el marco de los PR preste una mayor atención a “una participación empoderada de la sociedad civil” y a la disponibilidad de vías institucionales para el ejercicio de contrapoderes. Sin embargo, al aceptar el acuerdo sobre el marco, establecido por el ex RESG, sus puntos de referencia están sesgados y acaba por hacer propuestas que tienen poca relación con el problema real que diagnostican.

de autorregulación hasta la fecha son sus mecanismos subdesarrollados de control de la responsabilidad de las empresas”.

33 Así es como el ex RESG presenta y promueve continuamente los PR.

34 Según Meyersfeld, en este volumen.

En resumen, realiza dos propuestas para avanzar en el proceso de implementación de los PR:

1. celebrar un tratado, pero cuyo ámbito esté limitado con precisión a la responsabilidad empresarial por “graves” violaciones de los derechos humanos (y a las obligaciones extraterritoriales vinculadas a los Estados); y
2. reemplazar el mandato actual del Grupo de Trabajo, encargado del desarrollo de los PR, por un procedimiento especial de Naciones Unidas parecido a los ya existentes en el campo de los derechos humanos.

Ninguna de esas propuestas, a mi juicio, tendrá un efecto apreciable a la hora de transferir poder a las comunidades vulnerables.

Expresado de forma sencilla, el tratado limitado se equivoca al suponer (en línea con el marco del ex RESG) que una herramienta “general” como la que desean las ONG de derechos humanos codificaría de manera rígida un conjunto de normas muy prescriptivas para las empresas que toda persona jurídica dedicada a los negocios tendría que adoptar de manera uniforme. Entendido de esa forma, la “vía intermedia” razonable entre la “lógica dinámica” actual de los PR y la “ruta del tratado” preferida por la sociedad civil estaría justo en el lugar en el que Ruggie, Rodríguez Garavito y Andia la ubican:

1. en una reducción del ámbito material del deseado tratado imperativo (de ahí la insistencia del ex RESG en que sea una “herramienta de precisión”); y
2. en una limitación de su jurisdicción a esas pocas “manzanas podridas” que no sean influenciadas por la lógica social constructiva impulsada por las elites que está detrás de los PR.

Es decir, el tratado se ocuparía de aquellas violaciones que encarnan “lo peor de lo peor”: los crímenes internacionales (genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, etc.).³⁵

Hay que reconocer que la propuesta tiene todo el sentido si se verifica una condición esencial: creer totalmente en el marco. Si no, la propuesta está por completo fuera de lugar. De hecho, al no identificar correcta-

35 Véase, por ejemplo, Ruggie, en este volumen.

mente la posición de las ONG de derechos humanos (que –creo– favorecen una clase muy diferente de “tratado general”),³⁶ la propuesta no es del todo coherente con la crítica del “contrapoder” que hace Rodríguez Garavito. No genera ninguna herramienta nueva de empoderamiento participativo o de intervención institucional para millones de comunidades del mundo afectadas por la conducta negligente y abusiva de las empresas y sus empleados. En lugar de eso, el proyecto favorece un régimen que los Estados ya rechazaron cuando aprobaron el Estatuto de Roma³⁷ y que estaría tan politizado, sería tan engañoso, se desarrollaría de forma tan selectiva (teniendo en cuenta el poder del Norte Global y el afán estructural por proteger sus propios intereses) y estaría tan dominado por el reducido conjunto habitual de intervinientes en el campo del derecho penal internacional, que no sería relevante para las luchas locales y los actores reales.

La propuesta sobre el GT padece de deficiencias similares, pero por otro motivo. Al concentrarse en la “coordinación” internacional, empieza la casa por el tejado. No atiende la principal razón por la cual las comunidades afectadas o no conocen mucho o les importan poco los PR y que hace que no tengan incentivos para establecer algún tipo de relación sustantiva con ellos, ya sea en la esfera internacional o local. De hecho, si la clase de “participación empoderada de la sociedad civil” que contempla la crítica de derechos humanos acaba por incorporarse a la lógica de implementación “dinámica” de los PR, estos deberán reconocer esa participación y proponer herramientas con sentido desde un punto de vista particular, que la promuevan y, por lo tanto, permitan la adopción local de los PR. Si no se hace esto, crear nuevos espacios limitados de interacción en los procedimientos internacionales del GT sólo servirá para aumentar la participación marginal de aquellos actores de la

36 Véase, en este capítulo, el análisis de la sección “Un tratado vinculante: ¿qué, por qué y vinculante para quién?”.

37 Los negociadores del Estatuto de Roma declinaron de manera expresa ampliar su jurisdicción a las “personas jurídicas”, como las empresas, con respecto a la participación y la complicidad en los delitos internacionales contenidos precisamente en la propuesta de Ruggie. El porqué los Estados cambiarían al poco tiempo sus posturas sobre este asunto no me queda claro, en especial cuando las tendencias nacionales parecen estar moviéndose en la dirección opuesta. Y si lo hicieran, ¿por qué crearían un nuevo instrumento en lugar de limitarse a enmendar el Estatuto de Roma o crear un protocolo facultativo a este?

sociedad civil que ya están empoderados para intervenir en foros de alto nivel como el GT y que, en gran medida, se encuentran integrados en ellos (aunque en un menor grado que los sujetos representantes de los intereses empresariales).³⁸

Se requiere una actualización mucho más fundamental de los PR y de su lógica de implementación. En un artículo de 2011, Errol Meidinger y yo propusimos una forma en la que las herramientas esenciales de la participación podrían incorporarse directamente al marco de los PR. Planteamos la inclusión de un cuarto pilar “participativo” al Marco Proteger, Respetar y Remediar (Marco PPR), que lo expandiera de forma modesta a un Marco PRRP (Melish y Meidinger, 2012). Al introducir de manera directa el reconocimiento expreso de la intervención de los actores de la sociedad civil, contemplábamos tres beneficios adicionales diferenciados, pero relacionados muy de cerca. En primer lugar, esa presencia elevaría el compromiso expreso con los derechos de participación de los individuos y los pondría en la plataforma normativa en la que ya están el Estado y las empresas y, por consiguiente, proporcionaría una base normativa a partir de la cual podrían reclamar para ellos la misma atención y participación en el proceso de implementación de los PR. Una plataforma como esa volvería difícil para el Estado y las empresas dejar a un lado o excluir a los actores de la sociedad civil, como tantas veces hacen, de la elaboración de los planes de acción nacionales o de nuevas regulaciones, de los procesos de “diligencia debida de derechos humanos” y del diseño de las “consultas” comunitarias, como cabría esperar de la formulación de sus deberes en los PR actuales (con un marco no expreso). Un proyecto así serviría para complementar, contextualizar y dinamizar el pilar “remediar”, y dejaría claro que las comunidades afectadas no son únicamente titulares de un derecho de queja *post hoc*, que les permite denunciar y ser oídas sólo después de que el daño haya ocurrido. En lugar de eso, reconocería sin rodeos que su intervención es crítica e indispensable en todas las etapas de decisión y de creación de políticas que afectan sus vidas (incluida la etapa del diseño, antes de que el daño tenga lugar, y en los procesos de supervisión continua, establecimiento de los programas de acción, campañas de sensibilización y fase de revisión).

38 Véase también Meyersfeld, en este volumen, donde señala que los PR han sido utilizados por “sujetos empoderados en lugar de desempoderados”.

En segundo lugar, y con un sentido más instrumental, la incorporación de un cuarto pilar “participativo” proporcionaría la base estructural para la elaboración concreta de una serie de PR transversales (y planteados de forma expresiva), dedicados específicamente a hacer operativa la participación de los actores de la sociedad civil en cada etapa fundamental de la “implementación”. Esos principios operativos, que se aplicarían a los sistemas de gobernanza empresarial y al derecho público, reconocerían el derecho de la sociedad civil a participar, por ejemplo, en la evaluación precontractual de los contratos de concesión; en la realización de estudios de impacto previos; en el desarrollo de los planes de acción nacionales;³⁹ en la supervisión y revisión independientes de los procedimientos de queja contra las empresas; en los programas de diligencia debida y los mecanismos de denuncia, y también en otros acuerdos acreditados de inspección y control de la responsabilidad empresarial nacionales e internacionales. También incluirían garantías cruciales con respecto al acceso a la información, la transparencia y la facilidad de participación, como un número creciente de tratados han hecho en campos relacionados con las EDH, como el de la corrupción, el medioambiente y el lugar de trabajo.⁴⁰ Al reconocer de forma expresa estos principios de gobernanza participativa transversales como fundamentales para los deberes de “proteger” y “respetar” del marco, se crearían puntos esenciales de presión a través de los cuales los actores de la sociedad civil podrían incorporarse de manera más significativa, y por derecho propio, a una variedad amplia de procesos de implementación.⁴¹ El carácter experi-

39 Para un esfuerzo importante a este respecto, véase ICAR y DIHR (2014: 42-44), donde pide que todos los Estados desarrollen planes de acción nacionales para garantizar la participación efectiva de todos los grupos de interesados, mediante una identificación sistemática de estos, la creación de capacidad y la garantía de participación de aquellos que carecen de poder o están en riesgo.

40 Véanse, por ejemplo, Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (2004), preámbulo, arts. 5, 6, 10 y en especial el art.13 (“Participación de la sociedad”); Convención sobre acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y acceso a la justicia en temas medioambientales de la Unece (Convención Aarhus) (1998), y Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) (2006), preámbulo, arts. 4.3, 33, etc.

41 El pilar “participativo” funcionaría así de manera paralela al pilar de “remediar”. Si bien ese pilar podría formularse formalmente como un “deber” o “responsabilidad” en el marco, suele invocarse como un derecho por los sujetos de la sociedad civil, y hasta el ex RESG así lo hace. Véase, por ejemplo, Ruggie

mental del marco se vería fortalecido en su totalidad, habría más incentivos para la participación de muchos más sujetos y, en consecuencia, podrían generarse “efectos acumulativos” mucho más grandes en todas las esferas de gobernanza.⁴²

En tercer lugar, y de nuevo muy relacionado con las ideas anteriores, un conjunto expresivo de derechos y deberes que permitan la participación mediante un cuarto pilar serviría para mejorar y ampliar los lugares de supervisión independiente de la implementación, en especial aquellos en que los titulares de derechos pueden intervenir con más facilidad. De hecho, debido a que el marco de los PR no contempla mecanismos institucionales específicos de supervisión independiente del cumplimiento (como procesos de quejas individuales o un régimen de informes periódicos), un pilar “participativo” proporcionaría importantes puntos de contacto con la estructura existente de derechos humanos (con las instituciones nacionales de derechos humanos, los procedimientos especiales de Naciones Unidas y los tribunales nacionales, regionales e internacionales de derechos humanos). En esos organismos de Naciones Unidas, la participación, la voz, la agencia y el acceso de los titulares de derechos son principios rectores del marco.

Aunque al ex RESG le gusta hacer referencia a las capacidades de “implementación” de los inversores internacionales, la banca, las instituciones financieras y otras instituciones de “derecho económico”, como los puntos nacionales de contacto de la OCDE, esos no son la clase de procedimientos a los cuales las comunidades afectadas puedan tener fácil acceso o a los que es probable que acudan cuando haya un problema. Por lo tanto, es fundamental crear más puntos de contacto en las instituciones nacionales e internacionales diseñadas para promover y defender los derechos de los menos poderosos. En particular, eso es cierto a la luz de la

(2014b: 5, 9): “Para los individuos y grupos afectados, los PR estipulan formas de empoderamiento adicional para hacer efectivo el *derecho a una medida de reparación*” (cursiva añadida).

42 En este sentido, la propuesta encaja sin problemas en la expresión enfática del RESG sobre el objetivo principal del marco de los PR: llenar los vacíos regulatorios mediante la creación de una alineación más efectiva y más dinámica entre los sistemas de gobernanza estatales, empresariales y de la sociedad civil, que permitan que cada uno se movilice de forma más efectiva para reforzar los otros, ayude a solucionar las debilidades de los demás y actúe como elemento equilibrador y de control de la responsabilidad. Véase, por ejemplo, Ruggie (2013:78).

“fragmentación” creciente del derecho internacional y, por ende, imperativo para encontrar formas de suscitar una convergencia interpretativa transversal de todos los regímenes de gobernanza,⁴³ y al mismo tiempo ayudar a garantizar que los PR ya no están por detrás de los estándares cambiantes en el campo de los derechos humanos.

Como es obvio, podrían sugerirse otros métodos a largo plazo, por fuera del sistema de los PR, para conseguir similares objetivos. Un buen ejemplo –que yo apoyo, como explico después– es la adopción de un tratado internacional que reconozca expresivamente los derechos de participación y las funciones de la sociedad civil en todas las etapas del proceso de implementación, como así realizaron provechosamente otros tratados de derechos humanos (y sin controversia).⁴⁴ Nuestra propuesta es simple: el mismo compromiso expresivo hecho con los pilares de “respetar”, “proteger” y “remediar” debe hacerse con respecto a la “participación” de la sociedad civil, y reconocerla, además de como un derecho conforme al derecho internacional, como un elemento indispensable de los regímenes policéntricos de gobernanza. Los Estados y las empresas tendrían la obligación o la responsabilidad de garantizar esa participación que, como principio transversal y compartido del derecho de los derechos humanos, requiere de su propio conjunto de principios rectores para asegurar su funcionamiento efectivo en todos los sistemas de gobernanza. De lo contrario, estamos convencidos de que la cuestión de la participación quedará reducida a una nota al margen y acabará fuera de la mesa.⁴⁵ De hecho, como reconoce el capítulo inicial del libro, los PR no incorporan la participación de la sociedad civil como una característica institucional sistemática en su elaboración actual, y se limitan a declarar sin convicción que las empresas deberían “incluir consultas” con las comunidades potencialmente afectadas a la hora de valorar los

43 Véase Ruggie (2014b), donde se señala la repercusión de la fragmentación.

44 CDPD, arts. 4.3, 33, etc.

45 En la conferencia que dio pie a este libro, el profesor Ruggie objetó que ese pilar “participativo” hubiera sido una imposibilidad política dado el rechazo de algunos Estados (como China y Rusia) e incluso de ciertos miembros de la sociedad civil. Esta posición parece no tener en cuenta, sin embargo, el gran número de tratados que los Estados han adoptado en los que se reconocen “derechos de participación” de la sociedad civil (véase, por ejemplo, nota 41), y también el protagonismo organizado de esta última a la hora de exigir esa inclusión. Véanse De Búrca (2010) y CDPD, art. 4.3.

“riesgos” para los derechos humanos.⁴⁶ El que lo hagan o no, y lo que es más fundamental, cómo lo hagan, queda completamente a su discreción. En otras palabras, en el marco actual de los PR la sociedad civil queda desprovista de algún conjunto expreso de herramientas normativas para exigir por derecho propio su participación efectiva en el proceso de implementación de los PR.

Es útil recordar la literatura sobre compromisos expresivos en el derecho internacional (y nacional), que entiende la expresividad como una de las principales funciones del derecho. Permite a los Estados y a otros actores manifestar clara y públicamente compromisos con algún principio, con independencia de cuáles sean las obligaciones impuestas. La manifestación pública de un compromiso tiene significativos fines intrínsecos e instrumentales. Lo que es más importante, permite a una variedad de sujetos exigirles responsabilidades a quienes asumen compromisos.⁴⁷ Eso es cierto más allá de que los compromisos se manifiesten públicamente en instrumentos vinculantes (por ejemplo, un tratado) o no (los PR); por eso es central. La principal distinción a este respecto no es entre compromisos vinculantes y no vinculantes, sino más bien entre expresivos y no expresivos (véase Woods, s.f.). Los compromisos expresivos tienden a permanecer y fomentan que una audiencia más amplia vigile su implementación e insista en ella. La no expresividad puede ser de utilidad para fines políticos de corto plazo, pero tiene también grandes costos de oportunidad. Todavía más relevante en el contexto de los PR es que suprime el poder de la sociedad civil para usar esos compromisos con los principios necesarios para que perduren. Es decir, se debe insistir en esos compromisos no como un privilegio concedido discrecionalmente a otra parte, sino como un derecho legal reconocido como principio de conducta en una sociedad respetuosa de los derechos humanos.

¿Hay formas adicionales de incorporar de manera directa esa clase de normas “perdurables” al marco de los PR? Sin duda. Por ejemplo, los grupos de la sociedad civil podrían organizar y fomentar la redacción de un conjunto de “Principios Rectores Complementarios” que atiendan a los problemas de participación y responsabilidad ante la sociedad no

46 PR, Principio 18.

47 Véase, por ejemplo, Simmons (2009). Véase también Cialdini (1985: 92-103), donde recoge investigaciones que muestran que cuando las personas se comprometen y hacen públicos sus compromisos es más probable que los cumplan, aun después de que la publicidad desaparezca.

incluidos en los PR, y que se basen tal vez en los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos, y hagan referencia a ellos.⁴⁸ Esos grupos podrían ejercer presión sobre los Estados, el GT y otros procedimientos especiales para solicitar al Consejo de Derechos Humanos que respalde la actualización formal de los PR como prioridad a corto plazo.

Un enfoque diferente, aunque mucho menos efectivo y reconocido, sería animar al GT a preparar un informe temático que aborde de manera directa el derecho a participar en los procesos de implementación de los PR en todos los niveles. Podría llamar a intervenir a todos los interesados y concentrarse en las “mejores prácticas” adoptadas para el reconocimiento de la participación de la sociedad civil en una amplia variedad de procedimientos estimulados por los PR. Un defecto obvio de este enfoque es que el GT ya manifestó, en su primer informe temático sobre los derechos de los pueblos indígenas, su falta de disposición a reconocer de manera plena y firme los derechos de participación de los grupos interesados afectados conforme al derecho internacional existente.⁴⁹ Un modelo como ese, si se sigue de forma aislada, podría afectar al proyecto de participación, en vez de hacerlo avanzar, aun si pasan años antes de que el GT ponga algo a disposición del público. Aunque la composición del GT cambiará dentro de poco, su reticencia institucional a ocuparse con firmeza de los problemas de participación está ligada sin duda al alcance de su mandato, que a su vez está muy vinculado a la lógica regulatoria acultural propia de los PR. Por consiguiente, es improbable que el GT cambie de forma significativa su enfoque sobre esta cuestión. En el mismo sentido, los informes temáticos preparados en los procedimientos especiales carecen de autoridad entre muchos grupos de interesados; no servirían para incorporar una participación legítima en el marco de los PR, de manera que se convirtiera en parte de la “lógica regulatoria dinámica” que los impulsa.⁵⁰

48 Véase A/HRC/21/39; HRC Res. 21/11, 27 de septiembre de 2012, que adopta los PR por consenso.

49 Véase A/HRC/WG/12/3/1.

50 Albin-Lackey (2013) reconoce la naturaleza problemática de los PR por “establecer un baremo más bajo que los estándares internacionales de derechos humanos”, puesto que “muchas empresas ven ahora los principios –de forma incorrecta– como el estándar mundial definitivo, único, para la práctica de derechos humanos. *Hay un riesgo de que muchas empresas simplemente no tengan en cuenta los estándares no recogidos en los PR*” (cursiva añadida).

Por lo tanto, el camino más seguro está en un enfoque dual: la búsqueda organizada de una actualización sustantiva del marco de los PR con unos derechos de participación más expresivos y, al mismo tiempo, la negociación y elaboración a largo plazo de un tratado que convierta los compromisos expresivos “blandos” en una gobernanza participativa “dura” para los Estados, conforme al derecho internacional. En efecto, como muestran los estudios, los compromisos de derechos humanos son “más perdurables” y, por consiguiente, más fáciles de movilizar, cuando se establecen no sólo de forma expresiva, sino también mediante tratados vinculantes (véanse, por ejemplo, Simmons, 2009; Chilton, 2014: 110). Analizo a continuación esa propuesta fundamental a largo plazo.

Un tratado vinculante: ¿qué, por qué y vinculante para quién?

Las peticiones para que se elabore un tratado sobre empresas y derechos humanos han sido recurrentes durante más de medio siglo. El 26 de junio de 2014, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas dio un importante paso preliminar hacia ese progreso inevitable. Como respuesta a las propuestas coordinadas de unos noventa Estados y de más de quinientas organizaciones de la sociedad civil, el Consejo estuvo de acuerdo en establecer un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta que estudiara los elementos de un tratado internacional sobre EDH. Tras el comienzo de los debates acerca de cuáles deberían ser esos elementos, una cosa resulta evidente: está fuera de discusión la idea, promovida con ímpetu por los grupos de derechos humanos, de un tratado “imperativo”, del estilo de “mando y control”, que obligue de manera directa a las empresas conforme al derecho internacional. Dejémoslo claro: ningún tratado de derechos humanos ha seguido nunca ese modelo y los grupos de derechos humanos jamás lo han promovido en ninguna negociación sobre tratados de derechos humanos. Me es inconcebible pensar que quisieran algo así en el contexto de las EDH.

En vez de eso, el tratado de EDH que las ONG de derechos humanos y las comunidades afectadas apoyarán con mayor probabilidad es, como sucede con otros tratados de derechos humanos, el de un enfoque experimentalista concentrado en tres elementos:

1. la definición de los derechos de una forma flexible pero expresiva, que recoja las experiencias vividas por los titulares de derechos;
2. la incorporación de derechos de participación expresivos como una herramienta en toda su estructura y lógica de implementación; y
3. la especificación de los deberes de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos que tienen los Estados respecto de la mala conducta empresarial.

Con relación a cada uno de estos puntos, sugiero que el modelo más útil y relevante entre los tratados de derechos humanos adoptados por Naciones Unidas en los últimos tiempos es la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). A continuación, señalo de forma breve los principales elementos de este tratado que más probablemente serían de relevancia en la elaboración de un tratado sobre EDH.⁵¹

Compromisos flexibles, pero expresivos

En primer lugar, la CDPD no prescribe de manera rígida conductas, sino que incorpora un conjunto de conceptos flexibles, expresivos y derivados de la experiencia, pensados para permitir a una amplia variedad de sujetos usarlos como herramientas para influenciar y movilizar las diferentes luchas locales y conseguir una participación activa. De hecho, en gran parte debido a la insistencia de los grupos de interesados y de sus aliados de la sociedad civil participantes durante el proceso de redacción,⁵² el comité de Naciones Unidas a cargo de la negociación tuvo cuidado en evitar las “listas de mercado” y especificar en exceso detalles y estándares, como forma de operación acordada. Lo hizo para garantizar que el texto de la convención fuera relevante y trascendente con el transcurso del tiempo y en diferentes espacios y contextos. Por

51 Las limitaciones de espacio impiden un mayor desarrollo del análisis y la analogía entre la discapacidad y los contextos de las EDH. Para más información sobre la CDPD, véase, por ejemplo, Melish (2007, 2013).

52 Véase De Búrca (2010), donde conjetura que el carácter muy experimental de la CDPD fue impulsado por la UE, pero que el estímulo determinante provino de las ONG de la sociedad civil y de los grupos de los titulares de los derechos.

consiguiente, tiene la capacidad de responder a nuevos desafíos y modos de abuso a medida que surgen, y también a los retos enormemente diversos que enfrentan los titulares de derechos y de obligaciones de todo el mundo, situados en muy distintas circunstancias. Busca también evitar la inferencia negativa de que cualquier dimensión no incluida de manera expresa en una norma detallada es porque hubo intención de excluirla. Por lo tanto, se prefirió un lenguaje ejemplarizante amplio, con referencias inclusivas y un más alto nivel de generalidad, a uno específico y acomodado a fines particulares, o “listas” de violaciones y medidas estandarizadas de implementación. Eso mismo pasaría sin duda en un tratado sobre EDH.

Incorporación de derechos de participación

En segundo lugar, para garantizar que los titulares de derechos puedan participar efectivamente en los procesos que buscan su incorporación significativa en las políticas, las prácticas y los procedimientos que los afectan, la CDPD se concentró en incorporar derechos de participación y vías institucionales para su ejercicio (lo que denomino “nodos de participación”) a lo largo de su texto y lógica de implementación dinámica. “La participación e inclusión plenas y efectivas [de los titulares de derechos] en la sociedad” se afirma repetidas veces como un principio rector fundamental del tratado y aparece en su preámbulo, sus objetivos y sus principios generales. En el mismo sentido, el tratado la codificó como una obligación central de los Estados parte. El art. 4 sobre “obligaciones generales” compromete por ello a todas las autoridades públicas, y usa el tiempo verbal futuro de indicativo, con valor obligatorio; dispone que

en la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad.⁵³

Esos mismos derechos y deberes de participación fueron repetidos y se hicieron más específicos desde el punto de vista operativo con respecto

53 CDPD, art. 4.3.

a los derechos sustantivos fundamentales, los acuerdos de vigilancia, la recopilación y accesibilidad de la información, los regímenes de cumplimiento y los sistemas de supervisión.

Permítaseme citar unas pocas normas, dada su importancia para un posible tratado de EDH. En primer lugar, la que regula la implementación y supervisión en la esfera nacional afirma sin ambigüedades que

la sociedad civil, y en particular las personas con discapacidad y las organizaciones que las representan, estarán integradas y participarán plenamente en todos los niveles del proceso de seguimiento.⁵⁴

Otra norma requiere específicamente que los Estados garanticen la supervisión “efectiva” por “autoridades independientes” de “todos” los servicios y programas diseñados para servir a las personas con discapacidad, sean públicos o privados.⁵⁵ También se requiere a los Estados parte que recojan y desagreguen los datos a los efectos de formular políticas, y que aseguren a las personas con discapacidad el acceso a esa información. A su vez, la CDPD compromete de forma expresa a los Estados a establecer una maquinaria nacional de cumplimiento que tenga a su cargo la responsabilidad específica sobre el tema del tratado. A través de esos procesos institucionalizados, los titulares de derechos pueden canalizar sus preocupaciones colectivas, exigencias, aportes y supervisión organizada. Entre esos instrumentos se cuentan:

1. uno o varios puntos focales en la administración pública que supervisen la implementación del tratado;
2. un mecanismo de coordinación que garantice coherencia en las políticas y acciones en toda la esfera pública; y
3. un conjunto de mecanismos de supervisión independientes (como las instituciones nacionales de derechos humanos) que tengan competencia para implementar el tratado.

Con respecto a cada uno de estos aspectos, los Estados se comprometen a garantizar la plena participación de la sociedad civil, en especial de los

54 CDPD, art. 33.

55 CDPD, art. 16.3.

titulares de derechos reconocidos por el tratado. Esto se replica en la maquinaria internacional de supervisión del tratado.

Si se tienen en cuenta las desigualdades enormes de poder e información que persisten en el campo de las EDH, hay pocas dudas de que una clase de compromisos parecidos, y en parte coincidentes, relativos a los derechos de participación en las estructuras y procesos de decisión de las esferas locales, nacionales e internacionales debería inspirar también la lógica de un tratado sobre EDH.

La especificación de los deberes de los Estados

Por último, por razones de carácter instrumental y pragmático, el derecho de los tratados de derechos humanos ha permanecido centrado en aclarar los deberes de respetar y garantizar que tienen los Estados. Eso es cierto aun cuando el derecho de los derechos humanos se aplica cada vez más a toda clase imaginable de conductas. Al reconocer esa realidad, los PR se focalizaron en el deber (jurídico) que tienen los Estados de proteger los derechos humanos de las violaciones en las que están involucradas las empresas. No obstante, si bien pocos discuten la existencia general de este deber según el derecho internacional de los tratados, sigue habiendo mucha incertidumbre con respecto a los límites operativos específicos en cada sector. De hecho, las empresas han acumulado unos derechos transfronterizos tan amplios y poderosos que cada vez es menos claro dónde terminan sus prerrogativas y cuál es el papel del derecho público para definir las y restringirlas. Aclarando el deber legal de los Estados de respetar, proteger y garantizar los derechos de las comunidades afectadas podemos satisfacer la necesidad de una “herramienta de precisión cuidadosamente construida”.

No me convence la afirmación repetida del ex RESG de que un tratado como ese no “añadiría nada valioso” a la cuestión. De hecho, malinterpreta la finalidad y los límites de todos los tratados del campo de los derechos humanos. Esos tratados no crean “nuevos” derechos, más bien sirven como instrumentos de precisión para aclarar el ámbito y el contenido especializado de derechos y deberes formulados de manera más general en relación con áreas en las que se producen numerosas violaciones, marginadas o no tenidas en cuenta en las políticas nacionales y los procedimientos ordinarios de derechos humanos. En consecuencia, la función más valiosa de un tratado sobre EDH sería enunciar de manera más expresiva las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados de regular la conducta empresarial; prevenir las violaciones (mediante medidas de salvaguarda,

supervisión regular, vigilancia, etc.); responder a las violaciones cuando y donde ocurran, de modo diligente y con el fin de evitar abusos futuros, y garantizar la participación de la sociedad civil y mecanismos independientes de vigilancia, supervisión y respuesta regulatoria dinámica en las esferas locales, nacionales e internacionales por igual.⁵⁶

Un instrumento de precisión de esa índole serviría para conseguir variaciones en el equilibrio de poder. No sólo crearía herramientas más fuertes y definidas para los titulares de derechos y sus defensores, mediante las cuales tendrían una mayor influencia y podrían ocuparse de manera directa de las acciones y omisiones de los Estados, sino que también proporcionaría algo muy evidente y que pretendemos no ver: los Estados necesitan nuevas herramientas legales que les den poder e influencia para que sean capaces de regular y vigilar a las empresas. Cada vez más, la legalidad y la especificidad normativa en los tratados sobre las obligaciones estatales sirve para mejorar las oportunidades de establecer alianzas entre el Estado y la sociedad civil (que muchas veces parecen relaciones de conflicto, pero que en la práctica implican relaciones de cooperación), al tiempo que se permite a los Estados vincularse expresivamente por sí mismos y, por lo tanto, conseguir mayor influencia jurídica para reforzar su propio papel regulatorio⁵⁷ (incluidos acuerdos regionales y entre Estados en todo el Sur Global). Entonces, no es sorprendente que los principales impulsores de un tratado general sean Estados y organizaciones del Sur Global, precisamente aquellos con menos poder y menos derechos ante un sector empresarial que cuenta con enormes recursos y atributos legales.

Hacia el futuro

El capítulo inaugural del libro de César Rodríguez Garavito invita a un proyecto de inmensa importancia y muy oportuno: diálogos creativos y

56 Los tratados especializados de derechos humanos incluyen siempre normas más extensas y detalladas sobre las obligaciones que las que se leen en los instrumentos generales.

57 Véase, en general, Alter (2014), donde analiza la delegación estatal de jurisdicción a foros internacionales como una forma de obligación propia y por consiguiente de obtener poder ante otros sujetos.

pensamiento estratégico por parte de una variedad de voces globales sobre la “dimensión dinámica” de los PR. En otras palabras, una iniciativa con “capacidad de impulsar el desarrollo de nuevas normas y prácticas que podrían ir más allá del contenido inicial de los PR”, garantizando así “un progreso acumulativo [...], paso a paso” para mejorar el cumplimiento de las empresas en el mundo real con los estándares de derechos humanos. Celebro esta iniciativa y espero que mi modesta contribución aquí aporte a ella de dos maneras. En primer lugar, estimulando la reflexión crítica sobre los marcos discursivos dominantes usados para promover y explicar los PR en el debate público, con atención específica a las formas perjudiciales en que esos marcos han servido para dejar a un lado y marginar las voces, los roles y las perspectivas estratégicas de las comunidades afectadas y sus aliados defensores de los derechos humanos. En segundo lugar, ayudando a garantizar que a medida que avance el diálogo, este permanezca centrado en identificar e instalar las herramientas, los procedimientos y los recursos que las propias comunidades afectadas necesitan para participar, de modo activo y relevante, en la política pública y en los procesos de decisión que tanto afectan sus vidas. Si se logran esos fines, se habrá constituido, en mi opinión, una base a partir de la cual impulsar el marco de los PR “más allá del fin del comienzo”.

5. De los Principios Rectores a las organizaciones interpretativas

El desarrollo de un marco para aplicarlos a los conflictos que institucionalizan el activismo de la sociedad civil

Larry Catá Backe

El fin del siglo XX y el comienzo del siglo XXI han sido testigos de varias tendencias importantes sobre gobernanza, algunas mejores que otras. Vale la pena mencionar dos que desarrollaron estructuras para regular los efectos perjudiciales que tiene la actividad económica en los derechos humanos. La primera es una tendencia a constituir órdenes de metagobernanza,¹ conforme a los cuales podría dirigirse el comportamiento humano; la segunda es el movimiento hacia la abstracción del individuo, a pesar de que la dignidad individual parece situarse en la cúspide de los objetivos de la metagobernanza.

La primera forma de gobernanza produjo los grandes sistemas policéntricos internacionales de gobernanza de derechos humanos de la actividad económica, de los cuales uno de los más importantes son los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (PR), aprobados en 2011. Esa forma de gobernanza también originó la necesidad de un orden unificador para armonizar el deber estatal de proteger los derechos y la responsabilidad empresarial de respetarlos en ese marco. Ha fomentado además que los movimientos internacionales volvieran a incorporar la gobernanza en los Estados mediante un sistema de tratados internacionales pensados para regular el contenido de los órdenes jurídicos nacionales.²

1 La metagobernanza puede comprenderse como la gobernanza de la gobernanza, es decir, la formación de un conjunto armonizado de valores, normas y principios subyacentes a los sistemas de gobernanza y que los relaciona entre sí. Véase Kooiman y Jentoft (2009: 818-836). El carácter cíclico de esos esfuerzos fundamentados en la urgencia de gestionar una vida social cada vez más compleja se estudia en Jessop (2002).

2 Los grandes instrumentos de derechos humanos que constituyen la llamada Declaración Internacional de Derechos Humanos (DIDH) proporcionan un buen ejemplo de esta tendencia hacia una metagobernanza estatal. La DIDH está fundamentada en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Véase la

La segunda forma de gobernanza aceleró el desarrollo de movimientos de masas y la democracia que sirve hoy como núcleo ideológico de la gobernanza legítima. También ha dado lugar a la aparición de colectivos, que pueden representar a las personas o al capital –a los actores de la sociedad civil y a las grandes empresas multinacionales–, que hacen posible desarrollar la política y la economía de masas. Ambas representan y consagran un individuo que ya no es relevante como sujeto autónomo en los sistemas de metagobernanza. De este modo, la segunda forma de gobernanza convierte a las ONG globales en la encarnación de aquellos individuos cuyos derechos humanos se ven perjudicados por las empresas públicas y multinacionales.

Este capítulo considera las ramificaciones de estas tendencias en el desarrollo de una necesaria estructura de gobernanza para la implementación razonable de los PR. La tesis es la siguiente: la lógica de la metagobernanza naciente apunta a la necesidad de establecer un mecanismo central para la interpretación de instrumentos normativos transnacionales y, en especial, de los PR; señala el deber de otorgar a las organizaciones representantes de la sociedad civil la autoridad de exponer casos y defenderlos ante ese órgano interpretativo centralizado. Las acciones para elaborar estructuras completas mediante tratados son una amenaza para el establecimiento de un orden transnacional efectivo compatible con las realidades de la gobernanza contemporánea. La primera sección de este capítulo contextualiza brevemente el tema en el marco de las tendencias productoras de la metagobernanza y los movimientos de masas que caracterizan nuestra época. La segunda sección considera las críticas contemporáneas al desarrollo de los PR a través del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y Otras Empresas (GT), establecido en 2011 por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Sobre esa base, sugiere la manera en que estas tendencias deberían ser aplicadas para generar mecanismos efectivos que sirvan para implementar los PR en la esfera internacional, aprovechando la naturaleza policéntrica propia de los sistemas de gobernanza en este siglo. La tercera sección termi-

Declaración Universal de Derechos Humanos, Asamblea General de Naciones Unidas, A/RES/3/217, 10 de diciembre de 1948. La Declaración Universal de Derechos Humanos fue codificada en el derecho internacional mediante el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966.

na con un análisis del marco de gobernanza alternativo propuesto por los Estados y argumenta que su carácter reaccionario socava el importante proyecto de hacer efectiva una metagobernanza de los derechos humanos en la actividad económica.

Del derecho, el Estado y el individuo a la metagobernanza y la política de masas

El movimiento hacia una metagobernanza concebida y operada armoniosamente tiene orígenes antiguos. Su manifestación moderna apareció en la formación de los Estados imperiales y coloniales del siglo XIX y luego, durante su colapso bajo el peso de las contradicciones de su propia lógica normativa, cuando se formó el sistema internacional de la comunidad de Estados. De hecho, el momento apoteósico del Estado se ubicaría hacia mediados del siglo XX, cuando asumió la supremacía interna en su territorio (en una relación dinámica con su población conforme a teorías democráticas de la legitimidad gubernamental) y entre la comunidad de Estados que retenía un monopolio global del poder regulatorio.³ Ese poder sufrió la oposición de lo que fue el producto más exitoso del internacionalismo de la gobernanza: la globalización. Esta incorporó a la ecuación del poder entes distintos a los Estados, en un proceso bien conocido de permeabilidad, porosidad y policentralidad que causó la crisis actual de gestión de la gobernanza, en la cual sólo una parte está vinculada al problema de los derechos humanos (Catá Backer, 2012c: 177-199). Esa crisis podría comprenderse como tal no porque la globalización produzca vacíos de gobernanza, sino porque los sistemas de gobernanza ya no están conectados de forma continua y armoniosa (a una red compleja de instituciones de derecho público centradas en el Estado y en sus estructuras instrumentales internacionales; al menos en teoría).

La anarquía resultante supuso un desafío para el antiguo orden (representado por el sistema de Naciones Unidas y sus órganos relaciona-

3 Cómo ese poder se ejerció *de hecho* divide a los académicos y a otros interesados en una variedad de “campos”, cuyas posiciones han alimentado generaciones de intelectuales. La explicación detallada de ese proceso está más allá del objeto de este ensayo. Véase Griffiths y otros (2002).

dos) y para la capacidad de participantes poderosos en la gobernanza —la mayoría de ellos Estados, pero también intelectuales y entes de la sociedad civil y las empresas— de ejercer ese poder de forma instrumental para conseguir objetivos específicos. En los últimos treinta años, gran parte de la actividad de los más importantes intervinientes en el *Ancien Régime* de derecho estatal ha estado dirigida a intentar imaginar cómo reconfigurar una metagobernanza integrada y armoniosa, centrada en el derecho y el Estado, de manera que las estructuras instrumentales de la gobernanza puedan ser de nuevo utilizadas para fines apropiados, como los derechos humanos, conforme a estándares comunes (Catá Backer, 2006: 141-168). Concepciones alternativas, como la gobernanza policéntrica, son consideradas formas transicionales o resultan sospechosas, ya que parecen renunciar a las estructuras de legitimidad fortalecedoras del derecho y del Estado.

La otra tendencia es hacia la abstracción del individuo. Esa disposición, que tiene sus orígenes en la religión occidental, adquirió una dimensión política más fuerte después de las revoluciones francesa y estadounidense del siglo XVIII y el ascenso de las teorías democráticas de la legitimidad estatal. Luego obtuvo su carácter actual durante el siglo XX y sus inclinaciones, por un lado, hacia el esencialismo (que reducía al individuo a una u otra característica) y, por otro, hacia la institucionalización y la burocratización (la comprensión de los individuos como elementos de organismos colectivos). Tuvo una manifestación concreta durante el fascismo (Gregor, 1969) y la organización estatal marxista-leninista (Stalin, 1953) a mediados del siglo XX, y también fue fundamento teórico de la biopolítica de Michel Foucault (2003, 2010) y de la teoría de sistemas desarrollada por Niklas Luhmann (1990)⁴ y Gunther Teubner (2009). El individuo fue subsumido en las “masas”, una abstracción estadística de características y comportamiento comunes, o en el conjunto necesariamente indiferenciado de sistemas y subsistemas cuya comunicación colectiva determinó los parámetros de la conducta humana y las respuestas colectivas. En consecuencia, el sujeto colectivo requería una personalidad colectiva, que pudiera proteger a los individuos abstractos que absorbía, sin disolverlos en los grupos que le daban forma. Esta tendencia ha producido a su vez otra hacia la institucionalización de los movimientos de masas, necesaria tal vez en la lógica de la democracia de masas. Sin embargo, contribuyó también al desarrollo de una sociedad

4 Véase también Schwanitz (1995: 137-170).

civil institucionalizada que representa el deseo individual y lo emplaza, tal vez de forma parecida a la manera en que las empresas encarnan los “deseos” del capital como agregado en las antípodas de la sociedad civil. La sociedad civil se presenta como la manera de individualizar a las masas y de proteger la dignidad del individuo. En las estructuras de metagobernanza, en especial en los grandes Estados y el ámbito internacional, representa al individuo en la misma medida que lo sustituye y este sólo puede manifestarse como una abstracción agregada. En ausencia del grupo, el sujeto queda reducido prácticamente a nada en la gobernanza global (salvo tal vez como conjunto de derechos, alguno de los cuales podría ser satisfecho en algún lugar).

Estos movimientos en conjunto producen el marco actual de gobernanza transnacional; al igual que este siglo saluda el fin del Estado nación autónomo, también marca la culminación del ideal de individuo autónomo como instrumento de la gobernanza. Esta es una época de colectivos que actúan en sistemas de gobernanza policéntricos que funcionan en un espacio anárquico de metagobernanza. Pero es además tiempo de resistencia y de esfuerzos por restaurar el *statu quo* previo a la globalización. La pregunta de este siglo sobre la elaboración de respuestas efectivas provenientes de la gobernanza para contrarrestar los importantes problemas derivados de los efectos perjudiciales de la actividad económica en los derechos humanos es, por consiguiente: ¿cómo puede crearse un método de coordinación de sistemas policéntricos que proporcione un espacio político y jurídico amplio y efectivo, en el que puedan participar los sujetos colectivos, con el objeto de producir cierto grado de coherencia jurídica en la gobernanza de los derechos humanos?

El campo de los derechos humanos ha desarrollado “un nuevo sentido de gobernanza” que es esencialmente policéntrico. Rechaza de manera implícita seguir con rigidez la clásica teoría regulatoria centrada en el derecho y el Estado, que está basada en la creación de instrumentos generales universales y jurídicamente vinculantes con los que se prescriben las políticas de forma jerárquica, administradas a través de órdenes jurídicos nacionales. Favorece, en cambio, una “nueva teoría de la gobernanza” incipiente, de carácter policéntrico.

La teoría de la nueva gobernanza descansa en la premisa de que el Estado por sí mismo no puede hacer todo el trabajo pesado requerido para satisfacer los retos sociales más urgentes y que, por lo tanto, necesita incluir a otros sujetos y hacer uso de sus capacidades (Ruggie, 2014b: 5-17).

También se funda en la premisa de que esas capacidades son en sí fuentes regulatorias autónomas, con un poder sustantivo normativo sobre las comunidades que las han adoptado. Por consiguiente, el policentrismo llevaría a regímenes complejos, surgidos de las realidades de la fractura del poder en la globalización contemporánea: los diferentes sistemas de gobernanza emergentes son entendidos como bloques constructivos que pueden ser ordenados y dirigidos hacia fines específicos.

Pero el marco de “nueva gobernanza” con el que se comprenden las posibilidades de policentrismo restringe a su vez el análisis. Lo que es más preocupante, nos devuelve casi de forma inexorable al escenario en el que el Estado goza de una posición de privilegio y en el cual el derecho sirve como un medio para constituir una jerarquía de poder en la que el individuo sigue invariablemente siendo tratado como poco más que un objeto bien gestionado por políticas instrumentales, ejecutadas desde arriba (incluso si provienen de un sistema que en sus aspectos formales parece estar elaborado “de abajo hacia arriba”) (Catá Backer, 2012b). Para entender la esencia del problema de la nueva gobernanza habría que remitirse a tres cuestiones.

La primera cuestión es la premisa subyacente a la nueva gobernanza de que el objetivo de la teoría y de la práctica es producir no sólo coordinación, sino una relación más fuerte entre los sistemas de gobernanza incipientes. Sin embargo, la policentralidad no es un plato roto que pueda volver a pegarse para comer en él de nuevo; ese sería un enfoque que expresaría nostalgia por la unidad que una vez representó el poder estatal y un intento de recrearlo por otros medios. Sería una suerte de mirada melancólica acerca de una “edad de plata” de la teoría de la gobernanza, que pretendería volver a la armonía y que asumiría que el poder está incompleto a menos que esté unificado. Busca deshacer el espacio policéntrico mediante la armonización en vez de la coordinación (Catá Backer, 2013c: 805-897).

La segunda cuestión es la dependencia inherente entre la gestión y la integración de la policentralidad. Hay cierto atractivo de la nueva gobernanza para la sociedad civil, pues este sistema novedoso apuntaría a una reducción de la influencia de los Estados y las empresas. No obstante, esa forma de poder es siempre dependiente y, en última instancia, servil. Es segura, pero también una autoridad contingente, una participación siempre susceptible de ser considerada como recompensa por el “buen” comportamiento y de verse limitada si ese comportamiento es malo.

Por último, la tercera cuestión es que la policentralidad es sólo eficiente cuando los sistemas están armonizados. La idea de gestión e integración es esencial para que la policentralidad sea factible en una conceptualización nostálgica de la nueva gobernanza, pero pasa por alto la posibilidad de *coordinación* en lugar de integración. Vale plantear que la policentralidad en la globalización esté moviéndose hacia la anarquía y no hacia la integración. El resultado también puede ser el orden, pero uno totalmente diferente, fundamentado en la anarquía aunque todos los sistemas de gobernanza busquen legitimidad recurriendo a una coordinación basada en un conjunto unificador de principios (Catá Backer, 2014a), que rechaza las premisas anticontextuales de los enfoques integracionistas.

Pero todo eso es conceptual y los argumentos conceptuales por sí mismos no cambian necesariamente las mentes y las prácticas, por muy razonables que sean. Es mucho más probable que la persuasión tenga éxito si también es experiencial (Ruggie, 2014b: 5-17).

La declaración de John Ruggie tiene un eco poderoso en el contexto de la elaboración de un marco para las actividades de los actores económicos que sean perjudiciales para los derechos humanos. La siguiente sección considera las posibilidades de ese proyecto específico.

Coordinar la gobernanza de los derechos humanos mediante los Principios Rectores: de la teoría a la práctica

Los PR parten de la policentralidad presente en la metagobernanza y las colectividades para formar una estructura de gobernanza policéntrica gestionada entre tres sistemas de gobernanza diferenciados, que los académicos identifican como el derecho estatal, la gobernanza empresarial y las organizaciones de la sociedad civil (Catá Backer 2012c). Los PR parten de considerar la regulación de las empresas globales como el principal reto global para los derechos humanos y la gobernanza. Comparten la idea de la existencia de un vacío de gobernanza y la necesidad de superarlo. Eso sugeriría que hay un espacio donde no existe la gobernanza –una zona libre–, algo que parece poco probable (Catá Backer, 2007: 1739-1784). Cuestionar esa premisa es útil y, en cualquier caso,

la propia lógica de los PR la contradice, pues su marco de tres pilares define tres sistemas diferenciados cuya coordinación es necesaria para conseguir el objetivo de una gobernanza coherente de las actividades perjudiciales para los derechos humanos por parte de quienes emprenden actividades económicas. Los tres bloques representan

1. el Estado y los sistemas jurídicos nacionales e internacionales;
2. las empresas y los sistemas de gobernanza normativos sociales y no estatales; y
3. la sociedad civil y los objetivos remediales mediante múltiples sistemas normativos.

Como escribe Rodríguez Garavito en este volumen (capítulo 1),

la idea tras los PR es que cada bloque constructivo sea ubicado de tal forma que compense la debilidad de los otros y ejerza una presión hacia arriba, es decir, provoque una mejora continua de la protección de los derechos humanos afectados por las actividades empresariales.

Pero los analistas sugieren también que el elemento de la sociedad civil es débil y no está compensado por el pilar remedial. Para esos autores, la solución es el desarrollo de una función institucional más fuerte para la sociedad civil, que la empodere de forma más directa mediante una participación más firme en los mecanismos a través de los cuales el deber del Estado de proteger y la responsabilidad empresarial de respetar son realizados. Esta manera de empoderamiento considera a la sociedad civil como algo parecido al fiscal general en la teoría jurídica estadounidense (Rubenstein, 2004: 2129): como un supervisor autónomo y una fuerza de control de la responsabilidad, que representa a la masa de individuos a la hora de proteger sus derechos contra las fuerzas institucionales del Estado y las empresas.

En las estructuras de gobernanza policéntrica, esto implica que varias entidades tengan funciones de “coordinación”. Los procesos regulatorios acumulativos se apoyan en la coordinación, bajo la creencia de que la interiorización de los estándares de derechos humanos y su cumplimiento “impulsan progresivamente” (Rodríguez Garavito, en este volumen).

En efecto, la sociedad civil representa al individuo en su manifestación colectiva y su intervención garantiza que los tres principales actores en el área de los derechos humanos –los Estados, las empresas y los individuos– sean materializados de una forma equivalente, como una suma del poder político, económico y de masas.

En esta visión de la metaarmonización encarnada en los PR, y teniendo en cuenta la suma de los individuos abstractos en las formas institucionales de la sociedad civil, el GT, establecido en 2011 por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, sirve como mecanismo de coordinación que supervisa este proceso de implementación, gracias al cual los bloques constructivos de los PR se complementan de modo coherente. El éxito del GT no está claro. Muchos analistas describen su mandato durante sus primeros años como muy restrictivo (demasiado, de hecho). En consecuencia, el GT se ha concentrado en la divulgación y la implementación de los PR, no sin sufrir críticas importantes por parte de los grupos de la sociedad civil, que tienen argumentos para sostener que el GT actúa con un sesgo favorable hacia las empresas y el Estado, como yo mismo aseguré en el Foro Anual de 2013, con lo que los elementos de la sociedad civil quedan relegados a una intervención indeterminada como asesores, en una posición claramente secundaria. El GT, más pendiente de la producción de planes de acción nacional por los Estados europeos y dedicado a fomentar el desarrollo de procesos sistemáticos de diligencia debida en materia de derechos humanos, perdió una gran oportunidad: la de extender el foco de su mandato a la sociedad civil y, lo que es más importante, a los titulares de derechos que fueron el objeto de los PR. Al mismo tiempo, el GT, al concentrarse en los planes de acción nacionales, ha permitido a las empresas evitar las principales consecuencias de su responsabilidad autónoma de respetar los derechos humanos. En ese proceso, eludió el compromiso de gobernanza asociada a sus regímenes de diligencia debida de los derechos humanos. Incluso en el espacio policéntrico de la nueva gobernanza, gestionado de manera limitada, en el que parece actuar el GT conforme a la lógica del sistema de Naciones Unidas (véase, por ejemplo, Prenkert y Shackelford, 2014: 451-500), el potencial de los PR (como sistema policéntrico de sujetos institucionalizados que colaboran entre sí y actúan de forma simétrica en un marco armonizador) es menoscabado por la práctica real efectiva del GT y su implementación asimétrica de los PR.

Cabría explicar esta situación actual como una consecuencia forzosa de la necesidad del GT de asignar prioridades. Sin embargo, sería

una mejor justificación decir que hay una asignación de prioridades errónea y podrían señalarse alternativas superiores. La primera sería el establecimiento de mecanismos que produjeran un foro cuasi judicial en el GT. La segunda, la necesidad de delegar en la sociedad civil la función mediadora entre los individuos y otros participantes. La tercera –y más importante– se referiría a las cuestiones de poder, es decir, a la capacidad de constituir y disciplinar a la comunidad de la sociedad civil sobre la cual el GT ejerce su autoridad. Ese poder tiene dos manifestaciones: la determinación de quién puede participar en los eventos de la sociedad civil y la de quién se considera parte ella a los efectos del marco del GT. Cada una de estas dimensiones se analiza a continuación.

En primer lugar, el GT debería servir como fuente legítima de decisiones sobre la aplicación de los PR, o establecer un órgano con esa función cuando hubiera disputas iniciadas por los Estados, las empresas o las organizaciones de la sociedad civil como representantes colectivos que en otro caso carecerían de voz. De esta manera, se habría favorecido una de las posibilidades más interesantes que la metagobernanza policéntrica ofrece al marco del GT para la supervisión de los PR, aunque por desgracia no del todo desarrollada: la oportunidad perdida por el GT de adoptar “el camino de otros procedimientos especiales [...] que permita procesar las peticiones individuales” (Rodríguez Garavito, en este volumen). Rodríguez Garavito sugiere un mecanismo de interpretación que podría “incluir la recepción de solicitudes y quejas individuales y la respuesta a ellas”. Esta sería una forma de potenciar la intervención autónoma de los individuos (y de sus defensores de la sociedad civil) en el marco de los PR, y también destacaría la importancia fundamental de una función interpretativa de los PR independiente de los órdenes jurídicos nacionales de los Estados o de los órdenes de gobernanza de las empresas. También señalaría que en el tercer pilar está el fundamento de autoridad que permite que los individuos soliciten medidas que remedien los incumplimientos del deber estatal de proteger o a la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos.

Pero el GT perdió también otra oportunidad: la de convertirse en la fuente superior, más creíble y congruente de interpretación contextual de los PR. El no haber asumido ese papel cuasi judicial, no muy distinto al del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la hora de interpretar la aplicación del derecho europeo en su forma y efectos –aunque sus decisiones no fueran vinculantes de hecho–, ha reducido de manera significativa la importancia del trabajo del GT y podría poner en peligro el

elemento dinámico de los PR. El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) sigue siendo un marco a la búsqueda de una jurisprudencia efectiva. Su valor más importante reside en su aplicación a las disputas concretas que tienen lugar entre participantes fundamentales para los PR: los Estados, las empresas y los individuos en cuyo nombre actúa la sociedad civil. Los principios de los PR sólo pueden materializarse –tratados como si fueran una realidad tangible– mediante la evolución dinámica y el reforzamiento del “derecho” creado por una aplicación congruente de los PR en las denuncias presentadas por la sociedad civil, desde abajo, caso por caso. Desde la perspectiva de la evolución estática y de la evolución dinámica de los PR, eso es fundamental para el GT y para aquellos elementos de la sociedad civil que tienen una intervención crucial en la presentación de esas acciones y, por consiguiente, en el fortalecimiento del tercer pilar. A estos fines, una institución encargada de la interpretación es una necesidad. No habrá progreso de los PR sin un conjunto sustantivo de circunstancias en que estos sean manifiestos en las acciones de los tres grupos participantes en ellos. Eso ocurriría si el GT considerara actuar como organismo a cargo de la interpretación de las quejas presentadas en los puntos nacionales de contacto (PNC) conforme a las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para las Empresas Multinacionales (EM), que han incorporado los PR en gran medida. En ausencia de una instancia como esa dedicada a la interpretación de los PR, son los PNC los que deben asumir esa tarea mediante su lectura del Capítulo IV de las directrices, que incorporan los PR.⁵

El efecto vinculante de las decisiones de una institución encargada de interpretar las normas es menos importante que el proyecto de producir interpretaciones congruentes en el contexto de conflictos intensos entre Estados, empresas y sujetos de la sociedad civil, establecidas por intérpretes neutrales de los PR. La producción de declaraciones interpretativas basadas en los PR en casos concretos generaría por sí misma, con independencia de cuál fuera su naturaleza vinculante, una guía que sería indudablemente retomada por otros órganos con una autoridad

5 Véase, por ejemplo, UK National Contact Point, Initial Assessment by the UK National Contact Point for the OECD Guidelines for Multinational Enterprises (mayo de 2014), disponible en <www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/315104/bis-14-854-palestinian-lawyers-complaint-against-g4s-ncp-initial-assessment.pdf>.

obligatoria mucho mayor. Eso no es una práctica revolucionaria, sino el hecho efectivo de que la producción reiterada y congruente de declaraciones interpretativas (que a su vez produzcan una lectura coherente y unificada de los PR) tiene repercusión en el trabajo de los tribunales, los órganos interestatales, las empresas y los actores de la sociedad civil: estarán influenciados por esas interpretaciones, aun cuando no se les obligue a ello. Por tal motivo, es esencial constituir un acervo de declaraciones interpretativas de los PR en el contexto de conflictos reales. La actividad del Consejo de Ética del Norwegian Sovereign Wealth Fund Global [el Fondo Soberano Noruego] proporciona un ejemplo, y también lo hacen los puntos nacionales de contacto de la OCDE (Catá Backer, 2013b: 1-121). Si hay voluntad política, puede hacerse. De hecho, la lógica de la policentralidad sugiere que es factible aun cuando los Estados no tengan buena disposición, siempre que las empresas colaboren en la creación de un mecanismo como ese, de la misma forma que las compañías y la sociedad civil cooperan en la constitución y la supervisión de los códigos de responsabilidad social empresarial (RSE) para las cadenas de suministro. Incluso las decisiones “malas” –es decir, las rechazadas por el Estado que debe aplicarlas o que pueden ser contradichas en instancias posteriores– ayudarían a impulsar la formación de una visión coherente de los PR si se aplican en la dirección correcta, y así se garantizaría que la sociedad civil tuviera un papel importante como defensora de individuos que, de no ser por ella, estarían peor representados en el proceso de desarrollar los PR. En ausencia de un mecanismo interpretativo como ese, los PR vivirán siempre en un estado potencial. Si la sociedad civil no tiene la capacidad de presentar quejas que den lugar a interpretaciones de sus derechos, el individuo –que está en el núcleo de todos estos esfuerzos dirigidos a los derechos humanos– no tendrá un defensor colectivo fuerte en todos los casos, sino sólo en aquellos en que los Estados han asumido la obligación positiva de desempeñar esa función y en los que esa obligación está respaldada por un derecho vinculante exigible ante los tribunales.

En segundo lugar, la formación del sistema del GT debe incluir, además de los planes de acción nacionales, una planificación más sólida de las funciones de las empresas y de la sociedad civil en sus respectivos ámbitos. En lugar de la acción asimétrica actual de la sociedad civil, un modelo de “gobernanza colaborativa” podría servir como antídoto, caso en el cual sería esencial que el GT o un órgano parecido funcionara como una institución cuasi judicial. A su vez, eso requiere la formación de mecanismos institucionales que promuevan la capacidad representativa de

la sociedad civil. Conforme a esos mecanismos, esta última tendría una función intermedia, entre el rol de “colaborador” (la “organización de la sociedad civil del buen ciudadano”) y el de “antagonista” (la sociedad civil como sujeto disruptivo).⁶ Además, la sociedad civil sería un elemento esencial de esa instancia cuasi judicial por la misma razón que los individuos se entienden reencarnados en masas con autoridad colectiva. Esa autoridad está fundamentada en la adopción de la idea, implícita en el tercer pilar, de los derechos autónomos del individuo: que los Estados y las empresas están obligados a proteger y respetar, y frente a cuyos incumplimientos hay medidas de reparación. La protección de esos derechos individuales ante los Estados y las empresas no surge de la responsabilidad empresarial (y de sus mecanismos) o del deber del Estado (y de sus contextos jurídicos), sino que es inherente a la dignidad humana que existe más allá de ambos. Así se reconoce en el marco de los PR cuando se hace referencia como la fuente de la responsabilidad empresarial a la Declaración Internacional de Derechos y al Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (en la nueva gobernanza o el marco policéntrico), y al deber de los Estados a partir de sus obligaciones jurídicas internacionales (conforme al modelo clásico del derecho internacional). Sin embargo, para que los derechos sean efectivos tal vez tengan que ejercerse colectivamente. Al igual que la responsabilidad de respetar los derechos humanos recae en entes colectivos de capital, también los derechos a exigir remedios por parte de los individuos pueden recaer en la sociedad civil como conjunto de colectivos de individuos organizados para la protección de sus derechos. Esa visión requiere contradecir la lógica del sistema de derecho estatal, demasiado simple y hoy bastante anticuada, propia de la era previa a la globalización.

En tercer lugar, la cuestión de quién participa está relacionada con los límites formales y funcionales introducidos en el sistema del GT, que dificultan la participación de muchos de los sujetos que son parte de la sociedad civil. En efecto, la economía de la gobernanza global, como la de relación entre Estados, está basada en el poder económico y el territorio. Los costos de asistir a las sesiones, el desapego producto de la marginación y las normas excluyentes de participación contribuyen a esta situación. De la misma forma que los Estados más poderosos y desarrollados tienden a dominar el discurso público internacional, los “participantes habituales” de la sociedad civil hacen lo propio con el discurso en aque-

6 Véase Rodríguez Garavito en este volumen.

llos contextos en que se busca su “perspectiva”. Ese patrón alienta la vinculación de los participantes más importantes entre sí y reduce sus lazos, vengan de donde vengan, con los Estados débiles o las ONG más pequeñas.⁷ En consecuencia, es probable que Amnistía Internacional tenga más en común con los burócratas del Estado administrativo británico que con las ONG británicas más pequeñas en cuanto a intereses, perspectivas, formas de funcionamiento, intercambio de comunicación y otros elementos parecidos (Catá Backer, 2006: 6). En esas circunstancias, los esfuerzos de reforma pueden resultar tan alienantes como las normas que intentan reemplazar (Conectas y otros, 2013). Tal vez sea más difícil establecer un régimen para determinar la participación de la sociedad civil. Si se le concede mayor prominencia institucional, ¿quiénes van a considerarse parte de la “sociedad civil”?⁸ Es evidente que su autonomía puede verse corroída por la creación de organizaciones que sean simples instrumentos de los Estados y las empresas. Eso debería preocuparnos. Lo que podría requerirse son normas más firmes o un cuestionamiento más agresivo de las premisas que subyacen a las estructuras de funcionamiento del GT.

El giro reaccionario: la ajada promesa de un tratado como régimen alternativo de gobernanza

Sin embargo, este constructo ofrecido como respuesta a las complejidades de las premisas de la gobernanza naciente podría descomponerse por el atractivo de las formas de los sistemas del *Ancien Régime*, que en apariencia son estables y coherentes, pero que en verdad no pueden proporcionar ni estabilidad ni coherencia. Una alternativa más interesante basada en esos gestos formales, que concierne al proyecto de los PR y el

7 “Peor, si la comunidad internacional usa la sociedad civil del Norte Global como el medio mediante el cual se puede ejecutar esta reducción. El colonialismo resultante se convierte en uno social y cultural –y policéntrico–, en el que las preferencias de la sociedad civil internacional, los donantes globales y las fundaciones por determinado régimen de gobernanza serán fuente de presión, se disimularán como creación de capacidad y reducirán de forma sustancial e innecesaria las opciones de los Estados del Sur Global para cumplir con los deberes del primer pilar” (Catá Backer, 2014b).

8 Analizado en Catá Backer (2016: 61-94).

GT, es la sustitución del policentrismo de los PR por un tratado general sobre empresas y derechos humanos. Los argumentos en contra de ese enfoque se comprenden sin dificultad. En primer lugar, la elaboración de un tratado tiene altos costos de transacción. En segundo lugar, esos esfuerzos exigen un apoyo sustantivo de los Estados. En tercer lugar, la confección de tratados es especialmente gravosa para las organizaciones y los Estados pequeños que quieren participar, pero cuyas voces es probable que tengan menos fuerza (a pesar de cargar con el peso de las obligaciones creadas y sin perjuicio de las excepciones). En cuarto lugar, un tratado podría aumentar el ámbito de los deberes estatales y el poder de las empresas de formas no deseables, es decir, de manera perjudicial para la sociedad civil y acaso para los individuos que son el objeto de toda esta actividad.

Todas estas desventajas refuerzan la alternativa de la complementariedad. Habría que idear un tratado de ámbito limitado, más que rechazar el surgimiento de otro como parte del arsenal de instrumentos de gestión del campo de las empresas y los derechos humanos. Sin embargo, los argumentos favorables a la elaboración complementaria de un tratado, concentrado en este caso en las graves violaciones de los derechos humanos por las empresas, son más preocupantes para el empeño de la policentralidad. La sensación es que estamos ante una perspectiva sobre el institucionalismo de los derechos humanos propia de un maestro relojero de la Ilustración que, de forma deliberada o no, parece utilizarse al servicio de una metamaquinaria instrumental cuyas partes funcionan en armonía hacia un fin único.

Hay cuatro argumentos principales ofrecidos en apoyo de la complementariedad de un tratado; tres de ellos son elegantes y suelen expresarse también con distinción, pero el último es más sutil y preocupante. En primer lugar, un tratado permitiría conformar un enfoque integrado con respecto a la gobernanza mediante “tres estamentos”, contemplada por los PR, según la cual Estados, empresas y sociedad civil serían los nuevos órganos de los “Estados Generales” de los derechos humanos. En segundo lugar, podría contribuir a mejorar la congruencia entre el contenido de ese campo y el sistema del derecho internacional público. Y hasta podría subsumirse en él. En tercer lugar, sería un ejemplo del pragmatismo de principios, es decir, del espíritu mismo que anima el proyecto de los PR, y a su vez podría generar una regulación policéntrica y basada en la práctica con respecto a los PR. La cuarta razón sería que la utilidad de un tratado provendría de su poder de establecer obligaciones extraterritoriales para los Estados, que llenarían un vacío regulatorio estructural, al

permitir imponer los intereses particulares de los Estados a empresas que operen en el territorio de otros Estados y no quieran o puedan ajustarse a los deseos del Estado interviniente. La extraterritorialidad siempre me ha preocupado y debería ser una causa de inquietud para el Sur Global (Catá Backer, 2013a). Es obvio que la respuesta al asunto sobre el neo-colonialismo y el imperialismo de los Estados desarrollados, inherente a los regímenes de extraterritorialidad, es formulada con frecuencia en los términos de los “enfoques del Tercer Mundo al Derecho Internacional” (TWAIL, por su sigla en inglés) (Seck, 2011: 164-102). Pero incluso si se defiende que la idea de extraterritorialidad es más un proceso que una fuerza políticamente dirigida, es decir, que los Estados intervinientes estarían aplicando en el extranjero el derecho internacional, más que su propio derecho, seguiría siendo preocupante. Los Estados sólo pueden aplicar el derecho internacional mediante su propia interpretación subjetiva de él: el problema de la interpretación. Además, el derecho internacional implementado a través de las acciones unilaterales de los Estados está limitado a las partes del derecho internacional incorporadas al derecho nacional y asimiladas por él, y queda sujeto en consecuencia a esas condiciones: el problema del derecho internacional incompleto. La extraterritorialidad crea también un vacío regulatorio entre los Estados empoderados y los Estados pasivos sobre los cuales se proyecta ese poder (Catá Backer, 2006: 6).

Debería reconsiderarse el valor de la extraterritorialidad en el conjunto de herramientas regulatorias del campo de las empresas y los derechos humanos. Por ejemplo, podría ser más efectivo establecer un órgano internacional con la autoridad para atender casos en los que estuvieran involucrados Estados en los que la gobernanza fuera débil o ausente, pero incluso eso es complicado. La aplicación de esa jurisdicción a unos Estados por parte de otros más poderosos, que podrían desear intervenir en los primeros, mostraría una de las formas en las que los sistemas de extraterritorialidad serían socavados rápidamente al ponerse al servicio de los intereses de los Estados con el poder de usarlos. Tal vez sería más útil el desarrollo de algún órgano en la esfera internacional que investigara los hechos y que aplicara los PR a denuncias específicas, y cuyas conclusiones, si bien no serían vinculantes para los Estados, podrían utilizarse como “hechos” aplicables en demandas judiciales nacionales. En última instancia, la extraterritorialidad muestra la preferencia de los participantes globales por un “derecho vinculante” que devuelva el ámbito de las empresas y los derechos humanos a sus orígenes. Es cierto que, en los sistemas de derecho estatal, las instrucciones que no son órdenes no tienen

fuerza formal y están subordinadas a órdenes jurídicamente aprobadas. Pero fuera del sistema estatal, decisiones que pueden no ser vinculantes para los Estados sí pueden serlo para las empresas y otras comunidades de la gobernanza que las adopten. Esta voluntad con respecto al nivel de obligatoriedad no las hace menos vinculantes; lo único que hace es desplazar la fuente del poder vinculante (Catá Backer, 2008: 499-523).

Conclusión

Las contradicciones y los conflictos en torno al desarrollo de los PR muestran el poder y las tentaciones de las grandes fuerzas institucionales normativas que afectan los proyectos de gobernanza de la sociedad transnacional a comienzos del siglo XXI. Exponen tanto el vigor de la tendencia al orden y a la racionalidad, aun en los regímenes policéntricos incipientes más allá del Estado, como la transformación necesaria del individuo en este universo policéntrico, que pasa de ser singular a una abstracción incorpórea personificada en el cuerpo de la sociedad civil. Pero la búsqueda de un orden unificado desvía el proyecto de crear un sistema coherente de empresas y derechos humanos compatible con las normas de la gobernanza global. Es desde ese punto de vista que pueden comprenderse las profundas formas en las que el GT puede estar perdiendo oportunidades, dos de las cuales merecerían un serio desarrollo. La primera es convertirse en una instancia de interpretación de los PR, más allá de si las interpretaciones son consideradas vinculantes o no por las estructuras instrumentales de las empresas o el Estado. La segunda se refiere a la creación de un marco institucional que proporcione medios para atender quejas específicas asentadas por individuos representados por la sociedad civil y que decida sobre la aplicación de los PR en un contexto particular. Ambas oportunidades requerirían fortalecer el pilar remedial mediante una profundización de su interpretación como una fuente autónoma, con el fin de conseguir una mayor inclusión del poder de los individuos en los procesos y en la gobernanza. Así, esos individuos estarían ahora representados por la sociedad civil, que no depende del Estado ni de las empresas, más como sujetos de los PR que como objetos de ellos.

6. ¿Un tratado sobre empresas y derechos humanos?

Un debate recurrente en un nuevo panorama de gobernanza

Claret Vargas

Parece imposible analizar el futuro del campo de las empresas y los derechos humanos (EDH) en general, y el de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (PR), en particular, sin considerar también las negociaciones actuales en la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sobre un tratado que regule las obligaciones de derechos humanos de las empresas transnacionales. El proceso de elaboración del tratado, que surge de la decisión del Consejo de Derechos Humanos de la ONU de dar comienzo “a la elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante para las empresas transnacionales y otras empresas sobre derechos humanos”,¹ ha reavivado el debate entre los enfoques de “derecho duro” y “derecho blando” que, como Rodríguez Garavito explica en el capítulo 1, marcó el terreno contemporáneo de las EDH desde sus inicios en los años setenta.²

Los orígenes de los PR y el proceso del tratado están ligados entre sí y el movimiento hacia el tratado es, en gran parte, un espacio para la expresión directa del descontento con algunos aspectos de los PR, en especial por parte de organizaciones de base, ONG y varios Estados del Sur Global preocupados por cuestiones de implementación.³ Ahora que

1 Véase el documento A/HRC/26/L.22/ Rev.1, 25 de junio de 2014, disponible en <www.un.org/Docs/asp/ws.asp?m=A/HRC/26/L.22/Rev.1>.

2 En el capítulo 1 de este libro, Rodríguez Garavito hace un repaso histórico detallado sobre los esfuerzos más recientes por desarrollar un tratado sobre EDH. Es innecesario repetir aquí esa historia.

3 Véanse, por ejemplo, Foro de Asia y el Pacífico sobre la mujer, el derecho y el desarrollo (APWLD, por su nombre en inglés), “Shaping the Treaty on Business and Human Rights: Views from Asia and the Pacific”, [“Forjando el tratado sobre empresas y derechos humanos: una aproximación desde Asia”] disponible en <perma.cc/9Z6P-J3NZ>; y Alianza para el Tratado, “Mejorar el marco legal internacional para proteger los derechos humanos de los abusos corporativos”, disponible en <perma.cc/T3KA-42QE>.

el grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta (GTI) para la elaboración de un tratado sobre empresas y derechos humanos, creado por el Consejo, ha comenzado su labor, hay cierta preocupación porque los Estados y las empresas estén dificultando la implementación de los PR, al parecer con el argumento de que hay que ver qué pasa con la elaboración del tratado.⁴ El discurso dominante sobre el proceso del tratado y su interacción con los PR, sin embargo, ha sido de fortalecimiento recíproco y complementariedad.⁵ Puesto que es probable que ambos procesos avancen con seriedad, es importante considerar qué es lo que los tratados pueden aportar y cuáles son las pruebas que apoyan los supuestos sobre el poder de los tratados, aparte de la discusión ya existente en torno a los argumentos políticos, jurídicos, teóricos y pragmáticos a favor o en contra.⁶

Si bien el debate sobre el contenido de los PR ante un supuesto tratado ha prestado una mayor atención a la dimensión estática de esos instrumentos, parto del argumento de Rodríguez Garavito en el capítulo y adopto un enfoque dinámico, que pretende comprender los fines sustantivos del proceso del tratado y evaluar qué posibilidad existe de que un eventual tratado logre cumplir esos objetivos. Guiada por un interés en la implementación y los efectos reales de los instrumentos regulatorios, examino la forma en que esas metas pueden conseguirse mediante un tratado y, asimismo, cómo lograrlas a través de la implementación de los PR. También examino qué hace falta hacer para garantizar que ambos procesos consoliden las normas de derechos humanos, aclaren las obligaciones del Estado, empoderen a las comunidades afectadas y activen mecanismos que frenen la impunidad de las empre-

4 Por ejemplo, la intervención de M. Mdwaba, en la que señala que hay Estados y empresas “apegados a los tecnicismos” para posponer la implementación de los PR. Foro de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, 16-18 de noviembre de 2015, panel de clausura del 18 de noviembre, 2015; notas de campo de la autora.

5 Véanse, por ejemplo, Methven O'Brien y otros (2016: 118), Comisión Internacional de Juristas (International Commission of Jurists) (2014): “Este informe asume por consiguiente que cualquier instrumento futuro en el campo coexistirá y se reforzará mutuamente con los Principios Rectores”.

6 Véanse Deva, Melish, Rodríguez Garavito y Ruggie en este libro. Véanse también De Schutter (2006, 2015) (donde propone cuatro opciones para el diseño de un tratado que podrían producir un cumplimiento más efectivo de las normas de derechos humanos); Deva y Bilchitz (2013), Bilchitz (2016), Ruggie (2014d), Bernaz (2014).

sas. Debido a las limitaciones de espacio, este capítulo no ambiciona proponer ni analizar en detalle el contenido específico que debería tener el tratado.⁷

Comienzo detallando las principales preocupaciones que motivan el apoyo a un tratado vinculante por algunos de sus principales impulsores. Luego analizo el debate sobre el tratado en tres pasos: primero, examino si hay pruebas de que un instrumento vinculante ayude a solucionar las principales preocupaciones, como el problema de la implementación real y la reducción efectiva de la impunidad. Examinó la literatura académica sobre los tratados de derechos humanos existentes y comparables, y sugiero que la naturaleza vinculante de un tratado de derechos humanos no aumenta necesariamente la probabilidad de que se implemente. En lugar de eso, subrayo aquellos factores que suelen verse como los más proclives a generar impactos positivos en términos de implementación y evalúo si estos se dan en el proceso de implementación de los PR y cómo.

En segundo lugar, argumento que, a efectos de su puesta en práctica, es más útil considerar los tratados vinculantes y los no vinculantes como parte de un continuo que refleje la mayor o menor probabilidad de ser implementados, en vez de como parte de una división binaria en instrumentos de derecho duro y blando.

En tercer lugar, con el espíritu de mejorar la implementación, presento estudios de caso y a partir de mi análisis teórico hago recomendaciones para una implementación más efectiva de las normas sobre EDH, y sugiero que esas recomendaciones son tan relevantes para el proceso del tratado como para el de implementación de los PR.

Las principales preocupaciones y objetivos de quienes proponen un tratado

La naturaleza voluntaria de los PR ha sido un imán para muchas organizaciones de la sociedad civil y ONG que coinciden primero en torno al

⁷ Las contribuciones sobre las opciones relativas a un tratado futuro incluyen los trabajos de Ramasastry y Cassel (2015), De Schutter (2015), International Commission of Jurists (2014).

intento de fortalecer los PR,⁸ y luego en exigir e impulsar la aprobación de un tratado. Las raíces del actual proceso de elaboración de un tratado están estrechamente interconectadas con el descontento por la falta de implementación de las normas existentes y expresa el temor de que los PR acaben permitiendo una mayor impunidad o al menos no hagan gran cosa por cambiar el estado actual de implementación de las normas de los derechos humanos. La experiencia sobre responsabilidad social empresarial (RSE)⁹ seguramente alimentó la profunda sospecha de las comunidades afectadas y las ONG con respecto al interés de las empresas de implementar de manera efectiva las normas de derechos humanos en el transcurso de sus actividades, y proporcionó una vista previa tangible de las formas en que las grandes compañías pueden maniobrar para aparentar respetar los derechos humanos al mismo tiempo que los violan o son cómplices o instigadores de las violaciones en la práctica.

Las intervenciones de las comunidades en la esfera internacional resaltan de manera regular la impunidad, la falta de acceso a la justicia y la distancia entre las obligaciones estatales contempladas en las normas internacionales y lo que pasa en la realidad con la implementación. Por ejemplo, la Declaración Conjunta de 2013 la Alianza para el Tratado, que exigía un tratado vinculante, hace referencia a la falta de acceso a la justicia, a medidas de reparación y a indemnizaciones como la principal preocupación que inspira su llamado a un tratado.¹⁰ Otras declaraciones de organizaciones y comunidades reflejan inquietudes parecidas y subrayan la necesidad de diseñar soluciones para la falta crónica de acceso

8 Véase, por ejemplo, FIDH y otros (2011), donde se critica el fracaso de los PR en incorporar interpretaciones consolidadas del derecho de los derechos humanos y advierte sobre el uso de un lenguaje menos vinculante para referirse a las obligaciones estatales de regular a las empresas.

9 Véase, por ejemplo, Fiaschi y otros (2011: 10). El estudio concluye que la adopción de principios de RSE reduce las violaciones directas de los derechos humanos, pero aumenta las indirectas, lo que indicaría que “la experiencia de la RSE podría llevar a un nivel de complejidad mayor a la hora de ocultar las violaciones de derechos humanos”. Véase también Ramasastry (2015), que compara la RSE y el campo de las EDH y sus diferentes narrativas e intentos.

10 Alianza para el Tratado (2013), “Declaración Conjunta: Llamado a un instrumento internacional sobre derechos humanos, empresas transnacionales y otras empresas comerciales”, disponible en <perma.cc/4KGJ-Q57M>.

a la justicia y a medidas de reparación.¹¹ La impunidad de las empresas fue también un punto central del Foro de los Pueblos ESCR-Net sobre Derechos Humanos y Empresas de 2015, celebrado en Nairobi, Kenia, en el que los participantes compartieron sus relatos, basados en su experiencia directa con la impunidad empresarial, y expresaron particular preocupación por la captura de las instituciones estatales por parte de las empresas, lo que se suma a los obstáculos para crear regímenes garantistas de derechos.

Las preocupaciones recurrentes que los activistas, las comunidades y las ONG expresan cuando dan su apoyo a un tratado vinculante pueden resumirse así: implementación efectiva de las protecciones de derechos humanos en el contexto de las empresas, acceso a la justicia y fin de la impunidad de las compañías. Hay preocupación también respecto de la renuencia de los Estados a la hora de regular a las empresas nacional y extraterritorialmente, y de proporcionar a las víctimas un acceso apropiado a la justicia y a medidas de reparación.

Los tratados vinculantes de derechos humanos y la deficiencia de implementación: límites y posibilidades de un mejor cumplimiento

Quienes proponen el tratado han argumentado que las deficiencias relativas a la implementación no serán superadas por los PR y que sólo pueden eliminarse mediante un instrumento vinculante. Este argumento se apoya en supuestos sobre la forma en que funcionan los instrumentos vinculantes y los no vinculantes. Una versión simplificada de esos supuestos es que los instrumentos vinculantes son “derecho duro” y tienen

11 Véase, por ejemplo, la intervención oral de la FIDH: “Panel VII: Building National and international mechanisms for access to remedy, including international judicial cooperation, with respect to human rights violations by TNCs and other business enterprises”, disponible en <perma.cc/6C9R-FCGN>. Véase también OEWG, Resolución A/HRC/26/9, primera sesión, 6-10 de julio de 2015; y Foro de Asia y el Pacífico sobre la mujer, el derecho y el desarrollo (APWLD, por su nombre en inglés), “Shaping the treaty on business and human rights: views from Asia and the Pacific”, [“Forjando el tratado sobre empresas y derechos humanos: una aproximación desde Asia”] disponible en <perma.cc/9Z6P-J3NZ>; véase supra nota 3.

consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento, mientras que los no vinculantes son “derecho blando” y no las tienen; por consiguiente, hay menos maneras de incentivar u obligar al cumplimiento de estos últimos. Para comprobar esos supuestos, aquí pregunto si un tratado vinculante de derechos humanos puede hacer que el trabajo de zanjar la brecha de implementación sea más fácil y/o más probable y, de ser así, cuál es el papel específico que la naturaleza *vinculante* de un tratado juega en ese proceso.

En primer lugar, analizo si la ratificación de los tratados de derechos humanos mejora las condiciones de estos derechos y, de hacerlo, mediante qué mecanismos. Algunos estudios sobre los efectos de los tratados de derechos humanos no han encontrado ninguna correlación entre la ratificación de un tratado por un Estado y el avance de los derechos humanos en el país. Hafner-Burton y Tsusui (2005), por ejemplo, no observan cambios o, en todo caso, notan un ligero aumento de las violaciones de las normas de derechos humanos después de que un Estado haya ratificado un tratado al respecto. La mayoría de las investigaciones cuantitativas con muestras grandes sobre este tema llegan a conclusiones parecidas, pero hay algún desacuerdo. Por ejemplo, Christopher Fariss (2014) identifica la mayor rigurosidad que adquieren los informes de derechos humanos con el pasar del tiempo, a medida que los derechos humanos son cada vez más respetados, y corrige el análisis en función de estos cambios. Tras reconocer esos cambios y efectuar las revisiones pertinentes, encuentra una correlación positiva entre ratificación y una mejor situación de los derechos humanos.¹² El debate está abierto todavía.

Aunque la línea académica que representan Hafner-Burton y Tsutsui (2005)¹³ y la de investigación nueva que ejemplifica el trabajo de Fariss llegan a conclusiones contrarias, comparten la idea de la importancia complementaria que tiene el activismo de la sociedad civil y las demandas de implementación de normas de derechos humanos.¹⁴ Por un

¹² Fariss (2014: 312).

¹³ Véanse también Hathaway (2002) y Neumayer (2005): es más probable que la ratificación de un tratado mejore las condiciones de derechos humanos si los Estados cuentan con una sociedad civil fuerte que tiene vínculos con ONG internacionales o instituciones democráticas fuertes. Pero véase Goodman y Jinks (2003), quienes critican la metodología de Hathaway.

¹⁴ Fariss (2014: 21-22) observa que los defensores de derechos humanos consiguen un mayor acceso a los datos y amplían el ámbito de las cuestiones

lado, los estudios que identifican una correlación negativa –o la falta de correlación– entre la ratificación de los tratados y la mejora de la situación de derechos humanos observan también un efecto “paradójico” de los tratados sobre la legitimidad de las normas. Es decir, aun cuando los Estados ratifican los tratados de derechos humanos sin la intención o la capacidad de implementarlos, legitiman las normas internacionales consagradas en esos instrumentos. Por lo tanto, empoderan a la sociedad civil para que exija su implementación. Por otro lado, los análisis que identifican una correlación positiva (por ejemplo, Fariss) apoyan también la idea de que las normas de derechos humanos consiguen una mayor legitimidad mediante el proceso de ratificación. A su vez, esa mayor legitimidad empodera a la sociedad civil para reclamar su implementación.

Por lo tanto, aunque los estudios recientes sobre la efectividad de los tratados de derechos humanos llegan a conclusiones opuestas, ambas corrientes apoyan la proposición de que las normas de derechos humanos están cada vez más legitimadas en parte debido a esos tratados internacionales. A medida que arraiga esa mayor legitimación, la sociedad civil tiene más herramientas y oportunidades de presionar a los Estados para obligar al cumplimiento. Las dos líneas de investigación llevan al entendimiento de que los resultados positivos no son tan probables en Estados en los que la sociedad civil no tiene condiciones para mantener el activismo, incluidos mecanismos para hacer responsables a los gobiernos en la esfera nacional y conexiones con redes internacionales que potencien y expandan su impacto.

Otros análisis sobre la legitimación de normas y el proceso que siguen los Estados para interiorizar y cumplir las normas internacionales de derechos humanos se ocupan de la actividad de actores no estatales (incluidos activistas y organizaciones de derechos humanos de alcance mundial) y han descrito en detalle el proceso mediante el cual las normas internacionales adquieren suficiente legitimidad como para comprometer la reputación nacional e internacional de los Estados incumplidores.¹⁵ Estos estudios investigan también la conexión de mutuo refuerzo

sobre las que informan en contextos en los que hay una mayor aceptación de las normas de derechos humanos consagradas en tratados, como sucede con la Convención contra la Tortura.

15 Véanse Finnemore y Sikkink (1998: 903), Goodman y Jinks (2013), Gränzer (1999: 109-133). Véase también Hafner-Burton y otros (2008: 124-125).

que el activismo local tiene con las normas de derechos humanos según estas van adquiriendo más y más legitimidad, y cómo la participación reiterada de los Estados en los procesos jurídicos transnacionales ayuda a la interiorización de esas leyes.

El ingrediente fundamental que añade un tratado al esfuerzo de implementación es, pues, la mayor legitimización de las normas internacionales plasmadas en ese tratado y los más elevados costos que esa legitimidad implica para los Estados incumplidores. Ese proceso de legitimación tiene un impacto discernible en el poder de la sociedad civil a la hora de hacer a los Estados responsables por la no implementación de las protecciones de derechos humanos.

Sin embargo, la investigación nada dice sobre la ventaja comparativa que tendría un tratado vinculante sobre otros instrumentos internacionales, como los PR. Aunque parece razonable sospechar que un tratado potenciaría los efectos que los PR pudieran tener con respecto a la legitimación de las normas relevantes, deberíamos indagar sobre los procesos mediante los cuales los tratados legitiman las normas internacionales y preguntarnos si existen mecanismos parecidos para instrumentos no vinculantes como los PR.

La legitimación de las normas internacionales:

una tarea para los instrumentos vinculantes y no vinculantes

En esta sección, estudio el proceso de legitimación de las normas de derechos humanos y argumento que esta no es sólo o particularmente posible a través de instrumentos vinculantes, y afirmo que algunas de las condiciones que facilitan la legitimación de las normas relevantes están ya presentes en los PR y pueden fortalecerse más.

En el análisis del debate sobre la jerarquía de las normas del derecho internacional, Dinah Shelton explica que la naturaleza del acuerdo tiene un significado, pero advierte que no debería despreciarse sin más el “derecho blando” o los acuerdos no vinculantes:

Un examen de la práctica demuestra que la forma de adopción [de los acuerdos] sí tiene importancia y que los Estados eligen conscientemente la forma de los textos para distinguir los que son legalmente vinculantes de los que no lo son. No obstante, las declaraciones normativas contenidas en textos no vinculantes pueden generar efectos políticos que en ocasiones son iguales a los de los instrumentos vinculantes y pueden dar lugar

al derecho internacional consuetudinario mediante la práctica estatal (Shelton, 2006: 292-293).¹⁶

Por consiguiente, aunque los acuerdos vinculantes son los medios más obvios para la legitimación normativa, el proceso mediante el cual estos instrumentos y los no vinculantes tienen influencia política o generan normas de derecho internacional consuetudinario puede ser el mismo. Los indicadores usuales de que una norma es derecho internacional consuetudinario no dependen de si la norma surgió de un instrumento vinculante o de uno no vinculante (Higgins, 1994: 17-39). Además, como ya indiqué, en última instancia lo que promueve la implementación efectiva no es si la norma es vinculante o no (ya sea conforme al derecho consuetudinario o resultado de la ratificación de un tratado), sino si está legitimada lo suficiente como para permitir a los defensores activistas de la sociedad civil exigir a sus Estados que rindan cuentas por no haber cumplido con ellas.

Hay, claro, un importante efecto de señalización¹⁷ que se da con la ratificación de un tratado. Simmons (2009: 4, 7) caracteriza ese efecto como “hacer una promesa explícita, pública, casi legal, por parte de las autoridades estatales para actuar dentro de límites específicos en sus relaciones con personas individuales”. La ratificación de los tratados de derechos humanos también incluye a menudo un “compromiso previo” de atender las quejas relativas al incumplimiento en los términos del tratado y crea la capacidad de “dirigir el foco hacia los comportamientos aceptados y prohibidos” (Simmons, 2009: 14). Estos compromisos y promesas “ayudan a definir la distancia entre las expectativas y la realidad cuando el comportamiento de los Estados no se ajusta en el nivel a las normas [del tratado]” (Simmons, 2009). Los efectos de la ratificación de un tratado que Simmons destaca otorgan a los interesados en exigir su cumplimiento una capacidad reforzada para hacerlo, en la esfera nacional e incluso internacional.

En el contexto de las EDH, deberíamos considerar si el propósito declarado de los PR de crear “un punto focal acreditado en el que puedan converger las expectativas y el comportamiento de los sujetos relevantes”

16 Véase también Ratner (2000: 668): “El derecho blando y la relevancia (o irrelevancia) de diferente grado de normatividad merece un lugar en las teorías sobre el cumplimiento”.

17 Utilizamos aquí el término “señalización” de la teoría de juegos.

(Ruggie, 2013: 78) podría dar lugar a efectos parecidos de señalización, por un lado, y a exponer las brechas entre los compromisos y la implementación, por otro. Esto, sumado al empoderamiento de los activistas nacionales para exigir a sus Estados que rindan cuentas por no haber cumplido con las expectativas.

Sin duda, los Estados envían señales de voluntad de incumplimiento cuando prefieren un acuerdo no vinculante a uno vinculante. Por ejemplo, con respecto a la Declaración Universal de Derechos Humanos, Simmons (2009: 56) observa que la fuerte presión para que ese documento fuera no vinculante sugirió una insuficiencia de compromiso por hacer acatar sus términos, lo que quedó subrayado por “la debilidad de la declaración y su falta de mecanismos de cumplimiento e institucionalización”. En otras palabras, contenía todas las marcas de un gesto simbólico hacia los derechos humanos junto con un fuerte conjunto práctico de omisiones respecto de su cumplimiento forzoso. Sin embargo, los acuerdos vinculantes también pueden ser débiles y acabar descartados con facilidad. De hecho, como señala Shelton, el “derecho blando” también se encuentra en las cláusulas de los tratados vinculantes.¹⁸ La clave, entonces, puede no estar en la naturaleza vinculante o no vinculante del acuerdo, sino más bien en su capacidad para provocar los efectos positivos que los académicos identifican con los tratados de derechos humanos (Nolan, 2013: 159-160).

Repensar la división entre vinculante y no vinculante

La línea entre instrumentos vinculantes y no vinculantes es difusa y no se ajusta con facilidad a la división entre derecho duro y blando. Un ejemplo reciente de acuerdo no vinculante que tiene efectos parecidos a los de los tratados vinculantes son los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos (PRDI).¹⁹ Los PRDI buscan “consolidar y

18 Shelton (2006: 319) cita, como un ejemplo, el art. 2(1) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16 de diciembre de 1966, 993 UNTS 3.

19 Véase “Principios Rectores de los desplazamientos internos: Informe del Representante del Secretario General, Sr. Francis M. Deng, presentado con arreglo a la resolución 1997/39 de la Comisión de Derechos Humanos”.

reformular los derechos humanos internacionales existentes y el derecho humanitario relevante para el desplazamiento interno” (Newland y otros, 2003: 30). Aprobados de manera unánime para su divulgación por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2001, desde ese momento fueron adoptados de manera explícita por “Estados con algunas de las poblaciones más grandes de personas internamente desplazadas”, entre los cuales están Uganda, Sri Lanka y Colombia, y también se los ha citado en declaraciones de Naciones Unidas y los Estados Unidos que condenan el desplazamiento forzado de personas en Sudán (Entwisle, 2005: 374-375). Entwisle estudia la difusión y adopción de normas relativas a las personas internamente desplazadas tras la adopción de los PRDI a través de la óptica del “ciclo de vida de la norma” (Finnemore y Sikkink, 1998), y argumenta que el “punto crítico” para la formación de las normas sobre desplazados fue una serie de eventos no vinculantes, pero de una fuerte capacidad de reafirmación de normas:²⁰ la creación y adopción unánime de los PRDI, junto con el establecimiento de una División Interagencias para el Desplazamiento Interno (IDD), dependiente del Secretario General Adjunto de Asuntos Humanitarios y Coordinador del Socorro de Emergencia de Naciones Unidas, además de declaraciones y acciones de apoyo para el cumplimiento de los PRDI por parte de Estados y actores no estatales. Estos acontecimientos “simbolizaron el reconocimiento de la comunidad internacional de la necesidad de normas sobre el desplazamiento interno” (Entwisle, 2005: 379).

En parte, lo que hizo que los PRDI pudieran provocar una cascada normativa con respecto a los desplazados internos fue la reafirmación de que su contenido provenía de normas jurídicas internacionales ya existentes y de obligaciones estatales ya asumidas conforme a tratados vinculantes. Por lo tanto, aunque esas normas y obligaciones no surgieran de tratados vinculantes, jugaron un papel importante de señalización:

[La] cercana relación entre los PRDI y el derecho internacional existente les permite tener una función señalizadora: cuando una parte no respeta los Principios Rectores no vinculantes,

E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 de febrero de 1998, disponible en <perma.cc/8AW6-K985>.

20 Para una definición de “acontecimiento de reafirmación de una norma”, véase Lutz y Sikkink (2000: 655).

esa parte viola también el derecho internacional obligatorio (Gross, 2008: 385-386).

La experiencia con los PRDI debería iluminarnos con respecto al espacio de las EDH. Como pasa con los PRDI, los PR (sobre empresas y derechos humanos) fueron presentados como una recopilación y un espacio autorizado donde se recogen y enfocan las obligaciones ya existentes en el derecho internacional, es decir, un “punto de convergencia autorizado” (Ruggie, 2013b: 82, 106). Al igual que los PRDI, los PR sobre empresas y derechos humanos también han recibido apoyo institucional mediante la creación del Grupo de Trabajo (GT) encargado de su divulgación y desarrollo. Además, los Estados los adoptaron de forma explícita mediante Planes de Acción Nacionales (PAN) (a pesar de los silencios y las deficiencias, bien documentados, de esos procesos) y se los ha citado como fuente de autoridad en tribunales regionales de derechos,²¹ entre otros órganos supranacionales.

Aunque los PR podrían verse como los precursores efectivos de un tratado vinculante (Shelton, 2006: 321), son también un instrumento internacional que, por derecho propio, puede activar los factores que producen una mejor implementación. Entre estos se encuentran: la legitimación de las normas sobre EDH, conseguida al ubicar a los PR como el “punto de convergencia autorizado” de las obligaciones que ya existen en el derecho internacional, incluidos los tratados vinculantes de derechos humanos; las expresiones del compromiso de los gobiernos con los PR; una definición centralizada de los deberes de los Estados y, por consiguiente, una mayor visibilidad de la brecha de implementación; el uso de los PR por los órganos internacionales de derechos humanos para definir los contornos de las deficiencias estatales a la hora de cumplir con los tratados vinculantes existentes.

Los factores de “reafirmación de normas” adicionales incluyen la creación del GT y el apoyo institucional para la implementación de los PR en Naciones Unidas, así como la producción de documentos guía dirigidos a los Estados para que elaboren documentos que reafirmen las normas, tales como PAN. Todos esos elementos pueden contribuir a empoderar

21 “Pueblos Kaliña y Lokono c. Surinam”. Fondo, reparaciones y costas. Inter-Am C.H.R. Ser. C n° 309, sentencia del 25 de noviembre de 2015, párr. 223-226.

a la sociedad civil para que exija un mayor cumplimiento de las normas de derechos humanos.

Otra herramienta clave para el cumplimiento de los tratados de derechos humanos es el proceso del Examen Periódico Universal (EPU). Se ha criticado este proceso por varias debilidades, como la retención de información por parte de algunos Estados o su escasa participación en el proceso, la falta de conocimiento experto en el comité, la ausencia de recomendaciones detalladas y el incumplimiento de sus recomendaciones.²² Los estudios que se concentran en las condiciones de derechos humanos muestran que, a pesar de lo dicho, hay una mejora del cumplimiento por parte de aquellos Estados que participan en estos procesos (Dai, 2014: 569-589; Creamer y Simmons, 2016).

La elaboración de autoinformes ha servido, según estudios, para activar mecanismos de socialización, acceso a los datos, mejora de la calidad y difusión de los documentos, y movilización nacional, entre otras cosas (Creamer y Simmons, 2016; Dai, 2014; Nguyen, 2015). Los activistas han hecho llamados a la inclusión de mecanismos de implementación efectivos en un futuro tratado sobre EDH,²³ pero los PR también pueden recurrir a los procesos de exámenes periódicos existentes y efectivos. Esos mecanismos han sido usados por otros instrumentos no vinculantes, en especial con respecto a los acuerdos medioambientales (Shelton, 2006: 319). Una forma de que los PR cuenten con esos mecanismos es que la ONU incorpore “los efectos del sector privado [sobre los derechos humanos] en el proceso de revisión periódica universal”.²⁴ Además de

22 Para un repaso de la literatura acerca de las deficiencias y fallas de los mecanismos de revisión periódica, véanse Creamer y Simmons (2016). Las autoras revisan, por ejemplo, los estudios de Alston y Crawford (2000), Bayefsky (2001) –el Sistema es inadecuado y está en crisis–, Hafner-Burton (2013: 102) –falta de conocimiento especializado requerido por los miembros del comité–, McQuigg (2011) –incumplimiento de los Estados de las recomendaciones–, Hampson (2007), Schöpp-Shilling (2007) –práctica extendida de falta de entrega o entrega tardía de información–. Véase también Creamer y Simmons (2015).

23 Véase Alianza para el Tratado, “Mejorar el Marco Legal Internacional para Proteger los Derechos Humanos de los Abusos Corporativos”, disponible en <perma.cc/T3KA-42QE>, donde se solicita un mecanismo de revisión para varias normas clave del tratado, incluido un mecanismo de supervisión independiente.

24 Véase la carta de renuncia presentada a la UNHCR por Margaret Jungk, bajo el título “Mandate of the Working Group on the Issue of Human Rights and

proporcionar más información y oportunidades a las comunidades y los activistas para utilizar los procesos de Examen Periódico en las campañas sobre responsabilidad empresarial, esos desarrollos también podrían permitir a la sociedad civil hacer mucho más visibles las brechas de implementación y acelerar el ciclo de información, creación de capacidad e implementación que describe Dai (2014).

Cuando se privilegia el tema de la brecha de implementación, es mejor no ubicar a los instrumentos de derechos humanos en una de las dos polaridades, vinculante o no vinculante, sino más bien en un continuo, en el que los acuerdos con menores factores para mejorar la implementación de las normas de derechos humanos estarían en un extremo, y los que tienen un mayor número de factores para eso estarían en el otro.

Reestructuración: la efectividad de los compromisos de derechos humanos en un mundo con desequilibrio de poder

En la larga historia de débil voluntad política e intereses empresariales recalcitrantes a costa de los derechos humanos, la aparición de los PR y el proceso del tratado tal vez no sean más que una ola más. Pero si quieren producir cambios de verdad, ambos procesos deben hacer una inversión más seria en el diseño de los mecanismos de cumplimiento. Además, más que simple cumplimiento, es importante considerar la efectividad, definida por David Victor y Kal Raustiala (1998: 661) como “el grado en el que, de hecho, el compromiso ha promovido cambios en el comportamiento de forma tal, que se avance en los principios que inspiraron ese compromiso originalmente”.

Esta atención a la efectividad nos lleva de nuevo a las principales preocupaciones de las comunidades y los activistas, y también a sus críticas de los PR y de la reunión más reciente del GTI con respecto a la elaboración del tratado. Han manifestado su inquietud por su falta de participación en el desarrollo de mecanismos y normas, y han expresado, con razones claras, su pronóstico de que ese proceso defectuoso

Transnational Corporations and Other Business Enterprises”, disponible en <perma.cc/FRB2-YCW3>.

producirá acuerdos ineficaces e impunidad continuada por las violaciones de sus derechos.²⁵

Como relata Rodríguez Garavito en el capítulo central, el GT tuvo que ser persuadido de corregir sus puntos ciegos relativos a la representación y la participación de las comunidades afectadas en el Foro sobre Empresas y Derechos Humanos, que se da anualmente. En este sentido, la experiencia de las campañas de implementación exitosas y la muestra limitada de casos ejemplares que el GT llevó al Foro de 2015 apuntan a un simple hecho: las comunidades afectadas y sus defensores son indispensables en el proceso de diseño de mecanismos de supervisión e implementación más efectivos.

En el Foro de EDH de 2015 se presentó un ejemplo de implementación que tuvo resultados positivos, el Fair Food Program (FFP), un programa para proteger los derechos laborales de los trabajadores agrícolas. Merece la pena examinarlo en detalle porque trata la cuestión de los desequilibrios de poder desde la perspectiva del diseño de mecanismos. El FFP es una iniciativa de la Coalición de Trabajadores de Immokalee (Coalition of Immokalee Workers –CIW–) que promueve “la responsabilidad social [de las empresas] impulsada por los trabajadores”. Esa iniciativa contempla remedios efectivos para los trabajadores agrícolas en el 90% de la industria del tomate en Florida. Presento a continuación el programa FFP como lo describió el representante de la CIW:²⁶

1. Un código de conducta redactado por los trabajadores que incluye violaciones no cubiertas por las leyes existentes y no conocidas por expertos que no sean de la industria.
2. Educación sobre el código realizada por y entre los trabajadores, de manera que ellos “puedan ser supervisores informados de primera línea con respecto a sus propios derechos”.

25 Véase “African Civil Society Seeking a Treaty to Stop Corporate Abuse and Provide Real Remedies for Affected People”, disponible en <www.business-humanrights.org>; y también véase “Indigenous Peoples Caucus Statement to the 4th UN Forum on Business and Human Rights”, disponible en <www.iva.aippnet.org>.

26 Intervención de Greg Asbed, “Multi-Stakeholder Action Across ‘Protect, Respect and Remedy’ - Addressing Specific Impacts”, 18 de noviembre de 2015, segunda sesión, Foro de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos (16-18 de noviembre de 2015); notas de campo de la autora.

3. Una línea de quejas disponible las veinticuatro horas, “de forma que los abusos sufridos por los trabajadores puedan ser solucionados rápida y efectivamente”.
4. Auditorías minuciosas de los campos de cultivo participantes que “complementen la educación y el proceso de quejas y revelen los abusos que los trabajadores tal vez no puedan ver por sí mismos”.
5. Consecuencias comerciales para los violadores del código “establecidas mediante acuerdos vinculantes entre la CIW y las marcas comerciales, por los cuales las empresas [...] acuerden comprar sólo de cultivadores que estén al día con sus obligaciones en el Fair Food Program, tal y como se determine por el programa mismo”.

El punto clave de esta iniciativa es que quienes se encargan de impulsar el cumplimiento son los propios trabajadores, “las mismas personas cuyos derechos humanos están en riesgo, de manera que son los partícipes con los intereses más fuertes y constantes en asegurarse de que esos derechos estén protegidos” y lo hacen “respaldados por las consecuencias comerciales”, de forma que los empleadores saben que los efectos del incumplimiento son consecuencias comerciales reales. Ese proceso ha creado también un “ejército” de supervisores (trabajadores educados tanto en sus derechos como en el funcionamiento del FFP) que, a su vez, hace que la implementación sea aún más extensa. Hay pruebas sólidas del éxito de esta iniciativa. Desde 2001, el FFP ha conseguido eliminar las quejas sobre “trabajo forzado, agresiones sexuales y violencia contra los trabajadores de la industria del tomate en Florida”. También ha removido a muchos de los peores actores en la industria y ha recibido y resuelto unas mil doscientas denuncias sobre otros abusos (como robo de salarios y violaciones de seguridad).

Es importante destacar que las marcas que trabajan con el FFP pidieron que la reglamentación se ampliara a otras áreas de la producción agrícola. Una de las empresas que ahora apoya el FFP, Compass Group, señaló que al principio se unieron al programa por temor a que eso perturbara su negocio con las universidades (proporcionan alimentos a muchos de los campus). La amenaza de disrupción se combinaba con un incentivo positivo: la consideración de que la prima que se les pedía pagar era mínima, un centavo por libra de tomates. En la presentación que hizo junto con el representante del FFP en el Foro de EDH, la ejecutiva de Compass señaló que las visitas a los lugares de trabajo les hicieron

ver circunstancias imperiosas y que eso hizo que elevaran sus exigencias a los cultivadores a los que compraban los tomates en el marco del FFP. Puede que esto se deba a que para ellos no tenía costos adicionales hacer que los requisitos fueran más estrictos para las marcas comercializadoras de tomates (pagarían la prima de un centavo de todas formas), y también a que de esta manera podían mejorar su reputación todavía más. Es decir, una vez que los compradores habían internalizado los costos de participar en el FFP, a) se comprometieron a hacer que el programa funcionara bien y b) estuvieron interesados en perfeccionarlo siempre que no les generara costos adicionales. El hecho de que la supervisión y el cumplimiento estuvieran en manos de los trabajadores parece haberle dado al FFP flexibilidad (en una dirección única, la de requisitos extra).

Cuando Compass Group acordó unirse al programa y se comprometió con él, se convirtió un mediador entre la CIW y los cultivadores de tomates. Tras aceptar pagar un centavo más por libra de tomates, la empresa se enfrentó a los cultivadores cuando estos se negaron a pasar ese centavo directamente a los trabajadores, como el FFP contemplaba al inicio. Invitaron a los cultivadores a sentarse a negociar con Compass en su sede junto con los trabajadores del CIW. Era la primera vez que los cultivadores se encontraban con el CIW. Compass explicó que quería que se respetara el diseño del FFP, incluida la transferencia directa a los trabajadores de la prima de un centavo pagada por la empresa. También aclaró que daría todos sus contratos a los cultivadores que estuvieran dispuestos a salirse de la coalición de Cultivadores de Florida, que se negaba a transferir las primas a los trabajadores y a cumplir con la iniciativa del FFP; e incluso expresó su voluntad de boicotear a los Cultivadores de Florida si ninguno respetaba el FFP, advirtiendo que usarían cada plato de comida que servían diariamente (ocho millones) como una oportunidad para explicar a sus clientes por qué no podían ofrecerles tomates. Al final, los cultivadores aceptaron cumplir con el plan del FFP en lo relativo a la prima de un centavo para los trabajadores.

Reclutar una industria para que presione a su cadena de suministro es un modelo conocido, pero no siempre exitoso. Algunos de los fallos de las iniciativas para mejorar las condiciones de derechos humanos a través de compradores que exijan más a sus suministradores simplemente no contemplan las comunidades afectadas y las ONG locales como fuentes cruciales de información. En el caso del Proceso Kimberley, por ejemplo, un participante del Foro sobre Empresas y Derechos Humanos de 2015 expresó su frustración sobre la forma en la que se solicita y obtiene la información. Observó que su trabajo como periodista de investigación

y defensor de derechos humanos en Angola le permitió hablar ante el Parlamento de la Unión Europea sobre el largo historial de violaciones de derechos humanos por parte de la industria diamantífera en ese país, pero que cuando llegó a la comisión encargada de investigar las acusaciones de violaciones de derechos humanos, no se le solicitó información ni a él ni a las personas afectadas, sino al Estado. Lo que es más importante, aun cuando la información sobre las condiciones reales llega por fin a las personas que toman las decisiones en el Proceso Kimberley, las víctimas y sus defensores no son consultados sobre “qué puede hacerse para tener una mayor interacción con los socios [del Proceso]”.²⁷ Este último comentario es especialmente revelador porque muestra un problema que no puede resolverse mediante las investigaciones fácticas. Las comunidades afectadas no deberían ser sólo fuentes de datos sobre cuáles violaciones han ocurrido, sino que deberían ser consultadas sobre los modos en que el sistema puede mejorarse. No lo son.

El caso de la CIW es único porque creó un código redactado por los trabajadores y contempló en él una serie de mecanismos de cumplimiento. En consecuencia, consiguió que Compass Group se comprometiera con un programa de monitoreo y cumplimiento que ya había sido diseñado. Eso pareció abrir las puertas a que Compass se adhiriera a los *propósitos* del FFP. Hay que concentrarse en el diseño de este programa. Al comparar el FFP con iniciativas fallidas, muchas de ellas en el campo de responsabilidad social empresarial (RSE) llevadas a cabo por las propias empresas, el representante del FFP, Gregory Asbed, preguntó: “¿Cuáles son los intereses de los diseñadores de esos dos modelos diferentes [el del FFP y el de la RSE]?” y explicó que:

Cuando la responsabilidad social es guiada por las empresas, los derechos humanos no son el principal interés, sino las relaciones públicas. Los derechos humanos constituyen un problema para las relaciones públicas de las compañías y estas necesitan una forma de resolverlo.²⁸

27 Intervención de Rafael Marques de Morais, conferencista en “Leadership Panel I: Framing the Issues: Progress, Access to Remedy and Other Remaining Challenges”, 17 de noviembre de 2015. Plenaria de Inauguración de Alto Nivel, Foro de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos (16-18 de noviembre de 2015); notas de campo de la autora.

28 Íd.

En consecuencia, explicó, las empresas piensan soluciones dirigidas al problema de relaciones públicas, sin ocuparse necesariamente del conflicto subyacente de derechos humanos. Cuando la solución la diseñan los trabajadores, por otro lado, el “interés principal es resolver las violaciones de derechos humanos en el lugar de trabajo”. Asbed añade que ese interés va de la mano de un “conocimiento de las violaciones que no tiene ningún experto”.

La principal lección del modelo exitoso del FFP es la participación de los afectados en el diseño de los mecanismos de supervisión y cumplimiento, y en el proceso de asegurar su buen funcionamiento. Mientras el modelo específico del FFP tal vez no sea replicable fuera del contexto de los derechos de los trabajadores, el esquema que coloca a las víctimas de las violaciones en el centro de la elaboración del conocimiento y el diseño de los mecanismos de rendición de cuentas y quejas y, de hecho, a cargo de mantenerlos actualizados y disponibles, es una lección con implicaciones que van más allá del campo de los derechos de los trabajadores y la agricultura.

No es casualidad que otros relatos exitosos compartidos durante el Foro sobre Empresas y Derechos Humanos de 2015 tuvieran esas mismas características, aunque en el marco de paneles distintos. Por ejemplo, Aurelio Chino Dahua y Wendy Pineda dieron a conocer los esfuerzos de una comunidad quechua de la Amazonía peruana en reemplazar al Estado al momento de recoger datos sobre los efectos específicos de las empresas petroleras en sus tierras, aguas y salud. La iniciativa de asumir el control de las tareas relativas a la vigilancia técnica medioambiental vino de la comunidad; así fueron capaces de compensar las fallas del Estado a la hora de recabar información acerca de las condiciones reales, y esto les permitió negociar un mejor cumplimiento de las leyes nacionales con las empresas. El elevado nivel de precisión técnica de los datos recogidos en el caso también redujo las barreras de comunicación y confianza con las compañías, aumentó su disposición a participar en un diálogo y permitió que las comunidades formaran parte de la mesa de discusión.²⁹

29 Véase Aurelio Chino Dahua, Fediquep (Federación Quechua del Alto Pastaza, Perú) y Wendy Pineda, Aidesep (Asociación Interétnica para el Desarrollo de la Selva Peruana), “Community-Based Social & Environmental Monitoring; FPIC process”, en el panel “Company Commitments and Community-Led

Lorena Terrazas Arnez, de la Red Pazinde (Bolivia), presentó otro ejemplo de mecanismos efectivos que se han beneficiado de la colaboración de la comunidad en su diseño.³⁰ Describió en detalle cómo se crearon los mecanismos de control socioambientales (incluidos procesos de consulta vinculantes) con la participación de las Capitanías de los pueblos indígenas guaraníes, que también vigilaron su cumplimiento, en una de las regiones más grandes de explotación gasífera y petrolera de Bolivia. Es destacable que la propuesta de crear cuerpos de supervisores guaraníes y de formarlos para que lleven adelante la inspección no sólo de las afectaciones al medioambiente, sino también de los efectos en el patrimonio cultural, provino de las propias comunidades. Además, estas están empoderadas, dialogan directamente con las empresas y comparan las conclusiones técnicas de las compañías con las suyas.

Las lecciones del FFP y otras experiencias de mecanismos de cumplimiento y monitoreo que se diseñan con la participación directa de las comunidades afectadas tendrían que sistematizarse e integrarse a todo nivel. El GT debería hacerlo a medida que interactúa con Estados y pregunta cómo se puede involucrar a las comunidades afectadas en el desarrollo de los PAN y en mecanismos específicos de implementación de aspectos de los PAN, por ejemplo. Quienes proponen el tratado deberían enfocarse en promover la formulación de un marco para facilitar mecanismos de implementación igual de efectivos. Es una lección que habría que incorporar en los requisitos de los Exámenes Periódicos con relación a los impactos de las empresas que propuso Margaret Jungk en su carta de renuncia. Y es, también, un aprendizaje que las ONG, los activistas y comunidades tendríamos que internalizar: ¿cuántas veces, después de todo, hemos demandado que se nos incluya en el proceso de *diseño* de las soluciones?

Initiatives: Making Meaningful Community Engagement a Best Practice", 18 de noviembre de 2015. Foro de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos (16-18 de noviembre de 2015); notas de campo de la autora.

30 Véase Lorena Terrazas Arnez, "Experiencias de monitoreo socioambiental en el consejo de capitanes guaraníes de Chuquisaca", en la sesión paralela "Recognizing Indigenous Peoples' Rights to Land, Territories and Resources, and Challenges in their Access to Mechanisms for Redress", 16 de noviembre de 2016. Foro de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos (16-18 de noviembre de 2015); notas de campo de la autora.

Conclusiones

Los fines y las preocupaciones de las comunidades y las ONG con respecto a las EDH están relacionados con reducir la brecha de implementación y acabar con la impunidad de las empresas, aunque muchas veces se expresan mediante el lenguaje de la división entre instrumentos “vinculantes” y “no vinculantes”. Los PR y su enfoque en el consenso sin duda hicieron que esas inquietudes afloraran con mayor fuerza, puesto que contienen un lenguaje que las comunidades que han sufrido violaciones por empresas y Estados identifican como útil para permitir la evasión de la responsabilidad. El proceso del tratado, de manera análoga, ha sido criticado por limitar su ámbito a las empresas transnacionales.³¹

En este capítulo, me baso en estudios empíricos sobre la efectividad de los tratados y de los mecanismos de implementación para sugerir que los tratados vinculantes de derechos humanos sólo obtuvieron mejoras en las condiciones de derechos humanos cuando fueron parte de un proceso que permitió la movilización de la sociedad civil y otras formas de presión que obligaron al Estado a cumplir con las normas internacionales al respecto. Identifiqué la legitimación de las normas y los mecanismos de seguimiento como resultados y componentes de los tratados vinculantes que parecen tener un impacto positivo en el cumplimiento por parte del Estado. Sostengo también que esas herramientas no son exclusivas de los tratados vinculantes y que la división vinculante/no vinculante es menos útil que ver los instrumentos internacionales como parte de un continuo, en el que los instrumentos que dan un mayor acceso a herramientas que facilitan la implementación están en un extremo y los que brindan un menor acceso, en el otro.

31 Véase, por ejemplo, “Indigenous Peoples Caucus Statement to the 4th UN Forum on Business and Human Rights”: “Los pueblos indígenas recomiendan un tratado legalmente vinculante aplicable a todas las empresas transnacionales, nacionales y subnacionales. Este tratado debería cubrir todas las violaciones de derechos humanos (no sólo las más graves). Además, el proceso de elaboración del tratado debería ser incluyente y abierto a la participación de todos los Estados, la sociedad civil y los pueblos indígenas” (disponible en <www.iva.aippnet.org>). Véase también Lopez y Shea (2016: 114), donde se informa que si bien la mayoría de las ONG en la primera reunión del GTI expresaron su preocupación por el hecho de que el ámbito del tratado estuviera reducido a las empresas transnacionales, gran parte de los Estados que hablaron sobre la cuestión defendieron esta limitación.

Finalmente, defiendiendo que un instrumento sobre EDH, sean los PR o un posible tratado sobre EDH, tiene mayores posibilidades de lograr un impacto en el respeto de los derechos humanos si se le presta suficiente atención al diseño apropiado de los mecanismos de implementación. En este punto, existió una falla generalizada en lo referente a la participación de las comunidades afectadas como productoras de conocimiento y codiseñadoras de sus propios procesos de implementación. Presento ejemplos de implementación exitosa que recurren a ese enfoque y sostengo que, en vez de pedirles a las empresas que desarrollen mecanismos para beneficiar el goce de los derechos por parte de las comunidades, los Estados deben encontrar formas de involucrar en el proceso de diseño a los afectados que tienen el mayor y más directo interés en el éxito del mecanismo. Como mínimo, deberíamos extraer del débil desempeño de los tratados vinculantes de derechos humanos la lección de que las normas por sí mismas no dan lugar a cambios, y de que necesitamos pensar de manera creativa y crítica sobre quién está presente en el salón cuando se están creando las soluciones.

PARTE II

Las empresas y los derechos humanos en la práctica

Activismo y estrategias regulatorias

7. Reconducir el poder en el campo de las empresas y los derechos humanos

Chris Jochnick

Desde sus orígenes, las empresas estuvieron involucradas en abusos y escándalos. Las luchas contra los crímenes de las compañías han sido lideradas por abolicionistas, anticolonialistas, trabajadores, sindicatos, defensores de los consumidores, grupos comunitarios, movimientos sociales y ambientalistas, entre otros. También el movimiento de derechos humanos se ha unido a la lucha sólo en los últimos años. El apoyo de Naciones Unidas a los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (PR)¹ marca la aparición del campo de “las empresas y los derechos humanos” y plantea una pregunta: ¿qué es lo que aportan los derechos humanos a la larga lucha contra las violaciones cometidas por las empresas?

Es frecuente ver cómo muchos identifican la realización de los derechos humanos con actividades en la esfera global relativas a los instrumentos y órganos de los tratados internacionales de derechos humanos. Desde ese punto de vista, los PR y el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas (GT) encargado de su desarrollo representan un paso adelante significativo con vistas a conseguir un tratado más vinculante y un órgano más receptivo a las cuestiones de derechos humanos. Pero el poder real de los derechos humanos reside en su potencial de alterar las circunstancias y capacidades cotidianas de las personas de carne y hueso. Considerado el problema desde esa perspectiva, hay todavía un largo camino por recorrer y el punto de partida debe estar más directamente relacionado con las dinámicas cambiantes de poder que condicionan las violaciones.

¹ Véase “Guiding Principles on Business and Human Rights”, disponible en <www.ohchr.org>. La historia del proceso que llevó a la aprobación de los PR es descrita en Ruggie (2013). Ha surgido una rica literatura académica sobre empresas y derechos humanos. Véanse, por ejemplo, Mares (2011), Deva y Bilchitz (2013).

Trasfondo

Durante tres décadas, la comunidad internacional trabajó para desarrollar una regulación global de derechos humanos para las empresas. Ese esfuerzo culminó en la redacción de las Normas de Naciones Unidas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos (las Normas).² No duró mucho: a los pocos meses de aprobarse su texto definitivo, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas descartó las Normas en favor de un objetivo más modesto: un consenso global en torno a las empresas y los derechos humanos. Seis años después, el Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para las Empresas y los Derechos Humanos (RESG), John Ruggie, tuvo éxito en lograr esa meta cuando el Consejo de Derechos Humanos respaldó de forma unánime los PR.³

A la hora de considerar la contribución de los derechos humanos a la lucha contra las violaciones cometidas por las empresas, es importante aclarar qué queremos decir con “derechos humanos”. La práctica dominante de los derechos humanos, como la desarrollan organizaciones internacionales como Amnistía Internacional, Human Rights Watch o la Comisión Internacional de Juristas, y la respaldan tradicionalmente fundaciones occidentales como la Fundación Ford y el Open Society Institute, se ha concentrado en la elaboración de reportes formales, apolíticos, sobre las violaciones de los derechos (sobre todo civiles y políticos), en presionar desde el punto de vista político a los Estados occidentales y en participar en la estructura mundial de los derechos humanos –los instrumentos y los órganos de derechos humanos– (véase, por ejemplo, Wa Mutua, 1996). Este enfoque jerárquico, “de arriba hacia abajo” no pretende cuestionar el equilibrio básico del poder global o la función de las empresas en la sociedad; se concentra en cambio en las violaciones graves de derechos humanos específicos. El enfoque fue criticado por marginar a los sujetos locales y a los movimientos sociales, soslayar las cuestiones socioeconómicas y pasar por alto los asuntos de política y poder (véase, por ejemplo, Evans, 2005; Kennedy, 2004; Bettinger-Lopez y otros, 2011).

2 Véase el documento E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 13 de agosto de 2003.

3 Véase el documento A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011.

Por el contrario, otros grupos han forjado un enfoque de abajo hacia arriba, caracterizado por el activismo político y de base, por un uso amplio y flexible de la retórica de derechos humanos y por el empoderamiento de los interesados y los movimientos locales.⁴ Este abordaje cuestiona los mercados y las empresas en un nivel más profundo, tiene una visión instrumental de los derechos humanos y se concentra más, de forma intencional, en las asimetrías de poder. Esta óptica tiende a actuar en los márgenes de las instituciones dominantes de derechos humanos y recibe poco apoyo de los donantes habituales del campo.⁵ Es un encuadre criticado por diluir la legitimidad de los derechos humanos y por su falta de pragmatismo-realismo (véase, por ejemplo, Nieir, 2006). Stephen Hopgood (2013) denomina a esos dos enfoques, respectivamente, “Derechos Humanos” (de arriba hacia abajo) y “derechos humanos” (de abajo hacia arriba).

Aunque sean generalizaciones toscas, la distinción entre *Derechos Humanos* y *derechos humanos* ayuda a entender las diferentes reacciones al mandato de Ruggie, los PR y el GT. En palabras simples, los que tienen una perspectiva de *Derechos Humanos* es probable que reconozcan las deficiencias jurídicas de las Normas (aun cuando las apoyan) y se muestren más entusiastas a la hora de establecer relaciones con el mandato de Ruggie, defender una interpretación más firme del derecho de los derechos humanos y desear que el GT se ocupe de las quejas de las víctimas.⁶ Aquellos que tienen una perspectiva de *derechos humanos* es probable que tengan poca capacidad de o interés por ocuparse del mandato de Ruggie, obstaculicen y critiquen las “consultas regionales” que hacen el RESG y el GT; cuestionen el nivel de influencia o participación de

4 Véanse, por ejemplo, Stammers (1999); Rajagopal (2003). Gran parte de la comunidad dedicada al desarrollo, incluidos grupos como Oxfam, ha adoptado el llamado “enfoque basado en los derechos”, que se ajusta más a esta perspectiva de abajo arriba con respecto a los derechos humanos. Véase Cohen y otros (2001).

5 Para un panorama sobre la financiación de los derechos humanos, véase <www.humanrights.foundationcenter.org/issues>.

6 La International Corporate Accountability Roundtable (ICAR) y su sólido trabajo sobre los PR refleja una perspectiva de Derechos Humanos (véase, en general, <www.accountabilityroundtable.org>); compárese con la distancia más escéptica que toma ESCR-Net respecto de ellos (véase, por ejemplo, el comentario sobre el primer Foro sobre Empresas y Derechos Humanos, disponible en <www.escr-net.org/node/365081>).

las empresas en los procedimientos del Grupo de Trabajo, y consideren regresivos los PR y el GT.⁷

La aproximación inicial de Ruggie con respecto a su mandato no manifestaba afinidades concretas con ninguno de esos dos campos de derechos humanos. Por un lado, no compartía la fijación de los *Derechos Humanos* con la estructura global de los derechos humanos. A pesar de que su carrera profesional tenía profundas raíces en Naciones Unidas (o más bien debido a ello), era escéptico sobre la posibilidad de que este organismo consiguiera proporcionar un instrumento regulatorio detallado o vinculante. Rechazó las Normas por considerarlas un exceso ideológico y se esforzó mucho por distinguirlas de su enfoque más modesto de “pragmatismo de principios” (Ruggie, 2013: 47-55). Por otro lado, como “pragmatista”, no estaba ahí para cuestionar el equilibrio global de poder, pero tomó como punto de partida la necesidad de reunir a los representantes de los Estados con los líderes empresariales. Como él declara: “Los PR tenían que estar cuidadosamente calibrados: ejercer presión, pero sin pasarse” (Ruggie, 2013: 107).

El enfoque de Ruggie le sirvió mucho a la esfera de los *Derechos Humanos*. Le suministró una energía sin precedentes y definió mejor los procesos de la ONU sobre EDH, hizo que los PR se basaran en gran medida en los instrumentos de derechos humanos y consiguió el respaldo unánime del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas a un documento que identificaba cuáles eran las responsabilidades de las empresas. Para los partidarios de los *Derechos Humanos*, su fracaso a la hora de reconocer un “deber” legalmente vinculante para las empresas y de interpretar de manera más firme los derechos humanos estaba más que compensado por sus progresos. El GT, a pesar de no intervenir en la resolución de conflictos, sería útil para legitimar y difundir los PR.

Ruggie contribuyó mucho menos al campo de los *derechos humanos*. Se esforzó por interactuar con grupos de todo el mundo, pero su documento final refleja un marco muy jerárquico. En su esfuerzo por conseguir el apoyo de la industria, Ruggie tuvo cuidado de no afectar de forma significativa las prerrogativas y las necesidades de las corporaciones, y en lugar de eso apeló directamente al interés propio de estas y a los procesos empresariales usuales –gestión de riesgos, diligencia debida, etc.–.

7 Un debate entre Earthrights International y Ruggie a comienzos del proceso subraya algunas de las preocupaciones del campo de *derechos humanos*, disponible en <www.earthrights.org/legal/ominous-outlook-un-norms>.

Los PR reafirman de manera fundamental (es decir, no cuestionan) la importancia crucial de las empresas multinacionales (EM) en los países en vías de desarrollo. En cambio, dicen poco sobre los derechos y la intervención de los grupos de la sociedad civil o de los afectados, que aparecen en los PR como instrumentos de las empresas –por ejemplo, para proporcionar ideas que ayuden a la gestión del riesgo o como víctimas merecedoras de alguna forma de remedio–. No hay nada en los PR que reconozca la intervención fundamental que debe tener la sociedad civil o los afectados como protagonistas o supervisores.⁸ En el mismo sentido, el GT, como órgano de Naciones Unidas, más distante, constreñido por la política, ofrece poco apoyo al enfoque de abajo hacia arriba.

Por qué es importante

Detrás de la distinción entre *Derechos Humanos* y *derechos humanos* se encuentran diferentes visiones del poder. Un enfoque de *Derechos Humanos* puede convivir con las asimetrías de poder en la medida en que los derechos estén formalmente reconocidos; un enfoque de *derechos humanos* cree que los derechos humanos no son compatibles con las grandes asimetrías de poder y los ve como un medio, entre muchos otros flexibles, para conseguir el empoderamiento de la sociedad. Una perspectiva de *Derechos Humanos*, casi por definición, satisface a los interesados más poderosos, al pensar que es posible estimular a una coalición de esos sujetos a hacer lo correcto en materia de derechos humanos (Jochnick, 1999). Esta idea puede tener sentido cuando los derechos afectados (por ejemplo, los derechos liberales o los derechos civiles o políticos) se corresponden con los intereses de poderosos Estados y participantes en el mercado, y cierta presión desde arriba puede alterar el equilibrio.

En cambio, los partidarios de los *derechos humanos* creen que las asimetrías de poder son demasiado grandes y que la correspondencia entre intereses de la ciudadanía y del Estado (o del gobierno) es demasiado superficial, de manera que la única forma de impulsar realmente los derechos humanos es socavar la legitimidad de los tradicionales sujetos influyentes e introducir nuevas fuentes de poder (por ejemplo, trabaja-

8 Véase el capítulo de Rodríguez Garavito en este libro; véase también Melish y Meidinger (2012).

dores, consumidores, comunidades y sus representantes de la sociedad civil) que pasen a un primer plano. Creen que sólo mediante el protagonismo constante de estos otros intervinientes es posible hacer realidad y garantizar los derechos humanos. Serían ellos los que proporcionarían la base esencial para resistir las violaciones de derechos humanos y asegurar su respeto a largo plazo.

Como Hopgood y otros señalan, el enfoque de *Derechos Humanos* tiene mucho más sentido en un mundo unipolar o bipolar en el que la retórica de los derechos (concebida restrictivamente) servía para que los Estados Unidos (y otros actores) presionaran con fuerza a los Estados recalcitrantes (Hopgood, 2013: 1-23). La importancia de la perspectiva de *derechos humanos* se hace cada vez más evidente cuando se considera cuán difuso es hoy el poder (repartido entre los Estados y otros sujetos) o se tienen en cuenta los nuevos intervinientes poderosos (Estados y empresas no occidentales), menos receptivos a la retórica de los derechos dominada por Occidente, o si se piensa cómo los derechos son interpretados de forma más progresista para oponerse al *statu quo* (por ejemplo, los derechos económicos y sociales, y la responsabilidad social real de las empresas). Una postura de *derechos humanos* satisface mejor la necesidad de ser más flexible sobre la interpretación de los derechos, tiene la capacidad de conseguir una variedad más amplia de objetivos (institucionales y empresariales) y la facultad de movilizar a una coalición más vasta de participantes y activistas para presionar a los infractores.

Si bien los dos enfoques pueden ser sinérgicos, hay tensiones, sobre todo en lo relativo a la asignación de recursos y la relación con las instituciones formales. Si se tiene en cuenta la escasez de recursos (por ejemplo, financiación y tiempo) para las actividades de derechos humanos vinculadas con las empresas o con la responsabilidad social de estas, darle prioridad a un enfoque se hará casi sin duda a expensas del otro. Hasta la fecha, los recursos se han inclinado fuertemente hacia los *Derechos Humanos* a expensas de los *derechos humanos*. Así, la posición de *Derechos Humanos* corre el riesgo de legitimar instituciones, procesos y marcos (tribunales, órganos internacionales, leyes) que marginan o compiten con voces y visiones más progresistas, provenientes de las bases sociales.⁹

9 Hay numerosas obras académicas que describen estos riesgos, en especial en el entorno nacional. Véanse, por ejemplo, Rosenberg (1991), Lopez (1992), Scheingold (2010). Un enfoque de Derechos Humanos corre el mismo riesgo, como describen Kennedy (2001: 254) y White (1988).

El primer informe de Ruggie al Consejo de Naciones Unidas¹⁰ se esforzó por defender la posición de un enfoque de *derechos humanos*. Diagnosticó un “vacío de gobernanza” cada vez más grande, producto del enorme y creciente poder de las EM, que superaba por mucho al de los Estados locales receptores de sus inversiones, a menudo corruptos. Las EM, además, están respaldadas por gran cantidad de acuerdos de inversión y el apoyo de elites poderosas en los Estados de origen y de acogida. Los esfuerzos de derecho blando (por ejemplo, las iniciativas de participantes múltiples y los comités voluntarios) y otras medidas que apuntaban a “llenar el vacío” eran relevantes sólo para un porcentaje pequeño de empresas y no atacaban la raíz del problema de gobernanza. El diagnóstico realista de Ruggie sobre los desequilibrios de poder se encontró con respuestas igualmente enfáticas que exigían enfoques más radicales con respecto a la responsabilidad empresarial.

Los críticos de Ruggie han compartido desde hace tiempo ese diagnóstico inicial y lamentaron correctamente el que se hubieran mencionado de pasada los desequilibrios de poder en el resultado final de su trabajo: los PR. Destacaron la necesidad de constituir un “contrapoder” y una “participación empoderada”, como las llama Rodríguez Garavito en el capítulo 1 de este libro. Pero gran parte de la “energía” invertida en el campo de las empresas y derechos humanos acaba apoyando los mismos modelos formales, jerárquicos, representados por los PR y el GT. Hay dos iniciativas populares, como se explica en el capítulo de Rodríguez Garavito, que ejemplifican esto: a) el impulso por hacer que asuma medidas que empoderen más a las víctimas (por ejemplo, que el GT reciba peticiones individuales, que se ocupe de los problemas de los afectados) y b) el movimiento a favor de un tratado restringido sobre empresas y derechos humanos que se concentre en las violaciones graves de derechos humanos.¹¹

Al focalizarse en los instrumentos y procesos de Naciones Unidas, es improbable que estas iniciativas alteren el equilibrio de poder de forma significativa. Los tratados internacionales de derechos humanos y los órganos de implementación tienen un penoso historial a la hora de

10 “Informe provisional del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales”, E/CN.4/2006/97, 22 de febrero de 2006.

11 Véase Global Movement for a Binding Treaty, disponible en <www.treatymovement.com>.

reivindicar los derechos y hacer responsables a los Estados por su comportamiento (Trachtman, 2012; Hathaway, 2002; Posner, 2008). En el marco de sus mandatos, estos órganos sólo son capaces de responder a un escaso porcentaje de las víctimas de derechos humanos, en un número limitado de Estados parte. Ese reto se hace exponencialmente más difícil cuando se compara con la enorme variedad de cuestiones de derechos humanos que enfrentan los trabajadores, las comunidades, y los consumidores, afectados por ochenta mil EM y sus cientos de miles de subsidiarias. Ni el GT hoy, ni ningún otro órgano concebible de los tratados dedicados a las empresas y derechos, pueden tener la expectativa siquiera de ir más allá de la superficie de las violaciones.

En ese mismo sentido, incluso si dejan a un lado los enormes obstáculos políticos,¹² es difícil ver cómo un nuevo tratado que se concentrara en las violaciones de los derechos humanos cometidas por las empresas produciría un cambio significativo en la estructura de poder.¹³ Con el fin de conseguir alguna clase de consenso, un tratado requerirá necesariamente reducir el número de derechos y de intervinientes potenciales,¹⁴ lo que lo hará menos relevante para bases políticas más amplias. El proceso de elaborar un tratado y cualquier relación eventual con el órgano propulsor redirigirá la influencia y los recursos hacia un grupo reducido de intervinientes pertenecientes a las elites –diplomáticos y expertos de derechos humanos del Norte–, lo que marginará las luchas y la participación de las bases sociales.

Los instrumentos y órganos internacionales de derechos humanos tienen, como es obvio, el potencial de conseguir cambios significativos; pero ese potencial no está en la reivindicación de los derechos o en darles directamente poder a las víctimas. En lugar de eso, reside en su capacidad de influenciar otros regímenes jurídicos o políticos e instituciones (arriba)¹⁵ y de transformar la conciencia individual y movilizar la presión

12 Bien descrito en el capítulo de Ruggie en este libro y en una serie de entradas en el blog <www.ihrb.org/commentary/staff/business-and-human-rights-treaty-smart-strategies.html>.

13 Un tratado centrado de forma más general en fundamentar el empoderamiento con respecto a las empresas y los derechos humanos –transparencia, participación, supervisión efectiva– podría ofrecer un enfoque más prometedor.

14 Los promotores del tratado ya han restringido el objetivo sólo a las empresas transnacionales; véase <www.business-humanrights.org/en/binding-treaty>.

15 Véanse Prenkert y Shackelford (2014), y los capítulos de Ruggie y Melish en este libro.

colectiva (abajo).¹⁶ En este caso, los PR han progresado bastante a la hora de lograr el consenso político y la legitimidad jurídica que impulsan ambos procesos. Como Ruggie y otros señalan, los PR ya contribuyeron a una variedad de otros regímenes jurídicos y ese efecto está pasando ahora de la esfera global a la local gracias a los planes de acción nacional.¹⁷ En el mismo sentido, el hecho de que los PR gocen de la aprobación (del “respaldo” unánime) de los órganos de derechos humanos con más autoridad, les da un poder igual al de cualquier tratado para elevar el nivel de conciencia, trastocar las perspectivas individuales y estimular la acción.¹⁸

Tanto las propuestas sobre el GT como un tratado requieren un uso significativo de recursos escasos, sin que haya ninguna perspectiva real de cambiar el *statu quo*.¹⁹ Ningún tratado ni institución global puede sustituir a los regímenes jurídicos nacionales efectivos y esos regímenes precisan de la movilización política local.²⁰ Los encargados de las políticas públicas crean un problema cuando buscan atajos mediante procesos jurídicos formales globales, en lugar de concentrarse en los esfuerzos más indefinidos, informales y políticos para desarrollar un “contrapoder” integral. Como el ex presidente del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas y ex presidente de todos los comités de derechos humanos de Naciones Unidas, Philip Alston, declara al oponer-

16 Véanse, por ejemplo, Simmons (2009); Merry (2005); Risse y otros (1999).

17 Véase el capítulo de Ruggie en este volumen.

18 Más allá de un puñado de internacionalistas del derecho, pocas personas distinguen en la práctica la autoridad relativa de los instrumentos de Naciones Unidas para elevar la conciencia o para movilizar la acción con respecto a las violaciones de derechos humanos.

19 Es decir, no hay duda de que la propuesta de un tratado ha aumentado la importancia de la cuestión e insuflado una energía muy necesaria al espacio de las empresas y los derechos humanos, además de obligar a los Estados a prestar atención al problema. Eso, en sí, ya es un logro significativo.

20 Es un ejemplo claro que sea el Estado ecuatoriano quien lidera la presión por la aprobación de un tratado global sobre empresas y derechos humanos; un Estado que al mismo tiempo debilita la supervisión nacional de las empresas, politiza los tribunales, socava activamente el sistema de derechos humanos de la OEA y cierra organizaciones de derechos humanos. Véanse, por ejemplo, Pasara (2014); “World Report 2014: Ecuador”, disponible en <www.hrw.org>; Jonathan Kaiman, “Ecuador auctions off Amazon to Chinese oil firms”, *The Guardian*, 26 de marzo de 2013, disponible en <www.theguardian.com>.

se a una iniciativa parecida con respecto a un nuevo órgano en Naciones Unidas:

El principal problema de la propuesta [sobre un Tribunal Mundial de Derechos Humanos] no es la factibilidad económica o política o su idealismo exagerado. Es que al otorgarle esa prominencia a un tribunal, la propuesta sobrevalora enormemente la función que pueden y deben tener los mecanismos judiciales, minusvalora el gigantesco trabajo de base necesario antes de que ese mecanismo pueda ser útil [...] y distrae la atención de asuntos más importantes y urgentes (Alston, 2014).

Reconducir el poder de forma más deliberada

El progreso verdadero en el terreno de las empresas y los derechos humanos debe comenzar con una valoración realista del estado del campo y concentrarse en las oportunidades de reconducir el poder, o bien dando mayor poder a los activistas (movimientos, grupos de la sociedad civil y redes), o bien fortaleciendo el apoyo institucional (normativo, político, judicial) para exigir responsabilidad social a las empresas. Por otro lado, habría que prestar menos atención a los espacios en los que predominan los intereses empresariales, y aunque las instituciones formales (tribunales, instituciones de derechos humanos, órganos de control) son entes atractivos para impulsar un cambio, ofrecen pocas perspectivas positivas de reivindicar los derechos a corto y medio plazo. La curiosidad por los derechos humanos que hoy predomina en el mundo empresarial estimulará el diálogo, las guías de mejores prácticas, los protocolos de gestión del riesgo, una intervención moderada de los afectados, la elaboración voluntaria de informes, etc. Sin embargo, si se tienen en cuenta los costos de la participación y los desequilibrios actuales de poder, esas oportunidades tienen un potencial limitado para reconfigurar la distribución existente.

Hay más posibilidades en aquellos espacios donde ya hay una fuerza antitética creciente o a la que recurrir fácilmente: los movimientos sociales, los medios de comunicación sociales, las redes de la sociedad civil, la opinión popular contra el poder empresarial, los grupos de inversores y los líderes corporativos progresistas, las iniciativas de transparencia, los foros globales sobre derechos y desarrollo. Debería apelarse a los compromisos institucionales y empresariales y efectivizarlos de manera oportuna.

tunista con el fin de volver más responsables a las compañías por sus actos y de desarrollar así la legitimidad del campo de las EDH.

Deberían seguirse estrategias orientadas hacia los *derechos humanos*: medidas que se concentren de forma más explícita en la movilización de las bases sociales, en un uso flexible de los derechos y en un empleo oportunista de los procesos formales e informales. Hay mejores perspectivas con las iniciativas que despiertan la conciencia pública y de los medios de comunicación y que también aumentan la presión en torno a las violaciones cometidas por las empresas.²¹ Algunos ejemplos de estas estrategias potenciales incluyen: fortalecer los vínculos entre interesados y redes de la sociedad civil;²² proporcionar herramientas y espacios para que los grupos afectados hagan públicas las violaciones y establezcan directamente relaciones con las empresas;²³ apoyarse en la tecnología y la presión de los inversores para promover una mayor transparencia y responsabilidad ante la sociedad; endurecer las normas sobre empresas y derechos humanos mediante órganos nacionales y políticas públicas específicos de derechos humanos;²⁴ ampliar el consenso sobre empresas y derechos humanos mediante un nuevo derecho blando global;²⁵ utilizar los casos más graves y con mayor potencial de cambio para lograr desarrollar una jurisprudencia progresista, y recurrir al poder de aliados estratégicos influyentes (como los inversores y los líderes empresariales) con el propósito de conseguir apoyo para esos esfuerzos.

21 El Business and Human Rights Resource Centre (BHRRC), por ejemplo, pone a disposición de los usuarios una sencilla plataforma para que expliquen sus casos, lo que sirve para presionar a las empresas; véase <www.business-humanrights.org>.

22 Melish y Meidinger (2012) describen varios enfoques “de abajo hacia arriba” con respecto a la responsabilidad de las empresas ante la sociedad.

23 La iniciativa de evaluación de los efectos para los derechos humanos, desde las comunidades de base, proporciona una herramienta de esa clase: véase “Community-based Human Rights Impact Assessment Initiative”, disponible en <www.policy-practice.oxfamamerica.org>.

24 Véase el proyecto ICAR para promover los planes de acción nacionales: “ICAR-DIHR National Action Plans Project”, disponible en <www.business-humanrights.org>.

25 Los obstáculos para establecer un tratado sobre empresas y derechos humanos no deberían ser un impedimento para otras oportunidades de reafirmar los PR y desarrollar principios sobre empresas y derechos humanos mediante otros instrumentos internacionales nuevos en la esfera regional y global.

Los derechos humanos tienen la capacidad de configurar las percepciones de las personas, cambiar las dinámicas del poder, ocuparse de los vacíos de gobernanza y crear una responsabilidad real de las empresas ante la sociedad, pero también corren el riesgo de descarriar protestas legítimas, reducir las perspectivas sobre el mundo y reforzar la posición empresarial. El consenso sobre los PR ofrece una nueva perspectiva jurídica y la promesa de herramientas novedosas. El reto sigue siendo identificar y aprovechar las nuevas oportunidades que ofrezcan el mayor potencial de transformación.

8. Siempre y de todas las formas: garantizar el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas

Amol Mehra*

Las actividades de toda empresa tienen consecuencias para los derechos humanos. En muchos casos, esas consecuencias pueden ser positivas, como cuando una compañía invierte en proporcionar agua limpia y potable para la comunidad en la que desarrolla sus actividades. Sin embargo, en otros casos las empresas infringen o violan los derechos humanos de personas y, a veces, de sociedades enteras.

Así como hay numerosas formas de organización empresarial, también hay variaciones en la forma de actuar de las empresas. Las compañías son muy diferentes entre sí por tamaño y ámbito: en algunas ocasiones son pequeñas o de propiedad local, y en otras, grandes multinacionales, con subsidiarias; entre ambas clases, hay una amplia variedad de posibilidades. Las complejas cadenas de suministro globales y las relaciones contractuales entre esas empresas hacen todavía más difícil discernir la propiedad del control.

Además de esta diversidad de formas y estructuras empresariales, la multiplicidad de riesgos y efectos a los que están sujetos los derechos humanos requieren atención. En el derecho internacional existe una extensa gama de derechos, como los económicos, sociales o culturales, los derechos civiles y políticos, y los laborales. Además, el derecho internacional cuenta con un gran número de instrumentos que se ocupan de asuntos específicos, como los derechos de los niños, de las personas con discapacidades o los derechos de las mujeres.¹ El reto que supone tratar los efectos de las empresas en esos derechos es significativo.

* El autor desearía agradecer a Nicole Vander Meulen, Katie Shay y Sara Blackwell por su ayuda para la redacción de este capítulo. El texto se escribió y se entregó a título personal del autor y no refleja las opiniones de la International Corporate Accountability Roundtable (ICAR) ni de sus miembros.

¹ Véase, en general, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, G.A. Res. 2200A (XXI), Documento de Naciones Unidas A/6316 (1966, Pacto

Teniendo en cuenta la complejidad de esa estructura de capas superpuestas, este capítulo sostiene que para promover los derechos humanos ante la actividad empresarial los defensores de estos derechos –que buscan garantizar que las empresas los respeten– deben continuar presionando a las compañías y a los Estados de formas originales y sistemáticas. Los activistas deben ser creativos y desarrollar nuevos modelos que aseguren el cumplimiento de los derechos humanos por parte de las empresas, incluso mediante la ampliación de los precedentes judiciales o de los programas ya existentes para otras clases de daños, otros sectores de actividad u otras regiones. Los activistas deben presionar de manera constante en todas las esferas jurídicas y políticas existentes reguladoras de las empresas o creadoras de incentivos o condiciones para su funcionamiento. Eso incluye modos de influencia que vayan más allá de sancionar el comportamiento dañino (por ejemplo, alentar el respeto por los derechos humanos mediante la concesión de beneficios o preferencias en la contratación pública). Poder exigir de manera efectiva implica tener una visión mucho más diversa e integral del panorama de las empresas y los derechos humanos que la sostenida hasta ahora por Naciones Unidas. Entre los esfuerzos de este organismo en regular esa área están los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (PR), el Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y Otras Empresas (GT) y el esfuerzo reciente por establecer

un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, cuyo mandato será elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las acti-

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), G.A. Res. 2200A (XXI), Documento de Naciones Unidas A/6316 (1966); Declaración de los Derechos del Niño, G.A. Res. 1386 (XIV), Documento de Naciones Unidas A/4354 (1959); Declaración de los Derechos de los Impedidos, G.A. Res. 3447 (XXX), Documento de Naciones Unidas A/10 034 (1975); Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, G.A. Res. 24/180, Documento de Naciones Unidas A/34/46 (1979).

vidades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos.²

Este capítulo argumenta que, si bien el trabajo sobre empresas y derechos humanos (EDH) de Naciones Unidas es necesario y útil, no debemos dejar de aprovechar las oportunidades de conseguir el respeto de los derechos humanos por las empresas en otros foros, nacionales, regionales o internacionales. Hay que crear medidas preventivas y compensatorias para lograr una protección significativa de esos derechos y afrontar así la complejidad del campo de EDH, interviniendo siempre y de todas las formas.

La primera sección proporciona una visión general de los esfuerzos de Naciones Unidas por promover el programa de empresas y derechos humanos, con comentarios y sugerencias para ir más allá de una perspectiva miope que ve el problema sólo desde la óptica de esta organización. En ese apartado se estudian los PR y el GT, y se comentan las consecuencias de adoptar la resolución y el procedimiento para la elaboración de un tratado sobre EDH mediante un grupo de trabajo interestatal. En la segunda sección se explican las diferentes alternativas para influir en las prácticas empresariales que afectan los derechos humanos, disponibles en las esferas internacional, regional y nacional, y cómo esas herramientas deben utilizarse mientras se explora continuamente la viabilidad de otras nuevas. La tercera sección argumenta que hay que crear medidas preventivas y reparadoras, que intenten reconciliar la tensión entre los procesos políticos y la repercusión real negativa que tiene la actividad empresarial para los afectados. Los activistas podrán garantizar la promoción de los derechos humanos en la actividad empresarial sólo si tienen un enfoque sistémico amplio que trate este gran número de retos, con una clara comprensión de las diversas oportunidades existentes para mejorar las circunstancias.

2 Véase “Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos”, A/HRC/26/L.22/Rev.1, junio de 2014.

Las empresas y el programa de derechos humanos en el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas

En la esfera internacional, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas lideró el desarrollo de los PR.³ Ese marco reconocido fue resultado de muchos años de trabajo por el entonces Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y Otras Empresas (RESG), John Ruggie.

El mandato del profesor Ruggie y el producto final fueron recibidos con cierta controversia. Los activistas critican la naturaleza voluntaria de los PR y señalan que los vacíos de gobernanza existentes requieren respuestas regulatorias claras (FIDH y otros, 2011). Además, ven con preocupación la preferencia otorgada a las medidas de reparación no judiciales antes que a la determinación firme de crear y fortalecer los mecanismos judiciales de reparación (FIDH y otros, 2011). Con independencia de esos reproches, los Estados han respaldado en su totalidad los PR y algunos se han comprometido incluso públicamente a estudiar e implementar medidas para su cumplimiento.⁴

Sin embargo, en general los Estados no han implementado de forma completa los PR, ni siquiera aquellos que están desarrollando planes de acción nacionales (PAN). Hasta la fecha, unos cuarenta Estados han comenzado a elaborar o han aprobado ya algún PAN para las EDH. Un examen de los PAN existentes, efectuado por la International Corporate Accountability Roundtable (ICAR) y la European Coalition for Corporate Justice (ECCJ), mostró importantes deficiencias tanto en

3 Véase “Informe del Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y Otras Empresas, Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’”, A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011.

4 Véase A/HRC/RES/17/4, 6 de julio de 2011. La International Corporate Accountability Roundtable (ICAR) y el Danish Institute for Human Rights (DIHR) proporcionan una lista de progresos en los marcos para las empresas y los derechos humanos en su informe anual sobre los planes de acción nacionales. Véase “National Action Plans on Business and Human Rights: A Toolkit for the Development, Implementation, and Review of State Commitments to Business and Human Rights Frameworks”, pp. 64-68, disponible en <www.icar.ngo>.

el proceso como en su contenido.⁵ Además, algunos Estados han aprobado incluso normas regresivas, como la creación de barreras al goce de los derechos humanos y medidas que eximen de responsabilidad a las empresas ante violaciones de derechos humanos. Por ejemplo, con respecto a las medidas de reparación esenciales para hacer responsables a los autores de violaciones de derechos humanos y ofrecer compensaciones por los daños, algunos Estados importantes han establecido impedimentos para los denunciantes o han dificultado de otras formas su búsqueda de la justicia. Los Estados Unidos, por ejemplo, uno de los principales impulsores de los PR, ha limitado de manera significativa la posibilidad de solicitar medidas indemnizatorias ante los tribunales estadounidenses a las víctimas de daños causados por las empresas, cuando ese daño ha tenido lugar fuera del territorio.⁶ Por otro lado, en el Reino Unido (el primer país que inició un PAN) entró en vigor la Ley sobre Asistencia Legal, Sentencias y Castigos a los Infractores, de 2012, que reduce los honorarios potenciales que pueden recibir los abogados que presentan denuncias de derechos humanos, e impone que esos honorarios sean pagados por el demandante a través de los daños y perjuicios reconocidos y no por la parte contraria.⁷ Por consiguiente, dos de los países que lideraron el proceso de desarrollo de los PR han adoptado legislación que frustra su finalidad.

Después de que terminara el mandato del profesor Ruggie, Naciones Unidas creó el Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y Otras Empresas. Este Grupo de Trabajo tiene la tarea, entre otras, de divulgar los PR y asesorar sobre su implementación a grupos interesados.⁸ A partir de su mandato, el GT comenzó a desplegar una estrategia que se concentró en tres vertientes generales de actividad: la divulgación mundial de los PR, la promoción de su implementación y su incorporación a los marcos mundiales de gobernanza.⁹

5 Véase “Assessments of Existing National Action Plans (NAPs) on Business and Human Rights”, disponible en <www.icar.ngo>.

6 Véase “The Third Pillar: Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business”, p. 28, disponible en <www.icar.ngo>.

7 *Ibid.*, p. 10.

8 *Ibid.*

9 Véase “Informe del Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y Otras Empresas”, A/HRC/20/29, 10 de abril de 2012, párr. 63, p. 15.

Ahora bien, muchos años después de haberse creado el Grupo de Trabajo hay ya algunas opiniones que afirman que ese organismo no ha logrado resultados significativos. Algunas organizaciones de la sociedad civil, haciendo una valoración crítica de los dos primeros años y medio del GT, señalaron la ausencia de un plan de trabajo claro y público, la interpretación restrictiva que hace de su propio mandato, su negativa a ocuparse de violaciones presuntas, la aplicación regresiva del derecho internacional de los derechos humanos y la exclusión de las víctimas en sus eventos y diálogos (Conectas y otros, 2013).

Esas circunstancias de fondo hicieron que algunos grupos activistas comenzaran a presionar para conseguir la elaboración de un tratado internacional que se ocupara de las consecuencias negativas que las actividades de las empresas tienen para los derechos humanos. Este impulso es resultado de pensar que los vacíos de gobernanza sólo pueden ser enfrentados de modo efectivo mediante la confección, aprobación y cumplimiento de estándares y compromisos internacionales vinculantes.¹⁰

En junio de 2014, Ecuador, Sudáfrica y otros Estados presentaron una resolución en el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas para establecer un proceso interestatal mediante el cual se estableciera la forma y el contenido de un tratado del tipo mencionado. La resolución fue adoptada ese mismo mes por el voto favorable de veinte países; catorce votaron en contra y trece se abstuvieron.¹¹

Más allá de los Principios Rectores y del Grupo de Trabajo

Los PR no son un techo, sino un umbral mínimo a partir del cual crecer hacia arriba y hacia los lados. Los activistas deben “construir” a partir de los PR para continuar esclareciendo las formas en que los Estados pueden y deben cumplir su deber de proteger, y las maneras en que las empresas pueden y deben cumplir con su responsabilidad de respetar. Construir a partir de los PR implica que los interesados delimiten sectores concretos de actividad o daños específicos y profundicen el contenido de lo que significa que las empresas respeten los derechos humanos y que los Estados los protejan en contextos particulares. Sin bien los PR

10 Véase, por ejemplo, “Joint Statement: Call for an international legally binding instrument on human rights, transnational corporations and other business enterprises”, disponible en <www.treatymovement.com/statement>.

11 Véase A/HRC/26/L.22/Rev.1, 24 de junio de 2014.

son un buen punto de partida para la discusión, no deberían ser el único foco de atención.

Los PR son un marco a partir del cual “construir” porque los vacíos existentes pueden ser llenados. Como señala Ruggie, entre esos vacíos están los de gobernanza generados por la globalización, que habría que llenar para garantizar la solución jurídica de problemas como las violaciones graves de derechos humanos o incluso la aplicación extraterritorial del derecho. Sobre este último punto, por ejemplo, los Principios de Maastricht podrían servir como guía para los Estados en cuanto a la necesidad de la implementación extraterritorial de las protecciones de derechos humanos, en especial en torno a la actividad empresarial, y los medios para hacerlo.¹²

El GT está limitado ya que es un órgano establecido para responder a los imperativos políticos mediante el consenso. Tiene restricciones presupuestales, producto muchas veces de decisiones provenientes de la administración. El nombramiento y la definición del mandato de sus miembros se establecen en un proceso de negociación política. Esas capas de interacción llevan a la siguiente pregunta: ¿deberían las cuestiones relativas a la responsabilidad empresarial por violaciones de derechos humanos basar sus avances en esa clase de mecanismos políticos? No quiero decir que los activistas no deban tener en cuenta el GT y su actividad, sino que, en todo caso, no deberían exagerar su capacidad y deberían en cambio explorar toda otra variedad de oportunidades para impulsar el programa de empresas y derechos humanos.

En última instancia, aunque los PR pueden haber ayudado a construir una base común con respecto a un gran número de asuntos, aún existe mucho por hacer para llenar los vacíos en la protección de los derechos humanos y fortalecer estándares en áreas que todavía están desatendidas. Para que los esfuerzos cristalicen en un cambio significativo para la promoción de los derechos humanos, es necesario que la labor no esté restringida únicamente al GT.

La evaluación del potencial de un procedimiento interestatal

Como ya se mencionó, el establecimiento de un proceso intergubernamental para elaborar un instrumento internacional vinculante sobre empresas

12 Consorcio Extraterritorial Obligations (ETO), “Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, disponible en <www.fidh.org>.

y derechos humanos provocó respuestas variadas por parte de la sociedad civil. Human Rights Watch, por ejemplo, reconoció la necesidad de establecer estándares obligatorios internacionales, pero sugirió hacerlo mediante un grupo interestatal y concentrarse sólo en las actividades de las empresas transnacionales que fueran problemáticas (Ganesan, 2014). ESCR-Net, una organización destacada de la sociedad civil, partidaria del proceso, circuló una declaración que mantenía una posición similar, pero señalaba que el objetivo no debería enfocarse únicamente en las empresas transnacionales.¹³

El problema con concentrarse de manera explícita en las empresas transnacionales es que las infracciones de derechos humanos no las cometen sólo esas organizaciones empresariales. De hecho, la gran mayoría de las compañías existentes en el mundo no estarían cubiertas por ese enfoque, puesto que con frecuencia son las empresas locales y nacionales las que interactúan con las comunidades en las que operan y, por consiguiente, son ellas las que podrían causar violaciones de derechos humanos o contribuir a ellas.

Todavía más problemático es que, para la aprobación del consenso normativo en la esfera internacional, uno de los requisitos es que la práctica estatal debe estar tan establecida de forma que el acuerdo internacional sea una posibilidad real. Por desgracia, eso no es lo que ocurre todavía en asuntos de empresas y derechos humanos. Aunque está desarrollándose una actividad pública estimulada por las influencias ya descritas, aún queda mucho por hacer en las jurisdicciones nacionales. Además, existe el enorme peligro de reducir el impulso actual en torno a la cuestión de las EDH si se inicia un proceso interestatal en Ginebra, donde las largas negociaciones sobre los aspectos procedimentales y sustantivos de un tratado pueden distraernos de las acciones necesarias.

Incluso sobre el asunto de la extraterritorialidad, respecto del cual algunos Estados ya cuentan con legislación nacional aplicable en el extranjero para prohibir violaciones de derechos humanos, la realidad es que esa práctica tiene que estar más desarrollada en la esfera local antes de poder ser defendida a nivel internacional. Por ejemplo, en lo relativo al tráfico de personas, la US Trafficking Victims Protection Act [Ley Estadounidense para la Protección de las Víctimas del Tráfico de Personas] tiene una cla-

13 Véase "Joint Statement: Call for an international legally binding instrument on human rights, transnational corporations and other business enterprises", disponible en <www.treatymovement.com/joint-statement-binding-international-instrument>.

ra aplicación extraterritorial.¹⁴ Sin embargo, las acciones de los tribunales estadounidenses, entre ellos del Tribunal Supremo, han restringido el alcance de otras leyes de derechos humanos, aplicando en concreto la “presunción contra la extraterritorialidad” en el caso del Alien Tort Statute.¹⁵ El riesgo es que si se presiona demasiado pronto para conseguir un consenso internacional sobre estas cuestiones, sin expandir primero la práctica estatal, los activistas podrían estar exportando modelos, interpretaciones o precedentes peligrosos. Si se buscan casos análogos al que aquí tratamos, no hay más que mirar el área de la lucha contra la corrupción, en el que una vez que la práctica estatal ha estado lo suficientemente consolidada como para establecer un consenso normativo internacional, eso ha llevado a la adopción de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.¹⁶ Por consiguiente, no importa cuán atrayente sea el argumento de que si los Estados establecen ciertas prohibiciones en la esfera nacional, aplicables también a las empresas, con el fin de evitar violaciones de los derechos humanos, entonces deberían sancionar también cuando las empresas causaran esas violaciones más allá de sus límites territoriales; lo cierto es que esa idea tiene que estar arraigada en los Estados nación antes de poder lograr un consenso internacional.

Con independencia de las críticas, el hecho es que existe un proceso para elaborar un tratado. Será otra forma de influencia para sumar a las ya mencionadas; sin embargo, así como los PR y el GT no deberían tomarse como las únicas maneras de ejercer presión, tampoco ese proceso interestatal debería serlo.

El programa de empresas y derechos humanos por fuera del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas

Por fuera del trabajo efectuado en el Consejo de Derechos Humanos, existe un gran número de otros estándares en las esferas internacional,

14 22 United States Code (USC) 7101, secc. 223.

15 Véase “Kiobel c. Royal Dutch Petroleum”, 133 S. Ct. 1659 (2013). La presunción contra la extraterritorialidad significa que, a menos que el Congreso haya redactado de forma explícita la ley para que se aplique fuera de los Estados Unidos, los tribunales deben suponer que no aplica en el extranjero. Véase también “Morrison c. National Australia Bank”, 561 U.S. 247 (2010).

16 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, G.A. Res. 58/4, Documento de Naciones Unidas A/RES/58/4, 31 de octubre de 2003.

regional y nacional que los activistas deben utilizar de manera creativa y sistemática para arraigar el respeto por los derechos humanos en la práctica empresarial.

Internacional

En la esfera internacional, podría prestarse una mayor atención a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y su “programa proactivo”. Este propone un proceso de participación entre diversos interesados con el objetivo de proporcionar una guía con la cual reconocer el riesgo de que líneas de producto, regiones, sectores o industrias específicos tengan consecuencias negativas para los derechos humanos y dar respuesta a esos peligros.¹⁷ En la actualidad, hay tres elementos del programa proactivo que están en desarrollo: la debida diligencia en el sector financiero; la participación de los interesados y la debida diligencia en el sector de la minería; y la inversión responsable en las cadenas de suministro agrícolas.¹⁸ Ya que mejoran la especificidad de las medidas y proporcionan una guía clara en sectores puntuales, esos procesos son medios fundamentales para impulsar la discusión sobre la responsabilidad que tienen las empresas de respetar los derechos humanos. Además, ofrecen a los legisladores tranquilidad por el hecho de que diversos interesados participaron en su elaboración y aprobación. Por ejemplo, en el contexto de los requisitos de información sobre minerales extraídos de zonas de conflicto, la legislación estadounidense y sus normas de desarrollo siguen con claridad los cinco pasos de la Guía de Devida Diligencia de la OCDE para Cadenas de Suministro Responsables de Minerales en las Áreas de Conflicto o de Alto Riesgo.¹⁹ La Guía de Diligencia Devida se estableció como un tema del programa proactivo y las empresas continúan apoyándola en los procesos propios y de sus suministradores.²⁰

También han surgido iniciativas internacionales para confeccionar estándares en las que participan varios interesados, así como medidas de supervisión e implementación de los derechos humanos en sectores es-

17 Véase “Proactive Agenda”, disponible en <www.mnguidelines.oecd.org>.

18 Íd.

19 Véase “Guía de Devida Diligencia de la OCDE para Cadenas de Suministro Responsables de Minerales en las Áreas de Conflicto o de Alto Riesgo”, disponible en <www.anm.gov.co>.

20 Véase, por ejemplo, “Conflict Minerals”, disponible en <corporate.ford.com/microsites/sustainability-report-2012-2013/supply-materials-conflict>.

pecíficos. Esas iniciativas son además una oportunidad madura para que los activistas intervengan. Por ejemplo, el International Code of Conduct for Private Security Providers [Código Internacional de Conducta para Empresas de Seguridad] y su instrumento conexo, el International Code of Conduct for Private Security Providers' Association, fueron elaborados para ocuparse de las cuestiones de derechos humanos y derecho humanitario en el sector de la seguridad privada mediante la certificación, la supervisión y las obligaciones de revelación de datos.²¹ En el sector de las tecnologías de la información y la comunicación, la Global Network Initiative fue creada para establecer bases compartidas entre los interesados y mecanismos de rendición de cuentas con respecto al derecho a la intimidad y a la libertad de expresión.²²

Regional

En la esfera regional, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha desarrollado un mecanismo especial, propuesto por el Grupo de Trabajo sobre Industrias Extractivas, Medioambiente y Violaciones de Derechos Humanos de ese mismo órgano. Este mecanismo sirve para examinar los efectos de las industrias extractivas en África y formular recomendaciones y propuestas sobre las medidas y acciones apropiadas para prevenir violaciones de derechos.²³

El Consejo de Europa, un organismo en el que están presentes los veintiocho Estados de la Unión Europea, elabora desde 2013 un instrumento no vinculante que podría incluir guías de buenas prácticas para solucionar los vacíos de implementación de los PR en Europa.

La Comisión Europea es otro espacio regional del que se obtendrían significativas ganancias si el activismo le prestara atención. El 14 de abril de 2014, la plenaria del Parlamento Europeo aprobó una directiva sobre divulgación de información no financiera y sobre diversidad por parte de determinados grupos y grandes empresas.²⁴ Conforme a esa directiva, las

21 Véase "Mandate", disponible en <www.icoca.ch/en/mandate>.

22 Véase "About Us", disponible en <www.globalnetworkinitiative.org/about/index.php>.

23 Véase "Working Group on Extractive Industries, Environment and Human Rights Violations", disponible en <www.achpr.org>.

24 Parlamento Europeo y Consejo Europeo, Directiva 2014/95/UE, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre

compañías tendrán que revelar información acerca de las políticas, los riesgos y los resultados con respecto a los derechos humanos, entre otros temas.²⁵ Algunos grupos de la sociedad civil criticaron ese enfoque, pero la tendencia hacia una obligación de información en cuestiones de derechos humanos debería apoyarse y expandirse más allá del espacio europeo.

Un interesante desarrollo es el de la World Federation of Stock Exchanges [Federación Mundial de Bolsas], que hace poco creó un Sustainability Working Group [Grupo de Trabajo sobre Sostenibilidad], constituido por representantes de una variedad de mercados de valores del mundo, con el mandato de llegar a un consenso sobre datos relativos al medioambiente, las políticas laborales y la gobernanza.²⁶ Si las exigencias de la Comisión Europea son en última instancia lo bastante firmes como para satisfacer a los activistas, cabría pensar a continuación en campañas ante la World Federation of Stock Exchanges para que se garantice la circulación de información y se intente armonizar esas prácticas entre las distintas bolsas de valores. A continuación, los activistas de otras jurisdicciones podrían señalar esos esfuerzos y buscar que los requerimientos para las diversas bolsas fueran parecidos. Esa armonización sería atractiva para las empresas de todo el mundo, puesto que los diferentes requisitos de información establecidos por cada mercado de valores producen ineficiencias en los procesos internos y las comunicaciones externas. También respetaría las intenciones regulatorias, ya que las reformas en una jurisdicción mostrarían que a los interesados les importan lo suficiente como para introducirlas en el ámbito nacional. Por último, esa armonización satisfaría los intereses de los activistas, puesto que serían promovidas las buenas prácticas en distintas jurisdicciones y, en última instancia, los mecanismos para exigir responsabilidad a las empresas se ampliarían.

Nacional

En la esfera nacional, los activistas pueden presionar para expandir las áreas que los Estados ya regulan. Por ejemplo, en los Estados Unidos las

diversidad por parte de determinadas grandes empresas y ciertos grupos, disponible en <www.eur-lex.europa.eu>.

25 Íd.

26 Véase “WFE Launches Sustainability Working Group”, disponible en <www.world-exchanges.org>.

reformas a la contratación pública aprobadas por la administración de Obama se han concentrado en ampliar las protecciones contra el trabajo en condiciones de servidumbre y esclavitud, el tráfico de personas y, en tiempos más recientes, contra la discriminación por orientación sexual.²⁷ Estas protecciones exigen a los contratistas eliminar tales violaciones de sus actividades y desarrollar mecanismos de diligencia debida para garantizar ese resultado. El decreto presidencial sobre el tráfico de personas se aplica a la cadena de suministro del contratista.²⁸ Las reformas a la contratación pública podrían extenderse a otras cuestiones de derechos humanos o incluso de manera holística a un grupo de violaciones o sectores específicos.

Además, podrían imponerse nuevas obligaciones de revelación y entrega de información a los sectores o las regiones en los que se concentran las violaciones de derechos humanos. Así, están surgiendo nuevos modelos de control en varias jurisdicciones. En Brasil, los requisitos para que una empresa cotice en bolsa incluyen tanto el suministro de información sobre criterios de sostenibilidad, como cuestiones sociales y de gobernanza.²⁹ En Bangladesh, tras los hechos catastróficos producto del colapso de la fábrica Rana Plaza, se adoptaron las enmiendas a la Ley de Trabajo de 2006, y se incorporaron a ella los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre libertad de asociación y negociación colectiva respectivamente.³⁰ En los Estados Unidos se aprobó legislación y normas de desarrollo sobre minerales procedentes de zonas de conflicto. Los requisitos de información obligan a las empresas que cotizan en bolsa a informar de sus políticas y procesos sobre las fuentes de estaño, tantalio, tungsteno y oro en la República Democrática del Congo y áreas circundantes.³¹ Esas políticas podrían imitarse o am-

27 Goldfarb, Z. A. y J. Eilperin, *Washington Post*, "Obama to Sign Order Barring U.S. Contractors from Job Bias Based on Sexual Orientation", 16 de junio de 2014, disponible en <www.washingtonpost.com>.

28 Véase "Executive Order - Strengthening Protections against Human Trafficking in Persons in Federal Contracts", 25 de septiembre de 2012, disponible en <www.obamawhitehouse.archives.gov>.

29 Véase "Brazilian Stock Exchange Urges Sustainability Reporting", *Environmental Leader*, 10 de enero de 2012, disponible en <www.environmentalleader.com>.

30 Véase "Revised Bangladesh labour law 'falls short' of international standards - UN agency", *UN News Centre*, 22 de julio de 2013, disponible en <www.un.org>.

31 Véase la sección 1502 de Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub. L. n° 111-203, 124 Stat. 2213.

pliarse para incluir otros minerales extraídos de zonas de conflicto, o minerales procedentes de otras áreas, como por ejemplo el jade y los rubíes de Birmania.³²

Esos progresos nacionales ayudan a llevar el diálogo sobre EDH de los principios a la práctica. Garantizan que el respeto por los derechos humanos tenga consecuencias jurídicas vinculantes, lo cual es un paso adelante a tener que apoyarse en la adopción voluntaria de los PR o en la actividad del GT para conseguir resultados. Estos mecanismos utilizan otros modos de aproximación para influenciar la acción de las empresas en diversos sectores y se elaboran a partir de campos de éxito probado.

La creación de medidas preventivas y de reparación

Puede haber una tensión entre los esfuerzos por mejorar las medidas preventivas mediante el derecho y la regulación y los dirigidos a buscar compensaciones una vez que el daño ya ha ocurrido. Por ejemplo, ¿cómo el proceso de la OCDE mejora en la práctica las condiciones de aquellos afectados directamente por la actividad empresarial? ¿Cómo la política y la revelación de información sobre derechos humanos de una empresa mejoran la situación de los afectados en última instancia? ¿Cómo un tratado interestatal incide en una comunidad que se ha visto perjudicada por la actividad empresarial antes de la entrada en vigor de esa resolución? Las respuestas a estas preguntas son fundamentales y merecen darse y explicarse sin importar cuál sea el mecanismo de influencia que se use. Para contestar a estos interrogantes completamente, hay que separar, por un lado, los beneficios derivados de los mecanismos preventivos, de aquellos provenientes de la reparación de los daños, por el otro. Los dos fines son distintos, aunque están relacionados.

En cuanto a las medidas preventivas, la mejora de la práctica empresarial es la que permitirá que una firma detecte y solucione una violación potencial antes de que ocurra. Por ejemplo, si existen disposiciones regulatorias claras sobre las obligaciones de entregar información acerca de

32 Dan McDougal, "The curse of the blood rubies: Inside Burma's brutal gem trade", *The Daily Mail*, 18 de septiembre de 2010, disponible en <www.dailymail.co.uk>; también véase "Sectors to Watch", disponible en <www.uscampaignforburma.org>.

derechos humanos, puede que las políticas y prácticas internas de las empresas ayuden a prevenir violaciones en su actividad. Eso puede aplicarse a los esfuerzos por reformar la contratación pública. Cuando los Estados comienzan a conceder contratos a compañías que tienen sistemas y procesos de vigilancia y de detección de abusos de derechos humanos, en última instancia están cumpliendo su deber de proteger este tipo de derechos en una forma que previene la ocurrencia de esos perjuicios. Una vez más, los escépticos sólo tienen que observar las obligaciones sobre diligencia debida en el campo de la lucha contra la corrupción para ver la enorme repercusión que han tenido las estructuras regulatorias y de cumplimiento a la hora de cambiar las prácticas empresariales y reducir los daños.

Sin embargo, eso no significa dejar de prestar atención a las medidas de reparación. Sin estas, la verdad es que no puede haber derechos. Por eso hay que presionar de manera constante para asegurarse de que los Estados eliminen las barreras a las medidas de reparación en este contexto y para garantizar de forma específica que se abran vías jurídicas a través de las cuales los afectados puedan exigir responsabilidad por las violaciones de sus derechos. Parte de ese esfuerzo requerirá comprender los retos específicos que supone presentar demandas judiciales contra las empresas, como las limitaciones jurisdiccionales. Sin embargo, más allá de estas cuestiones legales, es preciso realizar un trabajo fundamental que apunte a fortalecer la capacidad de todos los países para elevar casos judiciales por violaciones de derechos humanos contra las compañías. Eso implica la interposición de demandas estratégicas para permitir la formación y la consolidación de precedentes, además de otros esfuerzos más básicos como la capacitación de los fiscales y jueces en materia de empresas y derechos humanos.

Cuando las dos clases de medidas están relacionadas, y las de reparación tienen también claros resultados preventivos, entonces se llama la atención pública sobre las violaciones de los derechos. Eso es cierto sobre todo en el contexto de la globalización económica, en la que las empresas pueden ser consideradas responsables globalmente por las consecuencias negativas de sus acciones para individuos o comunidades específicas. Por ejemplo, los efectos dañinos de las acciones extractivas de una empresa en una comunidad rural de Colombia podrían ser parecidos a los que esa misma compañía causa a una comunidad en Ghana. Las medidas de reparación adoptadas en Colombia podrían tener un valor real a la hora de cambiar la forma de operar de la empresa y, por lo tanto, prevenir o mitigar las violaciones derivadas de su actividad en Ghana. En otras palabras, las medidas de reparación podrían garantizar

la prevención de daños similares no sólo para una comunidad específica, sino también para otras afectadas potencial o realmente por las prácticas de una empresa.

Conclusión

El panorama de la actividad en el campo de las EDH está ampliándose bastante más allá de los PR. Eso no quiere decir que el proceso de elaboración de los PR y su apoyo subsiguiente por los Estados no hayan sido fundamentales para profundizar el compromiso de empresas y Estados con respecto al cumplimiento de sus respectivos deberes y responsabilidades de respeto por los derechos humanos. Sin embargo, significa que no hay una relación causal clara. En ese mismo sentido, el desarrollo de estándares en la esfera internacional, regional y local no debería ligarse necesariamente tampoco a los PR o a los mecanismos de seguimiento en el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Aunque la elaboración de un tratado en Ginebra tiene eco entre los activistas, porque para ellos así se acabaría con la impunidad, hay algunos retos prácticos significativos que hay que abordar de manera directa antes de que un proceso político como ese pueda tener valor real. Dicho esto, hay varios marcos alternativos que los activistas deben tener en cuenta, imaginando enfoques creativos y sistemáticos para hacer avanzar el programa de empresas y derechos humanos. En última instancia, no hay un remedio mágico en la lucha para acabar con la impunidad de las empresas ni para conseguir el respeto por los derechos humanos en la práctica. Los activistas que defienden un programa vigoroso sobre EDH tienen que seguir recurriendo a la variedad de medios disponibles de influencia jurídica y política existentes, o a aquellos que puedan ampliarse o crearse.

9. ¿Qué viene ahora para las empresas y los derechos humanos?

Un enfoque desde los movimientos sociales

Louis Bickford

El movimiento internacional de los derechos humanos se encuentra en un momento apasionante de su historia, y el campo de las empresas y los derechos humanos (EDH) se está convirtiendo en una de sus principales áreas de actividad, interés, investigación y acción (véanse, entre muchos otros, Abramovich y Rodríguez Patrínós, 2011; Neier, 2012; Becker, 2012). Este capítulo sostiene que las empresas y los derechos humanos, en tanto ámbitos de intervención de un movimiento con fines más amplios, acaso sean todavía más importantes e influyentes en el futuro, lo que en última instancia producirá cambios significativos en el comportamiento de las compañías. Además, las bases sociales y los actores involucrados en las organizaciones de justicia social y en otras actividades relevantes (como los medios de comunicación y el mundo académico) comprenderán cada vez más que las empresas son entes particulares poderosos, cómplices (y en algunos casos autores) de las violaciones de los derechos humanos. Como es obvio, esta predicción no es infalible. Las decisiones tomadas hoy determinarán si el campo se fortalece o debilita y, a su vez, si con el transcurso del tiempo cambia en la práctica el comportamiento de las empresas en lo relativo a los derechos humanos. Este capítulo pretende apoyar y robustecer los esfuerzos por ampliar el alcance del campo de EDH.

Con el fin de elaborar este argumento, recurrimos a las herramientas desarrolladas por la teoría de los movimientos sociales –marco de estructuración, oportunidad política y organización (también relacionada con la movilización de los recursos)– para demostrar que el ámbito de las empresas y los derechos humanos se encuentra en un momento propicio de su desarrollo como campo, bien situado para tener efectos reales mediante la transformación de la conducta de las empresas y la protección de los derechos humanos. Puesto que este texto tiene su origen en un seminario para discutir el capítulo de Rodríguez Garavito –en el que John Ruggie también estuvo invitado como participante–, mi texto se basa sobre todo en ese capítulo y en la obra escrita de Ruggie, entre la cual se encuentra su libro *Just Business*.

La teoría de los movimientos sociales

Las empresas, como particulares, pueden cometer, y así ocurre, una variedad de violaciones de derechos.¹ Al mismo tiempo, los Estados que al parecer gobiernan en territorios donde actúan las compañías, sean Estados de origen o de acogida, tal vez no protejan a las personas (ciudadanos o no del país) ante los abusos de sus derechos o, desde una perspectiva algo distinta, quizá no puedan hacer completamente efectivos los derechos de los individuos y de los grupos que están en su jurisdicción.

Las violaciones de derechos humanos, a su vez, llevan de forma inevitable al descontento, la frustración y la ira. Aunque esta clase de malestar muchas veces es generalizado, el surgimiento de una acción exitosa organizada que busque transformar estas condiciones no es automático. Se necesitan tres requisitos fundamentales para que emerja la acción colectiva (que idealmente produce cambios) a partir del malestar:

1. un marco coherente que identifique y nomine el o los problemas y sugiera alguna clase de maniobra para solucionarlos;
2. estructuras de oportunidad política que permitan la participación y la posibilidad de influenciar el cambio; y
3. la articulación entre sí de aquellos participantes fundamentales en el campo, como las ONG, que tengan la capacidad individual y colectiva (mediante su iniciativa en redes) de aprovechar esas estructuras de oportunidad política.

Estos grupos deben ser capaces de movilizar recursos (financiación, conocimiento experto, habilidades) y canalizarlos hacia la consecución de su misión y sus fines.²

Esas tres condiciones se cumplen, en distinto grado, en el campo de las EDH, lo que sitúa la cuestión en buena posición para moverse hacia niveles de actividad social más significativos.

1 En general, véase el excelente trabajo de comunicación de información que hace el Business & Human Rights Resource Center, disponible en <www.business-humanrights.org>. También Ruggie (2013: 20-29), donde utiliza datos de ONG y otras fuentes y describe la variedad de derechos que pueden ser negativamente afectados por las empresas multinacionales.

2 Véase, en general, Tarrow (2005). Véase también Kim, J., "Behind the curtain: One theory of social change", 23 de junio de 2014, disponible en <www.fordfoundation.org>.

Marco

Esta sección argumenta que el campo de las EDH tiene un marco fuerte, coherente y relevante, estructurado por normas internacionales y nacionales, resultado de décadas de trabajo por parte de una gran variedad de actores, como defensores de los derechos humanos, activistas sindicales y medioambientalistas, además de líderes empresariales y políticos excepcionales. Eso ha llevado a lo que Tarrow denomina la “creación de un marco global”, que define como “el uso de símbolos externos para orientar reclamacos locales o nacionales” y explica que eso puede

dignificar, generalizar y motivar a los activistas cuyas demandas son sobre todo locales, al vincularlas de forma simbólica a personas que nunca han visto y a causas geográficamente alejadas de las suyas (Tarrow, 2005: 60).

Una manera en que se crea el marco es mediante la identificación y el uso de normas, estándares y derecho internacional por parte de los activistas y a través su empleo como “símbolos externos”. Como es evidente, las normas deben existir. De hecho, muchos defensores de los derechos humanos han buscado, a lo largo del tiempo, fortalecer y promover leyes internacionales como una estrategia fundamental, por ejemplo, al hacer un uso estratégico de los tribunales y de los mecanismos jurídicos en los sistemas regionales de derechos humanos, como el sistema interamericano de derechos humanos, o trabajando en los órganos de Naciones Unidas para desarrollar normas y estándares.

En este sentido, el mandato del Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para las Empresas y los Derechos Humanos (RESG) y los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos (PR) han sido un importante paso adelante en lo que se refiere a la coherencia del marco y han proporcionado un esquema básico para los Estados y las empresas que incluye tres elementos: proteger, respetar y remediar. Es obvio que estos son requisitos mínimos y, como tales, dejan a muchos insatisfechos. No pocas ONG han criticado los PR porque, en su opinión, no van lo suficientemente lejos a la hora de crear expectativas claras –por no mencionar el desarrollo de un derecho internacional– que regulen el comportamiento de las empresas (Deva y Bilchitz, 2013).

Adicionalmente, los PR no son el único instrumento que esclarece las expectativas en torno a los Estados y las empresas. Ambos parten de otras nor-

mas y contribuyen a la creación de nuevas. El universo normativo expansivo de este campo incluye las Directrices sobre Empresas Multinacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), los Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 2011, y algunas normas de los derechos nacionales –como la sección 1504 del proyecto de ley Dodd-Frank para la reforma del sector financiero en los Estados Unidos, que requiere que las industrias extractivas publiquen los pagos efectuados a gobiernos extranjeros– (Albin-Lackey, 2013: 29-40).

En conjunto, estos diversos instrumentos pueden ayudar a crear cierta coherencia normativa en torno a las empresas y los derechos humanos. En otras palabras, estos desarrollos hacen difícil para los Estados o las compañías argumentar de manera creíble que las firmas no son titulares de obligaciones como sujetos no estatales conforme a las normas internacionales de derechos humanos o que los gobiernos no tienen obligaciones claras de proteger a la gente contra las violaciones cometidas por las empresas. Además, desde la perspectiva de los titulares de derechos (y de sus defensores), es igual de difícil argumentar que no existe un conjunto mínimo de deberes que haga efectivos los derechos ante las violaciones de las compañías. Puede decirse con alguna confianza que hoy, además de la ira y de la indignación contra las empresas como incumplidoras de derechos, que ha existido desde la tragedia de Bhopal en 1984, hay un conjunto de normas y estándares que están fundamentalmente claros y que en su forma más básica son recogidos por los PR y otros documentos. Además, el trabajo del RESG a la hora de difundir los PR y fomentar el diálogo sobre ellos en foros importantes, complementado con la existencia del Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y Otras Empresas (GT), ha ayudado a consolidar estas regulaciones. Es razonable afirmar que el proceso ha generado un

cambio en la dinámica del debate sobre empresas y derechos humanos, que ha pasado de una profunda polarización entre los grupos de interesados en 2005, a una comprensión compar-tida de cuáles son los retos en el campo de las empresas y los derechos humanos.³

3 Véanse “Mandate of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises”, A/HRC/RES/8/7, 18 de junio de 2008; y

En época más reciente, los esfuerzos por desarrollar un tratado internacional vinculante, como la resolución del Consejo de Derechos Humanos para iniciar un proceso que concluya en un tratado, es probable que contribuyan más si se alienta el fortalecimiento de un marco global para las empresas y los derechos humanos, aunque las negociaciones sobre un tratado podrían tener justo el efecto contrario: el de enturbiar las aguas.⁴

En resumen, las normas y los estándares internacionales que fundamentan el campo de las EDH han generado un conjunto bastante coherente de “símbolos externos” que los activistas pueden usar para desarrollar un marco global. Ciertos actores podrían reforzar estos estándares internacionales. Por ejemplo, los Estados que implementan planes de acción nacionales, como se explicará luego, podrían dar un paso adicional para fortalecer las normas y hacer que tuvieran una eficacia real (y, en este sentido, cabe defender que es una estrategia normativa preferible a dedicarle más energía a la elaboración internacional de normas, como implicaría el proceso propuesto para la aprobación de un tratado). Tras décadas de elaboración de normas y estándares en esta área, los esfuerzos están necesariamente cambiando su orientación hacia su implementación –y así debe ser–.

En cualquier caso, si en verdad las normas representan una base coherente para un marco global, la siguiente pregunta es si actores relevantes (como las ONG y los líderes de derechos humanos) recurren en la práctica a estos símbolos externos para motivar la acción social. La respuesta breve es sí. Organizaciones como el Business & Human Rights Resource Center (Reino Unido), Global Witness (Reino Unido), Human Rights Watch (Estados Unidos), el Center for Economic and Social Rights (Estados Unidos) y Forum-Asia (Tailandia), entre otras, son profundamente conscientes del poder que tienen esas normas a la hora de estruc-

“Recommendations on Follow-Up to the Mandate”, 11 de febrero de 2011, disponible en <www.business-humanrights.org>.

4 El debate sobre un tratado vinculante toma muchas formas. Un análisis crítico excelente acerca del proceso para la elaboración de un tratado es el de Mark Taylor, “A Business and Human Rights Treaty? Why Activists Should Be Worried”, 4 de junio de 2014, disponible en <www.ihrb.org>.

turar sus programas y actividades en el campo de las EDH y las utilizan con frecuencia en su trabajo (Albin-Lackey, 2013: 29-40).⁵

Aun así, es cierto que, a esos fines, el marco necesita una mayor difusión en el campo de EDH.⁶ Como mínimo, eso implicaría promover más el diálogo global sobre los PR, para poder así forjar una narrativa compartida que hiciera que estos representaran algo real (y no invocaran únicamente un conjunto vacío de estándares internacionales) y fueran accesibles y eficaces en las vidas de las personas. La sociedad civil, y no sólo las ONG, sino también las universidades y los medios de comunicación, son capaces de realizar esta tarea. De hecho, los actores de los movimientos sociales pueden desarrollar tácticas discursivas contrahegemónicas y, en consecuencia, hacer contribuciones útiles que fortalezcan el marco. Por ejemplo, Justiça Global en Brasil está oponiéndose al discurso dominante –aceptado ampliamente– sobre Vale, el gigante brasileño de la industria extractiva. Ese discurso dominante destaca a Vale como una industria líder del Sur Global, que tiene una posición central en las relaciones económicas Sur-Sur. Sin embargo, Justiça Global pretende mostrar a Vale bajo una luz diferente, como una empresa multinacional no muy distinta a sus homólogas del Norte Global. De forma explícita o no, Justiça Global puede apoyarse en el marco de empresas y derechos humanos a menudo reconocido y así respaldar sus intentos por cambiar el discurso, con el fin de desacreditar a Vale y aumentar el riesgo para la reputación de la empresa. Por lo tanto, es evidente que estos esfuerzos pueden llevar a modificar el comportamiento mediante mejores políticas en la esfera empresarial.

En cuanto a la propuesta de desarrollar un tratado vinculante, no sabemos todavía si ese instrumento produciría un marco más claro y difundido. Sin duda, con un tratado exitoso, así sería. En un campo diferente, el de la justicia internacional, el caso del Estatuto de Roma es análogo. Cuando este estatuto entró en vigor, tuvo el efecto de precisar para el mundo la definición exacta de crímenes contra la humanidad y proporcionó un conjunto concreto y articulado de expectativas para los Estados y los individuos cuando hay conflictos. En el mejor de los escenarios, el

5 Véase también “Who Will Be Accountable? Human Rights and The Post-2015 Development and Agenda”, Center for Economic and Social Rights, disponible en <www.ohchr.org>.

6 Una idea relacionada se recoge en el concepto de “vías estratégicas” de Ruggie, puesto que crea “una base mínima común de conocimiento”.

proyecto de establecer un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos conseguiría tener un resultado más o menos igual de sólido.

Las estructuras de oportunidad política

Las estructuras de oportunidad política conciernen a “las dimensiones del entorno político que proporcionan incentivos para que las personas emprendan acciones colectivas, puesto que afectan a sus expectativas de éxito y fracaso” (Tarrow, 2011: 85); entre esas dimensiones, cabe mencionar “la apertura del acceso institucional, los cambios en la alineación política, la presencia o ausencia de influyentes aliados, y la perspectiva de represión o facilitación [de las acciones]” (Tarrow, 2005: 23). En el campo de las EDH, las estructuras de oportunidad política podrían incluir en la esfera internacional: el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH); los Procedimientos Especiales del ACNUDH, como los que se ocupan de las violaciones cometidas por las empresas; el Consejo de Derechos Humanos; el proceso de la revisión periódica universal; los órganos de supervisión de los tratados; los sistemas regionales (como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos); los organismos estatales públicos, como los ministerios de asuntos exteriores o las agencias para el desarrollo que pretenden influenciar en un Estado o en el comportamiento de otros Estados. En la esfera nacional, estas instituciones incluirían los tribunales, los órganos legislativos, los órganos de creación de políticas políticas, los entes administrativos y las instituciones nacionales de derechos humanos (INDH).

El GT ha creado una estructura de oportunidad política fundamental en este campo, puesto que potencialmente ofrece un mecanismo para que los actores de la sociedad civil utilicen los PR. El capítulo de Rodríguez Garavito incluido en este volumen considera el Grupo de Trabajo como una estructura de oportunidad incipiente para conseguir la participación de la sociedad civil. El capítulo central se refiere a un “desarrollo” mediante el cual se supone que el GT debe “elevar continuamente” la interiorización y el cumplimiento de los estándares de derechos humanos. El GT sería uno de los mecanismos de coordinación de los PR. Visto a través de la lente de la participación de la sociedad civil empleada en el texto de Rodríguez Garavito, el GT no tiene la suficiente capacidad (o siquiera la voluntad política) de contribuir a ese desarrollo,

de manera que se produzcan formas diversas de intervención de la sociedad civil en el campo de las EDH. Preguntas adicionales y conexas –como “quién se considera” sociedad civil– plantean también otros retos a la probabilidad del GT de convertirse en una auténtica puerta de entrada al proceso de participación. Aunque el objeto de ese capítulo parece limitarse al GT como uno de los instrumentos de “coordinación”, tanto los PR como Ruggie, en su libro *Just Business*, señalan un gran número de posibles coordinadores, como las INDH, los órganos administrativos y no judiciales, y otros mecanismos estatales. Académicos y activistas también deberían valorar esas otras posibilidades. Parece que el objetivo jurídico debería ser ampliar la participación en las organizaciones actuales encargadas de desarrollarla, y también aumentar el número de puntos de entrada y de estructuras de oportunidad que la permitan. Las críticas y recomendaciones específicas del capítulo de Rodríguez Garavito en cuanto al acceso y la intervención en el GT pueden ser significativas a la hora de fortalecer el proceso dándoles mayor relevancia a las voces de las víctimas y a las contribuciones prácticas que la sociedad civil pueda aportar. Tres ONG con sede en el Sur (Conectas, Dejusticia y Justiça Global) recogen muchas de estas críticas en otra publicación (Dejusticia y otros, 2013).

Los académicos y los activistas pueden recurrir también a las estructuras de oportunidad política y aplicarlas a los andamiajes institucionales que surgirían, sobre todo en la esfera nacional, a partir del pilar “remediar”, aunque ese es el área menos desarrollada en lo que se refiere a participación de la sociedad civil en los PR.⁷ Dicho esto, los PR podrían crear estructuras de oportunidad:

Como parte de su deber de protección contra las violaciones de derechos humanos relacionadas con actividades empresariales, los Estados deben tomar medidas apropiadas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo que correspondan, que cuando se produzcan ese tipo de abusos en su territorio y/o jurisdicción los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces.⁸

7 Véase “The Third Pillar: Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business”, disponible en <www.icar.ngo>.

8 PR, Principio 25.

Esto abre un conjunto enorme de posibilidades para plantear vías de participación para la sociedad civil en torno “al ejercicio de la política del control de la responsabilidad”.

Acción organizada

¿Qué necesitan las ONG para utilizar de forma más efectiva las nuevas e incipientes estructuras de oportunidad política, los puntos de entrada para la colaboración y los organismos de desarrollo de la participación, como el GT? ¿Cómo pueden las ONG contribuir a dar resonancia al marco, globalmente y en sociedades específicas? La respuesta reside en lo que el capítulo de Rodríguez Garavito llama “contrapoder”, que interpreto en esencia como la capacidad de los actores fuertes de la sociedad civil de relacionarse con el Estado y las empresas, o de enfrentarlos, en el desarrollo del campo de las EDH.⁹

A esos fines, un sujeto importante son las ONG internacionales de derechos humanos (ONGIDH). Quisiera señalar que en este momento la definición de ONGIDH como un género o clase de organización está sujeta a cambios. Si bien hace diez años hubiera sido evidente que esa clase de organizaciones se refería, por ejemplo, a Human Rights Watch, Amnistía Internacional y el Lawyers Committee for Human Rights (actualmente Human Rights First), hoy los académicos y activistas podrían aplicar esta categoría a parte del activismo laboral (es decir, el que se concentra sobre todo en la situación laboral de los no nacionales), realizado por organizaciones como la Kenyan Human Rights Commission o el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Estas últimas solían considerarse instituciones “nacionales”, pero ahora actúan en gran parte más allá de las fronteras locales de una forma u otra.¹⁰ A mi juicio, la definición de qué se considera una organización internacional está cambian-

9 Un análisis útil (análogo) sobre cómo las normas internacionales pueden introducir cambios reales es el de la violencia contra las mujeres. La investigación muestra que las normas y estándares internacionales sobre la violencia contra las mujeres pueden tener incidencia real y provocar la adopción de políticas en contextos en los que también existen movimientos feministas fuertes. Véase Htun y Weldon (2012: 548-569).

10 Una marcada distinción conceptual entre organizaciones “nacionales” e “internacionales” fue parte del núcleo de la estrategia de la Fundación Ford

do como consecuencia de la globalización, del aumento de la multipolaridad geopolítica, de la existencia de fuertes ONG nacionales en varios países de todo el mundo que pueden y deben tener –y tendrán– cada vez más influencia internacional, y también de la compleja dinámica de las empresas multinacionales (con los países de origen y los países de acogida, con las cadenas de suministro globales, etc.).

En el campo de las empresas y los derechos humanos, hay un conjunto incipiente de ONGIDH que abordan los problemas mencionados con estrategias y tácticas diversas. Algunas de estas organizaciones, entre muchas otras, son: Business & Human Rights Resource Center (BHRRC); Center for Economic and Social Rights (CESR); Conectas; Dejusticia; International Network for Economic, Social, and Cultural Rights (ESCR-Net); International Federation for Human Rights (FIDH); Asian Forum for Human Rights and Development (Forum-Asia); Global Witness; Justiça Global y Human Rights Watch. Estas y otras ONGIDH ejercen su liderazgo como sujetos participantes en redes (es decir, que tienen influencia en redes globales o regionales) y pueden ayudar a establecer programas de acción en los campos internacionales (usando los PR como puntos de referencia para introducir ese marco en los foros apropiados).¹¹

El capítulo de Rodríguez Garavito aprecia con claridad el potencial de la sociedad civil como “una fuente esencial de presión para conseguir el cumplimiento de los estándares existentes y el progreso legislativo acumulativo”. Además, realiza un análisis detallado de las diferentes formas de participación de la sociedad civil y cómo las distintas categorías de sujetos actuantes (“colaboradores”, “multiplicadores”, “antagonistas”) pueden interrelacionarse de maneras complementarias. Se afirma allí que podrían requerirse algunas formas de acción, como el enfrentamiento, para crear la presión y el contrapoder necesarios para impulsar los PR. Cuando se tienen en cuenta las asimetrías de poder, esta clase de análisis sociológico de los sujetos organizados de la sociedad civil y de sus estrategias parece esencial para determinar las propuestas capaces de canalizar de mejor forma la energía de la sociedad civil. Comprender cómo funciona esta

para apoyar el movimiento de derechos humanos desde 1973. Esta distinción cada vez es más difusa. Véase Korey (2007: 67).

11 Véase la definición de Murdie (2013) de participantes en red. Véase, además, la definición de Carpenter y otros (2009) para el establecimiento de un programa de acción. Véase también Joachim (2007).

dinámica es una tarea fundamental. Por ejemplo, algunas empresas multinacionales consideraran muy probablemente los riesgos para su reputación (aunque seguro que no todas) y, por lo tanto, les importa el peligro de que su imagen pública sufra daños significativos. Eso indicaría que una estrategia viable para presionar en pro de un mayor cumplimiento por parte de las corporaciones sería que la sociedad hiciera visibles las violaciones cometidas por esas empresas, al menos en cuanto a su obligación de “respetar”. Además, con los PR y el GT vigentes, la sociedad civil (ONG, universidades, la prensa) tendrá una importante y diversa intervención a la hora de contribuir a la formación de políticas complejas en la esfera nacional y local tanto en los países de origen de las compañías como en los de acogida. Eso podría incluir el diseño de marcos regulatorios, la formación de políticas públicas relativas al derecho de los contratos, el comercio, el trabajo y el medioambiente, y el establecimiento de un conjunto de mecanismos para conseguir remedios efectivos.

Conclusión

En esta etapa de su desarrollo, el campo de las EDH parece estar preparado para pasar al nivel superior de repercusión social. ¿Cómo lo hará? Apoyándose en una literatura diferente a la de las empresas, pero relacionada con esta, como es la teoría de los movimientos sociales, este capítulo plantea tres diferentes formas de concentrarse en la formación del terreno de las EDH: la elaboración de un marco, las oportunidades políticas y la organización de los sujetos.

Los tres elementos ya existen en algún grado, pero tal vez el más desarrollado sea el marco. Teniendo en cuenta los documentos normativos existentes, del que forman parte los PR, los movimientos sociales tienen mucho material con el que trabajar para exigir el cumplimiento de los derechos, crear agitación, imaginar estrategias de campañas de escarnio público, documentar y exponer las violaciones, y desplegar docenas de otras estrategias que hagan responsables ante la sociedad a empresas y Estados. En resumen, aquí argumento que el marco está en buena forma. Usar una energía y un tiempo preciosos en profundizar el marco distraería esos esfuerzos de otras áreas de trabajo posiblemente más importantes.

Por ejemplo, concentrarse en el proceso de aprobación de un tratado (y luego en crear la infraestructura necesaria para abrir una oportunidad viable de participación) inevitablemente perjudica la labor existente

dirigida a solucionar retos gigantes, como la falta de cumplimiento y la escasa participación de importantes Estados, en especial de los países origen de las empresas. Esta tensión, como es evidente, siempre surge en el desarrollo de los instrumentos internacionales. Sin embargo, un trabajo académico cada vez más sólido sobre los vacíos de cumplimiento ha creado un contexto diferente. Como lo expresa Emilie Hafner-Burton, la evidencia indicaría que el derecho internacional de los derechos humanos tiende a proteger a las personas

en condiciones en las que hay una menor probabilidad de que ocurran graves violaciones de derechos humanos [...]. En contra de la evidencia, gran parte de los esfuerzos políticos de hoy se concentran en crear más tratados internacionales (Hafner-Burton, 2013: 4).

En la segunda área de estudio, la estructura de oportunidad política, este capítulo está de acuerdo con Rodríguez Garavito en cuáles son las debilidades significativas del GT, tal y como está constituido ahora. De hecho, otras estructuras de oportunidad proporcionarían alternativas más viables para presentar reclamaciones contra empresas o Estados.

Este capítulo considera que la tercera área es la que muestra mayor espacio para el desarrollo de la participación: la acción organizada. Concuero con el texto de Rodríguez Garavito en la importancia de fomentar “el contrapoder de los titulares de derechos, las comunidades afectadas y las organizaciones de la sociedad civil”.

En el futuro, la relevancia de la sociedad civil con respecto a los tres pilares puede ser enorme a la hora de exigir la responsabilidad de los Estados ante la sociedad, de conseguir que las empresas respeten sus obligaciones de proteger y de desarrollar e implementar estrategias que pongan medios de reparación a disposición de las víctimas, entre otras cosas.¹²

12 La centralidad de los agentes de la sociedad civil no siempre resulta clara en las explicaciones sobre el mandato del RESG y el desarrollo subsecuente de los PR, ni siquiera en el importante libro de John Ruggie (2013), *Just Business*. Por un lado, Ruggie parece estar de acuerdo con que al menos dos décadas de activismo —con acciones como el escarnio público de los violadores, las acciones judiciales, los boicots y las campañas, las múltiples formas de protesta, la intervención práctica de los grupos interesados, etc.— fueron cruciales para crear el contexto para su mandato y el trabajo que se ha

Las ONGIDH, como parte de la sociedad civil global, pueden ayudar a alcanzar este objetivo. En la práctica, pueden mejorar el campo difundiendo el marco y dándolo a conocer mediante una variedad de estrategias y tácticas, algunas de las cuales serían la comunicación, la creación de narrativas, el relato de historias, la documentación de las violaciones y la interposición de acciones legales. Las ONG pueden también aprovechar las estructuras de oportunidad política, como el GT, que los participantes del campo deberían reforzar y mejorar con el fin de facilitar la participación de la sociedad civil y las ONG. Además, las ONGIDH pueden fortalecer intencionalmente las redes de activismo y otras formas de organización internacional en vistas de robustecer su capacidad para constituirse como un contrapoder.

realizado desde entonces. De hecho, hubo una “larga historia de intentos por hacer responsables a las empresas” (2013: 29). Dicho esto, y aunque el libro a menudo se refiere a los “defensores de los derechos humanos” y menciona individuos, como Ken Saro-Wiwa, o usa conceptos como “agitación civil” (por ejemplo, en Ogonilandia), lo cierto es que sería posible describir una imagen mucho más vibrante del papel que han tenido las asociaciones de las víctimas, organizaciones nacionales de la sociedad civil, abogados, coordinadores de las protestas, ONG internacionales y otros actores de la sociedad civil a la hora de definir el campo de las EDH como un marco capaz de hacer que las corporaciones y los Estados reaccionen y modifiquen su comportamiento, además de tener una mejor disposición a trabajar a favor de los PR. También se podría decir más sobre las contribuciones potenciales de esta misma clase de actores de la sociedad civil. En vez de eso, en el libro de Ruggie los defensores de los derechos humanos aparecen con mayor frecuencia como participantes en debates que crean divisiones y que llevaron a un “normicidio” cuya necesidad era evidente (2013: 30).

10. Entorno regulatorio de las empresas y los derechos humanos

Vías en la esfera internacional e ideas sobre las funciones de los grupos de la sociedad civil

Juana Kweitel*

El activismo está ante un momento decisivo para conseguir un entorno regulatorio más efectivo para las empresas y los derechos humanos (EDH). La adopción reciente de una resolución del Consejo de Derechos Humanos (CDH) en junio de 2014, que establece “un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre un instrumento internacional jurídicamente”,¹ podría constituir un punto de quiebre.

En este capítulo comparto algunas ideas sobre el futuro de la agenda sobre empresas y derechos humanos. La primera sección examina las tendencias normativas e institucionales en la esfera internacional, incluidas la discusión sobre el tratado por venir y el papel de Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos (GT). La segunda parte considera la función de los grupos de la sociedad civil y analiza cómo mejorar sus capacidades para fortalecer la acción colectiva.

Vías en la esfera internacional

La propuesta de un tratado

Muchos activistas de derechos humanos con una posición crítica hacia los Principios Rectores (PR) los equiparan a una norma voluntaria, como los códigos de conducta empresarial, hoy generalizados, y los estándares voluntarios de las industrias. Los críticos, que parten de la premisa de que el “derecho blando” y la voluntariedad son ineficaces para cambiar el comporta-

* Me gustaría agradecer a mi colega Caio Borges por el intercambio que tuvimos acerca de algunas de las ideas de este capítulo. Los posibles errores del texto son míos.

¹ Resolución A/HRC/26/L.22/Rev.1., adoptada en la sesión 26ª del Consejo de Derechos Humanos (CDH), el 25 de junio de 2014.

miento de las compañías, proponen solucionar las debilidades de los PR con un tratado vinculante. En mi opinión, esa es una interpretación errónea.

Los PR reestructuran la discusión sobre los deberes de derechos humanos de los Estados y de las empresas al tomar como base el derecho internacional existente. No crean nuevas obligaciones (Ruggie, 2013: 124);² sin embargo, si bien no pueden considerarse un estándar voluntario, tampoco contienen un mecanismo sólido de cumplimiento.

Las organizaciones de la sociedad civil (OSC) revivieron el debate sobre un instrumento legal vinculante impulsadas por la ausencia de un mecanismo de cumplimiento de los PR y por la debilidad del GT responsable de su implementación. Pero aquí es donde termina el consenso, puesto que los diferentes sujetos tienen distintas opiniones sobre la estructura, el contenido y el funcionamiento apropiado del tratado requerido, aspectos que continúan indefinidos. Ahora, analizaré brevemente las dos claras ideas planteadas por Rodríguez Garavito en el capítulo central y por Ecuador en su propuesta de 2014 a favor de un tratado, que dio lugar a la discusión actual en el seno de Naciones Unidas.

La limitación a las graves violaciones de derechos humanos

En su capítulo, Rodríguez Garavito analiza la posibilidad de un tratado vinculante que se ocupe de graves violaciones de derechos humanos cometidas por las empresas. Entre las diversas opciones a la hora de formular un tratado, estudia la posibilidad de un acuerdo vinculante sobre la complicidad empresarial por graves violaciones de derechos humanos y su aplicación extraterritorial. Esa perspectiva se alinea con la declaración pública del ex Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para las Empresas y los Derechos Humanos (RESG), en la que propuso un instrumento que se ocupara de “las peores violaciones de derechos humanos” cometidas por personas jurídicas. Sin embargo, aquellos que defendían una herramienta legalmente vinculante que tratara sólo “las violaciones de derechos humanos más grotescas” no han presentado argumentos lo suficientemente convincentes para adoptar ese enfoque tan restrictivo.³

2 “Los PR constituyen una plataforma normativa y prescripciones superiores de política pública para fortalecer la protección de los derechos humanos contra los daños relacionados con las empresas.”

3 Ecuador no reiteró esta visión restrictiva en su resolución para un nuevo instrumento internacional sobre empresas transnacionales y otras empresas. El ámbito

En un informe de 2008, el RESG mostró que la lista de violaciones de derechos humanos cometidas por las empresas contiene todas las clases de derechos humanos internacionalmente reconocidos (Ruggie, 2013: 20). ¿Pueden las violaciones de los derechos sociales y económicos considerarse “graves violaciones de los derechos humanos”? Si es así, ¿bajo qué circunstancias?

El concepto mismo de “graves violaciones de derechos humanos” no es claro y está poco definido. En su Guía Interpretativa,⁴ la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH), al tiempo que reconoce que “no hay una definición uniforme de las graves violaciones de derechos humanos en el derecho internacional”, incluye expresamente en esa categoría el genocidio, la esclavitud y las prácticas asimilables, las ejecuciones sumarias o arbitrarias, la tortura, las desapariciones forzosas, la detención arbitraria y prolongada, y la discriminación sistemática. La OACDH declara que las violaciones de los derechos sociales, económicos y culturales pueden pertenecer a la categoría de violaciones de los derechos humanos si “son graves y sistemáticas”, como las “violaciones que tienen lugar a gran escala o están dirigidas a grupos específicos de la población”.⁵

futuro del documento englobará, por consiguiente, todas las violaciones de derechos humanos, a menos que los promotores y los Estados en general decidan seguir un camino diferente en el transcurso del proceso de elaboración.

4 Véase “The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An Interpretive Guide”, HR/PUB/12/02, 2012.

5 Este enfoque conceptual sobre las “graves violaciones de derechos humanos”, a pesar de su falta de precisión, está guiando el trabajo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) en su estudio sobre medidas de reparación nacionales más efectivas para las graves violaciones de derechos humanos. En el informe encargado por el ACNUDH para servir como documento marco de estudio, Jennifer Zerk se refrena a la hora de intentar otra definición de “violaciones graves de derechos humanos”. Como destacó Flavio Siqueira en un informe interno de Conectas, merece la pena señalar que la sección “remedios” de los PR (Principios 25-31) no especifica que su ámbito esté limitado sólo a las graves violaciones de derechos humanos. No hay ninguna norma o comentario contenido allí que le dé prioridad a las medidas de reparación para graves violaciones de los derechos. De hecho, toda acción hacia la realización del derecho a obtener medidas de reparación debería basarse en un comentario al Principio 12, que declara que “las actividades de las empresas pueden tener un impacto sobre prácticamente todo el espectro de derechos humanos internacionalmente reconocidos”. En este sentido, todos los derechos humanos internacionalmente

Como puede observarse, esta indicación es todavía vaga y genérica. Por ejemplo, si se piensa en la situación latinoamericana, a pesar de la importancia del primer conjunto de graves abusos de derechos humanos que ocurren en la región (desapariciones forzadas, trabajo asimilable a la esclavitud, etc.), las violaciones de los derechos tradicionales e indígenas a la tierra, y el derecho a la autodeterminación son tan problemáticos y serios como los primeros. ¿La OACDH, el GT u otros órganos internacionales relevantes consideran esas violaciones específicas del derecho a la tierra y a la autodeterminación (y a otros, como la integridad física y mental, el derecho a la salud, etc.), en esos contextos particulares, como “graves violaciones de derechos humanos”?

La propuesta de Ecuador: el establecimiento de un grupo de trabajo intergubernamental abierto

El 25 de junio de 2014, el CDH adoptó una resolución que establecía un grupo de trabajo intergubernamental, con un mandato abierto, sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, cuyo objetivo era

elaborar un instrumento internacional legalmente vinculante para regular, en el derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales.⁶

Con respecto al ámbito de aplicación de ese nuevo tratado, la resolución lo limita en una nota al pie de página a un párrafo del preámbulo y aclara que “otras empresas” “significa todas las empresas que tienen un carácter transnacional en sus actividades operativas y no se aplica a las empresas registradas conforme al derecho nacional”. Es importante señalar que el documento no restringe el mandato del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta a las “graves violaciones de los derechos humanos”. Hay todavía varias cuestiones e indeterminaciones con respecto a este proceso, pero también algunas certezas. Agrupo las “cuestiones abiertas” en tres áreas diferentes.

En primer lugar, el ámbito y el funcionamiento del futuro tratado sigue siendo poco claro. ¿Se aplicará a todos los derechos humanos y

reconocidos deben hacerse efectivos mediante remedios efectivos y no sólo las violaciones más ultrajantes. Véase Zerk (2014).

6 Véase Resolución A/HRC/26/L.22/Rev.1., cit.

a todos los sectores económicos? ¿Cómo funcionará el mecanismo de supervisión? ¿El proceso llevará a otro órgano de los tratados? ¿Podría tener la forma de una enmienda o de un protocolo a otro tratado? Si es así, ¿a cuál?

En segundo lugar, si se considera que el tratado se ocupará de las empresas transnacionales y de “todas las empresas con carácter transnacional”,⁷ ¿hasta qué grado influenciará las condiciones existentes si los principales “países de origen” de estas empresas deciden no ratificar el tratado? Un hecho sorprendente es que China votó a favor de la resolución.⁸

En tercer lugar, no está claro cómo la adopción de esta resolución afectará la implementación de los PR. Puesto que el CDH la no adoptó por consenso, ¿los desacuerdos entre los Estados afectarán los procesos en marcha para la implementación de los PR? ¿El tratado para la aprobación del proceso los debilitará?

En el lado de las certezas, y si se deja a un costado la discusión algo dogmática sobre la necesidad (o no) de un nuevo instrumento vinculante dirigido a regular la conducta de las empresas, no hay duda de que esta resolución es aire fresco en Ginebra. La coalición de más de quinientas organizaciones que hizo campaña para la adopción de la resolución ayudó a los participantes no tradicionales a por primera vez ser parte de los procesos en Ginebra.

Los intervinientes más experimentados que han acumulado un conocimiento indispensable sobre el tema de las empresas y los derechos humanos y sobre las prácticas de negociación en Ginebra (tanto en público como a puerta cerrada) llevaron de la mano a los recién llegados. Además, aun sin el apoyo pleno de algunas de las ONG internacionales de derechos humanos más activas e influyentes (por ejemplo,

7 Para una crítica del concepto “empresas con carácter transnacional”, véase John Ruggie, “Quo Vadis? Unsolicited Advice to Business and Human Rights Treaty Sponsors”, 9 de septiembre de 2014, disponible en <www.ihrb.org>.

8 En su voto, China manifestó estar a favor de buscar el diálogo y la cooperación a la hora de implementar los PR y garantizar sus efectos reales; destacó las desigualdades entre países en cuanto al desarrollo económico, a los sistemas judiciales y a los trasfondos históricos y culturales; señaló que la formulación de un nuevo tratado es una cuestión compleja y subrayó la importancia de la formación gradual del consenso. En opinión de Ruggie, las condiciones y las carencias expresadas por ese país son pruebas de que su apoyo no “debería darse por descontado”. Véase nota 9.

Amnistía Internacional y Human Rights Watch), la resolución se aprobó. Deberíamos celebrar que Ginebra todavía pueda ser una fuente de sorpresas.

Es irónico que la polarización entre las delegaciones del Norte y del Sur, con una mayoría de países del Norte oponiéndose abiertamente (y con bastante agresividad) a la resolución favorable a un tratado, diera impulso al proceso para la elaboración de un tratado. En su intervención oral, la Unión Europea y los Estados Unidos declararon públicamente que no participarían en el grupo de trabajo intergubernamental propuesto.⁹

Los futuros contornos de esta negociación todavía son difíciles de prever. En cierto sentido, la sesión de junio del Consejo creó una fuerte división entre los Estados, con unos a favor de la “resolución de Ecuador” y otros que apoyaban la “resolución de Noruega” (aunque los resultados de la votación no reflejaron exactamente esa divergencia, puesto que la segunda fue adoptada de manera unánime y la primera obtuvo 13 abstenciones y 14 votos en contra). Esa segmentación existente entre los Estados acerca de la cuestión lleva a preguntarse si tal división se reflejará o no entre los participantes de la sociedad civil. A pesar del apoyo significativo de cientos de organizaciones al nuevo tratado, muchas otras todavía tienen dudas (del Norte y del Sur por igual), y no están seguras de si el instrumento cambiará en algo la realidad de las violaciones de los derechos.

Una preocupación planteada por algunas de las organizaciones de la sociedad civil está relacionada con el tema de la participación significativa de aquellos que no tienen su sede o representación en Ginebra. ¿Cómo deberían continuar las negociaciones? ¿Cómo pueden los sujetos de la sociedad civil formar una coalición que comparta de forma eficiente la información? ¿Cómo pueden los que participan a distancia asegurarse de que el grupo de trabajo intergubernamental escucha su voz en el Palacio de Naciones? En este punto, estoy de acuerdo con el argumento de Rodríguez Garavito sobre los riesgos que puede implicar concentrarse exclusivamente en un tratado.

9 Véanse declaraciones orales en <webtv.un.org/meetings-events/human-rights-council/regular-sessions/26th-session/watch/ahrc26l.22rev.1-vote-item3-37th-meeting-26th-regular-session-human-rights-council/3643474570001#full-text>.

Los defectos del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas

La frustración con el desempeño del GT desde su creación ha promovido también un apoyo sustantivo a la iniciativa para elaborar un tratado. En 2013, tres OSC latinoamericanas –Dejusticia (Colombia), Conectas (Brasil), y Justiça Global (Brasil)– crearon el “Observatorio del GT”. Este se propone analizar los informes más importantes del GT, cuestionarse la interpretación restrictiva que el GT hace de su mandato y participar en las sesiones de diálogo cuando están abiertas al público. De esta manera, las actividades del Observatorio han dado una visión clara de los defectos fundamentales del Grupo de Trabajo. En un resumen de los dos primeros años y medio de labor del GT, desde el Observatorio declaramos que:

El GT le ha dado prioridad a algunas de sus funciones en detrimento de otras, con lo que ha perdido su función original como “mecanismo especial del Consejo de Derechos Humanos”. La atención prestada a las “mejores prácticas” y a la divulgación de los Principios Rectores tiende a pasar por alto la principal característica del problema del que se supone que se ocupa: las relaciones de poder asimétricas entre las víctimas y las empresas. Al evitar adoptar un enfoque explícito a favor de las víctimas, el GT contribuye poco a cambiar la lamentable situación que vivimos hoy (Conectas y otros, 2013).

Por consiguiente, concluimos que “el mecanismo debería establecer un plan de trabajo claro, transparente y coherente diseñado para ocuparse de cuestiones específicas” y que

debería recurrir a todas las prerrogativas que se les ha otorgado en su mandato original. Si se consideran los recursos limitados, el GT debería darles prioridad a las iniciativas que buscan fortalecer la protección de las víctimas de las violaciones de derechos humanos cometidas por las empresas.

Dejamos muy claro que, en nuestra perspectiva,

el mecanismo debería analizar las comunicaciones relativas a los casos y requerir información a los Estados y las empresas. Al hacer eso, el GT debería incorporar a su trabajo los

estándares de derechos humanos más elevados que estén disponibles.¹⁰

Con posterioridad a la divulgación del documento, hay otros defectos importantes que se han hecho evidentes para la sociedad civil. En concreto, el GT debe aclarar las siguientes tres características para convertirse en un mecanismo sólido y efectivo de protección de los derechos humanos:

1. composición,
2. transparencia, y
3. criterios para la participación de las empresas.

Argumento que estos tres asuntos están relacionados muy de cerca con el hecho de que “por primera vez el sistema de protección de los derechos humanos de Naciones Unidas se ocupa del papel de los particulares en las violaciones de los derechos humanos” (Conectas y otros, 2013). La naturaleza única del problema plantea retos adicionales.

1. *Composición.* Aunque los miembros del GT necesitan entender el mundo empresarial, deben garantizar que otros sujetos no perciban sus opiniones y actitudes como permisivas o desfachatadamente subordinadas a los intereses corporativos. Sobre este tema específico (y delicado), el GT ha pasado por alto algunos problemas importantes y sus soluciones posibles. El proceso de selección de los miembros actuales del grupo tiene dos deficiencias:

- a. Durante nuestro seguimiento cercano del proceso de selección de los miembros del GT, observé que los candidatos que tenían una perspectiva más crítica de los PR fueron excluidos

10 El intercambio de cartas entre Conectas y Amnistía Internacional y el GT es recogido en el artículo mencionado en Conectas y otros (2013: 22). Es interesante recordar que el GT nunca nos mandó la respuesta, sino que se la envió directamente al Centro de Recursos para las EDH. Esto podría ser una interpretación errónea del legado del mandato del ex RESG. En *Just Business* (2013: 146), el profesor Ruggie explica cómo convenció a los ministros de Asuntos Exteriores para que no le ordenaran intervenir en situaciones de conflicto específicas: “Sentía que había comprendido los problemas, y quería concentrar toda mi energía en desarrollar formas efectivas de abordarlos, y no en identificar todavía más variaciones en sus manifestaciones”.

tras la etapa de entrevistas. Por consiguiente, esta “prohibición” expresa eliminó toda posibilidad de crear un GT con la capacidad de tener discusiones internas basadas en una diversidad de opiniones y visiones del mundo. Este proceso deliberado dio lugar a un GT que carece de una postura reflexiva respecto de los PR. Además, algo de disensión interna hubiera beneficiado al GT, al servir como medio para volver a entrar en diálogo con las organizaciones de derechos humanos.

- b. No se ha adoptado ninguna regla clara en cuanto a la imparcialidad, la legitimidad y la independencia de los miembros del GT. La composición del GT no es tan diversa como podría ser; presenta un sesgo hacia personas que hayan tenido un historial profesional en el mundo empresarial. Me preocupa que el GT no haya realizado ningún esfuerzo por establecer normas específicas que regulen las relaciones previas o posteriores de sus miembros con las empresas.¹¹ Este descuido, la falta de un marco definido para el nombramiento de los miembros y la ausencia de reglas que se ocupen de potenciales conflictos de interés, como períodos “de espera”, ha servido para aumentar la desconfianza de la sociedad civil hacia el GT.

Los miembros de Naciones Unidas podrían haberse ocupado de esos problemas en la sesión de junio de 2014 del Consejo de Derechos Humanos, pero por desgracia no lo hicieron.

2. *Transparencia.* La financiación del GT también ha generado desconfianza. La sociedad civil cuestionó de forma seria quién está apoyando qué. ¿Es aceptable que las empresas financien las actividades del GT? ¿Debería haber una regla que excluyera ciertos sectores industriales o ciertas compañías? ¿Cómo debería el GT revelar esa información?

11 Véase, por ejemplo, la norma del Consejero para el Cumplimiento de Obligaciones Empresariales (CAO, por sus siglas en inglés) de la Corporación Financiera Internacional (CFI): “Los contratos del personal profesional del CAO impiden a los miembros obtener empleo con la CFI o el Organismo Multilateral de Garantías de Inversión (MIGA, por sus siglas en inglés) durante los dos años siguientes a su contratación por el CAO”. Estoy segura de que hay muchos otros ejemplos; el problema fue la falta de voluntad para ocuparse de la cuestión de la independencia.

La lentitud y confusión del GT a la hora de responder a esas preguntas ha provocado una mayor sospecha acerca de su independencia del sector empresarial.¹²

3. *Criterios de participación de las empresas.* Las ONG han criticado duramente la organización del Foro Anual sobre Empresas y Derechos Humanos en aspectos como su metodología o la participación limitada de las víctimas en algunas de las cuestiones más graves en discusión. Sin embargo, otro tema es todavía objeto de mayor preocupación: la falta de claridad en la selección de las empresas que pueden ser invitadas como conferencistas. Por un lado, las compañías, y en especial las más grandes, que operan en varios países, enfrentan retos que necesitan solucionar mediante discusión franca de algunos problemas. Por otro, el GT debería establecer ciertos límites y no invitar a empresas cuya conducta es objeto de denuncias reiteradas por violaciones de derechos humanos para que muestren en público que sus prácticas son “ejemplos positivos”.

Hay varios ejemplos problemáticos del Foro de 2013. Las organizaciones cuestionaron la participación de Total, Repsol, Microsoft, Unilever y Nestlé. En su análisis de este encuentro, Tricia Feeney, de Raid, señaló que:

En un acto de especial insensibilidad, uno de los pocos espacios de intervención disponibles se le dio a Barrick Gold, una empresa minera que en la actualidad está involucrada en un programa muy controvertido de ayuda para mujeres violadas por su personal de seguridad en la mina Porgera en Papúa Nueva Guinea. La Oficina del ACNUDH debería tener cuidado en que este evento no sea utilizado por empresas que buscan mejorar su reputación ya que, de lo contrario, el Foro corre el riesgo de convertirse en una versión abreviada de Davos.¹³

12 Una lista de actividades y socios está disponible en <www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/WGActivitiesAndEngagement.pdf>.

13 Véase “NGOs Should Expose the Limitations of Pragmatism”, 2 de diciembre de 2013, disponible en <www.conectas.org>.

En 2014, en una carta abierta a los miembros del CDH, un grupo de OSC¹⁴ solicitó que el GT atendiera este y otros problemas, pero en última instancia el CDH no hizo prácticamente nada, puesto que la discusión sobre el tratado eclipsó los esfuerzos de los activistas por mejorar el GT.

Las OSC plantearon cuatro puntos principales en su carta:¹⁵

1. El GT debería ocuparse con mayor detalle y coherencia del problema del acceso a las medidas judiciales y no judiciales que remedien las violaciones de derechos humanos relacionadas con las empresas.
2. En su trabajo y sus informes, el GT debe atenerse a los estándares de derechos humanos más elevados, tal y como son recogidos en el derecho internacional de los derechos humanos y en la jurisprudencia de los órganos de los tratados.
3. El GT debería dar prioridad a la implementación de los PR en las instituciones financieras de propiedad estatal.
4. El GT debería aclarar los procedimientos mediante los cuales se ocupa de las presuntas violaciones de derechos humanos por las empresas, ser más transparente en cuanto a sus recursos y gastos de financiación, y establecer un plan definido de trabajo para el siguiente mandato.

Conseguimos un pequeño progreso en el texto de la resolución de Noruega, que hace referencia a los retos en el área de los remedios judiciales efectivos.¹⁶ El documento organizó también un estudio sobre estos desafíos y los incorporó como un nuevo elemento en el siguiente Foro de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos.¹⁷

14 Cairo Institute for Human Rights Studies (Egipto), Center for Applied Legal Studies (Sudáfrica), Centro de Estudios Legales y Sociales (Argentina), Conectas Direitos Humanos (Brasil), Dejusticia (Colombia), Forum-Asia, Indian Law Resource Center (Estados Unidos) y Justiça Global (Brasil).

15 Véase "Open Letter regarding the Draft Resolution on Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises to be Adopted During the 26th Session of the UN Human Rights Council for the Renovation of the Mandate of the Working Group", disponible en <www.conectas.org>.

16 A/HRC/26/L.1, párr. 6.

17 *Ibid.*, párr. 10. La referencia al acceso a los remedios para las víctimas de los abusos de derechos humanos relacionados con las empresas es bastante contradictoria, porque la cuestión se incluye en la agenda del Foro "con el fin de promover la comprensión mutua y un mayor consenso entre los diferentes

Aunque esa resolución se refiere a la jurisprudencia de los órganos de los tratados de Naciones Unidas, los Estados no hicieron ninguna mención explícita a la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas o a la legislación de la Corte Interamericana, que contribuirían a la adopción de los estándares más elevados de derechos humanos. La resolución tampoco mejoró el lenguaje con respecto a los defensores de derechos humanos, no definió las instituciones financieras públicas como una prioridad para la implementación de los PR, ni aclaró los métodos de trabajo.

Está claro para muchos de los que participaron en la sesión de junio –y para varios de los que también intentan optimizar la resolución de Noruega– que las negociaciones sobre un tratado dominaron el programa. Varios de los participantes debatieron en detalle las dos resoluciones y sus consecuencias futuras. En ese contexto, los Estados no evaluaron seriamente el trabajo del GT, en especial con respecto a sus métodos o a sus actividades, de las que no se ocuparon en absoluto.

Roles para los grupos de la sociedad civil

Al analizar los procesos de la gobernanza experimental, Rodríguez Garavito destaca en su capítulo que la “la participación de la sociedad civil en estos desarrollos es una fuente esencial de presión para conseguir el cumplimiento de los estándares existentes y el progreso legislativo acumulativo”. También menciona el argumento de Elliot y Freeman (2003) de que la coexistencia de antagonistas y colaboradores benefician la protección efectiva de los derechos humanos. Estos dos elementos informan la discusión siguiente sobre cómo la sociedad civil puede mejorar sus esfuerzos para conseguir el control social de la responsabilidad de las empresas por violaciones de derechos humanos.

En primer lugar, las organizaciones de derechos humanos deberían retomar la supervisión del GT mientras el proceso para la elaboración de un tratado avanza de forma paralela. Los que estamos en las OSC tenemos que mejorar lo que hace el GT, logrando que las quejas de las víctimas lleguen a Naciones Unidas y trabajando para llenar los vacíos re-

puntos de vista”, en lugar de establecer una visión clara de las deficiencias y sobre la necesidad de desarrollos adicionales.

gulatorios. El GT también debería desarrollar una herramienta para documentar y medir el grado de repercusión de los PR en el “mundo real”.

Nos inclinamos por un movimiento de derechos humanos rico y diverso que se ocupe de las violaciones de derechos humanos. Prevemos cinco prioridades para los años venideros.

Documentar las violaciones

Los informes que contienen casos bien documentados de violaciones de derechos humanos por las empresas son una de las herramientas más importantes para revelarlas y hacer que intervengan los interesados para poner fin a las injusticias y la impunidad. A pesar de los recursos limitados, hay un número cada vez más alto de reportes que se ocupan de registrar estos abusos. Los impresionantes esfuerzos de las OSC hacen posible el crecimiento de este acervo de información mediante su compromiso de dar a conocer al público datos sólidos y respaldados con evidencia sobre la repercusión de las actividades empresariales en el goce de los derechos humanos por individuos y comunidades.¹⁸

Algunas organizaciones, como el Centre for Research on Multinational Corporations (SOMO), con sede en Holanda, han publicado documentos que contienen una guía metodológica para las investigaciones que deseen documentar violaciones de derechos humanos cometidas por las compañías. Según ellos, las discusiones abiertas con la empresa sobre los objetivos de la indagación son una característica esencial de este tipo de abordaje. En la primavera de 2014, Conectas, Repórter Brasil y SOMO organizaron un seminario en San Pablo (Brasil) acerca de las metodologías para mejorar los estudios sobre transgresiones de derechos humanos cometidas por empresas. Oxfam y Greenpeace intervinieron

18 Algunos ejemplos ilustrativos de informes preparados por organizaciones brasileñas son: el informe sobre los defensores de derechos humanos de Justiça Global (“Na Linha de Frente III”), disponible en <www.global.org.br>; la publicación de Conectas y la Comisión Internacional de Juristas (ICJ, por sus siglas en inglés) (2011) sobre los obstáculos a las medidas judiciales efectivas en el caso de violaciones de derechos humanos por las empresas en Brasil; y el estudio de caso de la Brazilian Interdisciplinary AIDS Association’s y la Intellectual Property Working Group sobre las empresas farmacéuticas transnacionales que actuaban en Brasil (“Empresas Transnacionais Européias na América Latina: Estudo de Caso de Transnacionais Farmacêuticas no Brasil”), disponible en <www.enlazandoalternativas.org>.

como conferencistas, entre otras agrupaciones. La propuesta convocó a más de quince instituciones que trabajan de forma directa o indirecta en el campo de las EDH, en cuestiones como los derechos a la tierra o la regulación de los derechos de los niños. Es probable que ese seminario haya sido la primera reunión en Brasil cuyo fin específico era compartir experiencias y mejorar las capacidades de los participantes para realizar investigaciones con el objetivo de documentar los casos de abusos de derechos humanos relacionados con las empresas.

El curso les permitió a los participantes compartir algunas prácticas buenas e innovadoras. Por ejemplo, el colectivo Movimiento de los Pueblos Afectados por Vale¹⁹ emplea estrategias activistas creativas para difundir información sobre las violaciones de derechos humanos ligadas a las actividades de esa compañía. Haciendo uso de recursos humorísticos (a pesar de la seriedad del contenido), ese colectivo publica cada año “El informe de sostenibilidad sobre Vale”. Este reporte “no oficial” tiene la doble intención de llamar la atención de los inversores y de la sociedad sobre las prácticas controvertidas de sostenibilidad de la empresa minera y también presentar una alternativa al relato oficial. Los colores y el diseño de este documento son los mismos que la empresa usa para sus propios informes (véase International Movement of People Affected by Vale, 2012). Además, los miembros del Movimiento compraron una acción de Vale con el fin de acudir a las reuniones anuales de accionistas y tener la posibilidad de hacer denuncias y criticar las opiniones y declaraciones de los gestores de la empresa a los inversores.

Algunos de los principales obstáculos para documentar las violaciones son la dificultad de probar la causalidad entre las acciones de las empresas y su repercusión en los derechos humanos, y la de conseguir apoyo técnico para obtener pruebas. Una de las cuestiones más urgentes es la necesidad de que un equipo de expertos independientes (antropólogos, biólogos, ingenieros, etc.) apoye la elaboración de los casos. En muchos países, hay una carencia casi absoluta de ciertas clases de profesionales, como ingenieros químicos autónomos que hagan pruebas en los hechos de contaminación del aire y del agua. En ocasiones, las universidades han tenido una importante participación como voces expertas. Por desgracia, ha habido situaciones en que investigadores independientes, bien conocidos en sus campos e incluso vinculados a instituciones prestigiosas, sufrieron amenazas. Un caso emblemático en Brasil es la

19 Vale es una empresa minera brasileña y una de las más grandes del mundo.

demanda judicial presentada por la empresa alemana ThyssenKrupp Companhia Siderúrgica do Atlântico (TKCSA) contra los investigadores de la Universidad Federal de Río de Janeiro (UFRJ) y la Escuela Nacional de Salud Pública (ENSP) de la Fundación Oswaldo Cruz (Fiocruz), tras estudios complementarios que vincularon las actividades de la empresa a violaciones de derechos humanos en el lado oeste de Río de Janeiro.²⁰

Es debido a la experiencia brasileña y a las discusiones que tuvieron lugar en el seminario celebrado en San Pablo que pensamos que la sociedad civil precisa con urgencia mejores estrategias para difundir los materiales y la evidencia recogida en su trabajo. Las organizaciones y los grupos de derechos humanos de las poblaciones afectadas necesitan aprender cómo usar los medios de comunicación sociales y la prensa para influenciar a la sociedad. En sus maniobras generales, las organizaciones de derechos humanos deberían continuar dándole prioridad al activismo dirigido a los consumidores.

Campañas

En lo referente a las campañas, la de Oxfam “Behind the Brands” [“Detrás de las marcas”] se muestra con frecuencia como ejemplo de éxito. La Behind the Brands Scorecard, una tabla de clasificación de prácticas, evalúa las políticas de suministro de las diez empresas más grandes de bebidas y alimentación. Utiliza exclusivamente la información disponible al público relativa a las políticas de estas empresas con respecto a las materias primas que compra de los países en vías de desarrollo. Esto podría servir como modelo para otras organizaciones sobre nuevas formas de difundir la información.

Al comparar el uso de herramientas innovadoras por Oxfam con la actitud más clásica de las campañas de derechos humanos, hay tres elementos que son relevantes. En primer lugar, aunque haya una rigurosa investigación detrás de las campañas, la difusión del informe no debería ser un fin en sí mismo. Los activistas deberían buscar que la cuestión formara parte del programa de acción y, si es posible, instar a la acción. En segundo lugar, es ineludible tener un plan de utilización de los medios de comunicación. En el ejemplo de Behind the Brands, el consumidor

20 Véase La Oswaldo Cruz Foundation National School of Public Health, “Pesquisadores da ENSP são processados pela TKCSA”, *ENSP Informe*, 28 de octubre de 2010, disponible en <www.ensp.fiocruz.br>.

puede rastrear el producto utilizado, conocer cuál es la puntuación que el producto le da a la empresa y actuar recurriendo a los medios de comunicación sociales. En tercer lugar, Oxfam se involucra en la solución. Si la compañía está abierta a la discusión y el cambio, Oxfam la ayuda a mejorar sus prácticas. Esta capacidad de reconocer el valor de los pequeños cambios, que obviamente no resuelve todos los problemas identificados, continúa siendo un reto para las organizaciones acostumbradas a un activismo más clásico de derechos humanos.

Uso de los tribunales

El uso de los tribunales contra las empresas ha aumentado en todas las jurisdicciones. Los informes de la Comisión Internacional de Juristas sobre el acceso a la justicia y las violaciones de derechos humanos cometidas por las corporaciones, que ahora cubren diez países diferentes, ofrecen la revisión más detallada de casos de esta naturaleza.²¹

Sin embargo, percibimos que —a pesar del uso bastante generalizado de los tribunales en varios países (algunos de ellos del Sur Global)— el debate internacional se ha concentrado en las posibilidades de recurrir a los tribunales en los Estados Unidos, el Reino Unido y Holanda. Los proponentes dedicaron un gran esfuerzo a comprender las limitaciones del Alien Tort Statute (ATS) y la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en perjuicio de un sólido análisis de la perspectiva de usar los tribunales de los países en los cuales ocurren las violaciones.

En numerosos casos, las demandas judiciales en los países en los que tienen lugar las infracciones no arrojan resultados útiles (y los defensores lo saben desde el principio), pero en muchos otros requiere un estudio adicional sobre las vías legales. Necesitamos expandir la utilización de la jurisdicción extraterritorial en más países aparte de los Estados Unidos y el Reino Unido y, por ejemplo, habría que indagar sobre las posibilidades del uso extraterritorial de los tribunales brasileños.²²

21 Los países son China, Colombia, Holanda, Filipinas, Polonia, Sudáfrica, India, Brasil, Nigeria y República Democrática del Congo. Véanse los "Access to Justice Reports" de la Comisión Internacional de Juristas, disponibles en <www.business-humanrights.org>.

22 En un estudio de Conectas y la Comisión Internacional de Juristas (2011), se identificaron elementos de responsabilidad extraterritorial en la Ley de Procedimiento Civil. Los tribunales brasileños pueden determinar la existen-

Nuevas herramientas para el cumplimiento de los Principios Rectores en la esfera nacional

Necesitamos pensamiento creativo para imaginar herramientas más efectivas para la implementación y el cumplimiento de los PR. ¿Tal vez crear puntos focales adicionales en la esfera nacional? ¿O incorporar la aplicación de los PR en los informes de los Estados presentados a la Revisión Periódica Universal? Algunos Estados han desarrollado planes de acción nacionales, como Holanda, el Reino Unido e Italia, pero esos planes carecen de fuerza porque son muy programáticos y no tienen carácter vinculante.

Nuevas coaliciones

Por último, los activistas deberían crear nuevas coaliciones. Las coaliciones amplias, en las que participan “las personas afectadas por” una empresa específica, incluidos los trabajadores, los consumidores, las víctimas de los desalojos forzados o la contaminación, etc., han aumentado en número y sus acciones tienen hoy mayor influencia. Esas asociaciones deberían incluir también a personas en países muy diferentes, puesto que están relacionadas entre sí por un elemento común que va más allá del territorio. Por ejemplo, la red internacional Afectados por Vale ha constituido esta clase de solidaridad transnacional para proporcionar alguna protección a las comunidades y a los movimientos locales que tienen que tratar de forma más directa con las empresas. Con mayor frecuencia son los que sufren las amenazas y los abusos más graves.

Necesitamos también mejorar la interacción entre víctimas, consumidores y sindicatos. Los sindicatos y los trabajadores en general tienen un acceso privilegiado a la información y muchas veces comprenden en profundidad el funcionamiento de la empresa. Es evidente que tienen diferentes intereses que las víctimas, pero si están convencidos de que el sufrimiento de los damnificados es una lucha por la que vale la pena pelear, estas amplias coaliciones con sujetos conocedores de primera mano de la situación pueden conseguir cambios significativos.

cia de una violación cometida en el extranjero si es posible demostrar que la conducta infractora se originó en territorio brasileño, si la violación crea una obligación que debe cumplirse en el país o si la empresa está domiciliada en Brasil. Hay que profundizar este análisis y encontrar o elaborar casos seminales en los que se apliquen estas normas jurídicas.

En última instancia, necesitamos colaboraciones más estrechas entre las organizaciones dedicadas a los diferentes sectores de la actividad empresarial y los titulares de derechos (por ejemplo, industrias extractivas, tabaco, protección de los niños) que compartan de manera más efectiva la información y las estrategias, además de que promuevan un sentido más grande de solidaridad.

Comentarios finales

Trabajar sobre empresas y derechos humanos plantea nuevos retos a las aproximaciones clásicas sobre esta temática. Los conflictos entre víctimas y compañías (que en muchos casos son apoyadas por los Estados) están siempre marcados por la desigualdad. Los que somos parte de las OSC tenemos mucho por hacer y pocos recursos. Por ejemplo, conseguir pruebas es una tarea que nos implica grandes dificultades. Por otro lado, las organizaciones de derechos humanos todavía se sienten incómodas cuando las empresas les solicitan ayuda para mejorar su desempeño y, además, el marco regulatorio, al menos en la esfera internacional, está cambiando con rapidez.

En un contexto tan difícil, es incluso más importante buscar enfoques complementarios en la sociedad civil y la solidaridad entre grupos sociales. En un momento que exige abandonar la desconfianza y los antagonismos, la resolución reciente para elaborar y aprobar un tratado conlleva el riesgo de crear divisiones entre aquellos “a favor” y aquellos “en contra” de esa medida. Necesitamos a todo el mundo. Necesitamos que nuevos grupos se unan a la causa si realmente queremos conseguir un avance sustancial en los próximos años, que termine con la impunidad de los violadores de derechos humanos y mejore el marco regulatorio que estipula la conducta de las empresas.

11. Cometer el delito de ser pobre

La siguiente etapa del debate sobre empresas y derechos humanos

Bonita Meyersfeld*

Los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (PR)¹ y la adopción de la resolución favorable a la elaboración de un instrumento vinculante² por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH) representan la última etapa en la evolución de los intentos por regular las empresas multinacionales (EM). Los partidarios de los PR proponen darles un fuerte impulso mediante planes de acción nacionales (PAN) que los implementen; mientras que quienes están a favor de un tratado vinculante se apartan del énfasis en los PAN y subrayan la naturaleza no vinculante de los PR. Con independencia de si uno considera los PR como la primera o la última etapa de los intentos por regular la conducta empresarial transfronteriza, o como una fase deficiente, todos tenemos que responder a la pregunta: “¿Y ahora qué?”. Este capítulo plantea que tal interrogante requiere un estudio del contexto de la economía global y de sus daños subsecuentes, que –cabría argumentar– constituye la violación más grande de derechos de nuestra época: la pobreza estructural.

El texto abre con un análisis de dos carencias presentes en la estructura de los PR: no tienen en cuenta el contexto de la pobreza ni la relevancia de la política global. Se trata de dos elementos que deben considerarse en el desarrollo de un tratado para que este sea efectivo y complete realmente los vacíos identificados en los PR. Este análisis deriva en un examen de las diversas categorías de sujetos que fueron excluidos o agrupados de manera

* La autora desea agradecer a Tammy-Lynne Bekker por su útil asistencia en la revisión y edición de este capítulo.

1 Véase “Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie”, A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011.

2 Véase “Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos”, A/HRC/26/L.22/Rev.1, 25 de junio de 2014.

inapropiada en el debate de empresas y derechos humanos (EDH). Critico las clasificaciones actuales de Naciones Unidas en Estados, empresas y comunidades afectadas y propongo revisar la categorización de los sujetos, lo cual requiere una exploración profundamente incómoda de los daños que el sistema regulatorio de las empresas y los derechos humanos debería estar abordando, en concreto, la pobreza estructural y la desigualdad económica entre el Norte y el Sur Global. Por último, el capítulo propone dos ajustes globales necesarios para que un marco regulatorio futuro sea exitoso:

1. la cooperación comercial regional, y
2. el recálculo del valor del trabajo humano.

Las deficiencias de los Principios Rectores y los retos que implica un tratado

Defectos de diseño en la estructura de los pilares (proteger, respetar y remediar)

¿Hay algún defecto de diseño en el marco de tres pilares de los PR? No en la teoría, pero sí en la práctica. Los PR descansan en tres pilares, el conocido triunvirato de proteger, respetar y remediar. Su efectividad depende de que los pilares se refuercen entre sí y cada uno de ellos actúe con la máxima fuerza. Su éxito se apoya en la coexistencia de tres requisitos insustituibles: un Estado vigoroso que tiene en su núcleo el interés de los ciudadanos; un fortalecimiento del cumplimiento de las empresas con los estándares de derechos humanos; y, por último, sistemas de medidas de reparación efectivas. Si los tres actúan en conjunto, los PR producirán una estructura valiosa para mitigar los comportamientos empresariales equivocados. Sin embargo, si uno de los tres pilares falla, ¿la estructura general sigue en pie?

El primero de los pilares, la obligación de proteger, por ejemplo, enfrenta la dura realidad de que los Estados receptores en los que operan las empresas multinacionales pueden no cumplir con sus obligaciones internacionales de derechos humanos: proteger a sus ciudadanos de las violaciones perpetradas por particulares. Debido a la necesidad de capital extranjero, los Estados receptores en vías de desarrollo tienden a competir entre ellos por atraer a las firmas extranjeras, lo que consiguen en parte manteniendo una regulación medioambiental débil y costos laborales bajos. Eso, a su vez, produce los con frecuencia discutidos vacíos de gobernanza, debido a que las empresas multinacionales actúan fuera

del alcance jurisdiccional de su Estado de origen. El resultado es una carrera hacia estándares mínimos, en la que la reducción del control estatal a las compañías está acompañada de un mayor número de violaciones de los derechos humanos, de los estándares medioambientales y de las buenas prácticas de gobierno (Meyersfeld, 2011: 174).

¿Qué pasa cuando las empresas multinacionales escogen de manera deliberada Estados con niveles muy altos de pobreza y con estándares regulatorios bajos precisamente para evitar los costos superiores asociados con hacer negocios en las economías desarrolladas? ¿Qué pasa si una empresa opera en un Estado que permite la comisión de violaciones de derechos humanos o está involucrado en ellas? ¿Es justificable que esa compañía siga obteniendo ganancias? O, lo que es más probable, ¿qué pasa cuando hay un sistema regulatorio incoherente y una empresa multinacional explota esa incoherencia para maximizar sus utilidades, aunque sepa que a continuación pueden producirse violaciones de los derechos humanos y pobreza? ¿Qué pasa si estas situaciones se desarrollan en detrimento del Sur Global y en beneficio del Norte Global y las economías emergentes?

Cuando las exigencias globales y económicas los ponen a prueba, los pilares se agrietan, a veces con pequeñas fisura, y pueden repararse, pero también con fallas estructurales, que debilitan la totalidad del marco (Deva, 2012b).

Errores de diseño en las consultas sobre sus pilares y en su definición

Los PR, como pasa con todos los instrumentos internacionales, son producto de procesos en los que predomina la negociación, con grados variables de poder y control. En este contexto tan politizado, el Norte Global fue el principal impulsor de los PR, aunque el Sur Global no estuvo ausente. Sin embargo, hay dos importantes preguntas que deben responderse: ¿quiénes fueron los participantes del Sur Global? ¿Intervinieron en el mismo grado que las empresas y los Estados del Norte Global?

En conjunto, las consultas del Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para las Empresas y los Derechos Humanos (RESG) se dieron con sujetos fuertes y privilegiados ubicados en posiciones empoderadas.³ Los individuos que asistieron fueron funcionarios es-

³ Si bien hubo intercambios con las comunidades indígenas y locales, los detalles de los PR fueron definidos en las salas de consejos.

tatales, despachos de abogados, sindicalistas, académicos y activistas que representaban a las víctimas. Financiadas en su mayor parte por Estados y empresas, las consultas de las que se ha informado el RESG oficialmente tuvieron lugar en grandes ciudades: Ginebra (4), Johannesburgo (2), Bangkok (1), Londres (2), Oslo (1), Bruselas (1), Nueva York (4), Bogotá (1), Berlín (2), La Haya (1), Copenhague (1), Boston (3), Nueva Delhi (1), Buenos Aires (1), Salzburgo (1), París (1), Toronto (1) y Moscú (1). Trece de esas ciudades están en el Norte Global (si se incluye a Moscú en él) y cinco en el Sur Global. El RESG consultó en ocho ciudades de Europa occidental, una ciudad africana, dos ciudades asiáticas, tres ciudades norteamericanas, dos ciudades latinoamericanas y una ciudad de Europa del Este.⁴

Las consultas africanas se celebraron en Johannesburgo, el motor financiero del África subsahariana y capital económica de una potencia incipiente en los mercados. Johannesburgo es el epicentro de Sudáfrica, donde gran parte de la riqueza y el poder empresarial permanece en manos de una minoría blanca. Es así que esa información nunca puede pretender representar a África en su conjunto o a las diversas partes interesadas de ese continente.

Hay razones muy prácticas por las cuales la atención del RESG se concentró en el Norte Global (por ejemplo, la proximidad a las sedes de Ginebra y Nueva York), pero es una verdad evidente que los PR no pueden aspirar a recoger toda la variedad de intereses existentes en el mundo o responder a ella. No es una crítica a la precisión, eficacia o fuerza de los PR para promover el debate sobre empresas y derechos humanos; sin embargo, sí lo es a la posibilidad de apropiación plena de los PR por todos los implicados.

La omisión práctica en las consultas de alto nivel de las personas que viven en la pobreza, de aquellas que padecen situaciones de conflicto, de las ocupadas en áreas rurales y de los propios trabajadores significa que los PR han recogido sobre todo las ideas de unos sectores mientras que ha excluido las de otros.⁵

4 Véase "UN Secretary-General's Special Representative on Business and Human Rights, Consultations, Meetings and Workshops", disponible en <www.business-humanrights.org>.

5 El ideal de participación de las poblaciones afectadas está en el núcleo de los Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y Derechos Humanos (véase párr. 4 y 5 del preámbulo, A/HRC/21/3, 2012), que exigen la colaboración de

Ese es un reto fundamental para el grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta (GTI) sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, encargado de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante.⁶ Será esencial para la legitimidad del proceso del tratado que se emprendan consultas plenas, no sólo en Nueva York y Ginebra, sino en áreas pobres del resto del mundo.

El mantra “hay que ser paciente”

¿La insuficiente participación repercute en la viabilidad de implementar los PR? Sí. Llegado el momento, los PR podrían ganar fuerza, pero no será pronto. Estos recurren a un enfoque incremental para conseguir instaurar la responsabilidad de las empresas por las violaciones de derechos humanos. ¿Pero son esas medidas de reparación suficientemente significativas cuando se comparan con el problema persistente de la explotación económica? En su mayor parte, las medidas de reparación impuestas a las empresas están caracterizadas por la voluntariedad y la responsabilidad social empresarial que depende completamente de la regulación del Estado en el que operan, aunque a menudo este no es capaz de mitigar el nocivo *statu quo*. Sean cuales sean las fortalezas y las debilidades de esas medidas, están en última instancia determinadas por aquellos que tienen poder y, con pocas excepciones, no hay demasiada evidencia de que estos presenten un compromiso con el cambio o con hacer sacrificios.

El mantra “hay que ser paciente” es razonable, pero es una petición sesgada. Quienes deben ser pacientes son los que viven en la pobreza, mientras que aquellos que se benefician del retraso en las reformas son los que viven comparativamente en la riqueza. Eso les viene bien a quienes tienen el poder de retrasar la reforma y es un sacrificio indescriptible para aquellos que esperan en la pobreza.

Al mismo tiempo, no cabe pasar por alto la política del pragmatismo. El RESG cambió la discusión global sobre las empresas y los derechos humanos y logró una interacción en torno al tema sin precedentes. Por consiguiente, hoy hay dos realidades coexistentes en competencia:

las personas que viven en la pobreza a la hora de elaborar las soluciones para su situación.

6 Véase nota 2.

1. las empresas (y algunos Estados), que no harán reformas con facilidad y necesitan ser llevados con cautela hacia un estándar de cumplimiento de los derechos humanos, y
2. las comunidades afectadas por las violaciones a los derechos humanos, cuyo sufrimiento continúa mientras las empresas multinacionales se acostumbran muy lentamente a la idea de cumplir con los derechos humanos.

Ese retraso se hace especialmente difícil de tolerar cuando aquellos que determinan las circunstancias no comparten las consecuencias por igual con aquellos que padecen el *statu quo*.

La participación limitada de las comunidades y de los individuos afectados en el proceso de consultas tuvo su repercusión en el contenido de los PR y también en el grado en el que las víctimas de las violaciones de derechos los han apoyado y los apoyarán. Ciertamente, esto es un defecto de construcción de los pilares.

Los PR proporcionan una estructura atractiva en su diseño, pero que se sostiene en gran medida, y tal vez en perjuicio propio, en las variables de un Estado fuerte y en la conducta empresarial, sin claras consecuencias en caso de incumplimiento. Estos defectos de diseño no son consideraciones abstractas, pues hay manifestaciones diarias de violaciones de derechos humanos, especialmente en el Sur Global.

Tales fallas estructurales no se atenuarán sin abordar:

1. la desagregación y caracterización imprecisas de la gran multitud de intervinientes relevantes en el campo de las empresas y los derechos humanos, y
2. el diagnóstico impreciso de los daños que hay que subsanar.

En las siguientes dos secciones estudio cada uno de estos problemas.

La desagregación de los intervinientes

Los tres grupos de interés

El debate sobre empresas y derechos humanos oscila en torno a tres grupos amplios de interés: el Estado, las empresas y la sociedad civil.

Esa separación es imprecisa y excluye inapropiadamente –o incluye inapropiadamente en un mismo conjunto– a varios grupos de interés diferenciados en esa tríada de participantes. Esa es una de las principales debilidades de la respuesta de Naciones Unidas a la conducta empresarial transfronteriza, que corre el peligro de pasar por alto importantes puntos de vista. Algunos ejemplos de esta categorización se discuten a continuación.

Estados y empresas

Los PR establecen una distinción entre el papel del Estado y el de las empresas; sin embargo, esta diferenciación es a menudo artificial. En muchas ocasiones los intereses de los Estados (representados por sus gobiernos) y los de las grandes empresas están alineados. Eso pasa en dos contextos: el ilegítimo de corrupción de los funcionarios extranjeros por las compañías, y el contexto legítimo de gobiernos que establecen políticas pro empresa, tal vez beneficiosas para algunos en el país, pero perjudiciales para otros, por lo general para quienes viven en la pobreza y están cerca de las actividades empresariales. Los Estados y las empresas, en otras palabras, representan a menudo los mismos intereses, incluso cuando existe el riesgo de que esos intereses conlleven a violaciones de los derechos humanos.

Estados y ciudadanos

De igual modo, los Estados y sus ciudadanos no siempre persiguen los mismos fines y pueden tener intereses divergentes. Los PR se apoyan en el supuesto de que los sujetos y las organizaciones que trabajan para el Estado actúan cuidando el mejor interés de las personas a las que gobiernan. Eso no necesariamente es así. Los representantes de un gobierno a menudo toman decisiones sobre política pública basadas en visiones de corto plazo conectadas con el siguiente ciclo político que pueden no ser congruentes con los beneficios sociales a largo plazo.

Por lo tanto, la teoría detrás del primer y segundo pilar de los PR depende en cierto grado de una vinculación artificial de los intereses del Estado con los de los ciudadanos. El apoyo de un Estado a los PR para regular las empresas parte de la ficción de que el Estado actúa o actuará en el mejor interés de los ciudadanos. Vemos esto, por ejemplo, en el Plan de Desarrollo Nacional sudafricano y en la legislación correspon-

diente para las grandes obras de infraestructura.⁷ Estos planes buscan el crecimiento de la economía y bien podrían contribuir al incremento del producto bruto interno sudafricano. Sin embargo, la verdadera cuestión es saber si ese plan está pensado realmente para favorecer a los pobres y mejorará las condiciones en que vive la mayoría. El aumento de la riqueza sólo interesa a las personas de un país si esa mejora les llega a ellas. La desigualdad se ve exacerbada por la proliferación de la fuga ilícita de capitales en la región sudafricana, en la que Sudáfrica es, tras Nigeria, el segundo país con un mayor nivel de fuga de capitales (Kar y Cartwright-Smith, 2010).

El desarrollo y los planes de crecimiento de los Estados del Sur Global no siempre promueven la erradicación de la pobreza. Es demasiado simplista sugerir que las empresas que actúen en esas jurisdicciones deberían evitar causar daños cuando el componente fundamental de sus actividades, con el apoyo de gobiernos cómplices, implica sacar del país las ganancias que obtengan de ellas. La regla no es que los beneficios de las EM fluyan hacia las comunidades más pobres (Deva, 2012b).

Por consiguiente, los intereses de los gobiernos no siempre son distintos de los de las empresas. Y en ese sentido, lo que mueve al gobierno no siempre incluye la promoción de los intereses de sus ciudadanos, en especial de los que viven en la pobreza.

Sociedad civil y víctimas⁸

El debate internacional ha agrupado también a varios intervinientes que serían diferenciables entre sí en la categoría de “sociedad civil”. La sociedad civil no es lo mismo que las comunidades afectadas, y estas últimas no son lo mismo que los trabajadores. Cada grupo tiene distintas contribuciones que hacer al régimen global sobre empresas y derechos humanos, y cada uno tiene intereses divergentes (aunque pueden coincidir en parte).

La categoría “sociedad civil”, entonces, incluye una variedad de actores con intereses y aportes al campo enormemente diferentes. Las ONG

7 Véanse “Infrastructure Development Act, 2014” y “National Development Plan, 2030”, disponibles en <www.gov.za>.

8 Reconozco la dificultad de usar el término “víctima”, que tiene connotaciones de debilidad y desposesión. Utilizo esta palabra con respeto y sin suscribir la idea de “victimización”.

del Norte Global tienen más financiación para ocuparse de las violaciones de los derechos humanos, pero están menos cerca de esas realidades. Las del Sur Global, por su parte, tienden a provenir de ciudades en las que trabajan personas con suficiente poder y privilegios para recurrir a la retórica de la indignación contra el abuso de poder. Sin embargo, las “víctimas” siguen estando en gran medida fuera de la esfera de esa forma de activismo.

Las víctimas, que son quienes mejor conocen las violaciones de los derechos humanos relacionadas con las empresas y que las han experimentado, rara vez aparecen en el centro de las discusiones sobre EDH en Naciones Unidas. Sus aportes no son fundamentales para el desarrollo de las políticas que pretenden remediar los problemas que padecen. Las llamadas ONG de base o los movimientos comunitarios tienen recursos limitados y la lucha por la supervivencia diaria significa que no pueden alcanzar el mismo grado de participación que las ONG, los gobiernos y las empresas. Mientras no exista un mandato deliberado para aumentar la intervención de las comunidades afectadas y empobrecidas, el discurso internacional estará incompleto, se trate de la implementación de los PR o del desarrollo de un tratado.

Trabajadores y comunidades afectados

Por último, los trabajadores y las comunidades afectadas no son la misma cosa. A menudo están mezclados unos y otras, pero los trabajadores experimentan una variedad de violaciones de derechos humanos conectadas con la relación que tienen con las empresas mientras que las comunidades afectadas tienen experiencias diferentes, que a menudo están vinculadas de forma indirecta a la actividad empresarial. Hay también una diversidad de tipos de comunidades afectadas, entre las cuales se contarían: la comunidad que surge en torno a una mina, formada por las familias de los trabajadores y las redes sociales; la comunidad de una parte del país que envía sus miembros a minas que están ubicadas en otra parte del país; la comunidad que apoya a los trabajadores agrícolas; la comunidad que apoya a los trabajadores de una fábrica y la comunidad en la que efectivamente residen los trabajadores. Dentro de estas categorías, hay una distinción adicional basada en el género, la edad, la capacidad física, la orientación sexual, la religión, la pertenencia a una tribu, la clase y la salud, que implica necesidades diferentes para cada uno de esos grupos.

En cambio, las empresas sí han sido divididas en diferentes categorías, distinguiéndose las extractivas, agrícolas, de servicios financieros, de ven-

tas al por menor, manufactureras y constructoras. Sin embargo, el proceso de consulta de los PR no ha hecho ese mismo examen minucioso para las víctimas de violaciones de derechos humanos.

La categorización apropiada de los grupos afectados puede ofrecer un proceso más incluyente y colaborar a la solución de las violaciones en el campo de las EDH. Con el fin de promover la responsabilidad global de las empresas, los creadores de políticas públicas tienen que desarrollar una comprensión mucho más precisa de quiénes son los diferentes intervinientes. Esto es importante por dos razones: en primer lugar, no habrá una respuesta adecuada sin que los que están en el centro de las violaciones contribuyan a ella; en segundo lugar, nos arriesgamos a que las reparaciones se las apropien algunos y no todos. La solución actualmente existente está pensada desde la perspectiva de unos pocos que pretenden conocer cuál es la mirada de todos.

¿Cuál es el daño?

El daño que necesita solucionarse no es el escape de gas de Bhopal o la devastación del delta del Níger. Esos son ejemplos o síntomas de aquello que debe buscar resolver una regulación global. También tenemos que reconocer que la mayoría de las violaciones trágicas de derechos humanos ocurren de forma usual y en gran medida en el Sur Global, y que son resultado de proyectos pensados para garantizar el flujo de beneficios al Norte Global.

Los PR no se ocupan del problema ni lo atenúan. El asunto nos obliga a cuestionar las estructuras globales que permitieron el desarrollo de los PR: la estructura del Norte Global ante la del Sur Global (con el BRICS⁹ y las economías emergentes que combinan características de ambos, es decir, que son a la vez víctimas del Norte y autores de violaciones de derechos humanos en otras economías en vías de desarrollo o menos desarrolladas). El daño real es que los beneficios empresariales globales requieren, y a menudo exacerban, la pobreza del Sur Global. Aun así, la pobreza no se identifica como una violación de derechos humanos conforme al derecho internacional que identifica ciertos derechos so-

9 Se trata de las cinco economías nacionales emergentes más importantes del mundo: Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica.

cioeconómicos como derechos humanos; y, sin embargo, una acumulación de las violaciones a los derechos al agua, a la salud, a la vivienda o a la justicia recibe el nombre de “pobreza”. No obstante, la pobreza no se considera una violación de derechos humanos o una infracción del derecho internacional.

Pero la pobreza no es un accidente, es un fenómeno estructural y persiste no debido a las deficiencias de las personas que viven en esa situación, sino a los regímenes globales del comercio y la economía, la política estatal y electoral, y a una desigualdad arraigada, que está bien documentada por los especialistas del desarrollo (véanse Sen, 1999; Oxfam, 2002, 2007). Si aceptamos que la pobreza es una estructura (Oxfam, 2002), podemos identificar los ganadores y los perdedores en este marco normativo: el Sur Global lucha contra la pobreza persistente (exacerbada por las políticas perjudiciales de Bretton Woods) y, en consecuencia, esos Estados se convierten en objetivos de las empresas que buscan reducir costos, regulaciones laxas y una gran cantidad de mano de obra pobre (y, por consiguiente, desesperada).

Es también imposible pasar por alto la pátina colonial que sigue cubriendo el derecho internacional. Por ejemplo, el principal objetivo del derecho penal internacional han sido los jefes de Estado africanos responsables de algunas de las violaciones más indignantes de derechos humanos. Eso alimenta una narrativa de África como territorio peligroso y criminal, en cuyos líderes no se puede confiar a la hora de respetar los estándares de derechos humanos. Al mismo tiempo, ha habido un velo preocupante sobre una variedad de abusos de derechos humanos y de infractores de esos derechos que provienen del Norte Global. Por ejemplo, Charles Taylor se ha convertido en objetivo del derecho internacional penal por su participación en el conflicto de Sierra Leona y la financiación de las facciones rebeldes. Sin embargo, no hay mecanismos para identificar y declarar responsables a los individuos que compran madera o diamantes, y que proporcionan fondos para la guerra. Los millones de dólares que salen de Liberia y Sierra Leona, a menudo depositados en bancos del Norte Global, están lejos del alcance de los ciudadanos de esos países. Además, cuando la máquina global de los préstamos y la asistencia internacionales comience a funcionar a plena marcha, Liberia dependerá de la ayuda y los créditos (frecuentemente bajo condiciones de pago injustas), mientras que la riqueza producida por sus recursos naturales seguirá fuera del país.

Este enfoque sesgado, que sólo tiene en cuenta un punto de vista, alimenta la narrativa de un África nociva y corrupta, con líderes indignos

de confianza a la hora de respetar los estándares de derechos humanos. Los otrora países coloniales, que son los arquitectos de la pobreza, y los organismos de asistencia y crédito internacionales se erigen como los jueces de los Estados africanos y protegen también a sus propios soldados rasos empresariales de toda responsabilidad derivada de la comisión de violaciones de derechos humanos o del exacerbamiento de la pobreza estructural.

Los PR son parte de esta preferencia doctrinal que ha creado una realidad en la cual el Norte Global se beneficia del comercio y del *statu quo* económico; un *statu quo* que no tiene interés en cambiar, pero que debería hacerlo si nos tomamos en serio la reducción de las violaciones de derechos humanos relacionadas con las empresas.

¿Y ahora qué? ¿Requisitos para promover la protección de los derechos humanos?

Tras la adopción por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas de la resolución de Ecuador y Sudáfrica para negociar un tratado vinculante, el debate sobre empresas y derechos humanos se ha polarizado todavía más. No hay necesidad de adoptar un enfoque “dicotómico” con respecto a la cuestión del tratado y los PR. Ambas opciones son viables y, a la vez, defectuosas. Los PR pueden influir en el Estado y en la conducta empresarial, y conseguir algún grado mayor de conciencia y cambio. Un tratado se aleja del voluntarismo y propone obligaciones legales formales con respecto a las violaciones de derechos humanos. Sin embargo, es cierto que los vacíos de gobernanza en el mercado globalizado persistirán y que los PR no están pensados para atenuar ese problema. También es cierto que un tratado es una solución a largo plazo, pero abarcaría sólo una lista exigua de daños por los cuales las empresas podrían ser declaradas responsables, lo que al final exigiría a las compañías responsabilidad por daños menos graves.

La polarización no tiene que ver con el contenido de cada enfoque, sino con el poder. Los poderes económicos más fuertes del Norte Global rechazan agresivamente un tratado mientras que aquellos que lo apoyan lo celebran desde el Sur Global. Los planes propuestos para implementar los PR provienen del Norte Global, al tiempo que la Comisión Europea y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) también favorecen los PR.

¿Qué representa esa polarización? Una división sobre algo mucho más grande: el rechazo creciente al *statu quo* de la hegemonía económica. El sistema de Naciones Unidas propone soluciones globales, escritas por el Norte Global. Aunque tuviera las mejores intenciones, para Naciones Unidas siempre será difícil afirmar que una solución preparada por el Norte Global es una solución global. El diálogo largo y lánguido sobre empresas y derechos humanos no ha incluido como participantes a las madres de los mineros, a los niños que recogen fruta o al comerciante informal de las ciudades de todo el mundo. En verdad, los PR (y el debate sobre las EDH) no son ni globales ni gozan de autoridad, ya que representan sólo las visiones de aquellos que tienen el poder.

Por consiguiente, hay dos condiciones previas para la elaboración de toda solución al problema de las EDH, sean los PR o un tratado: fuertes alianzas regionales y el recálculo del valor de trabajo humano.

Alianzas regionales

Las economías en vías de desarrollo deberían actuar con solidaridad regional a la hora de instaurar estándares de cumplimiento en materia de derechos para las empresas extranjeras (Meyersfeld, 2011: 201). Un órgano regulatorio dirigido por un grupo unido de Estados en vías de desarrollo podría ejercer la variedad de funciones de protección requeridas para lograr la observancia de los derechos humanos por parte de los Estados y las empresas (y tal vez decidir en los conflictos derivados de las violaciones). La propuesta de la Corporate Responsibility Coalition (CORE, una organización que promueve la responsabilidad empresarial), por ejemplo, recoge este concepto de “órgano regulador transfronterizo” con un mandato consultivo y de creación de políticas públicas, junto con un mecanismo de resolución de conflictos (Zerk, 2008).

Imaginemos un ente parecido para una región o para un grupo de regiones, que regule la función de las empresas para mejorar el comercio y los estándares de derechos humanos. Un enfoque regional basado en la colaboración ayudará a invertir el patrón de polarización estatal en muchas zonas en vías de desarrollo. Este patrón ha vivido un ciclo de ventaja comparativa estática, en el cual los Estados relajaron su sistema de protecciones laborales y sus requisitos de propiedad de los recursos naturales con el fin de atraer a los inversores y alejarlos de Estados vecinos con marcos regulatorios más fuertes. La colaboración política

poderosa puede crear un firme sistema de facto que, si está bien equilibrado, es capaz de incentivar las inversiones extranjeras y constreñir efectivamente el daño a los recursos humanos y naturales por parte de los inversores.

La Southern African Development Community (SADC; una organización para el desarrollo del África meridional) sería un caso pertinente. Los miembros de la SADC son ricos en recursos naturales, sin embargo, no han podido usar esa fuerza compartida para crear requisitos de cumplimiento de los derechos humanos para los inversores extranjeros y las EM. El mandato de la SADC es “promover el crecimiento sostenible y equitativo y el desarrollo socioeconómico que garanticen el alivio de la pobreza, con el objetivo final de su erradicación [...] mediante la integración regional”.¹⁰ Este mandato está ligado al objetivo de suscitar “el desarrollo autosostenible fundamentado en la autosuficiencia colectiva, y en la interdependencia de los Estados miembros”,¹¹ cuya actuación debe ser acorde con “los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho”.¹²

Está claro que los Estados miembros de la SADC tienen la obligación de erradicar la pobreza, buscar el desarrollo económico mediante la cooperación y la colaboración, y proteger los derechos humanos. Este objetivo unificado de desarrollo y protección de los derechos humanos proporciona la estructura para el despliegue de las actividades de la SADC, entre ellas la inversión que sus integrantes destinan a sí mismos.¹³ El Tratado de la SADC es muy específico al respecto, e identifica “el comercio, la industria, las finanzas, la inversión y la minería” como áreas en las cuales los Estados miembros deben cooperar.¹⁴

Podría defenderse que el ejercicio de la SADC para desarrollar la región requiere la creación de un marco regulatorio que proteja los recursos naturales y humanos ante la explotación inapropiada. Los Estados individuales, que compiten entre sí y, al hacerlo, reducen el nivel de cumplimiento de los derechos humanos con el fin de asegurarse la atracción de capitales extranjeros, podrían crear requisitos de inversión es-

10 Tratado de la Southern African Development Community (Tratado SADC), art. 5(1)(a).

11 *Ibíd.*, art. 5(1)(d).

12 *Ibíd.*, art. 4(c).

13 *Ibíd.*, art. 2(2)(a)(i) y art. 14(1)(m).

14 *Ibíd.*, art. 21(3)(c).

tandarizados que mitigaran el fenómeno de la carrera hacia mínimos. El progreso de los estándares en la región crearía una cadena de control que mejoraría el cumplimiento de los derechos humanos por EM que, en otro caso, serían explotadoras.

Un ente como ese podría funcionar de una forma muy parecida a las grandes bolsas de valores y aplicar un equivalente a los requerimientos para cotizar en el mercado que imponen esos organismos. La Bolsa de Valores de Johannesburgo, por ejemplo, exige que las empresas cotizantes “muestren la aplicación de un conjunto básico de principios” con respecto, entre otras cosas, a “la sostenibilidad medioambiental, social y económica, con un buen gobierno corporativo para cada una de ellas”.¹⁵ El Comité de Inversiones de la OCDE, por su parte, ha reconocido de modo similar la necesidad de elaborar informes y se ha centrado en ese objetivo para hacer cumplir los derechos humanos en la esfera de influencia de las empresas (OCDE, 2003: 21-22). Los órganos regionales tienen ya un criterio de comparación listo si quieren desarrollar una regulación propia.

El poder de las negociaciones contractuales y el recálculo del valor del recurso humano

La reforma requiere también recalcular el valor financiero atribuido a diferentes condiciones de trabajo. El trabajo, la gestión y la propiedad son categorías de capital valoradas de manera muy distinta en el mercado global. Las dos últimas se consideran mucho más valiosas desde el punto de vista económico que el primero. Es momento de cambiar esa clase de sistema de valor.

La industria minera proporciona un útil ejemplo para explicar esa disparidad. Hay cinco entidades que tienen que intervenir en el proceso extractivo. Sin uno de esos participantes, la minería no es posible. Estos son:

1. el gobierno, que como custodio o regulador de los minerales que están en la tierra, legitima la extracción;

¹⁵ “Johannesburg Stock Exchange Social Responsible Investment Index, Background and Selection Criteria”, JSE y EIRIS, 2007-2009, pp. 2-3.

2. los financiadores, ya que el costo de la minería exige la intervención de instituciones financieras, sin las cuales las actividades extractivas a gran escala podrían no llegar a iniciarse;
3. la empresa minera, que tiene el conocimiento especializado y la experiencia en el manejo de los proyectos;
4. los mineros, porque por muy grande que sea la mecanización, los programas mineros siempre necesitarán de seres humanos que se metan bajo tierra; y por último,
5. todos los proyectos necesitan la comunidad afectada por la minería, incluida tanto aquella de la que provienen los trabajadores como la comunidad afectada que presta servicios a la mina y a sus mineros.

Aunque el proyecto minero necesita los insumos de todas las categorías por igual, los beneficios que recibe cada una de ellas son enormemente diferentes. Ese reparto diferenciado se debe, en parte, a factores como el exceso o la escasez de mano de obra especializada, de mano de obra en general y de educación. Sin embargo, también está determinado por contexto histórico. Hace unos doscientos años, el valor de un individuo se basaba en su raza o género. El trabajo de los hombres blancos ha sido, y continúa siendo, valorado más que el trabajo de otros, aun cuando la contribución de todos valga lo mismo.

Cuando se trata de negociar los términos de un contrato que le asigna un valor al trabajo humano, deberíamos incluir en ellos los conceptos de peligro, esperanza de vida y dificultad del trabajo al lado de los principios de escasez de mano de obra especializada y educación, que son los dos conceptos que determinan actualmente el valor del capital humano.

¿Cómo mejorar este desequilibrio con respecto al valor del trabajo? De nuevo, la minería proporciona un punto de entrada útil para el análisis. La negociación entre las minas y las personas más carenciadas ocurre en un contexto de asimetría de información y necesidades generadas por la pobreza. Por ejemplo, la minería sudafricana requiere que los aspirantes adopten un plan social y laboral para conseguir una licencia minera.¹⁶ En las negociaciones con las comunidades afectadas, las empresas mineras deben detallar la manera en que su proyecto mejorará las vidas de las

16 Mineral and Petroleum Resource Development Act (MPRDA), 2002, disponible en <www.dmr.gov.za>.

personas a largo plazo proporcionando vivienda, educación, sanidad y otras iniciativas parecidas. Sin embargo, la legislación sudafricana permite también a las compañías mineras suspender sus operaciones durante dieciocho meses para el llamado “cuidado y mantenimiento”¹⁷ que las empresas en verdad utilizan a menudo para conseguir más capital cuando encuentran impedimentos imprevistos durante el proceso extractivo. Este cierre temporal socava la promesa del alivio de la pobreza cuando los trabajadores migrantes regresan a casa, sin paga durante años. Cuando una empresa negocia con una comunidad, no discute la posibilidad de los cierres para “cuidado y mantenimiento” durante la vida de la mina. Esas negociaciones son muy diferentes de las que se dan, por ejemplo, entre una empresa minera y un banco, en parte debido a la asimetría de la información.

Los Estados necesitan intervenir en los intercambios regionales e implementar estrategias que mejoren el desigual manejo de información y transformen el poder de negociación actual. Con bases más sólidas para la concertación, el valor extraordinario de la mano de obra humana podría hacerse constar con más fuerza. Eso, a su vez, sería un paso significativo hacia el aplacamiento de la pobreza y, con ello, hacia la reducción de las violaciones de derechos humanos relacionadas con las empresas.

¿Cómo pueden los Estados y las comunidades conseguir eso? Si los colectivos que experimentan las consecuencias de la minería pueden representar a las comunidades que todavía no se han visto afectadas por ella y negociar en su nombre, eso podría mejorar los problemas de asimetría de la información y de desigualdad de medios de negociación en torno a la minería. Los Estados, la sociedad civil y las empresas deberían *facilitar* esos intercambios, que a su vez tendrían que darse entre una comunidad y otra. Así se elevaría la cantidad y calidad de la información, además del nivel de la propia negociación, y podría llevar a proyectos empresariales mucho más estables y equitativos.

Estas sugerencias tienen sin duda deficiencias y consecuencias inesperadas. Sin embargo, subrayan la desigualdad estructural y la aceptación miope de un *statu quo* muy perjudicial, que hace que los líderes del Sur Global continúen divididos por el conflicto, y sus trabajadores, siendo valorados a una tasa radicalmente reducida.

17 Íd.

Conclusión

El sistema de Naciones Unidas, mientras se reforma, debería preguntarse honestamente si incluye a las personas que viven en la pobreza como agentes de cambio o como sujetos pasivos del cambio. Si es lo primero, debe comenzar un tipo diferente de proceso y transformar la naturaleza de la discusión. Si es lo segundo, debemos resignarnos a una lucha profundamente fracturada y potencialmente improductiva para mitigar el problema de las violaciones de derechos humanos relacionadas con las empresas. Debemos preguntarnos, asimismo, por qué hablamos tan poco del régimen de comercio global, que instaura políticas de subsidio y barreras comerciales que perpetúan y arraigan la pobreza. El asunto es fundamental para el debate sobre empresas y derechos humanos; y, sin una evaluación fructífera y honesta de los perjuicios causados por el comercio, la discusión seguirá siendo sólo eso: una discusión.

Conclusiones

El futuro del campo de las empresas y los derechos humanos: una visión ecosistémica

César Rodríguez Garavito

Tras dos décadas de producción intelectual prolífica y de intensos debates sobre política pública, el campo de las empresas y los derechos humanos (EDH) exhibe rasgos que permiten diferenciarlo como un área de pensamiento académico y de práctica. Cada vez más estudiosos se involucran en el tema planteando debates e intercambios, tal como atestigua el presente volumen y otros (véase, por ejemplo, Martin y Bravo, 2015). Revistas especializadas, cursos, centros y libros de texto –señales inconfundibles de un campo de investigación– proporcionan puntos de referencia para esa comunidad de especialistas.¹

En cuanto a la práctica, han surgido estructuras y espacios institucionales que reúnen a los practicantes del campo. Se han desarrollado redes de activismo transnacional (REAT) que se consolidaron en organismos como el Treaty Campaign, el Grupo de Trabajo sobre Responsabilidad de las Empresas de ESCR-Net, la Mesa Redonda de Responsabilidad Internacional de las Empresas, y el Observatorio Conectas-Dejusticia del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas. Mediante comunicaciones en línea y frecuentes reuniones cara a cara, despliegan las diversas estrategias que las REAT siguen en otras áreas problemáticas (Keck y Sikkink, 1998). Intervienen en la política de información (intercambiando datos sobre casos de EDH, con campañas y con desarrollos regulatorios), en la política simbólica (al invocar simbólicamente casos resonantes, relatos o personajes que promuevan la causa de la responsabilidad de las empresas), en la política de influencia (pidiendo a los Estados y las empresas importantes que apoyen acciones o regulaciones contra las violaciones de los derechos humanos) y en la política de rendición de cuentas (exigiéndoles a los Estados y las empresas que cumplan con sus deberes y responsabilidades de proteger y respetar los derechos humanos). El campo

¹ Véanse, por ejemplo, el *Business and Human Rights Journal*, y Bauman-Paully y Nolan (2016).

incluye también un número cada vez mayor de funcionarios nacionales e internacionales que están empleados en los departamentos de EDH existentes en instituciones como defensorías del pueblo y puntos de contacto de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), así como en consultoras especializadas en servicios de supervisión y certificación para empresas con el fin de determinar si cumplen con estándares regulatorios como los Principios Rectores de Naciones Unidas (PR).²

Los colaboradores de este volumen se ocupan de algunos de los debates esenciales presentes en el terreno de las EDH. Teniendo en cuenta que dialogan entre sí y que exponen aquello que comparten y aquello en lo que están en desacuerdo —y que el debate es el propósito mismo de este libro—, no busco aquí extraer conclusiones generales. En vez de eso, cambio de perspectiva para abordar la discusión. Mientras que los capítulos previos adoptaron en gran medida un punto de vista interno del campo, es decir, el de quienes participan como creadores de normas, activistas, académicos comprometidos, etc., aquí adoptaré un punto de vista externo, el de los observadores interesados en una comprensión sociológica de la materia.³

Desde esta posición, doy un paso atrás y me pregunto: ¿qué nos dicen los debates en este libro sobre las EDH como campo? ¿Cuáles serían las direcciones futuras a tomar que aumentarían la probabilidad de que las EDH contribuyeran a mejorar la protección de los derechos humanos en la vida real cuando de la actividad empresarial se trata?

Me ocupo de estos interrogantes en tres etapas. Primero, caracterizo el campo de las EDH a partir de las posiciones y los intereses conceptuales, normativos y políticos presentes en él. Propongo considerar las EDH como un campo incipiente cuyos límites son todavía objeto de discusión, con una variedad de interesados que ofrecen diferentes marcos para entenderlo e incorporar en él unos u otros desarrollos, como la implementación de los PR y la negociación de un tratado vinculante. En segundo lugar, planteo que es útil considerar los debates sobre las

2 Para un análisis de los diferentes actores de la sociedad civil —incluidos REAT y consultores— que participan en el campo de las EDH, véase el capítulo 1 en este libro.

3 Para el análisis de la distinción analítica entre puntos de vista externos e internos (con respecto al campo legal), véase Hart (1961). Para una comprensión sociológica de los campos, Bourdieu (1987: 805-853).

EDH como un caso de una discusión más general sobre la transformación en marcha de los derechos humanos. Destaco cómo las EDH proporcionan oportunidades y suponen retos comunes a otras esferas de la teoría y la práctica de los derechos humanos. Por último, concluyo proponiendo una concepción ecosistémica del campo que podría ayudar a hacerlo avanzar hacia un intercambio productivo con otras áreas y a tener mayor repercusión en la protección real de los derechos humanos.

¿Hacia dónde va el campo de las empresas y los derechos humanos?

Un rasgo distintivo de los campos incipientes o en transición es la disputa por determinar sus límites: ante la falta de paradigmas dominantes, están marcados por debates abiertos entre paradigmas competidores (Khun, 1962). Como han planteado algunos teóricos, los agentes sociales y los analistas plantean marcos competidores que representan distintas definiciones del campo, en función de las diferentes comprensiones y los actores involucrados (Pachucki y otros, 2007).

La disputa está dada tanto por los límites externos como por los internos. Como muestra de manera convincente el capítulo de Jochnick, ya estaban bien asentados otros enfoques de la responsabilidad empresarial basados en la justicia social antes de que en nuestros días creciera el campo de las EDH. Los movimientos abolicionistas, anticoloniales, sindicales, a favor de un desarrollo alternativo y del medioambiente, entre otros, lucharon por hacer socialmente responsables de sus actos a las empresas mucho antes que el movimiento de los derechos humanos internacionales se ocupara del sector privado. Como participantes recientes, los analistas e intervinientes procedentes del ámbito de los derechos humanos están en proceso de demarcar las fronteras de su enfoque, así como negociar su relación con los campos vecinos. Me concentraré en las fronteras externas en la siguiente sección, donde veremos cómo algunas de las aproximaciones a las EDH favorecen la especialización dentro de la temática y límites más claros en comparación con otros abordajes sobre la responsabilidad empresarial, más inclinados a desarrollar enfoques sinérgicos, ecosistémicos, con fronteras más permeables.

Aquí mi preocupación principal son las disputas en torno a los límites internos, es decir, la clase de definición de contornos que es evidente

en las polémicas actuales. Distingo tres tipos de debates: conceptuales, normativos y estratégicos.

Mapas conceptuales del campo

Muchos académicos se centran en la estructuración y reestructuración de los límites conceptuales del campo, como lo hacen varios de los autores de la primera parte de este libro. Desde diferentes perspectivas analíticas, Ruggie, Deva, Melish, Catá Backer, Vargas y yo cuestionamos el marco binario (estándares voluntarios versus no voluntarios) que se ha usado a menudo para caracterizar los desacuerdos en la esfera de las EDH, incluidos aquellos sobre los PR. Aunque llegan a diferentes conclusiones y proponen distintos marcos alternativos, todos reclaman una comprensión más precisa de las cuestiones conceptuales relevantes.

En vez de volver a discutir esos marcos, a los efectos de este capítulo distingo dos variables analíticas pertinentes a muchos de ellos, lo cual permitirá una visión más detallada de la multiplicidad de posiciones. Algunas de las incomprensiones y parte de la acrimonia ocasional entre los involucrados en el intercambio sobre EDH surgen de la confusión de dos variables diferentes desde el punto de vista analítico. La primera es el grado de “vinculación” que conllevan los estándares regulatorios. Las perspectivas opuestas entre enfoques voluntarios y vinculantes (y también las posiciones híbridas entre unos y otros) continúan animando el debate, como muestra la observación participante en las sesiones del Foro de Naciones Unidas sobre EDH y el Foro de los Pueblos sobre EDH que durante años ha organizado la sociedad civil.⁴ Las explicaciones sobre ese contraste de posiciones varían: las propuestas centradas en un tratado vinculante, por ejemplo, podrían deberse en parte a la frustración ante la falta de eficacia de los estándares voluntarios (Deva, en este volumen), a la necesidad de reforzar el contenido expresivo y los efectos de las normas internacionales (Melish, en este volumen), a la inercia de las doctrinas y los enfoques jurídicos tradicionales (Ruggie, en este volumen), a incomprensiones conceptuales (Catá Backer, en este volumen) o a una combinación de todas las anteriores. Más allá de las razones, el hecho es que el grado de vinculación sigue siendo una cuestión recurrente en las discusiones sobre las propues-

4 Para evidencia empírica sobre esta discusión, véase el capítulo 1 en este volumen.

tas regulatorias para las EDH y, por tanto, una variable a reconocer en el momento de cartografiar el campo.

Otra variable que incide es el grado de centralización de los esquemas normativos. Algunos proyectos ponen énfasis en un instrumento regulatorio integrado, como ocurre con la Declaración de Naciones Unidas en favor de un tratado que aclare los deberes de los Estados y las empresas con respecto a los derechos humanos.⁵ Otros tienen dudas fundamentales sobre la factibilidad y la utilidad de marcos integrados a la luz de un régimen jurídico internacional multipolar y fragmentado, y sugieren reforzar la naturaleza policéntrica del campo (Catá Backer, en este volumen).

Las dos variables mencionadas son distintas en lo conceptual y en la práctica. Eso puede apreciarse mejor si se representan las combinaciones de ambas dimensiones (véase tabla 1). La tipología resultante aclara algunas de las posiciones del debate.⁶

Tabla 1. Clases de regulaciones de las EDH

	Vinculantes	No vinculantes
Integradas	Normas de Naciones Unidas	Declaración de Naciones Unidas
Policéntricas	Tratados como los PRNUPD	Principios Rectores de Naciones Unidas Iniciativas de múltiples interesados

5 Para una defensa del papel de los PR como punto focal del campo, véase Ruggie en este volumen. Para una propuesta de Declaración de Naciones Unidas sobre EDH, véase Deva en este volumen. Para una revisión de las formas potenciales y el contenido de un instrumento vinculante de carácter general, véase De Schutter (2016).

6 Uso el término “tipología” en el sentido weberiano para captar el contraste entre los diferentes valores de las dos variables; a su vez, recurro a los valores extremos de las variables (vinculante/no vinculante, integrado/policéntrico) –en línea con el concepto weberiano de “tipos ideales”– para aclarar el contraste conceptual entre ellos. Como sucede con todos los tipos ideales, el contraste entre las diferentes posiciones en acción puede ser menos saliente en la práctica y los enfoques híbridos son comunes. Sobre los tipos ideales, véase Poggi (2006: 24).

La centralización regulatoria es compatible con diferentes niveles de “vinculación”. Aunque algunos autores destacan la necesidad de un tratado sobre EDH jerárquico –de arriba hacia abajo– e integral, otros promueven una declaración no vinculante de Naciones Unidas. Es interesante señalar que si bien los PR son policéntricos en su diseño (Ruggie, en este volumen), a veces sus defensores más fervientes los consideran no sólo un punto focal, sino *el* punto focal de las EDH, con lo que se aproximan a la visión integrada y limitan la experimentación en el campo. Los enfoques policéntricos pueden ser combinados con diferentes visiones sobre la conveniencia y la factibilidad de estándares obligatorios. Si bien un enorme número de iniciativas en sectores económicos específicos apoyan un enfoque voluntario, descentralizado, algunas propuestas a favor de un tratado sobre EDH se inspiran en el modelo de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con su combinación de estándares vinculantes amplios y mecanismos de implementación y evaluación participativos y policéntricos (Melish, en este volumen).

Como ocurre con toda tipología, en la práctica hay posiciones intermedias e híbridas (y, de hecho, son frecuentes). Siguiendo la tabla 1, los PR pueden entenderse mejor como una medida no vinculante situada entre los enfoques integrados y los policéntricos. Aunque son expresamente policéntricos, están pensados para ser uno de los “puntos focales” en el campo, pues fomentan la convergencia normativa hacia un umbral regulatorio mínimo. En comparación con los sistemas jerárquicos integrados, se supone que la fuerza cohesiva de los PR funciona de abajo hacia arriba: las presiones políticas y regulatorias provenientes del Estado, la empresa y la sociedad civil presumiblemente se reforzarán entre sí y mejorarán los estándares de manera progresiva y gradual.

Ese mapa amplio de las posiciones ayuda a entender por qué algunas iniciativas regulatorias, como la de un tratado vinculante, son criticadas desde diferentes perspectivas. Por ejemplo, las objeciones de Ruggie a concentrarse en el proceso de un tratado están ancladas en un enfoque policéntrico no vinculante, mientras que otros como Jochnick y Mehra se oponen a una estrategia única y, en cambio, defienden una combinación de las cuatro variantes de propuestas regulatorias, “siempre, de todas las formas”.

De nuevo, no son las únicas variables relevantes del debate, ni la tipología aquí recogida es la única posibilidad de estructurar las posiciones conceptuales y analíticas existentes. Como se señaló, los esfuerzos de estructuración y reestructuración de los marcos son típicos en los campos

incipientes como el de las EDH, y es por ello que los colaboradores de este libro formulan una amplia variedad de modelos alternativos. En el capítulo 1, por ejemplo, me concentro en el nivel de participación empoderada por los titulares de derechos y sus representantes como variable crucial en el diseño y la evaluación de las regulaciones sobre deberes del Estado y las empresas con respecto a los derechos humanos.

Con el fin de contribuir al progreso del campo, los marcos alternativos no deberían poder defenderse sólo desde el punto de vista conceptual, sino también empírico. Esta es una importante tarea analítica pendiente para la esfera de las EDH. Hasta ahora, la posición central que ha ocupado el derecho y el pensamiento jurídico resultó en que las clasificaciones y generalizaciones normativas, cuyas variables y conclusiones tienden a derivarse del *fiat* normativo, hayan sido predominantes. Eso nos lleva a un segundo conjunto de cuestiones, vinculado a las alternativas normativas y estratégicas, relevante para las diferentes discusiones sobre el campo.

Debates normativos y estratégicos: entre el pragmatismo y el principialismo

Un segundo grupo de debates gira en torno a los principios y estrategias que deberían orientar los esfuerzos por garantizar la responsabilidad de las empresas con respecto a los derechos humanos. Una característica interesante del campo es que esas dos clases de debates se han tratado en una sola discusión, probablemente como resultado de la influyente síntesis del “pragmatismo de principios” que John Ruggie, el ex Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para las Empresas y los Derechos Humanos (RESG), ofreció como enfoque de su mandato. El pragmatismo de principios, según sus escritos, implica

un compromiso ineludible con el principio de fortalecer la promoción y la protección de los derechos humanos en su relación con las empresas, unido a un apego pragmático a lo que mejor funciona para introducir cambios en lo que más importa: las vidas cotidianas de la gente.⁷

7 “Informe provisional del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales”, E/CN.4/2006/97, 2006, párr. 81.

Los diferentes intervinientes en el terreno de las EDH han alabado tanto como denostado el pragmatismo de principios en términos igual de enérgicos.⁸ A los fines de este capítulo, no estoy interesado en ocuparme de esta síntesis específica, sino de deconstruirla en sus partes constitutivas y analizar las posibles combinaciones de esas piezas, con el propósito de cartografiar y mejorar la comprensión de las diversas visiones presentes en el campo.

Las consideraciones normativas están relacionadas con los objetivos orientados por principios que guían el trabajo de los participantes en EDH. La investigación empírica sobre la evolución de la materia—incluida la observación participante en los lugares esenciales del campo y una revisión sistemática de publicaciones gubernamentales, intergubernamentales y académicas—muestra dos de los principios fundamentales en acción.⁹ El dominante, como es obvio, es el cumplimiento efectivo de los derechos humanos en el mundo real. Aunque su concepción de los derechos humanos y el grado en el que ese principio se hace realidad en la práctica varían mucho, casi todos los participantes en el campo lo reivindican como su precepto guía. El otro objetivo encauzado por principios que se observa con claridad, en especial en las declaraciones y actividades de las redes transnacionales de activismo, es la reducción de las asimetrías de poder entre Estados y empresas, por un lado, y las comunidades afectadas, los titulares de derechos y sus representantes, por el otro (véanse Meyersfield, Jochnick, Bickford, Kweitel y Rodríguez Garavito—capítulo de fondo—, respectivamente, en este volumen).

Las consideraciones estratégicas están relacionadas con los medios prácticos a través de los cuales mejorar la protección de los derechos humanos y reducir las desigualdades de poder. La riqueza y la diversidad de mecanismos propuestos para promover esos fines resisten cualquier simple clasificación. Sin embargo, merece la pena subrayar un debate clave que, aunque común en otros campos, ha sido especialmente visible en el de EDH: el que existe entre los enfoques basados en el consenso

8 Para una de las primeras críticas, véase “Problematic Pragmatism. The Ruggie Report: Background, Analysis and Perspectives”, disponible en <www.world-economy-and-development.org>; para un estudio en gran parte favorable sobre la evolución del pragmatismo de principios del ex RESG, véase Catá Backer (2012).

9 Para una descripción de las fuentes y los métodos, véase el capítulo 1 en este volumen.

y aquellos basados en la oposición a los cambios regulatorios y sociales. Si bien los PR han sido criticados por equivocarse en lo que respecta al consenso, hasta el punto de convertirse según algunos en un “mínimo común denominador” (Deva, en este volumen; también Deva, 2013), las iniciativas como la campaña en pro de un tratado vinculante fueron a su vez objetadas por supuestamente pasar por alto la realidad política de los procesos de creación de normas fundados en el consenso en el nivel de Naciones Unidas (Ruggie, en este volumen; también Ruggie, 2013).

Algunos de los debates más acalorados sobre las EDH involucran a participantes que mantienen diferentes enfoques hacia las consideraciones pragmáticas y de principios. Distingo cuatro de esos enfoques. El primero es el principalismo, es decir, un interés superior por los fines normativos unido a una escasa atención a las preocupaciones pragmáticas como la factibilidad política, las soluciones de compromiso y la oportunidad. Como se señaló, los ejemplos de esta visión de *fiat iustitia et pereas mundus* no son raros en el campo de las EDH, en parte debido al dominio continuado del razonamiento y las estrategias basadas en el derecho, hasta el punto de que defender medios de carácter jurídico para conseguir metas sustantivas parece haberse convertido a veces en un fin en sí mismo.

El segundo enfoque es el pragmatismo sin más, es decir, una preocupación dominante por las cuestiones de factibilidad a la luz de las oportunidades políticas reales de cambio, en detrimento de los esfuerzos por expandir esas oportunidades con el fin de conseguir una mayor protección de los derechos humanos y una reducción de las desigualdades de poder. Como señalé en el capítulo 1, si bien los PR están pensados como un umbral regulatorio pragmático, consensual, a partir del cual pueden conseguirse mejoras graduales, en la práctica algunos de estos mecanismos de implementación (en especial el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre EDH –GT–) han seguido un enfoque pragmático casi de manera única durante sus primeros cinco años de funcionamiento.

La mayoría de las visiones presentes en el campo son híbridos entre principalismo y pragmatismo, aunque el acento en unas y otras sea distinto. Se trate de un enfoque o del otro, es el nombre o el adjetivo usado en la frase que los define el que supone una importante diferencia en la teoría y la práctica. Como se ha indicado, la postura del ex RESG es una forma cualificada de pragmatismo en dos sentidos relevantes. En cuanto a los fines, está cualificado por el principio de la promoción y la protección efectiva de los derechos humanos en la práctica. En cuanto a los medios, está inspirado por la creencia en la formación de consensos como el abordaje que mejor funciona para producir cambios en el contexto de

la gobernanza global contemporánea. Las concesiones que implican esas opciones ayudan a explicar tanto los logros como las limitaciones de los PR. La importancia que tiene aquí el consenso, por ejemplo, destaca las ganancias de los PR al convertirse en un punto focal útil en el campo de las EDH y cómo han sido aceptados rápidamente en los círculos empresariales y estatales. También subraya su menor alcance regulatorio (en el sentido de que no reconoce todos los tratados centrales sobre derechos humanos internacionales como fuentes de deberes y obligaciones)¹⁰ y la menor aceptación e influencia entre las organizaciones de la sociedad civil (OSC).

Aunque los capítulos de este volumen no están estructurados explícitamente así, el principalismo pragmático aparece en muchas de las contribuciones a los debates que se dan en el campo, tanto en este libro como en otros lugares. Tal como ocurre con los pragmatistas orientados por principios, quienes adhieren a este enfoque tienen presente a la vez consideraciones normativas y prácticas. Sin embargo, están igual de preocupados por cambiar los límites de lo que es factible desde un punto de vista pragmático, por lo que llegan a recurrir, en caso de ser necesario, a medios no consensuales, adversariales, como las demandas judiciales y las campañas públicas.

En mi opinión, más que un asunto que pueda solucionarse mediante una elaboración teórica, determinar los méritos relativos del pragmatismo de principios y del principalismo pragmático es una cuestión empírica abierta, que puede producir diferentes respuestas en diferentes momentos y con respecto a diferentes debates en el campo. Lo que es seguro es que el criterio para decidir entre uno y otro enfoque sería apoyado por los dos: si contribuyen o no, en la práctica, a la defensa de los derechos de los individuos y las comunidades afectadas por las actividades empresariales.

EDH y el campo de los derechos humanos: límites, transformaciones y retos

Los desacuerdos conceptuales, estratégicos y normativos no son exclusivos de las EDH. Visto desde fuera, desde el punto de vista de un obser-

10 Sobre este punto, véanse Rodríguez Garavito y Deva en este volumen.

vador sociológico, los debates en la esfera de las EDH tienen parecidos sorprendentes con algunas de las principales discusiones sobre el campo de los derechos humanos en general. De hecho, debido a su relativa juventud y destacable dinamismo, el espacio de las EDH muestra con especial claridad algunas de las transformaciones, de los retos y de los dilemas de los derechos humanos contemporáneos.

La oposición activa y la revisión de los fundamentos, los límites y los paradigmas no son exclusivas del campo de las EDH. Como he argumentado en otros lugares (Rodríguez Garavito, 2015), hay un sentimiento de transición e incertidumbre que permea los círculos de derechos humanos en estos días.¹¹ Hay una nueva ola de debates sobre cuestiones fundacionales con respecto al movimiento de derechos humanos (Costas y Gearty, 2014) y se pondera si estamos entrando hoy en su “final de los tiempos” (Hopgood, 2013). Las principales ONG y los activistas sienten que la tierra está hundiéndose bajo sus pies. En palabras del director del programa Witness –una de las principales organizaciones activistas en línea, dedicada a los derechos humanos y participante activo en coaliciones dedicadas a exigir responsabilidad a las empresas por sus actos–, “hay montañas de nueva información y cambios veloces que nos llegan de diferentes direcciones a velocidades mareantes”.¹²

El sentimiento de transición surge de la convergencia de transformaciones estructurales que están moviendo el campo de los derechos humanos en distintas direcciones. En primer lugar, el ascenso de poderes emergentes (como los países del BRICS: Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica) y el relativo declinar de Europa y los Estados Unidos apunta a un orden mundial multipolar. Acompañando el crecimiento desmesurado ya mencionado de estándares de derecho blando y duro, esta tendencia produce un espacio jurídico y político que es al mismo tiempo más amplio y más fragmentado. En este nuevo contexto, los Estados y las ONG del Norte Global no tienen ya un control exclusivo sobre la creación y la implementación de los estándares de derechos humanos, a medida que aparecen nuevos participantes (de movimientos sociales transnacionales hasta empresas transnacionales, pasando por los Estados y las ONG del Sur Global) con una voz influyente. En consecuencia, los procesos que llevan a acuerdos globales generales, como los tratados y las

11 Esta sección se basa en parte en mi artículo de 2015 “The Future of Human Rights: From Gatekeeping to Symbiosis”.

12 Entrevista con Sam Gregory, Marrakesh, abril de 2014.

declaraciones de derechos humanos, se han hecho más difíciles y prolongados, como muestran las negociaciones para pactar normas internacionales vinculantes sobre el cambio climático o las EDH.

En segundo lugar, la variedad de intervinientes y de estrategias jurídicas y políticas se ha expandido considerablemente. Estrategias consolidadas como denunciar en público a los Estados recalcitrantes para estimular su cumplimiento de los derechos humanos son ahora complementadas con nuevas medidas de activismo transnacional que involucran un gran número de actores y objetivos, como los movimientos sociales, los grandes grupos de comunicación, las empresas multinacionales, organizaciones intergubernamentales, universidades y redes activistas virtuales. Es importante señalar que, debido a la creciente relevancia del campo de las EDH, las empresas locales y transnacionales se han convertido en participantes reconocibles como objetivo de las REAT, intervinientes en los espacios de Naciones Unidas como los Foros del GT, miembros de iniciativas promovidas por múltiples interesados e incluso objeto de regulación directa por el derecho internacional (Alston, 2005: 3-36).

En tercer lugar, las tecnologías de la comunicación y la información presentan nuevos retos y oportunidades para los derechos humanos. Como muestran las campañas en pro de la responsabilidad empresarial, coordinadas a través de plataformas digitales del estilo de Avaaz y Change.org, las herramientas como redes sociales, documentales de video, informes digitales, aprendizaje en línea y educación a distancia tienen el potencial de acelerar el cambio político, reducir las desventajas informativas que padecen los grupos marginados y convocar a los grupos nacionales, regionales y globales capaces de tener efectos directos en la protección de los derechos (Zuckerman, 2013).

La incertidumbre resultante no es del todo grata para la comunidad de derechos humanos, que ha enfrentado valerosamente las dictaduras, los abusos de las empresas, la injusticia socioeconómica, el etnocidio y la degradación medioambiental durante décadas. El terminar con más preguntas que respuestas es desconcertante para las ONG, de las que se espera que proporcionen soluciones jurídicas claras y precisas a complejos dilemas morales y políticos.

Sin embargo, hay razones para ocuparse de los retos surgidos para el conocimiento académico y la práctica de derechos humanos. Las transiciones entre modelos estratégicos, paradigmas intelectuales, estructuras de gobernanza, tecnologías o todas las anteriores representan momentos de creatividad e innovación en los campos sociales. En los círculos de derechos humanos, eso plantea una oportunidad importante de recon-

siderar algunos supuestos centrales: quién cuenta como miembro del movimiento de los derechos humanos, cuáles deberían ser los fundamentos disciplinarios del saber sobre derechos humanos, cuáles serían las estrategias más eficaces en un mundo multipolar y multimedia. Hay tensiones y asimetrías importantes –Sur contra Norte, elite contra bases sociales, lo nacional contra lo global– que están discutiéndose de manera abierta con el propósito de superar las divisiones y fortalecer la capacidad colectiva del movimiento.

He estudiado en detalle esos desafíos en otro lugar (Rodríguez Garavito, 2015). En línea con el objetivo de este capítulo, me concentraré en cómo esos retos afectan los límites del campo de las EDH y el de los derechos humanos en general, y cómo diferentes intervinientes en esas esferas están negociando, configurando y reconfigurando dichos límites.

Reconfigurar los límites, acoger la diversidad

Tanto para los participantes como para los observadores de la práctica de los derechos humanos, el rasgo más visible del campo es su inmensa diversidad, que ha crecido enormemente debido a las transformaciones ya mencionadas. Nuevos tipos de participantes, estrategias, redes, objetivos y estándares coexisten con otros ya bien establecidos. Esa pluralidad evidente contradice las perspectivas empíricamente monolíticas, falaces, que ven el campo como una reunión en torno a un conjunto único de enfoques compartidos más allá de todos los límites internos (elite-bases sociales, Sur-Norte, global-local, conocimiento jurídico especializado-conocimiento especializado no jurídico, etc.).

Esa diversidad es evidente, por ejemplo, entre las organizaciones de la sociedad civil en los círculos de derechos humanos. Como ha defendido Amartya Sen (2006: 2913-2927), en lugar de un conjunto de estrategias o de herramientas, el tema unificador para el trabajo de derechos humanos es un compromiso con una forma de razonamiento moral centrada en el valor de todo ser humano y en la importancia de las libertades básicas que son necesarias para una vida digna. Diferentes clases de OSC y de redes, comprometidas por igual con ese fin normativo, recurren a una gran variedad de instrumentos y tácticas. En lugar de una debilidad estratégica o de un hecho diluido por generalizaciones innecesarias, esa diversidad lleva aparejada la promesa de una mejora efectiva de la protección de los derechos humanos en distintos contextos, incluido el de las actividades empresariales.

Bickford y Jochnick han documentado esa multiplicidad en relación con las EDH.¹³ Entre algunas de las OSC presentes en el campo estarían: 1) ONG profesionales de ámbito nacional e internacional, de diferentes tamaños y antigüedad, que trabajan en una variedad de cuestiones sobre derechos humanos (organizaciones del hemisferio norte como Amnistía Internacional, Human Rights Watch o Legal Resources Institute, al lado de organizaciones del Sur Global como Dejusticia y Conectas), 2) formadores de redes y movimientos internacionales (como ESCR-Net, International Corporate Accountability Roundtable o International Federation for Human Rights), 3) organizaciones de movimientos sociales (como la Alianza Social Continental), y 4) organizaciones no asociadas típicamente con la esfera de los derechos humanos que experimentan cada vez más con marcos y herramientas del campo (como Greenpeace y la Rainforest Action Network).

La variedad de estrategias de las OSC es igual de vasta. Además de medidas basadas en el derecho, como las demandas judiciales y la creación de normas internacionales, las OSC recurren al activismo para exigir responsabilidad a las empresas con el fin de influenciar sus objetivos corporativos, empleando “campanas comerciales” que intentan presionar financieramente mediante el escarnio público y que crean un riesgo para la reputación de las compañías que dependen de su imagen de marca; estableciendo relaciones con inversores, banqueros o accionistas con el propósito de conseguir que las firmas escogidas se ocupen de las cuestiones y violaciones de derechos humanos; coordinando campañas globales y locales para presionar de manera simultánea en diferentes puntos de las cadenas de suministro (Jochnick y Bickford, 2016: 187-188).

Jochnick y Bickford señalan correctamente que las formas de intervención de las OSC incluyen no sólo tácticas de confrontación, sino también la negociación e incluso el trabajo conjunto con las empresas dispuestas a colaborar en la mejora de sus prácticas de derechos humanos y de sus compromisos. Aunque es una cuestión controvertida en los círculos de derechos humanos, en especial en contextos nacionales caracterizados por una historia de sospecha recíproca y antagonismo entre las OSC y las compañías y sus directivos, varias ONG han incorporado ese modo de participación a su caja de herramientas. Por consiguiente, Kweitel y yo argumentamos en nuestros capítulos respectivos de este libro que en el

13 Véanse sus capítulos en este libro, y también Jochnick y Bickford (2016: 181-193).

campo hay “antagonistas” y “colaboradores”, y, de hecho, muchas de las OSC son de tipo híbrido, ya que pasan del activismo antagonista a la colaboración en las diferentes campañas o etapas de una campaña específica.

Eso es evidente con respecto a la participación de las OSC en los procesos de creación normativa estudiados en este libro, como los que giran en torno a los PR y un posible tratado vinculante. Aunque algunas OSC abocadas a los derechos humanos han decidido empeñar su energía a uno sólo de esos desarrollos, otras se dedican simultáneamente a ambos y pasan, por ejemplo, de participar en las discusiones nacionales sobre planes de acción nacionales para implementar los PR a intervenir en el GT haciendo críticas, para luego colaborar en coaliciones que trabajan por aprobar un instrumento internacional vinculante.

Hacia un ecosistema de EDH

A la vista del enorme crecimiento de participantes, estrategias y problemas, una cuestión urgente con respecto a los derechos humanos, en general, y las EDH, en particular, es cómo abordar las oportunidades y los retos asociados con ese nuevo panorama. He distinguido dos enfoques que son evidentes en la práctica de los derechos humanos: el control de acceso y la simbiosis.¹⁴ El primero busca gestionar la diversidad reduciéndola, es decir, dándole prioridad a un conjunto de cuestiones, participantes y estrategias por sobre otras. Eso implica vigilar los límites internos y externos del campo mediante esfuerzos teóricos y prácticos dirigidos a controlar el acceso. Por ejemplo, en algunos círculos académicos y activistas hay un esfuerzo continuo por construir un muro entre los derechos humanos “centrales” y otros derechos, como los sociales y económicos.¹⁵ Eso ocurre a pesar de que los movimientos sociales, las ONG, los tribunales, los tratados internacionales y las teorías contemporáneas de la justicia han derribado efectivamente esa barrera en las dos últimas décadas. Se pueden apreciar otras acciones parecidas de control

14 Rodríguez Garavito, “Human Rights: Gated community or Ecosystem?”, *openGlobalRights*, 23 de julio de 2014, disponible en <www.opendemocracy.net>.

15 Neier, “Misunderstanding Our Mission”, *openGlobalRights*, 23 de julio de 2013 y Hafner-Burton, “Beyond the Law: Towards More Effective Strategies for Protecting Human Rights”, *openGlobalRights*, 6 de mayo de 2014, ambos disponibles en <www.opendemocracy.net>.

de acceso en el campo de las EDH, en el que se invierte una cantidad desproporcionada de tiempo y energía para controlar los límites entre los distintos enfoques regulatorios, como ocurre en las discusiones entre ciertos partidarios de los PR y algunos de un tratado vinculante.

Algo similar sucede en las ciudades, en las que el control de acceso se multiplica en tiempos de incertidumbre e inseguridad como los que está viviendo el campo de los derechos humanos. El vecindario de los derechos humanos está cambiando: los encargados del control de acceso y los custodios tradicionales (los países y las ONG del Norte) ya no tienen el mismo poder que antes en un mundo cada vez más multipolar. El cruce no autorizado de fronteras se ha convertido en norma, puesto que los nuevos intervinientes (como los e-activistas o las ONG locales, entre otros) circundan los accesos y establecen directamente redes entre ellos, pasando por encima de fronteras, al tiempo que cuestionan los límites del propio campo (Norte-Sur, elite-bases sociales, jurídico-no jurídico).

Desde el punto de vista empírico, el control del acceso va en contra de las transformaciones ya mencionadas en el contexto geopolítico, social y tecnológico en el que se desarrollan los derechos humanos. La vigilancia del acceso implica que hay un grupo de participantes que establece las prioridades y, por consiguiente, actúa como guardián que determina la agenda internacional de los derechos humanos. Si este enfoque suena familiar es porque describe la forma predominante en la que se ha establecido tradicionalmente el programa de los derechos humanos internacionales, con una influencia desproporcionada de los gobiernos y las OSC en Washington, Bruselas, Ginebra o Londres (Bob, 2010; Carpenter, 2014). No obstante, mirando al futuro, ese enfoque está quedándose cada vez más atrás en relación con un orden internacional desigual, un sistema de gobernanza fragmentado y un movimiento de derechos humanos que es mucho más diverso y descentralizado que en las décadas anteriores.

La presión centrífuga presente en el campo de los derechos humanos se intensifica por las tecnologías de la información y el crecimiento de las “sociedades en red” (Castells, 2009). El establecimiento de prioridades es una tarea fundamental en aquellas organizaciones caracterizadas por estructuras jerárquicas y procesos centralizados de decisión. Sin embargo, es menos relevante y factible en las estructuras de tipo red adoptadas por los principales participantes en el campo, como los órganos de gobernanza internacionales o los movimientos transnacionales y las empresas multinacionales, entre otros.

Como se señaló, el efecto acumulado de esas transformaciones ha llevado a un crecimiento amplio y rápido de intervinientes que utilizan el lenguaje y los valores de los derechos humanos, pero que han derribado las barreras de una comunidad cerrada. Entre ellos hay grupos de base social, activistas en línea, agrupaciones religiosas, *think tanks*, colectivos de artistas, asociaciones científicas, cineastas y muchos otros individuos y organizaciones de todo el mundo. Están movilizándose a favor de los derechos humanos y la responsabilidad de las empresas no sólo mediante las tácticas tradicionales de activismo jurídico, sino también usando otras nuevas, como las campañas en línea, que renuevan la presión sobre los Estados y las empresas y sus directivos para que cumplan con los derechos humanos. Eso es lo que pasó en algunos de los casos exitosos más recientes, como la campaña de 2013 contra el trabajo en las maquilas textiles de Bangladesh, en la que participaron el movimiento sindical internacional, ONG nacionales y transnacionales y redes activistas virtuales como Avaaz.

En vista de todo esto, he argumentado que en vez de reforzar los límites tradicionales del campo, la teoría y la práctica de los derechos humanos debe expandirse y abrir espacio para los nuevos participantes, temas y estrategias que han surgido en las dos últimas décadas. Para captar y maximizar esa diversidad he sugerido en otro lugar que el campo debería entenderse como un ecosistema en vez de como un movimiento unificado o un sistema institucional unificado (Rodríguez Garavito, 2004). Como pasa en todo ecosistema, habría que poner el acento en las muy distintas contribuciones de sus miembros, y en las relaciones y conexiones entre ellos.

Basta con echar un vistazo alrededor para encontrar ejemplos de ese ecosistema en acción. Con respecto a la diversidad de *participantes*, las campañas actuales de EDH involucran no sólo a ONG profesionales y organismos internacionales especializados (a menudo, ni siquiera son los predominantes), sino a muchos otros intervinientes. La campaña que lideró Oxfam en 2013, “Behind the Brands” [Detrás de las Marcas], es una buena referencia. Su objetivo fueron las diez empresas de alimentación y bebidas más grandes del mundo, y en ella colaboraron aliados de las ONG, más de setecientos mil activistas y consumidores que firmaron peticiones en línea, inversores, accionistas, celebridades y un gran número de otros actores.

Es importante señalar que entre los participantes en la campaña había organizaciones e individuos que no se identifican con un enfoque de derechos humanos, sino más bien con abordajes alternativos como el de

la justicia global o la medioambiental. Es un ejemplo de una visión ecosistémica de los marcos, en la cual los intervinientes orientados por los derechos humanos aportan su perspectiva y su conjunto de herramientas a un diálogo y una colaboración más amplios, en lugar de imponérselos rígidamente a otros enfoques complementarios.

Se requiere una aproximación similar con respecto a la expansión de la variedad de cuestiones asumidas por el campo de las EDH. Además del trato dado a los trabajadores y a las mujeres empleados en las cadenas de suministro, la campaña Detrás de las Marcas incluyó con éxito temáticas relativas a los derechos a la tierra y la apropiación de territorio en el contexto de las cadenas de suministro de la industria alimentaria y de bebidas.

También se requiere un enfoque ecosistémico con respecto a las estrategias usadas en el campo. A la hora de tratar con las empresas escogidas como objetivos, la coalición que apoyaba la campaña incluía a antagonistas y colaboradores. La propia Oxfam recurrió, de hecho, a esa combinación. Presionó a las empresas para que revelaran sus faltas y violaciones mediante informes y planillas interactivas sobre su desempeño relativo a los derechos humanos, e instó de manera efectiva a inversores y accionistas para que exhortaran a su vez a las empresas. Además, estableció relaciones y colaboró con las compañías dispuestas a comprometerse con el diseño de políticas y programas dirigidos a prevenir las violaciones de derechos humanos. Oxfam está hoy supervisando la implementación de esas medidas, y ofrece una guía a las ONG y a las empresas sobre su implementación.

Por último, los esfuerzos prometedores en pos de la responsabilidad corporativa utilizan y combinan diferentes herramientas. Sumadas a las regulaciones nacionales relevantes, las demandas de la campaña “Behind the Brands” estaban explícitamente alineadas con los PR y subrayaban la debida diligencia y la divulgación de información.

Fomentar las colaboraciones dentro del campo y con los campos vecinos es algo más fácil de decir que hacer. Para las organizaciones profesionales globales dedicadas a los derechos humanos, eso implica un difícil reto: recorrer una transición de un *modus operandi* vertical y muy autónomo –que les ha permitido realizar contribuciones clave a la aparición del campo– a un modelo más horizontal que les habilitaría trabajar con redes de interesados diversos. Para las organizaciones nacionales, ajustarse a ese nuevo ecosistema implica seguir estrategias que les faciliten establecer vínculos entre sí y valerse de los nuevos puntos de influencia creados por la creciente multipolaridad, además de abrirse a profesiona-

les no pertenecientes a la esfera jurídica, a los movimientos sociales y a los activistas en línea.

En resumen, la fuerza y la efectividad del campo de las EDH dependerá de si puede funcionar como un ecosistema diverso. En un mundo más complejo e interdependiente, los retos y los problemas existentes deberían estar influenciados por la biología tanto como lo están por el derecho y la política. Quienes participan en el campo harían bien en gastar menos tiempo en el control del acceso y más en fomentar la simbiosis.

Referencias

- Abbott, K. y D. Snidal (2013), "Taking Responsive Regulation Transnational: Strategies for International Organizations", *Regulation and Governance*, 7.
- Abramovich, V. E. y P. Rodríguez Patrínos (2011), *Hecho en América Latina: Experiencias de activismo en derechos humanos*, Buenos Aires, Ford Foundation.
- Advocates for International Development (2013), "The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Guide for the Legal Profession", disponible en <www.a4id.org>.
- Albin-Lackey, C. (2013), "Without Rules: A Failed Approach to Corporate Accountability", *Human Rights Watch World Report*.
- Alston, P. (2005), "The 'Not-a-Cat Syndrome': Can the International Human Rights Regime Accommodate Non-State Actors?", en P. Alston (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- (2014), "Against a World Court", *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, 13.
- Alston, P. y J. Crawford (2000), *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge University Press.
- Alter, K. J. (2014), *The New Terrain of International Law: Courts, Politics, Rights*, Princeton, Princeton University Press.
- Augenstein, D. y D. Kinley (2013), "When Human Rights 'Responsibilities' Become 'Duties': The Extra-Territorial Obligations of States that Bind Corporations", en S. Deva y D. Bilchitz (eds.), *Human Rights Obligations of Business Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge, Cambridge University Press.

- Ayres, I. y J. Braithwaite (1992), *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Nueva York, Oxford University Press.
- Bauman-Pauly, D. y J. Nolan (eds.) (2016), *Business and Human Rights: From Principles to Practice*, Nueva York, Routledge.
- Bayefsky, A. (2001), *The UN Human Rights Treaty System: Universality at the Crossroads*, Kluwer Law International.
- Becker, J. (2012), *Campaigning for Justice: Human Rights Advocacy in Practice*, California, Stanford University.
- Bernaz, N. (2014), "Multilateral Agreement on Investment: Time to Awaken the Beast? - A contribution to the 'Business and Human Rights Treaty' Debate", disponible en <rightsasusual.com/?p=756>.
- Bettinger-Lopez, C. y otros (2011), "Redefining Human Rights Lawyering through the Lens of Critical Theory: Lessons for Pedagogy and Practice", *Georgetown Journal on Poverty Law and Policy*, 18.
- Bilchitz, D. (2013), "A chasm between 'is' and 'ought'? A critique of the normative foundations of the SRSG's Framework and the Guiding Principles", en Deva, S. y D. Bilchitz (eds.), *Human Rights Obligations of Business beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge, Cambridge University Press.
- (2016), "The Necessity for a Business and Human Rights Treaty", *Business and Human Rights Journal*, 30 de noviembre, 1(2).
- Bilchitz, D. y S. Deva (2013), "The Human Rights Obligations of Business: A Critical Framework for the Future", en S. Deva y D. Bilchitz (eds.), *Human Rights Obligations of Business Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Blumberg, P. (1993), *The Multinational Challenge to Corporation Law: The Search for a New Corporate Personality*, Nueva York, Oxford University Press.

- Bob, C. (2010), *The International Struggle for Human Rights*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press.
- Bourdieu, P. (1987), "The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field", *The Hastings Law Journal*, 38.
- Buhman, K. (2013), "Navigating from 'Train Wreck' to Being 'Welcomed': Negotiation Strategies and Argumentative Patterns in the Development of the UN Framework", en S. Deva y D. Bilchitz (eds), *Human Rights Obligations of Business*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Carpenter, C. (2014), *"Lost" Causes: Agenda Vetting in Global Issue Networks and the Shaping of Human Security*, Ithaca, Cornell University Press.
- Carpenter, C., A. Tomaskovic-Devey y K. Brownlie (2009), *Agenda-Setting in Transnational Networks: Findings from Consultations with Human Security Practitioners*, National Science Foundation.
- Castells, M. (2009), *The Rise of the Network Society*, Nueva York, Blackwell.
- Catá Backer, L. (2005), "Multinational Corporations, Transnational Law: The United Nations' Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations as a Harbinger of Corporate Social Responsibility in International Law", *Columbia Human Rights Review*, 37.
- (2006), "Economic Globalization Ascendant: Four Perspectives on the Emerging Ideology of the State in the New Global Order", *La Raza Law Journal*, 17(1).
 - (2007), "Economic Globalization and the Rise of Efficient Systems of Global Private Law Making: Wal-Mart as Global Legislator", *University of Connecticut Law Review*, 39(4).
 - (2008), "Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation", *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 14.

- (2012a), “From Institutional Misalignments to Socially Sustainable Governance: The Guiding Principles for the Implementation of the United Nations Protect, Respect and Remedy and the Construction of Inter-Systemic Global Governance”, *Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal*, 69(25).
- (2012b), “On the Tension between Public and Private Governance in the Emerging Transnational Legal Order: State Ideology and Corporation in Polycentric Asymmetric Global Orders”, disponible en <www.ssrn.com>.
- (2012c), “The Structure of Global Law: Fracture, Fluidity, Permeability, and Polycentricity”, *Tilburg Law Review*, 17(2).
- (2013a), “At the 2nd UN Forum on Business and Human Rights - Reflections on Bilchitz and Deva (eds.), ‘Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?’”, 1º de diciembre, disponible en <www.lcbackerblog.blogspot.co.il>.
- (2013b), “Sovereign Investing and Markets-Based Transnational Rule of Law Building: The Norwegian Sovereign Wealth Fund in Global Markets”, *American University International Law Review*, 29(1).
- (2013c), “Transnational Corporations’ Outward Expression of Inward Self-Constitution: The Enforcement of Human Rights by Apple, Inc.”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 20(2).
- (2014a), “Governance Polycentrism - Hierarchy and Order without Government in Business and Human Rights Regulation”, *Coalition for Peace and Ethics*, Working Paper, 1/1.
- (2014b), “On the Problem of the State in the State Duty to Protect Human Rights—Fostering National Action Plans as a Means of Refocusing the State Duty on the Business of the State Itself”, 10 de mayo, disponible en <www.lcbackerblog.blogspot.com>.
- (2016), “Fractured Territories and Abstracted Terrains: The Problem of Representation and Human Rights Governance Regimes Within and Beyond the State”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 23(1).

- Chilton, A. S. (2014), "The Influence of International Human Rights Agreements on Public Opinion: An Experimental Study", *Chicago Journal of International Law*, 15.
- Cialdini, R. (1985), *Influence: Science and Practice*, Illinois, Scott Foresman.
- Cohen, D., R. de la Vega y G. Watson (2001), *Advocacy for Social Justice: A Global Action and Reflection Guide*, Connecticut, Kumarian Press.
- Conectas y Comisión Internacional de Juristas (2011), "Acesso à Justiça: violações de Direitos Humanos por Empresas - Brasil", disponible en <www.conectas.org>.
- Conectas, Dejusticia y Justiça Global (2013), "Working Group on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises: a Review of the First Two-and-a-half Years of Work", 25 de noviembre, disponible en <www.business-humanrights.org>.
- Costas, D. y C. Gearty (eds.) (2014), *The Meaning of Rights: The Philosophy and Social Theory of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Creamer C. y B. Simmons (2015), "Ratification, Reporting and Rights: Quality of Participation in the Convention against Torture", *Human Rights Quarterly*, 37(3).
- (2016), "Do Self-Reporting Regimes Matter? Evidence from the Convention Against Torture", Boston University School of Law, Public Law Research Paper nº 15-55.
- Dai, X. (2014), "The Conditional Effects of International Human Rights Institutions", *Human Rights Quarterly*, 36(3).
- de Búrca, G. (2010), "The EU in the Negotiation of the UN Disability Convention", *European Law Review*, 35(2).
- de Búrca, G., R. Keohane y C. Sabel (2013), "New Modes of Pluralist Governance", *NYU Journal of International Law & Policy*, 45.

de Felice, D. (2015), "Business and Human Rights Indicators to Measure the Corporate Responsibility to Respect: Challenges and Opportunities", *Human Rights Quarterly*, 37(2).

de la Vega, C., A. Mehra y A. Wong (2011), "Holding Businesses Accountable for Human Rights Violations: Recent Developments and Next Steps", *International Policy Analysis*.

de Schutter, O. (2006), "The Challenge of Imposing Human Rights Norms on Corporate Actors", en O. de Schutter (ed.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford, Hart Publishing.

- (2014), "Contribution of the Special Rapporteur on the Right to Food, Mr. Olivier de Schutter, to the Workshop 'Human Rights and Transnational Corporations: Paving the Way for a Legally Binding Instrument' Convened by Ecuador", 11-12 de marzo, XXV Session of the Human Rights Council, disponible en <www.srfood.org/images/stories/pdf/otherdocuments/20140311_Ecuador.pdf>.
- (2015), "Towards a New Treaty on Business and Human Rights", *Business and Human Rights Journal*, 1.

de Sousa Santos, B. y C. Rodríguez Garavito (2007), *El derecho y la globalización desde abajo: Hacia una legalidad cosmopolita*, Barcelona, Antropos.

Dejusticia, Conectas y Justiça Global (2013a), "Commentary on the UN Working Group on Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises' first report to the United Nations General Assembly (A/67/285)", agosto, disponible en <www.conectas.org/arquivos/editor/files/6_Dej_Con_JG_WG2years_Nov2013.pdf>.

- (2013b), "Working Group on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises: A Review of the First Two-and-a-Half Years of Work", disponible en <www.conectas.org/en/actions/business-and-human-rights/observatory-of-the-un-working-group>.

- Deva, S. (2004), "Corporate Code of Conduct Bill 2000: Overcoming Hurdles in Enforcing Human Rights Obligations against Overseas Corporate Hands of Local Corporations", *Newcastle Law Review*, 87(8).
- (2007), "Corporate Complicity in Internet Censorship in China: Who Cares for the Global Compact or the Global Online Freedom Act?", *George Washington International Law Review*, 39.
 - (2012a), "Public-Private Partnerships: Keeping Human Rights on the Radar", en P. Mehta (ed.), *Mainstreaming Public Private Partnership in India*, New Delhi, CUTS Institute for Regulation & Competition.
 - (2012b), *Regulating Corporate Human Rights Violations - Humanizing Business*, Londres - Nueva York, Routledge.
 - (2013), "Treating Human Rights Lightly: A Critique of the Consensus Rhetoric and the Language Employed by the Guiding Principles", en S. Deva y D. Bilchitz (eds.), *Human Rights Obligations of Business Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge, Cambridge University Press.
 - (2014a), "Development, Sovereign Support to Finance and Human Rights: Lessons from India", en J. P. Bohoslavsky y J. Letnar Čerňič (eds.), *Making Sovereign Financing and Human Rights Work*, Oxford, Hart Publishing.
 - (2014b), "Multinationals, Human Rights and International Law: Time to Move beyond the 'State-Centric' Conception?", en J. Letnar Čerňič y T. Van Ho (eds.), *Direct Human Rights Obligations of Corporations*, The Hague, Wolf Legal Publishers.
 - (2014c), "The Human Rights Obligations of Business: Reimagining the Treaty Business", disponible en <www.business-humanrights.org>.
 - (2017), "Connecting the Dots: How to Capitalize on the Current High Tide for a Business and Human Rights Treaty", en S. Deva y D. Bilchitz (eds.), *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, Cambridge, Cambridge University Press.

- Deva, S. y D. Bilchitz (eds.) (2013), *Human Rights Obligations of Business beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Dias, C. J. y J. C. N. Paul (1985), "Developing Legal Resources for Participatory Organizations of the Rural Poor", *Third World Legal Studies*, 4.
- Dorf, M. y C. Sabel (1998), "A Constitution of Democratic Experimentalism", *Columbia Law Review*, 98(2).
- Dreyfuss, R. y C. Rodríguez Garavito (eds.) (2014), *Balancing Wealth and Health: Global Administrative Law and the Battle over Intellectual Property and Access to Medicines in Latin America*, Oxford, Oxford University Press.
- Dworkin, R. (1999), *Taking Rights Seriously*, Delhi, Universal Law Publishing Co. Pvt. Ltd.
- Elliot, K. y R. Freeman (2003), *Can Labor Standards Improve Under Globalization?*, Washington, DC, Institute for International Economics.
- Entwisle, H. (2005), "Tracing Cascades: The Normative Development of the U.N. Guiding Principles on Internal Displacement", *Georgetown Immigration Law Journal*, 19.
- ESCR-Net (2005), *UN Human Rights Norms for Business: Briefing Kit*, Nueva York, ESCR-Net.
- European Center for Constitutional and Human Rights (2011), "SRSG John Ruggie's Draft Guiding Principles for the implementation of the United Nations 'Protect, Respect, and Remedy Framework'", disponible en <www.menschenrechte-durchsetzen.dgvr.de>.
- Evans, T. (2005), "Human Rights Law as Power/Knowledge", *Human Rights Quarterly*.
- Falkner, R., H. Stephan y J. Vogler (2010), "International Climate Policy After Copenhagen: Towards a 'Building Blocks' Approach", *Global Policy*, 3.

- Fariss, C. J. (2014), "Respect for Human Rights Has Improved Over Time: Modeling the Changing Standard of Accountability", *American Political Science Review*, 108(2).
- FIAN International y otros (2013), "Statement to the Human Rights Council in support of the initiative of a group of States for a legally binding instrument on transnational corporations", disponible en <www.cihrs.org>.
- Fiaschi, D. y otros (2011), "To Abuse or Not to Abuse. This is the Question: On Whether CSR Influences Human Rights Abuses of Large Multinational Corporations (1990-2006)", *Laboratory of Economics and Management Working Paper Series*, disponible en <business-humanrights.org>.
- FIDH (2005), "Contribution of the FIDH to the discussion with the UN Special Representative on human rights and transnational corporations", mimeo.
- FIDH y otros (2011), "Joint Civil Society Statement on the Draft Guiding Principles on Business and Human Rights", enero.
- Finnemore, M. y K. Sikkink (1998), "Norm Dynamics and Political Change", *International Organization*, 52.
- Foucault, M. (2003), *Security, Territory, Population: Lectures at the Collège de France 1977-1978*, Nueva York, Picador.
- (2010), *The Birth of Biopolitics: Lectures at the Collège de France, 1978-1979*, Nueva York, Picador.
- Francioni, F. y N. Ronzitti (eds.) (2011), *War by Contract: Human Rights, Humanitarian Law and Private Contractors*, Oxford, Oxford University Press.
- Freeman, F. (1997), "Collaborative Governance in the Administrative State", *UCLA Law Review*, 45(1).
- Friedman, M. (2002), *Capitalism and Freedom*, Chicago, University of Chicago Press.
- Fung, A. y E. O. Wright (eds.) (2003), *Deepening Democracy: Institutional Innovations and Empowered Participatory Governance*, Londres, Verso.

Fung, A., D. O'Rourke y C. Sabel (2001), *Can We Put an End to Sweatshops?*, Boston, Beacon Press.

Ganesan, A. (2014), "Dispatches: A Treaty to End Corporate Abuses?", Human Rights Watch, disponible en <www.hrw.org>.

Goodman, R. y D. Jinks (2003), "Measuring the Effects of Human Rights Treaties", *European Journal of International Law*, 14
— (2009), "Incomplete Internalization and Compliance with Human Rights Law: A Rejoinder to Roda Muchkat", *European Journal of International Law*, 20.
— (2013), *Socializing States: Promoting Human Rights Through International Law*, Oxford, Oxford University Press.

Grant, R. W. y R. O. Keohane (2005), "Accountability and Abuses of Power in World Politics", 99 *American Political Science Review*.

Gränzer, S. (1999), "Changing Discourse: Transnational Advocacy Networks in Tunisia and Morocco", en Risse, T., S. C. Ropp y K. Sikkink (eds.), *The Power of Human Rights*.

Gregor, J. A. (1969), *The Ideology of Fascism: The Rationale of Totalitarianism*, Nueva York, Free Press.

Griffiths, M., S. C. Roach y M. S. Solomon (eds.) (2002), *Fifty Key Thinkers in International Relations*, Nueva York, Routledge.

Gross, T. (2008), "Improvement with Impunity: Development-Induced Displacement and the Guiding Principle 6(2)(c) Proportionality Test Applied to the Merowe Dam Project in Sudan", *American University International Law Review*, 24.

Hafner-Burton, E. (2013), *Making Human Rights a Reality*, Nueva Jersey, Princeton University Press.

Hafner-Burton, E. y K. Tsutsui (2005), "Human Rights in a Globalizing World: The Paradox of Empty Promises", *American Journal of Sociology*, 110(5).

- Hafner-Burton, E., K. Tsutsui y J. Meyer (2008), "International Human Rights Law and the Politics of Legitimation: Repressive States and Human Rights Treaties", *International Sociology*, 23.
- Hampson, F. J. (2007), "An Overview of the Reform of the UN Human Rights Machinery", *Human Rights Law Review*, 7(1): 7-27.
- Hart, H. (1961), *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press.
- Hathaway, O. (2002), "Do Human Rights Treaties Make a Difference?", *Yale Law Journal*, 111.
- Higgins, R. (1994), *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford, Clarendon Press.
- HM Government (2013), "Good Business: Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights", septiembre, disponible en <www.gov.uk>.
- (2017), "Good Business: Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights", mayo, disponible en <www.gov.uk>.
- Hopgood, S. (2013), *The Endtimes of Human Rights*, Ithaca, Cornell University Press.
- Htun, M. y L. Weldon (2012), "The Civic Origins of Progressive Policy Change: Combating Violence against Women in Global Perspective, 1975-2005", *American Political Science Review*, 106.
- International Commission of Jurists (2014), "Needs and Options for a New International Instrument in the Field of Business and Human Rights", disponible en <icj.wpengine.netdna-cdn.com>.
- International Corporate Accountability Roundtable (ICAR) y Danish Institute for Human Rights (DIHR) (2013), "Interim Report: National Action Plans on Business and Human Rights", Washington, DC, ICAR.

- (2014), “National Action Plans on Business and Human Rights: A Toolkit for the Development, Implementation, and Review of State Commitments to Business and Human Rights Frameworks”, disponible en <www.icar.ngo>.

International Movement of People Affected by Vale (2012), “The Vale 2012 Unsustainability Report”, disponible en <www.atingidospelavale.wordpress.com>.

International Trade Union Confederation (2012), “The United Nations ‘Protect, Respect, Remedy’ Framework and the United Nations Guiding Principles for Business and Human Rights: A Guide for Trade Unionists”, disponible en <www.ituc-csi.org>.

Jerbi, S. (2009), “Business and Human Rights at the UN: What Might Happen Next?”, *Human Rights Quarterly*, 31.

Jessop, B. (1998), “The Rise of Governance and the Risk of Failure: The Case of Economic Development”, *International Social Science Journal*, 155.

- (2002), “Governance and Meta-Governance in the Face of Complexity: On the Roles of Requisite Variety, Reflexive Observation and Romantic Irony in Participatory Governance”, en H. Heinelt y otros (eds.), *Participatory Governance in Multi-Level Context*, Nueva York, Springer.

Joachim, J. (2007), *Agenda Setting, the UN, and NGOs: Gender Violence and Reproductive Rights*, Washington, DC, Georgetown University Press.

Jochnick, C. (1999), “Confronting the Impunity of Non-State Actors: New Fields for the Promotion of Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, 21.

Jochnick, C. y L. Bickford (2016), “The Role of Civil Society in Business and Human Rights”, en D. Bauman-Pauly y J. Nolan (eds.), *Business and Human Rights: From Principles to Practice*, Nueva York, Routledge.

- Kar, D. y D. Cartwright-Smith (2010), "Illicit Financial Flows from Africa: Hidden Resource for Development, a Working Paper of Global Financial Integrity, a Program of the Center for International Policy (CIP)", Global Financial Integrity, disponible en <www.gfintegrity.org>.
- Keck, M. y K. Sikkink (1998), *Activists Beyond Borders*, Ithaca, Cornell University Press.
- Kennedy, D. (2001), "The International Human Rights Movement: Part of the Problem?", *European Human Rights Law Review*, 3.
- (2004), *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*, Princeton, Princeton University Press.
- Keohane, R. y D. Victor (2011), "The Regime Complex for Climate Change", *Perspectives on Politics*, 9(1).
- Khun, T. (1962), *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, Chicago University Press.
- Kooiman, J. y S. Jentoft (2009), "Meta Governance: Values, Norms and Principles, and the Making of Hard Choices", *Public Administration*, 87(4).
- Korey, W. (2007), *Taking on World's Repressive Regimes: The Ford Foundation's Human Rights Policies and Practices*, Nueva York, Palgrave Macmillan.
- Lakoff, G. (2004), *Don't Think of an Elephant! Know Your Values and Frame the Debate*, Chelsea Green Publishing.
- Lobel, O. (2012), "New Governance as Regulatory Governance", en D. Levi-Four (ed.), *The Oxford Handbook of Governance*, Oxford, Oxford University Press.
- Locke, R. (2013), *The Promise and Limits of Private Power: Promoting Labor Standards in a Global Economy*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Lopez, C. y B. Shea (2016), "Negotiating a Treaty on Business and Human Rights: A Review of the First Intergovernmental Section", *Business & Human Rights Journal*, 1(1): 111-116.

- Lopez, G. (1992), *Rebellious Lawyering: One Chicano's Vision of Progressive Law Practice (New Perspectives on Law, Culture, and Society)*, Boulder, Westview Press.
- Luhmann, N. (1990), *Political Theory in the Welfare State*, Nueva York, Walter de Gruyter.
- Lutz, E. y K. Sikkink (2000), "International Human Rights Law and Practice in Latin America", *International Organization*, 54.
- Mac Neil, M., N. Sargent y P. Swan, (eds.) (2002), *Law, Regulation, and Governance*, Don Mills, Ontario, Oxford University Press.
- Mares, R. (ed.) (2011), *Business and Human Rights at a Crossroads: The Legacy of John Ruggie*, Leiden, Martinus Nijhoff.
- Martens, J. (2014), "Corporate Influence on the Business and Human Rights Agenda of the United Nations", Working Paper, Brot für die Welt/Global Policy Forum/MISEREOR.
- Martin, J. y K. E. Bravo (eds.) (2015), *The Business and Human Rights Landscape*, Cambridge, Cambridge University Press.
- McQuigg, R. (2011), "How Effective Is the United Nations Committee against Torture?", *European Journal of International Law*, 22(3): 813-828.
- Meeran, R. (2013), "Access to remedy: The United Kingdom Experience of MNC Tort Litigation for Human Rights Violations", en Deva, S. y D. Bilchitz (eds.), *Human Rights Obligations of Business beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Melish, T. J. (2007), "The UN Disability Convention: Historic Process, Strong Prospects, and Why the U.S. Should Ratify", *Human Rights Brief*, 14(2).
- (2010), "Maximum Feasible Participation of the Poor: New Governance, New Accountability, and a 21st Century War on the Sources of Poverty", *Yale Human Rights and Development Law Journal*, 1(13).

- (2013), “An Eye toward Effective Enforcement: A Technical-Comparative Approach to the CRPD Negotiations”, en M. Sabatello y M. Shulze (eds.), *Human Rights and Disability Advocacy*, Filadelfia, Penn Press.
- Melish, T. J. y E. Meidinger (2012), “Protect, Respect, Remedy and Participate: ‘New Governance’ Lessons for the Ruggie Framework”, en R. Mares (ed.), *The Un Guiding Principles on Business and Human Rights: Foundations and Implementation*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers.
- Merry, S. E. (2005), “Transnational Human Rights and Local Activism: Mapping the Middle”, *American Anthropologist*, 108.
- Methven O’Brien, C., A. Mehra, S. Blackwell y C. B. Poulsen-Hansen (2016), “National Action Plans: Current Status and Future Prospects for a New Business and Human Rights Governance Tool”, *Business and Human Rights Journal*, 1.
- Meyersfeld, B. C. (2011), “Institutional Investment and the Protection of Human Rights: A Regional Proposal”, en L. Boulle (ed.), *Globalisation and Governance*, Cape Town, Siber Ink South Africa.
- Murdie, A. (2013), “The Ties that Bind: A Network Analysis of Human Rights International Nongovernmental Organizations”, *British Journal of Political Science*, 44, Cambridge University Press.
- Narula, S. (2005), ‘The Right to Food: Holding Global Actors Accountable under International Law’, *Columbia Journal of Transnational Law*, 44.
- Neier, A. (2012), *The International Human Rights Movement*, Nueva Jersey, Princeton University Press.
- Neumayer, (2005), “Do international Human Rights Agreements Improve Respect for Human Rights?”, *Journal of Conflict Resolution*, 49(6).
- Newland, K., E. Patrick y M. Zard (2003), *No Refuge: The Challenge of Internal Displacement*, Nueva York, Naciones Unidas.

- Nguyen, S. (2015), "Unpacking Treaty Practice: The Differential Information Power of Monitoring Mechanisms", ponencia presentada en IX Conferencia Anual de Economía Política de las Organizaciones Internacionales, disponible en <www.wp.peio.me>.
- Nieir, A. (2006), "Social and Economic Rights: a Critique", *Human Rights Brief*, 13.
- Nolan, J. (2013), "Responsibility to Respect: Soft Law or Non-Law?", en S. Deva y D. Bilchitz (eds.), *Human Rights Obligations of Business Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Nye, J. y J. Donahue (eds.) (2000), *Governance in a Globalizing World*, Washington, DC, Brookings Institution.
- OCDE (2003), *Informe Anual sobre las Líneas Directrices para las Empresas Multinacionales*.
- Oxfam (2002), "Rigged Rules and Double Standards. Trade, Globalisation, and the Fight against Poverty", disponible en <oxfamlibrary.openrepository.com>.
- (2007), "Pricing Farmers Out of Cotton: The costs of World Bank reforms in Mali", disponible en <oxfamlibrary.openrepository.com>.
- (2011), "Oxfam International's Perspective on the Draft Guiding Principles for the Implementation of the United Nations 'Protect, Respect and Remedy Framework'", disponible en <oxfamlibrary.openrepository.com>.
- Pachucki, M., S. Pendergrass y M. Lamont (2007), "Boundary Processes: Recent Theoretical Developments and New Contributions", *Poetics*, 35.
- Pasara, L. (2014), "Judicial Independence in Ecuador's Judicial Reform Process", Due Process of Law Foundation.
- Poggi, G. (2006), *Weber: A Short Introduction*, Londres, Polity.
- Posner, E. A. (2008), "Human Welfare, Not Human Rights", *Columbia Law Review*, 108.

- Prenekert, J. D. y S. Shackelford (2014), "Business, Human Rights, and the Promise of Polycentricity", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 47.
- Rajagopal, B. (2003), "International Law and Social Movements: Challenges of Theorizing Resistance", *Columbia Journal of Transnational Law*, 41.
- Ramasasthy, A. (2015), "Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability", *Journal of Human Rights*, 14(2).
- Ramasasthy, A. y D. Cassel (2015), "White Paper: Options for a Treaty on Business and Human Rights", *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, 6(1).
- Ratner, S. (2000), "Does International Law Matter in Preventing Ethnic Conflict?", *New York University Journal of International Law & Politics*, 32.
- Raustiala, K. y D. Victor (2004), "The Regime Complex for Plant Genetic Resources", *International Organization*, 58.
- Raz, J. (1986), *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press.
- Risse, T., S. C. Ropp y K. Sikkink (eds.) (1999), *The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Rodríguez Garavito, C. (2005), "Global Governance and Labor Rights: Codes of Conduct and Anti-Sweatshop Struggles in Global Apparel Factories in Mexico and Guatemala", *Politics & Society*, 33.
- (2012), *Etnicidad.gov: Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*, Bogotá, Dejusticia.
 - (2014), "Towards a Human Rights Ecosystem", en D. Lettinga y L. van Troost (eds.), *Debating the Endtimes of Human Rights: Activism and Institutions in a Neo-Westphalian World*, The Hague, Amnesty International.
 - (2015), "The Future of Human Rights: From Gatekeeping to Symbiosis", *SUR International Journal of Human Rights*, 20, disponible en <ael.eui.eu>.

- (2017), “Empowered Participatory Jurisprudence: Experimentation, Deliberation and Norms in Socioeconomic Rights Adjudication”, en K. Young (ed.), *The Future of Economic and Social Rights*, Cambridge, Cambridge University Press.

Rogowski, R. y T. Wirthagen (eds.) (1994), *Reflexive Labour Law: Studies in Industrial Relations and Employment Regulation*, Boston, Kluwer.

Rosenberg, G. (1991), *Hollow Hope: Can Courts Bring about Social Change*, Chicago, University of Chicago Press.

Rubenstein, W. B. (2004), “On What a ‘Private Attorney General’ Is - And Why It Matters”, *Vanderbilt Law Review*, 57(6).

Ruggie, J. (1998), “What Makes the World Hang Together? Neo-utilitarianism and the Social Constructivist Challenge”, *International Organization*, 52(4).

- (2007), “Business and Human Rights: The Evolving International Agenda”, *American Journal of International Law*, 101.
- (2011a), “Bizarre Response by Human Rights Groups to UN Framework Plan” (carta al editor), *Financial Times*, 19 de enero.
- (2011b), “Recommendations on Follow-up to the Mandate”, 11 de febrero.
- (2011c), “Presentation of Report to United Nations Human Rights Council”, 30 de mayo, disponible en <www.ohchr.org>.
- (2013), *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, Nueva York, Norton.
- (2014a), “A UN Business and Human Rights Treaty? An Issue Brief”, 28 de enero, disponible en <www.business-humanrights.org>.
- (2014b), “Global Governance and ‘New Governance Theory’: Lessons from Business and Human Rights”, *Global Governance*, 20.
- (2014c), “International Legalization in Business and Human Rights”, comentarios efectuados durante la presentación del premio Harry LeRoy Jones Award, de la Washington Foreign Law Society, Washington DC, 11 de junio.

- (2014d), “Quo Vadis? Unsolicited Advice to Business and Human Rights Treaty Sponsors”, disponible en <www.ihrb.org>.
 - (2016), “‘For the Game. For the World’. FIFA and Human Rights”, Harvard Kennedy School, disponible en <www.hks.harvard.edu>.
- Ruggie, J. y T. Nelson (2015), “Human Rights and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Normative Innovations and Implementation Challenges”, *The Brown Journal of World Affairs*, 22.
- Sabel, C. (1994), “Learning by Monitoring: The Institutions of Economic Development”, en N. Smelser y R. Swedberg (eds.), *The Handbook of Economic Sociology*, Princeton, Princeton University Press.
- (1995), “Bootstrapping Reform: Rebuilding Firms, the Welfare State, and Unions”, *Politics & Society*, 23(1).
- Sabel, C. F. y J. Zeitlin (2012), “Experimentalist Governance”, en D. Levi-Faur (ed.), *The Oxford Handbook of Governance*, Oxford, Oxford University Press.
- Sagafi-nejad, T. (2008), *The UN and Transnational Corporations: From Code of Conduct to Global Compact*, Bloomington, Indiana University Press.
- Santoro, M. y F. Wettstein (2013), *Business and Human Rights Bibliography*, Oxford, Oxford University Press.
- Scheingold, S. (2010), *The Politics of Rights: Lawyers; Public Policy and Political Change*, Ann Arbor, University of Michigan Press.
- Schöpp-Schilling, H. B. (2007), “Treaty Body Reform: The Case of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women”, *Human Rights Law Review*, 7(1): 201-224.
- Schwanitz, D. (1995), “Systems Theory According to Niklas Luhman - Its Environment and Conceptual Strategies”, *Cultural Critique*, 30.

- Seck, S. L. (2011), "Transnational Business and Environmental Harm: A TWAIL Analysis of Home State Obligations", *Law Trade & Development*, 3(1).
- Sen, A. (1999), *Development as Freedom*, Oxford University Press.
- (2006), "Human Rights and the Limits of the Law", *Cardozo Law Review*, 27(6).
- Shelton (2006), "Normative Hierarchy in International Law", *American Journal of International Law*, 100.
- Simmons, B. A. (2009), *Mobilizing for Human Rights: International Law in Domestic Politics*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Stalin, J. (1953), *Problems of Leninism*, Moscú, Foreign Languages Publishing House.
- Stammers, N. (1999), "Social Movements and the Social Construction of Human Rights", *Human Rights Quarterly*, 21.
- Sternberg, E. (2000), *Just Business: Business Ethics in Action*, Oxford, Oxford University Press.
- Tarrow, S. (2005), *The New Transnational Activism*, Cambridge, Cambridge University Press.
- (2011), *Power in Movement*, Nueva York, Cambridge University Press.
- Teubner, G. (1983), "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law", *Law and Society Review*, 17(2).
- (1986), "After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law", en G. Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlín, Walter de Gruyter.
- (2009), "The Corporate Codes of Multinationals: Company Constitutions beyond Corporate Governance and Co-Determination", en R. Nickel (ed.), *Conflict of laws and Laws of Conflict in Europe and Beyond: Patterns of Supranational and Transnational Juridification*, Oxford, Hart.

- Trachtman, J. (2012), "Who Cares About International Human Rights? The Supply and Demand of International Human Rights Law", *NYU Journal of International Law and Politics*, 44.
- Victor, D. y K. Raustiala (1998), *The Implementation and Effectiveness of International Environmental Agreements*, Cambridge, MIT Press.
- wa Mutua, M. (1996), "The Ideology of Human Rights", *Virginia Journal of International Law*, 36.
- Weissbrodt, D. y M. Kruger (2003), "Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights", *American Journal of International Law*, 97.
- White, L. (1988), "To Learn and Teach: Lessons from Driefontein on Lawyering and Power", *Wisconsin Law Review*, 699.
- Woods, A. K. (s.f.), "Inexpressive International Agreements", inédito.
- Zerk, J. (2008), "Filling the Gap: A New Body to Investigate, Sanction and Provide Remedies for Abuses Committed by UK Companies Abroad - A report prepared for the Corporate Responsibility (CORE) Coalition", disponible en <corporate-responsibility.org>.
- (2014), "Corporate Liability for Gross Human Rights Abuses: Towards a fairer and more effective system of domestic law remedies", informe para la ACDH, disponible en <www.ohchr.org>.
- Zuckerman, E. (2013), *Rewire: Digital Cosmopolitans in the Age of Connection*, Nueva York, Norton.

Acerca de los autores

Larry Catá Backer es profesor titular de la cátedra W. Richard y Mary Eshelman, y profesor de Derecho y Relaciones Internacionales en la Pennsylvania State University. Investiga cuestiones relacionadas con la globalización y las teorías constitucionales de la gobernanza pública y privada, centrándose en los marcos institucionales de los sistemas público-privados de gobernanza jurídica. Su trabajo más reciente trata sobre los problemas de la responsabilidad social empresarial, sistemas regulatorios mixtos y gobernanza regulatoria, los nuevos conflictos de la policentralidad, en la que varios sistemas son aplicados de forma simultánea a una única cuestión o un solo acontecimiento y a los problemas de traducción entre sistemas constitucionales occidentales y marxistas-leninistas (especialmente el sistema constitucional chino). Imparte cursos de derecho societario, derecho transnacional y organizaciones internacionales. Entre sus publicaciones, cabe mencionar *Lawyers Making Meaning* (2013) y *Signs in Law. A Source Book* (2014) (ambos en colaboración con Jan Broekman); manuales de casos, como *Elements of Law and the U.S. Legal System* (2017), *Law and Religion* (2015, con Frank Ravitch), *Comparative Corporate Law* (2002), *Harmonizing Law in an Era of Globalization* (ed., 2007); y varios artículos y contribuciones a compilaciones de ensayos. Ha sido traducido al chino, sobre todo aquellas investigaciones donde analiza el derecho constitucional de ese país y la responsabilidad social empresarial.

Louis Bickford es director ejecutivo de Memria, una empresa social que se asocia con otras organizaciones para recoger, analizar y difundir relatos sobre actos violentos pasados con el fin de fortalecer los derechos humanos. De 2012 a 2017, gestionó el programa de Derechos Humanos Globales de la Fundación Ford. Antes trabajó en el International Centre for Transitional Justice (ICTJ), del que fue uno

de los fundadores y en el que se dedicó a trabajar sobre memoria histórica y rendición de cuentas en países tan diversos como Bosnia, Camboya, Canadá, Ghana, Marruecos y Perú, entre otros. Trabajo después en la organización de derechos humanos RFK Human Rights, como miembro del equipo de la dirección ejecutiva y como director del Departamento Europeo. Ha sido consultor de varias instituciones nacionales e internacionales, como Naciones Unidas, y de varias fundaciones filantrópicas en todo el mundo. Es profesor adjunto en la Columbia University y en la NYU, donde imparte regularmente seminarios sobre derechos humanos en posgrado. Tiene un doctorado de McGill University y una maestría de New School, ambas en Ciencia Política.

Surya Deva es profesor asociado de la Facultad de Derecho de la City University of Hong Kong, y miembro del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos. Sus principales intereses de investigación son las empresas y los derechos humanos, el derecho constitucional chino e indio, y el desarrollo sostenible. Ha sido consultor de varios órganos de Naciones Unidas, Estados, empresas multinacionales y organizaciones de la sociedad civil sobre cuestiones relativas a las empresas y los derechos humanos. Entre sus libros, cabe mencionar *Socio-Economic Rights in Emerging Free Markets. Comparative Insights from India and China* (ed., Routledge, 2015), *Human Rights Obligations of Business. Beyond the Corporate Responsibility to Respect?* (junto con David Bilchitz, CUP, 2013), *Confronting Capital Punishment in Asia. Human Rights, Politics, Public Opinion and Practices* (junto con Roger Hood, OUP, 2013), y *Regulating Corporate Human Rights Violations. Humanizing Business* (Routledge, 2012). Es uno de los editores en jefe y fundadores de la revista *Business and Human Rights Journal* (CUP) y miembro del consejo editorial y consultivo de las revistas *Netherlands Quarterly of Human Rights* y *Vienna Journal on International Constitutional Law*. En 2014, fue elegido miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional.

Chris Jochnick es presidente y director ejecutivo de Landesa, organización global dedicada a fortalecer los derechos a la tierra de los pobres en las zonas rurales. Ha trabajado durante tres décadas en cuestiones de derechos humanos, desarrollo y responsabilidad empresarial, pasando varios años en América Latina. Antes lideró y formó el Equipo para el sector privado de Oxfam America, y estuvo a cargo de las actividades de colaboración y las campañas de oposición relativas a las empresas más importantes del mundo según la lista Fortune 500. Fue cofundador de dos organizaciones de derechos humanos, el Center for Economic and Social Rights (Nueva York) y el Centro de Derechos Económicos y Sociales (Ecuador), donde ejerció tareas de dirección. También ha trabajado como abogado en Paul, Weiss, Rifkind, Wharton and Garrison, un despacho de abogados de Wall Street. Fue investigador asociado de la Fundación MacArthur y de la Echoing Green Foundation. Es graduado de la Harvard Law School, donde está a cargo de un curso sobre empresas y derechos humanos.

Juana Kweitel es directora ejecutiva de Conectas Human Rights. Tiene una maestría en Derechos Humanos de la University of Essex (Reino Unido) y otra en Ciencia Política de la Universidade de São Paulo. Tiene un posgrado en Derechos Humanos y Transición Democrática de la Universidad de Chile, y una licenciatura en Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Forma parte del consejo directivo de Global Witness, del Brazil Human Rights Fund y del consejo asesor de Open Global Rights. Es miembro de la Asamblea de Socios del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS, Argentina) y del panel sobre Desarrollos de Campo de la revista *Business and Human Rights Journal*, publicada por Cambridge University Press.

Bonita Meyersfeld es una abogada y académica de derechos humanos. Es directora del Centre for Applied Legal Studies y profesora asociada de derecho en la Wits Law School. Es editora y presidenta del consejo directivo de la revista *South African Journal on Human Rights* y miembro fundador y del consejo de dirección de la organización Lawyers against Abuse. Meyersfeld obtuvo su licenciatura en Derecho (*cum laude*) en Wits y su maestría y su doctorado en la Yale

Law School. Enseña y publica en las áreas del derecho internacional, las empresas y los derechos humanos, derechos de las mujeres y derecho penal internacional. Es autora del libro *Domestic Violence and International Law*. Antes de desempeñarse en Wits, trabajó en derecho de los derechos humanos en la Cámara de los Lores. Ha presentado informes como experta en varios foros de Naciones Unidas y fue nombrada por el gobierno de Ecuador como miembro del panel de cinco personas que asesora al 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 en Naciones Unidas.

Amol Mehra es abogado y director ejecutivo de la International Corporate Accountability Roundtable, una coalición de las principales organizaciones dedicadas a los derechos humanos, el desarrollo, el trabajo y el medioambiente, cuya misión es garantizar que las empresas respeten los derechos humanos en sus actividades internacionales.

Tara J. Melish es profesora de Derecho en la University of Buffalo School of Law, SUNY, y directora del Buffalo Human Rights Center. Es graduada de Brown University y de la Yale Law School. Ha trabajado en el Departamento de Naciones Unidas para Asuntos Económicos y Sociales, como representante en Naciones Unidas de la organización Disability Rights International, como abogada interna en el Center for Justice and International Law y como asesora o consultora para una gran variedad de organizaciones de derechos humanos, nacionales e internacionales. Su especialidad es el activismo jurídico estratégico basado en los derechos humanos. Enseña en la Global School on Socio-Economic Rights, trabaja localmente para incorporar los principios y la metodología de derechos humanos en las políticas públicas municipales y escribe obras académicas sobre derechos económicos, sociales y culturales; estrategias para el cumplimiento de los derechos humanos; derechos de los discapacitados; justicia transicional; el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los enfoques participativos para superar los vacíos de gobernanza en el contexto de las empresas y los derechos humanos.

Tras graduarse como abogada, fue magistrada auxiliar en el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito y recibió becas profesionales de investigación de las organizaciones John D. and Catherine T. MacArthur Foundation, la Fulbright Foundation, y del Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights.

César Rodríguez Garavito es director ejecutivo y cofundador del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), un organismo internacional dedicado a la investigación-acción sobre derechos humanos con sede en Colombia. Es director fundador del programa de Justicia Global en la Universidad de los Andes. Ha sido profesor visitante en Stanford University, New York University, Brown University, University of Pretoria (Sudáfrica), American University (Cairo), Central European University y la Fundação Getulio Vargas (Brasil). Es miembro del consejo de dirección de Witness, del Business and Human Rights Resource Center, de *OpenGlobalRights* y del *Business & Human Rights Journal*. Ha sido conjuce de la Corte Constitucional de Colombia y escribe una columna semanal de opinión en el periódico *El Espectador*. Tiene un doctorado y una maestría en Sociología de la University of Wisconsin-Madison, una maestría del Institute for Law and Society de NYU, una maestría en Filosofía de la Universidad Nacional de Colombia y es abogado de la Universidad de los Andes. Entre sus últimas publicaciones, cabe mencionar *Radical Deprivation on Trial: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in the Global South* (Cambridge University Press, en coautoría [Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global, Siglo XXI, 2015]), *Compliance with Socioeconomic Rights Judgments* (Cambridge University Press, coeditor) y “The Future of Human Rights: From Gatekeeping to Symbiosis” (revista *Sur*).

John Gerard Ruggie es profesor titular de la cátedra Berthold Beitz de Derechos Humanos y Asuntos internacionales de la Kennedy School of Government, en Harvard, y profesor afiliado de Estudios Jurídicos Internacionales en la Harvard Law School. Ha recibido numerosos premios por su trabajo académico, entre los cuales está una Guggenheim Fellowship, y es miembro de la American Academy of Arts & Sciences. Entre 1997 y 2001 trabajó en la administración de

Naciones Unidas de Kofi Annan como Secretario General Asistente para la Planificación Estratégica. Ha tenido a cargo la supervisión de la creación del Pacto Global de Naciones Unidas y los Objetivos de Desarrollo del Milenio, así como los esfuerzos de reforma institucional liderados por Annan y las relaciones con el Gobierno de los Estados Unidos. De 2005 a 2011 fue Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para Empresas y Derechos Humanos. Su libro *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights* (W.W. Norton) refleja esa experiencia como representante especial y ha sido traducido al chino, al japonés, al coreano, al portugués y al español. Una de sus obras anteriores, *Constructing the World Polity*, contribuyó al establecimiento de un enfoque constructivista social para el estudio de las relaciones internacionales.

Claret Vargas es investigadora y directora de Internacionalización de Dejusticia. Antes de unirse a dicha organización, trabajó como directora ejecutiva del Stanford Human Rights Center. Su investigación se enfoca en el diseño de mecanismos efectivos de implementación en el campo de las empresas y los derechos humanos y en el contexto del litigio estratégico. Su trabajo de activismo jurídico incluye acciones en el marco del Alien Tort Statute, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la intersección de la responsabilidad empresarial, la degradación del medio ambiente y los derechos humanos. Actualmente, trabaja en un manual sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en coautoría con el profesor James Cavallaro y otros expertos del Sistema Interamericano. Obtuvo su licenciatura sobre estudios sociales y su maestría y doctorado en Literatura Latinoamericana en la Universidad de Harvard. Es además abogada por la Harvard Law School. Fue magistrada auxiliar del Honorable Mark L. Wolf, ex presidente del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Massachusetts. Ha trabajado en el CELS y fue asociada de investigación jurídica en The Center for Justice and Accountability (CJA).