

Julián Tole Martínez / Editor

# **DESAFÍOS para la REGULACIÓN de los DERECHOS HUMANOS y las EMPRESAS:**

**¿CÓMO LOGRAR PROTEGER,  
RESPETAR Y REMEDIAR?**



**FORD  
FOUNDATION**

Universidad  
**Externado**  
de Colombia





DESAFÍOS PARA LA REGULACIÓN  
DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS EMPRESAS:  
¿CÓMO LOGRAR PROTEGER, RESPETAR Y REMEDIAR?



JULIÁN  
TOLE MARTÍNEZ  
Editor

DESAFÍOS PARA LA REGULACIÓN  
DE LOS DERECHOS HUMANOS  
Y LAS EMPRESAS:  
¿CÓMO LOGRAR PROTEGER,  
RESPETAR Y REMEDIAR?

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA  
CON EL APOYO DE LA  
FUNDACIÓN FORD BRASIL  
Y EL  
CONSORCIO LATINOAMERICANO DE POSGRADO EN DERECHOS HUMANOS

*Desafíos para la regulación de los derechos humanos y las empresas: ¿cómo lograr proteger, respetar y remediar?* / Julián Tole Martínez, editor ; Alexei Julio Estrada [y otros]. – Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2019.

485 páginas ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas al final de cada capítulo.

ISBN: 9789587901979

1. Derechos humanos -- Aspectos económicos 2. Protección del medio ambiente -- Aspectos jurídicos 3. Responsabilidad social de los negocios -- Aspectos jurídicos -- Colombia 4. Política pública -- Aspectos jurídicos 5. Ética de los negocios 6. Derecho comercial I. Tole Martínez, José Julián, editor II. Julio Estrada, Alexei III. Universidad Externado de Colombia IV. Título

323.4

SCDD 21

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. MCGP.

septiembre de 2019

ISBN 978-958-790-197-9

© 2019, JULIÁN TOLE MARTÍNEZ (EDITOR)

© 2019, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá

Teléfono (57 1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: septiembre de 2019

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: Óscar Torres Angarita

Composición: Precolombi EU-David Reyes

Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.S. - Xpress Kimpres

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

*Printed in Colombia*

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

JULIÁN TOLE MARTÍNEZ      LUIZ CARLOS SILVA FARIA JR.  
ALEXEI JULIO ESTRADA      CARMEN MONTESINOS PADILLA  
EDWARD JESÚS PÉREZ      WILLIAM FERNANDO MARTÍNEZ LUNA  
CARLOS ARÉVALO-NARVÁEZ      ANA MARIA D'ÁVILA LOPES  
NICOLÁS CARRILLO-SANTARELLI      LUCAS VIEIRA BARJUD MARQUES  
MIREYA CASTAÑEDA HERNÁNDEZ      CRISTINA FIGUEIREDO TEREZO RIBEIRO  
MANOELA CARNEIRO ROLAND      AIMÉE GABRIELLA TEIXEIRA MARTINS  
ANDRESSA OLIVEIRA SOARES      SOFIA SEWNARINE NEGRÃO  
HUMBERTO CANTÚ RIVERA      MARIE LOUISE BOSSARD  
DANIELA ANDREA PINEDA





## CONTENIDO

Agradecimientos	11
Prólogo	13
<i>Antonio Moreira Maués</i>	
Introducción	15
<i>Julián Tole Martínez</i>	

### PRIMERA PARTE

#### DEBATES SOBRE LAS ALTERNATIVAS DE REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS EMPRESAS

Capítulo 1. Los deberes de la empresa en la protección del derecho a un medio ambiente sano según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	21
<i>Alexei Julio Estrada</i>	
<i>Edward Jesús Pérez</i>	
Capítulo 2. The history and instruments of the business and Human Rights Field: from a ‘New Economic Order’ to Ruggie’s Guiding Principles and beyond	75
<i>Carlos Arévalo-Narváez</i>	
<i>Nicolás Carrillo-Santarelli</i>	
Capítulo 3. Las obligaciones de las empresas en derechos humanos. Una reflexión sobre la praxis	117
<i>Mireya Castañeda Hernández</i>	
Capítulo 4. Retos para la aprobación de un tratado sobre Derechos Humanos y empresas en el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas	145
<i>Manoela Carneiro Roland</i>	
<i>Andressa Oliveira Soares</i>	
Capítulo 5. Apuntes sobre la cuarta sesión del Grupo de Trabajo Intergubernamental y el Proyecto Cero de la Convención sobre Derechos Humanos y empresas	175
<i>Humberto Cantú Rivera</i>	

SEGUNDA PARTE

DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL A LAS POLÍTICAS PÚBLICAS  
DE LOS ESTADOS. EFECTOS EN LA RELACIÓN DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS

- Capítulo 6. El primer país no europeo en implementar el Plan Nacional de Acción sobre Derechos Humanos y empresas: avances, críticas y retos para Colombia 209  
*Julián Tole Martínez*
- Capítulo 7. Planos nacionais de ação sobre empresas e Direitos Humanos: por uma abordagem interseccional 247  
*Luiz Carlos Silva Faria Jr.*
- Capítulo 8. El Plan de Acción español de Empresas y Derechos Humanos. Pautas metodológicas, análisis crítico y propuestas para una reforma 271  
*Carmen Montesinos Padilla*
- Capítulo 9. La responsabilidad empresarial en Colombia: un análisis desde el derecho interno y el derecho internacional público y privado 315  
*William Fernando Martínez Luna*  
*Nicolás Carrillo-Santarelli*
- Capítulo 10. Responsabilidade social da empresa: uma condição para a sobrevivência da atividade empresarial no século XXI 373  
*Ana Maria D'Ávila Lopes*  
*Lucas Vieira Barjud Marques*
- Capítulo 11. A responsabilização das empresas por violações de direitos humanos: a linguagem dos princípios orientadores no Decreto n.º 9571/18, progresso ou retrocesso? 413  
*Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro*  
*Aimée Gabriella Teixeira Martins*  
*Sofia Sewnarine Negrão*
- Capítulo 12. Análisis del marco europeo y francés de la relación Derechos Humanos y empresas: concomitancia entre el *soft law* y el *hard law* 433  
*Marie Louise Bossard*  
*Daniela Andrea Pineda*

## AGRADECIMIENTOS

El libro *Desafíos para la regulación de los Derechos Humanos y las empresas: ¿cómo lograr proteger, respetar y remediar?* presenta una serie de reflexiones académicas de profesores latinoamericanos y europeos, que han sido construidas desde diversas perspectivas jurídicas y otros ámbitos de las ciencias sociales, las cuales permiten abordar el tema de manera transversal y proporcionan algunas herramientas necesarias para poder enriquecer las discusiones y construir algunos puentes que permitan acercar los Derechos Humanos y las empresas, que pese a su estrecha relación no siempre van hacia la misma dirección. Este libro es el resultado no solo del esfuerzo de los autores de los capítulos, sino también de varias instituciones y grupos de personas que hicieron posible que el proyecto de investigación terminara plasmado en esta obra colectiva.

A nuestra casa de estudios, la Universidad Externado de Colombia, muy especialmente a la directora Magdalena Correa Henao y los estudiantes de la línea de investigación de Derechos Humanos y empresa (Manuela Losada Chavarro, Paula Valentina Arciniegas, Juana Valentina Ochoa, Paula Lancheros Sánchez, Laura Poveda Rodríguez, Mariana Umaña Ortiz, Sara Sofía Brochet Sierra, Katherine Ortiz Mendivelso, Camila Ramírez Preciado y Harold Pineda Alcalde) del Departamento de Derecho Constitucional, quienes fueron el corazón del proyecto y proporcionaron gran parte de la energía organizativa necesaria para el libro.

También agradecemos al Consorcio Latinoamericano de Posgrado en Derechos Humanos, con el cual hemos trabajado, desde el 2016, una perspectiva comparada de siete países y quince universidades de Latinoamérica para identificar propuestas de regulación nacional para la prevención, control y reparación de los impactos provocados por la cadena productiva minera sobre los derechos humanos. En este Consorcio, debemos mencionar de manera particular al profesor Antonio Moreira Maués y la profesora Cristina Terezo, quienes han sido colegas de reflexión durante estos años y han proporcionado un estímulo esencial para continuar con nuevos proyectos de investigación científica en el campo de los derechos humanos. A la Fundación Ford, que patrocinó generosamente el convenio de cooperación académica del Consorcio y la Universidad Externado, del cual surgió esta compilación.

A todos ellos, mi más profundo agradecimiento y cariño.

JULIÁN TOLE MARTÍNEZ  
*Editor*



## PRÓLOGO

Formado por 15 universidades, el Consorcio Latinoamericano de Posgrado en Derechos Humanos viene desarrollando, desde 2016, con el apoyo de la Fundación Ford, el proyecto “Políticas de Regulación de las Empresas Transnacionales por Violaciones a los Derechos Humanos en América Latina”, con el objetivo de identificar, desde una perspectiva comparada latinoamericana, propuestas de regulación nacional para la prevención, control y reparación de los impactos provocados por las actividades empresariales sobre los derechos humanos, especialmente en la cadena productiva de la minería.

La primera etapa de ese proyecto consistió en la realización de diagnósticos nacionales sobre el tema de derechos humanos y empresas en cada uno de los siete países a que pertenecen las universidades del Consorcio Latinoamericano: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México, Paraguay y Perú. Además, se realizaron estudios de caso sobre las violaciones de derechos humanos en la cadena minera y las prácticas de prevención y reparación, y se elaboró un manual sobre derechos humanos y empresas destinado a los operadores del Derecho. Esas publicaciones, junto con otros resultados de las actividades del Consorcio, se encuentran disponibles en su sitio web: <[www.consorciodh.ufpa.br](http://www.consorciodh.ufpa.br)>

En su etapa actual, el proyecto tiene como objetivos desarrollar actividades de *advocacy* nacional e internacional sobre el tema y acciones de capacitación para los actores fundamentales en el proceso de responsabilización de las empresas por violaciones a los derechos humanos. En el ámbito interno, se busca colaborar con la elaboración e implementación de los planes nacionales de acción; a escala internacional, se busca subsidiar con estudios a las organizaciones de derechos humanos. Las acciones de capacitación, realizadas por medio de talleres y otros eventos académicos, pretenden ampliar la difusión de conocimiento sobre las alternativas de regulación de las actividades empresariales respecto a los derechos humanos.

Los libros organizados por el profesor Julián Tole Martínez hacen gala de la calidad e importancia del trabajo desarrollado por la Universidad Externado de Colombia en el seno del Consorcio, donde constituye uno de los pilares de nuestra red de cooperación académica. Sus lectores tendrán la oportunidad de conocer el estado del arte de la cuestión en Latinoamérica y encontrarán muchos elementos valiosos para entablar nuevas investigaciones y también para incidir sobre la relación entre derechos humanos y empresas.

ANTONIO MOREIRA MAUÉS

*Profesor catedrático de la Universidad Federal de Pará*



## INTRODUCCIÓN

Las empresas son un actor cada vez más relevante en nuestra sociedad globalizada, pues lideran la mayoría de los sectores estratégicos de la economía mundial que tienen gran impacto en los derechos humanos: agroindustria, servicios financieros, energía, telecomunicaciones, minería, salud, educación, infraestructura, agua, medios de comunicación, etc. Esta relevancia de las empresas y sus actividades económicas no solo comporta impactos positivos y beneficios para los derechos humanos, pues inevitablemente aquellas generan algunos efectos o externalidades negativas que ponen en riesgo el goce y ejercicio de estos derechos.

Precisamente, por ello, este trabajo colectivo centra su análisis en buscar respuestas a cómo imponer obligaciones de derechos humanos a las empresas, lo que supone enfrentar diversos desafíos ontológicos; por ejemplo, su lógica de maximización de utilidades, sus operaciones de economía de escala en el nivel transnacional con una compleja red de subsidiarias, sus mutaciones de empresas transnacionales a empresas globales, entre otras. Indudablemente, estos desafíos originan cuestionamientos que no se limitan a la naturaleza y alcance de las obligaciones de derechos humanos para las empresas; además, discuten la capacidad de los mecanismos nacionales para resolver violaciones que solo responden a una tradicional lectura territorial.

Encontrar soluciones a los desafíos de atribuir obligaciones de derechos humanos a las empresas exige una ruptura de la lupa con que históricamente se ha mirado este problema. De hecho, las posibles soluciones no se hallan exclusivamente en el escenario internacional, ni mucho menos con medidas jurídicas. En la actualidad, los Estados, la comunidad internacional, las propias empresas, las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos y sus titulares, proponen un abanico de posibilidades que se concretan en los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos de Naciones Unidas, instrumentos de políticas públicas (Plan Nacional de Acción de empresa y derechos humanos), en códigos de buenas prácticas empresariales (adoptados por empresas individuales o por asociaciones empresariales transnacionales), las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales o la Guía de debida diligencia para cadenas de suministro responsables de minerales en las áreas de conflicto o de alto riesgo, de la OCDE, entre otras.

Esta compleja red de instrumentos que pretenden garantizar y proteger los derechos humanos de las actividades empresariales es cada día mucho más plural debido a su carácter multiactoral, con nuevos participantes, nuevas



estrategias y nuevas clases de regulación, lo cual evidencia el colosal desafío de esta obra colectiva: cómo lograr la coexistencia de las diferentes aproximaciones que van desde la responsabilidad social empresarial hasta el tratado vinculante sobre responsabilidad de las empresas por violaciones de derechos humanos. Tratar de definir y establecer una regulación jurídica específica que permita exigir responsabilidades a las empresas parece ser una de las cuestiones más complejas de resolver si se tiene en cuenta la variable del poder ejercido por empresas sobre ciertos Estados, especialmente, empresas transnacionales sobre países latinoamericanos, quienes usualmente han trazado como objetivo de su desarrollo el aumento de inversión extranjera, sin una reflexión seria sobre las consecuencias o externalidades negativas de la promoción y protección de esta inversión respecto a los compromisos constitucionales e internacionales en materia de derechos humanos.

A pesar de que en determinados momentos históricos algunos Estados parecen ser conscientes sobre los posibles efectos adversos de la actuación de las empresas sobre los derechos humanos, principalmente para los países latinoamericanos no es claro cómo resolver estos efectos ni qué respuestas jurídicas se deben implementar. De ahí que las propuestas o alternativas de soluciones se originan indistintamente en el derecho duro (instrumentos vinculantes) y en el derecho blando (normas voluntarias), y hasta el momento ninguna tiene la última palabra. Tal vez la solución se encuentra en entender que existe una multiplicidad de vías y herramientas disponibles sobre las cuales se está construyendo un nuevo sistema. Parece útil recordar que “*Roma non fu fatta in un giorno*”; así que la atribución de obligaciones de derechos humanos a las empresas requerirá más de un día.

Sobre este telón de fondo, la idea que inspira a esta obra colectiva se construye desde distintas aproximaciones, que no se erigen sobre una solución “estadocéntrica” a cómo atribuir obligaciones de derechos humanos a las empresas. Las respuestas que se ofrecen a lo largo de este trabajo son variadas frente a los diversos interrogantes que suscita el tema, *verbi gratia*, ¿cuál es y cómo se llegó al estado del arte en materia de derechos humanos y empresas?; ¿hay avances o retrocesos en la atribución de obligaciones de derechos humanos a las empresas?; ¿cuáles son las obligaciones internacionales de las empresas?; ¿existen mecanismos coercitivos para el cumplimiento de las obligaciones empresariales en materia de derechos humanos?; ¿se requieren marcos normativos vinculantes o, por el contrario, debe preferirse la voluntariedad?; ¿cómo deben desarrollarse los planes nacionales de acción y las demás políticas públicas?; ¿cómo se deberían armonizar los intereses económicos de las empresas con

los intereses de minorías étnicas especialmente protegidos?; ¿cuál es el papel de los jueces nacionales e internacionales que protegen los derechos humanos para atribuir obligaciones a las empresas?; ¿qué implicaciones o efectos sociales tienen las empresas en el marco del conflicto armado? Estos y otros interrogantes han guiado el trabajo colectivo, que se divide en dos partes:

La primera parte analiza las iniciativas internacionales que de algún modo han buscado atribuir obligaciones de derechos humanos a las empresas; en cada aporte de los profesores Alexei Julio Estrada, Edward Jesús Pérez, Manoela Carneiro Roland, Andressa Oliveira Soares, Humberto Cantú Rivera, Carlos Arévalo-Narváez, Nicolás Carrillo-Santarelli y Mireya Castañeda Hernández se encuentran consideraciones desde una perspectiva histórica, práctica y crítica, sobre los retos a los que se enfrenta la implementación de los principios rectores de Naciones Unidas y la adopción de un eventual instrumento internacional en la materia, principalmente respecto de su vinculatoriedad y el contenido de las obligaciones empresariales. Es así como los autores coinciden en la necesidad de dar un paso más allá de la simple responsabilidad social empresarial o de los principios rectores de Naciones Unidas, con instrumentos distintos a los que se presentan en el panorama actual, para lo cual resaltan que, si se quiere seguir progresando en la materia y eventualmente llegar a materializar la idea de un tratado, deben tenerse en cuenta diferentes factores: proyectos anteriores, sus falencias y virtudes, la armonización con el derecho regional y nacional, la especificación del contenido obligacional de las empresas, entre otros. Otro debate sobre las alternativas internacionales de regulación se encuentra en el aporte que estudia los deberes de la empresa en la protección del derecho a un medio ambiente sano, que presenta un juicioso estudio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el tema y propone criterios específicos para atribuir obligaciones de derechos humanos a las empresas en el sistema interamericano.

La segunda parte ofrece diversas exposiciones de la materialización de los principios rectores de Naciones Unidas en los contextos nacionales. Estos capítulos presentan un análisis minucioso desde experiencias concretas con los Planes Nacionales de Acción en países como Francia, Brasil, España, Colombia y los demás países tanto europeos como latinoamericanos, que cuentan con alguna iniciativa de este instrumento de política pública, prestando un especial interés a la transformación social que debe suponer las nuevas necesidades y beneficios de actores económicos y sociales dentro del marco de los derechos humanos. De ese modo, los profesores Luis Carlos Silva Faria Jr., Carmen Montesinos Padilla, Cristina Terezo, Ana María D'Ávila Lopes, Lucas Vieira

Barjud Marques, Marie Louise Bossard, Daniela Andrea Pineda, William Fernando Martínez Luna, Nicolás Carrillo-Santarelli, Aimée Gabriella Teixeira Martins, Sofia Sewnarine Negrão y Julián Tole Martínez presentan aportes, por un lado, sobre cómo se dificulta a escala estatal conjugar los principios rectores de Naciones Unidas con la función social de la empresa y, por otro lado, los problemas del diseño y evaluación de la política pública, así como la participación efectiva de la sociedad civil, la eficacia de los planes en la protección del Estado, el respeto de las empresas y la remediación de las violaciones de derechos humanos. Sin pretender que los planes nacionales de acción sean la solución a los problemas de atribuir obligaciones de derechos humanos a las empresas, cada capítulo evidencia dificultades y críticas a la manera como algunos de los Estados objeto de análisis han priorizado sectores, fijado las líneas de acción de la política pública, que no dan respuestas a los contextos sociales, muy especialmente a los efectos de la actividad empresarial en los derechos humanos.

JULIÁN TOLE MARTÍNEZ

PRIMERA PARTE  
DEBATES SOBRE LAS ALTERNATIVAS DE REGULACIÓN  
INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS EMPRESAS



ALEXEI JULIO ESTRADA\*

EDWARD JESÚS PÉREZ\*\*

CAPÍTULO I

*Los deberes de la empresa en la protección del derecho  
a un medio ambiente sano según la jurisprudencia  
de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*



## RESUMEN

Las recientes sentencias de la Corte IDH en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (Desca) y la Opinión Consultiva n.º 23 de 2017 abren la puerta para el desarrollo, desde una perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, de una postura que fundamente las obligaciones de las empresas frente al derecho a un medio ambiente sano. En este orden de ideas, este trabajo de investigación analizará las obligaciones convencionales que tienen los Estados con respecto a los actos de particulares en lo que concierne al derecho a un medio ambiente sano, para concluir que, en virtud del efecto horizontal de los derechos humanos y la progresiva *constitucionalización* de los tratados de derechos humanos en la región, las empresas privadas tienen obligaciones específicas derivadas del derecho internacional de los derechos humanos que pueden ser exigidas ante las jurisdicciones internas. A su vez, los Estados deberán responder ante las instancias internacionales por actos de empresas que perjudiquen el medio ambiente cuando no preven- gan, investiguen y reparen las violaciones a derechos humanos que hayan sido perpetradas por empresas particulares.

*Palabras clave:* empresas, efecto horizontal, medio ambiente sano, debida diligencia, responsabilidad internacional.

## CORPORATIONS OBLIGATIONS IN THE PROTECTION OF THE HUMAN RIGHT TO A HEALTHY ENVIRONMENT ACCORDING TO THE INTER AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS' CASE LAW

### ABSTRACT

The recent rulings of the Inter-American Court on economic, social, cultural and environmental rights (Desca) and Advisory Opinion n.º 23 of 2017 open the door for the development, from a perspective of international human

---

\* Profesor de la Universidad Externado de Colombia. Director jurídico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Correo electrónico: <alexejulio@cortheidh.or.cr> y <alexej@hotmail.com> Orcid: <<https://orcid.org/0000-0001-8715-3226>>

\*\* Abogado coordinador del Instituto Interamericano de Responsabilidad Social y Derechos Humanos. Fue abogado de la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. LL.M. en Derecho Internacional de la Universidad de Cambridge, Reino Unido. Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela. Correo electrónico: <eperez@iiresodh.org> y <edward.jp@gmail.com> Orcid: <<<https://orcid.org/0000-0002-7842-2823>>



rights law, of a position that bases the company against the right to a healthy environment. In this order of ideas, this research work will analyze the agreement that states that the right to a healthy environment, to conclude that, by virtue of the horizontal effect of the human rights and rights the progressive constitutionalization of human rights treaties in the region, private companies have special rights that may be required before domestic jurisdictions. In turn, States must respond to international authorities for acts of companies that harm the environment when they do not prevent, investigate and repair human rights violations that have been perpetrated by private companies.

*Keywords:* Companies, horizontal effect, healthy environment, due diligence, international responsibility.

## INTRODUCCIÓN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo, la Corte Interamericana o Corte IDH) ha desarrollado una uniforme y constante jurisprudencia según la cual, en virtud de la obligación de garantizar los derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y demás tratados que forman parte del derecho internacional de los derechos humanos, los Estados integrantes del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIDH) se encuentran obligados a adoptar medidas con el fin de prevenir afectaciones a los derechos reconocidos en dicho tratado perpetradas por particulares, y, de ser el caso, investigar, juzgar y sancionar dichas violaciones, según corresponda<sup>1</sup>. De esta forma, la Convención Americana impone indirectamente obligaciones a los particulares, incluyendo las personas jurídicas de derecho privado<sup>2</sup>, por cuanto los Estados se encontrarían

---

1 Corte IDH. Caso López Soto y otros *vs.* Venezuela. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C n.º 362, y Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde *vs.* Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C n.º 318.

2 La jurisprudencia de la Corte IDH hasta la fecha se ha referido solo a la responsabilidad estatal por violaciones de derechos humanos cometidas por particulares, personas naturales, pero no ha abordado de forma expresa eventos de responsabilidad internacional de los Estados por la actividad empresarial. No obstante, en principio nada impide extender de forma analógica la jurisprudencia de la Corte a eventos en los cuales la conducta sea atribuible a una entidad jurídica de derecho privado la cual, al margen de la amplia discusión teórica que se ha dado sobre

en el deber de adoptar medidas que procuren la adecuación de las actividades que aquellas llevan a cabo al derecho internacional de los derechos humanos. La falta de adopción de medidas o incluso, en determinados supuestos, la afectación por parte de una empresa a estos derechos puede generar la responsabilidad internacional del Estado.

A la luz de esta interpretación de la obligación de garantizar los derechos humanos, contenida en el artículo 1 de la CADH, la Corte Interamericana ha ido configurando progresivamente los deberes que se desprenden de una lectura sistemática de la CADH junto con otros instrumentos internacionales, los cuales precisan las obligaciones estatales con respecto a cada derecho. Dichas obligaciones abarcan, incluso, deberes con relación a la actuación por parte de empresas privadas.

Sin embargo, la responsabilidad internacional de las empresas, de forma directa, es un campo que ha sido menos explorado, pero que no es menos importante. Existe algún sector de la doctrina que sostiene que el paradigma ya ha cambiado o está a punto de cambiar, de forma tal que el derecho internacional de los derechos humanos ya no impone obligaciones solo a los Estados, sino también directamente a las empresas<sup>3</sup>.

A estas propuestas doctrinales se añaden las recientes sentencias de la Corte IDH en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (Desca) y la Opinión Consultiva n.º 23 (en lo sucesivo, OC-23) sobre medio ambiente y derechos humanos, que marcan un interesante derrotero para la jurisprudencia de la Corte. Esta línea jurisprudencial parece abrir la puerta para el desarrollo, desde una perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, de una postura que fundamente las obligaciones de las empresas frente al derecho a un medio ambiente sano. En efecto, la justiciabilidad directa e indirecta de los Desca ante el SIDH permitiría que la jurisdicción interamericana valore el cumplimiento de las obligaciones convencionales de los Estados, por la adopción o no de medidas dirigidas a prevenir afectaciones al medio ambiente sano por particulares.

---

la materia en derecho penal, siempre actúa por medio de sus agentes. Por ejemplo, ver OECD, La responsabilidad de las personas jurídicas para los delitos de Corrupción de América Latina. [Fecha de última consulta: 1/02/2019]. Disponible en <[http://www.oas.org/juridico/PDFs/enc\\_compilacion.pdf](http://www.oas.org/juridico/PDFs/enc_compilacion.pdf)>

3 CLAPHAM, ANDREW. *Human Rights Obligations of Non State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 269.

En este orden de ideas, este trabajo de investigación analizará las obligaciones convencionales que tienen los Estados con respecto a los actos de particulares en lo que concierne al derecho a un medio ambiente sano. Para ello, en primer lugar, se procederá a identificar los desarrollos de la jurisprudencia de dicho tribunal interamericano con respecto a las obligaciones que tienen los Estados por los actos de particulares, incluyendo empresas.

Acto seguido, se analizarán dichos estándares a la luz de las obligaciones específicas que se desprenden de la jurisprudencia de la Corte Interamericana con respecto al deber de respetar y garantizar el derecho a un medio ambiente sano, con el fin de determinar el alcance de las obligaciones de los Estados respecto a la protección de dicho derecho y las afectaciones a este derivadas de actos de particulares. En sentido similar, se hará alguna aproximación sobre las obligaciones de las empresas privadas que se podrían desprender de la Convención Americana.

Todo ello permitirá concluir que, si bien el derecho interamericano de los derechos humanos prevé la posibilidad de exigir la responsabilidad internacional de los Estados ante las instancias del SIDH, en lo que se refiere a esta investigación del derecho a un medio ambiente sano, se puede argumentar que, en virtud del efecto horizontal de dichos derechos y la progresiva *constitucionalización* de los tratados de derechos humanos en la región<sup>4</sup>, las empresas privadas tienen obligaciones específicas derivadas del derecho internacional de los derechos humanos que pueden ser exigidas ante las jurisdicciones internas. Por su parte, los Estados deberán responder ante las instancias internacionales por actos de empresas que perjudiquen el medio ambiente cuando incumplan su deber de garantía de los derechos humanos, es decir, cuando no prevengan, investiguen y reparen las violaciones a derechos humanos, y particularmente al medio ambiente sano, que hayan sido perpetradas por empresas particulares.

---

4 Tal como se ha indicado en oportunidades anteriores, la consecuencia de la incorporación de los tratados de derechos humanos en los derechos constitucionales latinoamericanos es, precisamente, la incorporación en su totalidad de los derechos reconocidos en ellos al bloque de constitucionalidad, sin que exista necesidad de una norma reglamentaria para hacerlos exigibles bajo el ordenamiento jurídico interno. Al respecto ver AYALA CORAO, CARLOS. *La consecuencia de la jerarquía constitucional de los tratados relativos a Derechos Humanos*, México, 2003.

## I. LA OBLIGACIÓN DE GARANTÍA Y EL EFECTO HORIZONTAL DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

Esta primera sección tiene como objeto desarrollar las obligaciones que tienen los Estados con respecto a la protección, respeto y garantía de los derechos humanos frente a actos de particulares, incluyendo empresas, y las responsabilidades que las empresas, propiamente, tendrían en virtud de la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta cuestión ha sido profundamente analizada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en la doctrina. Con posterioridad a ello, se hará una referencia a la posibilidad de que las empresas privadas puedan ser consideradas titulares de obligaciones a raíz del derecho internacional de los derechos humanos, y particularmente, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

### I. I. LA OBLIGACIÓN DE GARANTIZAR LOS DERECHOS ESTABLECIDOS EN LA CONVENCIÓN AMERICANA

El artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “[l]os Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (destacado añadido).

Al referirse a este deber de garantía, la Corte Interamericana, en su primera decisión de fondo, precisó el alcance de dicha obligación. Así, en su decisión sobre el caso Velásquez Rodríguez, la Corte IDH determinó que la obligación de garantizar los derechos suponía el deber estatal de adecuar el aparato gubernamental de forma tal que sea apto para asegurar el goce de los derechos convencionales y, en consecuencia, implicaba el deber de prevenir, juzgar y de ser el caso sancionar una violación a los derechos humanos reconocidos en la Convención. Finalmente, dicho deber suponía igualmente la obligación estatal de reparar a la víctima de una violación de esta naturaleza<sup>5</sup>.

---

5 FERRER MAC GREGOR, EDUARDO y PELAYO MÖLLER, CARLOS. Obligación de respetar los

A partir de esa consideración sobre el deber de garantía, en esa misma sentencia la Corte fue enfática en precisar que existían supuestos en los cuales el Estado podía ser responsabilizado por vulneración a un derecho humano reconocido en la Convención por la actuación de un particular<sup>6</sup>.

De esta forma, la Corte IDH desde un inicio contempló la posible responsabilidad del Estado por una eventual violación a los derechos humanos perpetrada por un particular<sup>7</sup>. En este sentido, si el Estado no cumplía con su obligación de garantizar los derechos humanos frente a un acto de un particular, la vulneración en sí misma podría ser atribuible a él<sup>8</sup>. La Corte se refirió en esta oportunidad, por primera vez, a la eventual violación a derechos humanos convencionales perpetrada por individuos que no eran directamente agentes estatales<sup>9</sup>.

La Corte IDH, en este orden de ideas, identificó que “el Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la

derechos. En STEINER, C. Y URIBE, p. (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Bogotá, Konrad Adenauer-Stiftung, 2014, p. 49.

- 6 En tal sentido señaló: “Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C n.º 4, párr. 172.
- 7 CLAPHAM, ANDREW. *Human Rights Obligations of Non State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 347.
- 8 OLUFEMI, AMAO. The African Regional Human Rights System and Multinational Corporations: Strengthening Host State Responsibility for the Control of Multinational Corporations, *The International Journal of Human Rights*, vol. 12, n.º 5, 2008, p. 769.
- 9 CLAPHAM, ANDREW. *Human Rights Obligations of Non State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 426.

víctima una adecuada reparación”<sup>10</sup>. Las obligaciones específicas que se desprendían del deber de garantía de los derechos, a las cuales se hizo mención previamente, son las de (1) prevenir afectaciones a los derechos humanos de las personas, (2) en el supuesto de que haya habido alguna afectación, el deber de investigar, juzgar y sancionar a las personas responsables del mismo, y finalmente (3) el deber de que se repare dicha vulneración. En la referida sentencia, la Corte desarrolló el contenido del deber de prevención y del deber de investigación indicando:

*El deber de prevención* abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. [...] Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado. [...].

El Estado se encuentra, por otra parte, *obligado a investigar* toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención.

En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad, y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio, y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal

---

<sup>10</sup> Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C n.º 4, párr. 174.

de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado<sup>11</sup>.

Por su parte, con respecto al deber de reparar, la Corte IDH dispuso en el proceso correspondiente al referido caso Velásquez Rodríguez que “la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral”<sup>12</sup>.

#### 1.2. LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL AL ESTADO POR ACTOS DE TERCEROS

Partiendo de la antes analizada obligación de garantía, la Corte IDH ha tenido la oportunidad de determinar la responsabilidad internacional del Estado por actos u omisiones perpetrados por particulares. En efecto, en el caso de la Masacre de Mapiripán, la Corte sostuvo:

Dicha responsabilidad internacional puede generarse también por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. [Las obligaciones erga omnes de respetar y hacer respetar las normas de protección, a cargo de los Estados Partes en la Convención,] proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones interindividuales. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando

---

<sup>11</sup> Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C n.º 4, párrs. 175 a 177.

<sup>12</sup> Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C n.º 7, párr. 26.

se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones erga omnes contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención<sup>13</sup>.

Es preciso señalar que la Corte ha abordado de distintas formas la responsabilidad internacional del Estado por actos de terceros. Esto es, tanto por la obligación de garantía (prevenir las violaciones de derechos humanos causadas por particulares) como por la obligación de respetar los derechos humanos a cargo del Estado y sus agentes.

Desde la primera perspectiva, en el caso Masacre de Pueblo Bello, la Corte determinó:

Un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, el carácter erga omnes de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto, omisión o hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía<sup>14</sup>.

De esta forma, siguiendo con lo antedicho, la Corte determinó que el Estado era responsable internacionalmente por la violación de los derechos a la vida y a la integridad personal reconocidos en la propia Convención, por cuanto el Estado tenía conocimiento del riesgo derivado de la actividad de los paramilitares o autodefensas en la región del Urabá antioqueño, y las medidas adoptadas no fueron efectivas para la “desactivación concreta y efectiva del riesgo”. No obstante, en ese caso se tuvo en cuenta que el riesgo fue creado por el propio Estado, ya que Colombia había propiciado “la creación de grupos

---

13 Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C n.º 134, párr. 111.

14 Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C n.º 140, párr. 123.



de autodefensas” que se “desbordaron y empezaron a actuar al margen de la ley”<sup>15</sup>. Este análisis de riesgo relacionado con el deber de prevenir por parte del Estado también se ha realizado en otros casos en los cuales las violaciones han sido ocasionadas por particulares, especialmente en casos de feminicidios<sup>16</sup>.

Por su parte, en el caso *Ximenes López*, relativo a afectaciones a la integridad física de la víctima derivadas de malos tratos perpetrados por personal de salud en una institución médica privada, la Corte determinó que Brasil fue responsable internacionalmente por las acciones de dicha institución. Al respecto, dijo:

La Corte, además, ha establecido que la responsabilidad estatal también puede generarse por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. Las obligaciones erga omnes que tienen los Estados de respetar y garantizar las normas de protección, y de asegurar la efectividad de los derechos, proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones interindividuales.

Los supuestos de responsabilidad estatal por violación a los derechos consagrados en la Convención, pueden ser tanto las acciones u omisiones atribuibles a órganos o funcionarios del Estado, como la omisión del Estado en prevenir que terceros vulneren los bienes jurídicos que protegen los derechos humanos. No obstante, entre esos dos extremos de responsabilidad, se encuentra la conducta descrita en la Resolución de la Comisión de Derecho Internacional, de una persona o entidad, que, si bien no es un órgano estatal, está autorizada por la legislación del Estado para ejercer atribuciones de autoridad gubernamental. Dicha conducta, ya sea de persona física o jurídica, debe ser considerada un acto del Estado, siempre y cuando estuviere actuando en dicha capacidad.

---

15 Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello *vs.* Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C n.º 140, párrs. 125 y 126.

16 Corte IDH. Caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C n.º 205, párr. 389; Corte IDH. Caso *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C n.º 307, párr. 134, y Corte IDH. Caso *Véliz Franco y otros vs. Guatemala*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C n.º 277, párr. 258.

Es decir, la acción de toda entidad, pública o privada, que está autorizada a actuar con capacidad estatal, se encuadra en el supuesto de responsabilidad por hechos directamente imputables al Estado, tal como ocurre cuando se prestan servicios en nombre del Estado<sup>17</sup>.

Más allá de lo anterior, la Corte determinó en dicho caso:

En relación con personas que se encuentran recibiendo atención médica, y dado que la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados, estos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud. La Corte considera que los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado.

La falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional debido a que los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos. La obligación de los Estados de regular no se agota, por lo tanto, en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud<sup>18</sup>.

De esta forma, la Corte IDH identificó que los Estados pueden ser responsables de violaciones a derechos humanos perpetradas por particulares, en la medida en que se identifique que el Estado incumplió con su deber de garantía, ya que

---

17 Corte IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C n.º 149, párrs. 85 a 87.

18 Corte IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C n.º 149, párrs. 89 y 90. En el mismo sentido, en el caso Gonzales Lluy, la Corte se refirió a la responsabilidad del Estado originada en conductas de una institución de salud y un banco de sangre privados. En dichos casos analizó los hechos “a la luz de la obligación de regular y supervisar la prestación de servicios del Banco de Sangre de gestión privada que intervino en el presente caso”. Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C n.º 298, párrs. 175 y 176.

tenía conocimiento de que existía un riesgo real sobre la posibilidad de que la violación referida se perpetrara, y no adoptó medidas razonables para prevenir o evitar la consumación del riesgo indicado, por una parte, o por otra parte, cuando el Estado incumple con su deber de regular y fiscalizar la prestación de servicios públicos por particulares<sup>19</sup>.

Esta forma de atribución de responsabilidad estatal es distinta a la que se ha adoptado en otros casos como Operación Génesis<sup>20</sup>, Vereda la Esperanza<sup>21</sup> y López Soto<sup>22</sup> en los cuales el Estado ha sido encontrado responsable por violación a su deber de respeto de los derechos humanos y no por la obligación de garantía, por cuanto se determinó la aquiescencia o tolerancia de agentes estatales con la actuación del privado vulneradora de los derechos humanos, lo que a su vez generó la responsabilidad internacional del Estado<sup>23</sup>.

- 19 VÁZQUEZ CAMACHO, SANTIAGO. *La responsabilidad internacional de los Estados derivada de la conducta de particulares o non-state actors conforme al Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos*, Ciudad de México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2013, pp. 16 y ss.
- 20 Corte IDH. Caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C n.º 270. “La Corte declaró que los actos crueles, inhumanos y degradantes a que fue sometido el señor Marino López en el poblado de Bijao, así como la privación de su vida, cometidos por miembros de grupos paramilitares, son atribuibles al Estado por la aquiescencia o colaboración que prestaron agentes de la fuerza pública para las operaciones de esos grupos, lo cual les facilitó las incursiones a las comunidades del Cacarica y propició o permitió la comisión de este tipo de actos”.
- 21 Corte IDH. Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C n.º 341, párrs. 172 y 173. Se refirió a la desaparición forzada de 12 personas y privación arbitraria de la vida de otra. “Los hechos acaecieron con el apoyo y la aquiescencia prestados por agentes de la fuerza pública al grupo paramilitar denominado Autodefensas del Magdalena Medio (ACMM), lo que facilitó las incursiones a la Vereda la Esperanza y propició o permitió la comisión de estos actos”.
- 22 Corte IDH. Caso López Soto y otros vs. Venezuela. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C n.º 362, párr. 197. “En suma, a partir del marco normativo de la Convención de Belém do Pará que debe permear la interpretación evolutiva de las conductas y actos de violencia contra la mujer que pueden encuadrarse como tortura, la Corte considera que no pueden excluirse los actos de violencia contra la mujer perpetrados por particulares, cuando aquellos son cometidos con la tolerancia o aquiescencia estatal por no haberlos prevenido de forma deliberada, como ocurre en este caso”.
- 23 Para profundizar sobre las reglas de atribución de empresas en casos de violaciones a derechos humanos perpetradas por empresas en el marco de estas obligaciones, véase MCCORQUODALE, ROBERT y SIMMONS, PENELOPE. *Responsibility beyond Borders: State Responsibility for*

### I. 3. EL EFECTO HORIZONTAL DE LAS OBLIGACIONES DE DERECHOS HUMANOS: LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS PARTICULARES POR VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS

Las consideraciones desarrolladas en los acápites anteriores evidencian con claridad que el derecho internacional de los derechos humanos impone obligaciones a los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos de las personas. En este sentido, los Estados pueden ser responsables tanto por sus actos propios como por las acciones u omisiones que realicen a partir de los actos de un tercero. Sin embargo, dichos desarrollos no responden a la pregunta de si las empresas pueden ser sujetos de obligaciones en materia del derecho internacional de los derechos humanos.

Un primer aspecto a tener en cuenta es la diferencia entre la justiciabilidad de un derecho y la existencia de un derecho propiamente dicho. La justiciabilidad de una obligación, en este contexto, hace referencia a la competencia de alguna autoridad jurisdiccional para realizar determinaciones con relación a la existencia de una eventual violación a una obligación de derechos humanos. En este orden de ideas, a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, solo serán justiciables, ante las instancias del derecho internacional de los derechos humanos, aquellas obligaciones convencionales incumplidas por los Estados.

No obstante, el que una obligación internacional no sea justiciable ante una instancia jurisdiccional internacional no implica que dicha obligación no exista o que no pueda ser justiciable ante otro cuerpo jurisdiccional. Un caso evidente de ello son las normas de tratados del derecho interamericano de los derechos humanos sobre los cuales la Corte Interamericana no tiene competencia, pero que igualmente son fuente de obligación internacional (tales como la mayoría de las provisiones de la Convención de Belém do Pará o del Protocolo de San Salvador). De esta forma, la ausencia de jurisdicción de un tribunal internacional de derechos humanos para conocer de posibles violaciones perpetradas por empresas no implica la inexistencia de la obligación<sup>24</sup>.

---

Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law, *The Modern Law Review*, vol. 70, n.º 4, July 2007, pp. 603 a 612.

24 CLAPHAM, ANDREW. *Human Rights Obligations of Non State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 267.

Otra premisa importante para analizar este supuesto es la incorporación, en la región latinoamericana, de los tratados de derechos humanos al derecho interno de cada uno de los Estados, en su mayoría, como derechos fundamentales con rango constitucional<sup>25</sup>. En la mayoría de los Estados de la región existen provisiones constitucionales que incorporan las normas previstas en los tratados de derechos humanos, particularmente la Convención Americana, al sistema normativo nacional, de modo que los derechos reconocidos en dicho tratado se convierten no solo en normas del derecho internacional exigibles frente al Estado ante las instancias jurisdiccionales del derecho internacional, sino también en fuentes de derecho interno, exigibles ante las autoridades judiciales de cada uno de los Estados que han ratificado dichos tratados.

---

25 Por ejemplo: el primer inciso del artículo 93 de la Constitución Política de Colombia establece: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

El artículo 75.22 de la Constitución argentina establece: “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.

El artículo 74.3 de la Constitución de República Dominicana establece que “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado”.

El artículo 23 de la Constitución venezolana establece: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

Al respecto, ver AYALA CORAO, CARLOS. *La Consecuencia de la Jerarquía Constitucional de los Tratados Relativos a Derechos Humanos*, México, 2003.

Partiendo de las premisas anteriores, se puede sostener que el efecto horizontal de los derechos fundamentales, con base en los cuales los particulares también pueden ser sujetos de obligaciones que surgen del catálogo de derechos reconocidos en las Constituciones Políticas de cada uno de los países<sup>26</sup>, en aquellos eventos en que el ordenamiento jurídico interno establece la vinculatoriedad de los particulares a los derechos fundamentales, también se extiende a las obligaciones derivadas de los tratados internacionales de los derechos humanos ratificados por el Estado. De esta forma, los particulares, incluyendo las empresas, sí son objeto de obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos, como consecuencia de la incorporación de las normas del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno de los Estados en la región. De tal forma, los particulares son sujetos de derechos y obligaciones constitucionales, y entre las normas constitucionales que deben cumplir se encuentran aquellas que devienen del derecho internacional de los derechos humanos. Este es, entonces, una fuente indirecta de obligaciones de las empresas y demás particulares.

Así lo ha señalado alguna parte de la doctrina. Se ha indicado al respecto:

La consideración sobre las obligaciones positivas de los Estados ha llevado a sugerir que, en algunas ocasiones, las normas convencionales pueden vincular a partes privadas. La aproximación más ortodoxa a este tema es que los tratados solo aplican a las partes privadas de forma adjetiva, cuando una acción es tomada por el Estado para asegurar los derechos previstos en dichos tratados, que requieren o prohíben determinada conducta de los individuos. Un análisis formal de esta posición llevaría a la conclusión de que los deberes impuestos a los individuos se desprenden del derecho interno de los Estados, mediante los cuales implementan las obligaciones de los Estados bajo el referido tratado, más que de los tratados propiamente dichos<sup>27</sup>.

La Corte IDH, por ejemplo, ha sostenido: “La obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, que normalmente tiene sus efectos en las relaciones

---

26 JULIO ESTRADA, ALEXEI. *La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Una presentación del caso colombiano*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 268.

27 CLAPHAM, ANDREW. *Human Rights Obligations of Non State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 350.

entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción, también proyecta sus efectos en las relaciones interindividuales [...]”.

La obligación impuesta por el respeto y garantía de los derechos humanos frente a terceros se basa también en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por lo tanto, el derecho privado, por lo que deben también velar por que en esas relaciones privadas entre terceros se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado puede resultar responsable de la violación de los derechos<sup>28</sup>.

Lo anterior no implica que los particulares, incluyendo las empresas, sean, a la fecha, entendidos como sujetos del derecho interamericano de los derechos humanos a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dicha posición es, cuando menos, discutible. Es evidente que el individuo y las empresas pueden ser sujetos de derecho internacional, tal como lo prueban el Estatuto de Roma, respecto al Derecho Penal Internacional, y el arbitraje de inversión, entre otras fuentes de derecho internacional. Sin embargo, en todos estos casos existe una base normativa que justifica la existencia de obligaciones en cabeza del individuo. En el caso del derecho interamericano de los derechos humanos no existe una base normativa similar a la prevista en dichas normas. Por ello, la Corte IDH no se ha pronunciado sobre eventuales incumplimientos de obligaciones por parte de empresas<sup>29</sup>.

Existen, sin embargo, tesis que sostienen que el derecho internacional de los derechos humanos sí puede ser fuente de obligaciones directas sobre los individuos. Dichas tesis sostienen, por un lado, que el derecho internacional de los derechos humanos debe interpretarse a la luz de los desarrollos que han existido respecto de las obligaciones de las empresas frente al derecho internacional; o, alternativamente, que la existencia de obligaciones en materia de derecho internacional de los derechos humanos por parte de las empresas se encuentra reconocida como fuente de derecho internacional como costumbre internacional<sup>30</sup>.

---

28 Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A n.º 18, párrs. 146 y 147.

29 Para una interpretación distinta a este argumento, ver CANTÚ RIVERA, HUMBERTO. *Empresas y derechos humanos: ¿hacia una regulación jurídica efectiva, o el mantenimiento del statu quo?*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013, p. 343.

30 MORGERA, ELISA. *Corporate Accountability in International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 130-131.

Al respecto, el juez Cançado Trindade, en un voto concurrente, sostuvo:

A mi modo de ver, podemos considerar tales obligaciones erga omnes desde dos dimensiones, una horizontal y otra vertical, que se complementan. Así, las obligaciones erga omnes de protección, en una dimensión horizontal, son obligaciones atinentes a la protección de los seres humanos debidas a la comunidad internacional como un todo. En el marco del derecho internacional convencional, vinculan ellas todos los Estados Partes en los tratados de derechos humanos (obligaciones erga omnes partes), y, en el ámbito del derecho internacional general, vinculan todos los Estados que componen la comunidad internacional organizada, sean o no Partes en aquellos tratados (obligaciones erga omnes lato sensu). En una dimensión vertical, las obligaciones erga omnes de protección vinculan tanto los órganos y agentes del poder público (estatal), como los simples particulares (en las relaciones interindividuales).

[...] Así, por ejemplo, en cuanto a la dimensión vertical, la obligación general, consagrada en el artículo primero (1) de la Convención Americana, de respetar y garantizar el libre ejercicio de los derechos por ella protegidos, genera efectos erga omnes, alcanzando las relaciones del individuo tanto con el poder público (estatal) cuanto con otros particulares<sup>31</sup>.

El juez referido concluyó ese voto indicando:

El Estado está obligado por la normativa de la protección internacional de los derechos humanos, que protege a toda persona humana erga omnes, independientemente de su estatuto de ciudadanía, o de migración, o cualquier otra condición o circunstancia. Los derechos fundamentales de los trabajadores migrantes, inclusive los indocumentados, son oponibles al poder público e igualmente a los particulares (v.g., los empleadores), en las relaciones interindividuales. El Estado no puede prevalecerse del hecho de no ser Parte en un determinado tratado de derechos humanos para evadirse de la obligación de respetar el principio fundamental de la igualdad y non-discriminación, por ser este un principio de derecho

---

31 CANÇADO TRINDADE, ANTONIO. Voto concurrente a la Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A n.º 18, párrs. 77 y 78. Nótese que el juez Cançado Trindade se refiere al efecto horizontal de los derechos humanos en un sentido distinto al que se usa en este trabajo de investigación. El juez Cançado Trindade, a diferencia de nosotros, incluye en el efecto vertical de los derechos humanos las relaciones interparticulares.



internacional general, y del *jus cogens*, que trasciende así el dominio del derecho de los tratados<sup>32</sup>.

Con independencia de la postura que se asuma, dos conclusiones se desprenden con claridad de lo analizado en este capítulo: (1) no existen instancias internacionales, especialmente en el derecho interamericano, con competencia para valorar la eventual violación de obligaciones de las empresas que se desprendan de las normas del derecho interamericano de los derechos humanos, por lo que esa labor le correspondería a las instancias jurisdiccionales del derecho interno en el marco de sus competencia, y (2) las empresas sí tienen obligaciones que se derivan de los tratados internacionales de derechos humanos, entre ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con independencia de si pueden ser exigidas a dichas empresas de forma directa o indirecta ante el SIDH.

Ahora bien, el contenido y el alcance de dichas obligaciones son un poco inciertos, al menos desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos. No obstante, la Corte Interamericana, en su sentencia sobre el caso Kaliña y Lokono, incorporó en su análisis los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, los cuales, según la referida decisión, implican que “las empresas deben actuar de conformidad con el respeto y la protección de los derechos humanos, así como prevenir, mitigar y hacerse responsables por las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos”<sup>33</sup>. Dichos Principios Rectores “cristalizaron un consenso internacional acerca de los impactos negativos que las empresas pueden provocar en materia de derechos humanos y la necesidad de prevenir y mitigar esos impactos y reparar los daños”<sup>34</sup>.

El reconocimiento de dicho instrumento como fuente de derecho por parte de la Corte Interamericana abre las puertas a sostener que aquel será la base para la interpretación y desarrollo de las obligaciones de las empresas en virtud

---

32 CAÑADO TRINDADE, ANTONIO. Voto concurrente a la Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A n.º 18, párr. 85.

33 Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C n.º 309, párr. 224.

34 GOS, TATIANA. La “responsabilidad de respetar” los derechos humanos y el establecimiento del deber de debida diligencia como una obligación legal para las industrias extractivas: desafíos y oportunidades en las Américas, *American University International Law Review*, vol. 32, n.º 4, 2017, p. 865.

de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Con ese sentido, es importante enunciar que, bajo los referidos “Principios Rectores”:

- Las empresas deben respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación.

- La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se refiere a los derechos humanos internacionalmente reconocidos –que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

- La responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas: a) Eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan; b) Traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos.

- Para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias, a saber: a) Un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos; b) Un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos; c) Unos procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar<sup>35</sup>.

Además, dicho instrumento prevé obligaciones operativas para las empresas, centradas principalmente en garantizar que ejerzan una debida diligencia, dirigida a “identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos”, y a reparar o contribuir en

---

35 ONU. Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos, 2011, principios 11 a 15.

la reparación de las violaciones a derechos humanos en las que se hayan visto involucradas<sup>36</sup>.

Siguiendo con dicha línea argumentativa, se podría entender que las empresas están obligadas a 1) respetar los derechos humanos reconocidos en el derecho interamericano de los derechos humanos, lo cual debe interpretarse como un deber de abstenerse de cometer actos u omisiones que constituyan violaciones a los derechos reconocidos en dichas normas; 2) adoptar medidas con la debida diligencia para prevenir consecuencias negativas sobre los derechos humanos reconocidos en dichas normas jurídicas y, finalmente, 3) reparar o contribuir en la reparación de las violaciones a derechos humanos que hayan identificado.

Partiendo de dichas obligaciones “generales” de las empresas, corresponderá analizar caso por caso las obligaciones específicas que tendría cada una de estas. Ante la ausencia de una instancia jurisdiccional internacional con la capacidad de interpretarlas, corresponderá utilizar otros mecanismos para el desarrollo de dichas obligaciones, tales como la jurisprudencia de los tribunales nacionales competentes para conocer de violaciones a derechos fundamentales perpetradas por empresas, o instrumentos de *soft law* existentes que permitan interpretar el alcance de estas. Todo ello mientras se desarrollan fuentes que vinculen directamente a las empresas en el derecho internacional, en las que se prevean y determinen sus obligaciones en el marco del derecho internacional de los derechos humanos.

## 2. EL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO: OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DE LOS ESTADOS CON RELACIÓN A LAS CONDUCTAS DE EMPRESAS, Y OBLIGACIONES DE LAS EMPRESAS QUE DEVIENEN DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

El derecho a un medio ambiente sano se encuentra previsto en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador. En dicho artículo se establece:

1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.

---

36 ONU. Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos, 2011, principios 17 y 22.

2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

El Relator sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionados con un medio ambiente sano ha señalado que las obligaciones que se desprenden de este derecho pueden clasificarse en sustantivas y procedimentales. Dicha distinción fue adoptada por la Corte Interamericana en su OC-23<sup>[37]</sup>.

El referido relator ha indicado que “las obligaciones procedimentales incluyen deberes tales como: (a) evaluar los estudios de impacto ambiental y hacer la información sobre el medio ambiente pública, (b) facilitar la participación pública en las decisiones que conciernen al medio ambiente, incluyendo la protección a la libre expresión y asociación, y (c) proveer acceso a mecanismos de reparación del daño”. Respecto de las obligaciones sustantivas, se ha indicado que “los órganos de derechos humanos han acordado que los Estados tienen obligaciones de adoptar e implementar marcos legales en los que haya protecciones en contra del daño ambiental que pueda afectar otros derechos humanos, y que dichas normas deben regular igualmente a actores privados y a agencias gubernamentales”. El relator finalmente sostiene que “mientras que los Estados tienen discreción en decidir cuál es el grado apropiado de protección ambiental en virtud de su situación económica, también deben tener en cuenta los estándares nacionales e internacionales sobre salud y seguridad, asegurar que sus estándares ambientales no sean regresivos, e implementarlos de forma efectiva”<sup>38</sup>. Similarmente, el relator ha sostenido que al adoptar dichos estándares “los Estados no deben discriminar por razones prohibidas” y que “los Estados pueden deber una protección reforzada a aquellos particularmente vulnerables a la degradación ambiental”<sup>39</sup>.

Si bien el Protocolo de San Salvador no prevé la justiciabilidad directa de esta norma del derecho internacional ante las instancias del SIDH, la Corte ha interpretado que, en virtud del artículo 26 de la Convención, dicho derecho

---

37 Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A n.º 23, párr. 69.

38 KNOX, JOHN y PEJAN, RAMIN. *The Human Right to a Healthy Environment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 4.

39 *Ibidem*.

puede ser justiciable ante las referidas instancias. Así lo dispuso la Corte IDH cuando indicó:

Adicionalmente, este derecho también debe considerarse incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana, debido a que bajo dicha norma se encuentran protegidos aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA, en la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (en la medida en que esta última “contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere”) y los que se deriven de una interpretación de la Convención acorde con los criterios establecidos en el artículo 29 de la misma [...]. La Corte reitera la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello<sup>40</sup>.

Lo anterior sin perjuicio de que distintos organismos internacionales, entre ellos la propia Corte IDH, hayan interpretado derechos medioambientales a la luz de otros derechos, tales como la vida, integridad física o salud, entre otros<sup>41</sup>. En efecto, los derechos medioambientales son el “arquetipo” de derechos indivisibles, pues están involucrados con casi todos los demás derechos<sup>42</sup>.

En el presente capítulo se pretende ahondar en la jurisprudencia relevante de la Corte Interamericana relativa al derecho a un medio ambiente sano, principalmente desarrollada en la antes citada OC-23, junto con otros casos relevantes. Este capítulo se analiza, pues se estima que de estas obligaciones se podría desprender alguna obligación aplicable a las empresas, derivada del derecho interamericano de los derechos humanos.

---

40 Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A n.º 23, párr. 57.

41 KNOX, JOHN y PEJAN, RAMIN. Ob. cit., p. 2.

42 DALY, ERIN y MAY, JAMES. Learning from Constitutional Environmental Rights. En: KNOX, JOHN y PEJAN, RAMIN. *The Human Right to a Healthy Environment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 54.

Finalmente, se harán algunas consideraciones sobre las eventuales obligaciones de las empresas que podrían desprenderse de la jurisprudencia de la Corte IDH derivadas del derecho a un medio ambiente sano. Sobre este último punto, debe anticiparse que, dado que la Corte Interamericana no tiene competencia para pronunciarse sobre eventuales violaciones a los derechos al medio ambiente sano perpetradas por una empresa privada, el análisis que se realizará tan solo enunciará algunas aproximaciones sobre las posibles obligaciones que se podría considerar que tienen las empresas, como consecuencia del efecto horizontal de los derechos humanos y, particularmente, de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, traídos a colación por la Corte Interamericana como fuente sobre posibles responsabilidades de las empresas en materia de derechos humanos.

## 2.1. OBLIGACIONES SUSTANTIVAS DEL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO

La obligación sustantiva al medio ambiente desarrolla el deber estatal de protegerlo, preservarlo y promoverlo. Dentro de esta obligación se encuentra la obligación de adecuar el ordenamiento jurídico y las prácticas estatales para cumplir con el deber de proteger el medio ambiente de daños que pudieren causar afectaciones a derechos humanos<sup>43</sup>. Debe anticiparse que, según lo desarrollado por la Corte Interamericana, el derecho a un medio ambiente sano comprendería dos grupos de obligaciones: (1) las que son de exigibilidad inmediata y (2) las que son de carácter progresivo<sup>44</sup>, es decir, aquellas en las que el Estado “tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de

---

43 Report of the Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment, A/HRC/31/53, 28 de diciembre de 2015, párrs. 14 - 15. Ver también: FITZMAURICE, MALGOSIA. Environmental Degradation, en MOECKLI, DANIEL, SHAH, SANGEETA y SIVAKUMARAN, SANDESH (eds.), *International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 624. También ver: TOMASEVSKI, K., Environmental Rights, en EIDE, ASBJORN, KRAUSE, CATARINA y ROSAS, ALLAN (eds), *Economic, Social and Cultural Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 258.

44 Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C n.º 359, párr. 141.

que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido”<sup>45</sup>.

El desarrollo más relevante por parte de la Corte IDH ha sido precisamente a través de su OC-23. En dicha opinión, la Corte Interamericana desarrolló lo siguiente respecto a dicha dimensión del derecho:

Esta Corte considera importante resaltar que el derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos. En este sentido, la Corte advierte una tendencia a reconocer personería jurídica y, por ende, derechos a la naturaleza no solo en sentencias judiciales sino incluso en ordenamientos constitucionales<sup>46</sup>.

De ello, la Corte identificó tres obligaciones principales en cabeza del Estado: el deber de prevención, el de precaución y el de cooperación internacional.

Con respecto al *deber de prevención*, los Estados deben adoptar medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural y de cualquier otra índole que permitan la protección y promoción de los derechos humanos, y, además, que sean justiciables y sancionables los hechos que pudieran ser transgresiones a dichas normas. Esto implica la “responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional”, según lo indicado en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992<sup>[47]</sup>.

---

45 Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C n.º 359, párr. 142.

46 Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A n.º 23, párr. 62.

47 Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el me-

En desarrollo de esta idea, la Corte determinó que ese deber de prevención implicaba:

La obligación de garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana conlleva el deber de los Estados de prevenir las violaciones a dichos derechos [...]. Como se mencionó previamente, este deber de prevención abarca todas las medidas, de distinto carácter, que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y susceptibles de acarrear sanciones e indemnizaciones por sus consecuencias perjudiciales [...].

En el ámbito del derecho ambiental el principio de prevención ha implicado que los Estados tienen la “responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional” [...]<sup>48</sup>.

Así, este deber de prevención requiere que los Estados adopten medidas dirigidas a regular, supervisar y fiscalizar, establecer planes de contingencia y mitigar afectaciones ocurridas en casos de que se materialice un daño ambiental.

El deber de regulación impone a los Estados la obligación de adecuar su ordenamiento jurídico con el fin de prevenir daños significativos al medio ambiente. Sobre ello, la Corte indicó:

Esta Corte considera que los Estados, tomando en cuenta el nivel de riesgo existente, deben regular las actividades que puedan causar un daño significativo al medio ambiente, de manera que disminuya cualquier amenaza a los derechos a la vida y a la integridad personal.

---

dio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A n.º 23, párr. 98.

48 Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A n.º 23, párrs. 127 a 129.



Específicamente respecto a los estudios de impacto ambiental [...], esta regulación debería ser clara al menos sobre: i) cuáles actividades propuestas e impactos deben ser examinados (áreas y aspectos cubiertos); ii) cómo debe ser el procedimiento para realizar un estudio de impacto ambiental (requisitos y procedimientos); iii) qué responsabilidades y deberes tienen las personas que proponen el proyecto, las autoridades competentes y los entes u órganos que toman las decisiones (responsabilidades y deberes); iv) cómo se utilizará el proceso del estudio de impacto ambiental para aprobar las actividades propuestas (relación con la toma de decisiones), y v) qué pasos y medidas deben adoptarse en caso que no se siga el procedimiento establecido para realizar el estudio de impacto ambiental o para implementar los términos y condiciones de la aprobación (cumplimiento e implementación).

Por otra parte, respecto a las empresas registradas en un Estado pero que desarrollan actividades fuera de su territorio, este Tribunal advierte que existe una tendencia hacia la regulación de dichas actividades por parte del Estado donde se encuentran registradas<sup>49</sup>.

Dichas regulaciones han de incorporar las actividades que deberán ser examinadas, pautas sobre el procedimiento para realizar un estudio de impacto ambiental; requerimientos para presentar una propuesta de proyecto, al igual que las autoridades competentes para resolver al respecto; la forma en la que se utilizará el estudio de impacto ambiental en el momento de valorar la propuesta, y el procedimiento a seguir cuando no sea adecuado el procedimiento para realizar un estudio de impacto ambiental<sup>50</sup>.

Por su parte, la Corte desarrolló el deber de fiscalizar en los siguientes términos:

---

49 Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A n.º 23, párrs. 149 a 151.

50 Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A n.º 23, párr. 151.

En este sentido, la Corte Interamericana considera que los Estados tienen un deber de supervisar y fiscalizar actividades, bajo su jurisdicción, que puedan producir un daño significativo al medio ambiente. Por tanto, los Estados deben desarrollar y poner en práctica mecanismos adecuados e independientes de supervisión y rendición de cuentas. Estos mecanismos no solo deben incluir medidas preventivas, sino también aquellas apropiadas para investigar, sancionar y reparar posibles abusos, mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia. El nivel intensidad necesario en la supervisión y fiscalización dependerá del nivel de riesgo que entrañe la actividad o conducta<sup>51</sup>.

Con relación a dicho deber de supervisar y fiscalizar en el área de salud, la Corte ha indicado que “la obligación de fiscalización estatal comprende tanto a servicios prestados por el Estado, directa o indirectamente, como a los ofrecidos por particulares” y que en esos casos la eventual responsabilidad del Estado “resulta por la omisión en el cumplimiento del deber de supervisar la prestación del servicio para proteger el bien respectivo”<sup>52</sup>.

También, con base en los artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, los Estados deben tener planes de contingencia para responder a emergencias o desastres ambientales. Sobre ello, la Corte Interamericana indicó:

El Estado de origen debe tener un plan de contingencia para responder a emergencias o desastres ambientales, que incluya medidas de seguridad y procedimientos para minimizar las consecuencias de dichos desastres. Si bien el Estado de origen es el principal responsable del plan de contingencia, cuando sea apropiado, el plan debe ser realizado en cooperación con otros Estados potencialmente afectados y organizaciones internacionales competentes<sup>53</sup>.

---

51 Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A n.º 23, párr. 154.

52 Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C n.º 298, párr 184, y Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C n.º 309, párr. 221.

53 Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y

Finalmente, el Estado está obligado a mitigar daños ambientales en casos de que ocurran, con independencia de que el Estado haya adoptado la totalidad de las medidas disponibles para prevenir dichos daños. Se encuentran entre estas: el deber de limpieza y restauración dentro de la jurisdicción del Estado de origen; el deber de contener el ámbito geográfico del daño y prevenir, de ser posible, que afecte a otros Estados; el deber de recabar toda la información necesaria del incidente, y el peligro de daño existente; en casos de emergencia, el deber del Estado de origen, sin demora y de la forma más rápida posible a su disposición, de notificar al Estado que posiblemente se vea afectado por el daño, en caso de que ocurra una actividad que pueda producir un daño significativo al medio ambiente de otro Estado; y con ello, el deber de los Estados afectados o potencialmente afectados de tomar todas las medidas posibles para mitigar y de ser posible eliminar las consecuencias del daño, y finalmente, en caso de emergencia, el deber de informar a las personas que puedan resultar afectadas<sup>54</sup>.

Respecto al *deber de precaución*, la Corte, en su OC-23, indicó que

los Estados deben actuar conforme al principio de precaución, a efectos de la protección del derecho a la vida y a la integridad personal, en casos donde haya indicadores plausibles que una actividad podría acarrear daños graves e irreversibles al medio ambiente, aún en ausencia de certeza científica. Por tanto, los Estados deben actuar con la debida cautela para prevenir el posible daño. En efecto, en el contexto de la protección de los derechos a la vida y a la integridad personal, la Corte considera que los Estados deben actuar conforme al principio de precaución, por lo cual, aún en ausencia de certeza científica, deben adoptar las medidas que sean ‘eficaces’ para prevenir un daño grave o irreversible<sup>55</sup>.

---

2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A n.º 23, párr. 171.

54 Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A n.º 23, párr. 172.

55 Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A n.º 23, párr. 180.

Se entiende de dicha interpretación que el Estado debe actuar con una especial cautela para prevenir un posible daño sobre el medio ambiente, en la medida que exista algún indicador plausible sobre si una actividad representa un peligro grave e irreversible al medio ambiente o a los derechos de las personas.

En sentido similar, la doctrina ha sostenido sobre este principio de precaución que pretende resolver “la falta de información (falta de certeza científica), presumiendo que un riesgo existe”, por lo que, con base en esa presunción, quienes adoptan decisiones “deciden si prohibir una actividad, imponer una responsabilidad estricta al autor en el supuesto de que exista un daño o pérdida derivada de la actividad, o requiera medidas de mitigación ante el riesgo asumido”. El principio de precaución requeriría una evaluación del riesgo, y un balance de la gravedad del daño, por un lado, frente al posible beneficio de dicha conducta<sup>56</sup>.

Finalmente, se reconoce un *deber de cooperación interestatal*, que requiere adoptar providencias “mediante la cooperación internacional” para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. La Corte, en su OC-23, indicó:

En el caso concreto de actividades, proyectos o incidentes que puedan generar daños ambientales significativos transfronterizos, el Estado o los Estados potencialmente afectados requieren de la cooperación del Estado de origen y viceversa, a efectos de adoptar las medidas de prevención y mitigación que fueran necesarias para garantizar los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción [...]. Por otro lado, el cumplimiento por parte del Estado de origen de su obligación de cooperación es un elemento importante en la evaluación de su obligación de respetar y garantizar los derechos humanos de las personas fuera de su territorio que pudiera verse afectadas por actividades realizadas dentro de este [...].

[...]

En consecuencia, esta Corte considera que los Estados tienen la obligación de cooperar, de buena fe, para la protección contra daños al medio ambiente. Esta obligación de cooperación tiene especial preeminencia en el caso de recursos compartidos, cuyo aprovechamiento y desarrollo debe ser realizado de una forma

---

56 Al respecto, ver SHELTON, DINAH. Complexities and Uncertainties in matters of human rights and the environment, en KNOX, JOHN y PEJAN, RAMIN. *The Human Right to a Healthy Environment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 114.

equitativa y razonable con los derechos de los demás Estados que poseen jurisdicción sobre tales recursos<sup>57</sup>.

Con base en esa obligación, los Estados tienen, en primer lugar, un deber de notificación, por el cual deben comunicar a otros Estados de actividades realizadas bajo su jurisdicción que pudiesen tener daños significativos al otro, particularmente en casos en que pueda haber un efecto sobre otras jurisdicciones, y por el otro lado, un deber de consultar y negociar con los Estados potencialmente afectados por la afectación ambiental, con el fin de mitigar o prevenir daños transfronterizos, sin que esto implique la obligación de llegar a un acuerdo, caso en el cual podrán acudir a mecanismos de solución pacífica de disputas internacionales<sup>58</sup>.

## 2.2. OBLIGACIONES PROCEDIMENTALES DEL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO

La obligación procedimental que deriva del derecho a un medio ambiente sano busca favorecer la participación de la población en asuntos que afectan el medio ambiente<sup>59</sup>. El Estado, por lo tanto, debe adoptar medidas para garantizar que, al menos, las personas tengan acceso a la información, participación en el proceso de toma de decisiones, y acceso a la justicia en materias concernientes al medio ambiente. Se entiende que dentro de la obligación procedimental también se encuentra el deber de realizar estudios de impacto ambiental para casos en los que se pudiese afectar el medio ambiente sano de un determinado

---

57 Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A n.º 23, párrs. 182 y 185.

58 Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A n.º 23, párrs. 209 y 210.

59 FITZMAURICE, MALGOSIA. Environmental Degradation. En: MOECKLI, DANIEL, SHAH, SANGEETA y SIVAKUMARAN, SANDESH. (eds.), *International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 624.

grupo. Dentro de esta categoría también se encuentra el deber de proteger a los defensores de los derechos ambientales.

#### ACCESO A LA INFORMACIÓN

Con respecto al deber de proveer acceso a la información sobre asuntos concernientes al medio ambiente, la Corte indicó:

Esta Corte ha señalado que, en el marco de esta obligación, la información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción.

[...]

Adicionalmente, conforme lo ha reconocido esta Corte, el derecho de las personas a obtener información se ve complementado con una correlativa obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocerla y valorarla. En este sentido, la obligación del Estado de suministrar información de oficio, conocida como la “obligación de transparencia activa”, impone el deber a los Estados de suministrar información que resulte necesaria para que las personas puedan ejercer otros derechos, lo cual es particularmente relevante en materia del derecho a la vida, integridad personal y salud. Asimismo, este Tribunal ha indicado que la obligación de transparencia activa en estos supuestos impone a los Estados la obligación de suministrar al público la máxima cantidad de información en forma oficiosa. Dicha información debe ser completa, comprensible, brindarse en un lenguaje accesible, encontrarse actualizada y brindarse de forma que sea efectiva para los distintos sectores de la población.

En el ámbito específico del derecho ambiental, múltiples instrumentos internacionales establecen un deber estatal de preparar y difundir, distribuir o publicar, en algunos casos de forma periódica, información actualizada sobre el estado del medio ambiente en general o sobre el área específica que cubre el tratado en cuestión.

La Corte entiende que la obligación de transparencia activa frente a actividades que podrían afectar otros derechos [...], abarca el deber de los Estados de publicar de manera oficiosa la información pertinente y necesaria sobre el medio ambiente, a efectos de garantizar los derechos humanos bajo la Convención, tales como información sobre la calidad ambiental, el impacto ambiental en la salud y los factores que lo influyen, además de información sobre la legislación y

las políticas y asesoramiento sobre cómo obtener esa información. Además, este Tribunal advierte que dicha obligación de transparencia activa cobra particular importancia en casos de emergencias ambientales que requieren la difusión inmediata y sin demora de la información relevante y necesaria para cumplir con el deber de prevención<sup>60</sup>.

De esta forma, el acceso a la información, particularmente la relativa a asuntos concernientes al medio ambiente, se encuentra amparado por el principio de máxima divulgación, por lo cual la regla general debe ser que el Estado debe disponer de los mecanismos para que las personas puedan tener acceso a dicha información. Excepcionalmente, los Estados podrán restringir dicho derecho, siempre y cuando la información se encuentre regulada mediante una ley, que sea idónea para proteger un fin legítimo y que sea necesaria en una sociedad democrática.

#### PARTICIPACIÓN EN LA TOMA DE DECISIONES CONCERNIENTES AL MEDIO AMBIENTE Y ESTUDIOS DE IMPACTO AMBIENTAL Y SOCIAL

La Corte, además, ha dispuesto:

Con respecto a asuntos ambientales, la participación representa un mecanismo para integrar las preocupaciones y el conocimiento de la ciudadanía en las decisiones de políticas públicas que afectan al medio ambiente. Asimismo, la participación en la toma de decisiones aumenta la capacidad de los gobiernos para responder a las inquietudes y demandas públicas de manera oportuna, construir consensos y mejorar la aceptación y el cumplimiento de las decisiones ambientales.

[...]

Por tanto, esta Corte estima que, del derecho de participación en los asuntos públicos, deriva la obligación de los Estados de garantizar la participación de las

---

60 Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A n.º 23, párrs. 219 a 223.

personas bajo su jurisdicción en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente, sin discriminación, de manera equitativa, significativa y transparente, para lo cual previamente deben haber garantizado el acceso a la información relevante<sup>61</sup>.

Esta obligación de garantizar la participación hace referencia a la población en general, pues sobre pueblos indígenas y tribales existe una reiterada jurisprudencia, en la cual la Corte se ha referido al deber estatal de consultar a los pueblos indígenas cuando un proyecto de desarrollo pudiese afectar sus derechos, particularmente su derecho a la propiedad sobre sus tierras tradicionales. En estos casos se ha entendido que se trata de una obligación emanada del artículo 21 de la Convención<sup>62</sup>.

Sobre el particular, en el caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku, la Corte destacó:

El Estado debe cumplir con las siguientes salvaguardias: i) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta, en particular, entre otros supuestos, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala; ii) la realización de un estudio de impacto ambiental; y iii) en su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales (como una forma de justa indemnización exigida por el artículo 21 de la Convención), según lo que la propia comunidad determine y resuelva respecto de quiénes serían los beneficiarios de tal compensación según sus costumbres y tradiciones<sup>63</sup>.

---

61 Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A n.º 23, párrs. 228 y 231.

62 Salvo en el Caso Kailña y Lokono, en el que se identificó, además de como una vulneración al derecho de propiedad, como una violación al derecho a la participación política. Corte IDH. Caso Pueblos Kailña y Lokono vs. Surinam. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C n.º 309, párr. 230.

63 Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C n.º 245, párr. 157. En sentido similar, ver Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C n.º 172, párr. 129.



En dicha Sentencia, la Corte precisó con mayor extensión los requerimientos de una consulta conforme al derecho internacional de los derechos humanos, en casos de comunidades indígenas:

La obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales [...], está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (art. 1.1) [...] Lo anterior conlleva la obligación de estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas, autóctonas, nativas o tribales pueda llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia. De este modo, los Estados deben incorporar esos estándares dentro de los procesos de consulta previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas.

Puesto que el Estado debe garantizar estos derechos de consulta y participación en todas las fases de planeación y desarrollo de un proyecto que pueda afectar el territorio sobre el cual se asienta una comunidad indígena o tribal, u otros derechos esenciales para su supervivencia como pueblo, estos procesos de diálogo y búsqueda de acuerdos deben realizarse desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones, de conformidad con los estándares internacionales pertinentes. En esta línea, el Estado debe asegurar que los derechos de los pueblos indígenas no sean obviados en cualquier otra actividad o acuerdos que haga con terceros privados o en el marco de decisiones del poder público que afectarían sus derechos e intereses. Por ello, en su caso, corresponde también al Estado llevar a cabo tareas de fiscalización y de control en su aplicación y desplegar, cuando sea pertinente, formas de tutela efectiva de ese derecho por medio de los órganos judiciales correspondientes<sup>64</sup>.

Posteriormente, en la decisión del caso Kaliña y Lokono, la Corte indicó que el derecho a la participación colectiva de los grupos indígenas y tribales “se actualiza de manera previa a la ejecución de acciones que podrían afectar de manera relevante los intereses de los pueblos indígenas y tribales, tales como

---

64 Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C n.º 245, párrs. 164 a 167.

las etapas de exploración y explotación o extracción”<sup>65</sup>. En consecuencia, el deber de consulta existe para cada parte de la ejecución de cualquier proyecto que pudiese afectar los derechos de las comunidades indígenas o grupos tribales, entre ellos, el derecho a un medio ambiente sano. En consecuencia, los Estados estarían en la obligación de adoptar medidas para garantizar que la consulta se realice en cada etapa del proyecto.

Finalmente, en lo que respecta a las características que debe mantener dicha consulta, la Corte señaló en la Sentencia del caso Sarayaku:

Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo o la comunidad, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si este fuera el caso. Asimismo, el Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo o de la comunidad tengan conocimiento de los posibles beneficios y riesgos, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto. Por último, la consulta debe tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo o comunidad para la toma de decisiones. El incumplimiento de esta obligación, o la realización de la consulta sin observar sus características esenciales, comprometen la responsabilidad internacional de los Estados<sup>66</sup>.

En consecuencia, las consultas deben ser, al menos, previas, de buena fe, adecuadas y accesibles, con la elaboración previa de un estudio de impacto ambiental, e informadas. Además, para la participación adecuada en la consulta por las partes interesadas, es necesaria la elaboración y publicidad de un estudio de impacto social. El estudio de impacto ambiental es una de las herramientas que los Estados están obligados a desarrollar para garantizar tanto acceso a la información como participación de las poblaciones afectadas por las medidas que tengan un impacto en el medio ambiente<sup>67</sup>.

---

65 Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono *vs.* Surinam. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C n.º 309, párrs. 206 y 207.

66 Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku *vs.* Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C n.º 245, párrs. 177 y 178.

67 Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono *vs.* Surinam. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C n.º 309, párr. 215.

En la OC-23 se consolidó dicha jurisprudencia, y se extendió frente a cualquier actividad que implique un eventual daño significativo al medio ambiente, no solamente cuando está involucrado el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas, al establecerse lo siguiente:

Sin perjuicio de otras obligaciones que surjan del derecho internacional, esta Corte considera que, al determinarse que una actividad implica un riesgo de daño significativo, es obligatorio la realización de un estudio de impacto ambiental. Dicha determinación inicial, puede hacerse, por ejemplo, mediante un estudio inicial de impacto ambiental o porque la legislación interna o alguna otra norma precise actividades que obligatoriamente requieran la realización de un estudio de impacto ambiental. En cualquier caso, la obligación de realizar un estudio de impacto ambiental cuando hay riesgo de daño significativo es independiente de si se trate de un proyecto realizado directamente por el Estado o por personas privadas.

La Corte ya ha señalado que los estudios de impacto ambiental deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto. En este sentido, ha señalado ciertas condiciones que deben cumplir dichos estudios de impacto ambiental. Si bien este desarrollo se realizó respecto de actividades a realizarse en territorios de comunidades indígenas, la Corte considera que también son aplicables para todo estudio de impacto ambiental<sup>68</sup>.

En consecuencia, los Estados están obligados a garantizar que se elabore un estudio de impacto ambiental previo a cada una de las etapas del proceso de explotación de alguna actividad que afecte al medio ambiente sano<sup>69</sup>.

---

68 Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A n.º 23, párrs. 157, 160 y 161.

69 Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A n.º 23, párrs. 162 a 170.

EL DEBER DE PROTECCIÓN A LOS DEFENSORES  
DEL MEDIO AMBIENTE O DE DERECHOS HUMANOS  
RELACIONADOS CON EL MEDIO AMBIENTE

La Corte Interamericana ha determinado que los defensores del medio ambiente tienen el carácter de defensores de derechos humanos. Por ello, señaló:

Los Estados tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias y razonables para garantizar el derecho a la vida de aquellas personas que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad, especialmente como consecuencia de su labor, siempre y cuando el Estado tenga “conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo”. A su vez, los Estados deben facilitar los medios necesarios para que las personas defensoras de derechos humanos o que cumplan una función pública respecto de la cual se encuentren amenazados o en situación de riesgo o denuncien violaciones a derechos humanos, puedan realizar “libremente sus actividades; protegerlos cuando son objeto de amenazas para evitar los atentados a su vida e integridad; generar las condiciones para la erradicación de violaciones por parte de agentes estatales o de particulares; abstenerse de imponer obstáculos que dificulten la realización de su labor, e investigar seria y eficazmente las violaciones cometidas en su contra, combatiendo la impunidad”<sup>70</sup>.

En consecuencia, el Estado tiene el deber de adoptar medidas para garantizar el derecho a la vida de los defensores del medio ambiente, siempre y cuando el Estado tenga conocimiento de un riesgo real e inmediato en su contra, y el deber de adoptar medidas tendientes a garantizar que los defensores del medio ambiente puedan ejercer libremente su labor, facilitar los mecanismos para que estas personas puedan denunciar las violaciones a sus derechos humanos a las cuales se encuentran expuestos, y que con ello se puedan investigar de forma eficaz y seria las violaciones a derechos humanos de las que sean objeto.

Además, la Corte indicó, con relación a la obligación específica antes señalada, que es deber del Estado “identificar o valorar si la persona objeto de amenazas y hostigamientos requiere de medidas de protección o remitir el

---

70 Corte IDH. Caso Luna López vs. Honduras. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 10 de octubre de 2013. Serie C n.º 269, párr. 123.

asunto a la autoridad competente para hacerlo, así como ofrecer a la persona en riesgo información oportuna sobre las medidas disponibles”, y que “la valoración sobre si una persona requiere medidas de protección y cuáles son las medidas adecuadas es una obligación que corresponde al Estado y no puede restringirse a que la propia víctima lo solicite a ‘las autoridades competentes’, ni que conozca con exactitud cuál es la autoridad en mejor capacidad de atender su situación, ya que corresponde al Estado establecer medidas de coordinación entre sus entidades y funcionarios para tal fin”<sup>71</sup>.

#### EL DERECHO A UN RECURSO JUDICIAL Y A LA REPARACIÓN

Los Estados están obligados a garantizar un recurso efectivo para realizar reclamaciones por eventuales daños medioambientales que afecten los derechos de personas, y que aquellas sean efectivamente cumplidas. En la OC-23, la Corte precisó:

En el contexto de la protección ambiental, el acceso a la justicia permite al individuo velar por que se apliquen las normas ambientales y constituye un medio para remediar cualquier violación a los derechos humanos que hubiera sido causada por el incumplimiento de normas ambientales, incluyendo los recursos y la reparación. Ello también implica que el acceso a la justicia garantiza la plena realización de los derechos a la participación pública y al acceso a la información, a través de los mecanismos judiciales correspondientes.

[...]

En virtud de las consideraciones anteriores, la Corte establece que los Estados tienen la obligación de garantizar el acceso a la justicia, en relación con las obligaciones estatales para la protección del medio ambiente que han sido enunciadas previamente en esta Opinión. En este sentido, los Estados deben garantizar que los individuos tengan acceso a recursos, sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal, para impugnar cualquier norma, decisión, acto u omisión de las autoridades públicas que contraviene o puede contravenir las obligaciones de derecho ambiental; para asegurar la plena realización de los demás derechos de procedimiento, es decir, el derecho al acceso a la información

---

71 Corte IDH. Caso Luna López vs. Honduras. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 10 de octubre de 2013. Serie C n.º 269, párr. 127.

y la participación pública, y para remediar cualquier violación de sus derechos, como consecuencia del incumplimiento de obligaciones de derecho ambiental<sup>72</sup>.

De esta forma, cuando existiese una afectación al medio ambiente, el Estado estaría en la obligación de investigar dichos hechos y adoptar medidas para mitigar las consecuencias derivadas de dicho agravio, en virtud de las obligaciones establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana.

### 2.3. LOS DEBERES DE LA EMPRESA PRIVADA, EN VIRTUD DEL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO

En el derecho internacional se ha reconocido en algunas instancias que, en temas concernientes al medio ambiente sano, las empresas privadas pueden ser responsabilizadas por violaciones al derecho internacional, a pesar de no ser un actor estatal<sup>73</sup>. Incluso, con respecto a la protección del derecho a un medio ambiente sano, existen algunos instrumentos que introducen la posible responsabilidad de las empresas por violaciones a derechos humanos. Por ejemplo, en virtud de los principios que se desprendían del Pacto Mundial de Naciones Unidas de 1999 (de carácter voluntario), las empresas estarían obligadas a “asegurarse de no ser cómplices en abusos a los derechos humanos”, “apoyar los métodos preventivos con respecto a problemas ambientales”, “adoptar iniciativas para promover una mayor responsabilidad ambiental”, y “fomentar el desarrollo y la difusión de tecnologías inofensivas para el medio ambiente”<sup>74</sup>.

Otra guía voluntaria de obligaciones de las empresas frente al medio ambiente sano son las líneas directrices de la OCDE para empresas transnacionales, que establecen que “las empresas deberán tomar debidamente en cuenta la

---

72 Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A n.º 23, párrs. 234 y 237.

73 MORGERA, ELISA. *Corporate Accountability in International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 133.

74 ALFONSO MONROY, MARÍA PAULA. Empresas y Derechos Humanos: una responsabilidad en construcción, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 43, n.º 118, Medellín, 2013, p. 359.

necesidad de proteger el medio ambiente, la salud y la seguridad públicas y, en general, deberán realizar sus actividades de manera que contribuyan al objetivo más amplio del desarrollo sostenible”, y prevén obligaciones específicas concernientes a obtención y gestión de información sobre medio ambiente, disponibilidad de información concerniente al medio ambiente, principio de precaución, planes de emergencia, entre otros<sup>75</sup>.

Como se pudo observar, sin embargo, estas iniciativas voluntarias han tenido limitaciones. En este sentido, como lo ha indicado un sector de la doctrina:

Las iniciativas voluntarias poseen la ventaja de que los mismos actores obligados (empresas) pueden tomar en cuenta sus particularidades y problemáticas propias y adoptar las medidas que mejor se adapten a tales circunstancias. Sin embargo, los resultados de estas iniciativas han sido limitado y no han generado mejoras sustanciales debido a la reducida cantidad de participantes, la falta de implementación efectiva, la publicación de información falsa, parcial o distorsiva, y la ausencia de mecanismos de monitoreo y supervisión. En consecuencia, si bien estas iniciativas constituyen un primer paso para cumplir con la responsabilidad de respetar los derechos humanos, ponen de relieve la necesidad de una expansión de los regímenes nacionales públicos y privados que definan los roles, responsabilidades, estándares de conducta y consecuencias legales en esta materia<sup>76</sup>.

Por su parte, por medio de la protección de derechos convencionales que en casos concretos están en conexidad con el medio ambiente (tales como la vida, la salud o la propiedad comunal), la jurisprudencia interamericana ha ido estableciendo lineamientos sobre el alcance de las obligaciones de las empresas en relación con el derecho al medio ambiente sano<sup>77</sup>.

---

75 OCDE, *Líneas directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, Revisión 2011, p. 46, disponible en <<https://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPAÑOL.pdf>>

76 GOS, TATIANA. La “responsabilidad de respetar” los derechos humanos y el establecimiento del deber de debida diligencia como una obligación legal para las industrias extractivas: desafíos y oportunidades en las Américas, *American University International Law Review*, vol. 32, n.º 4, 2017, p. 874.

77 Así mismo, las instancias internacionales cumplen un papel importante en la reivindicación del derecho al medio ambiente: “Las instancias jurisdiccionales en materias de derechos humanos han provisto de mecanismos alternativos a los individuos o grupos de personas para que busquen justicia por la degradación ambiental encabezada por empresas en un nivel supra nacional, al menos de forma indirecta [...]. Mientras que se condenan a los Estados por violaciones a derechos humanos, dichas instituciones han condenado, en algunas instancias, al menos moralmente,

La Comisión Interamericana fue más allá. En una oportunidad dio algunos indicadores de que sí podría entenderse la existencia de obligaciones de las empresas en virtud de la Convención Americana frente al derecho a un medio ambiente sano. Al respecto, dicha Comisión ha indicado:

La contaminación del medio ambiente como resultado de la explotación petrolera ha sido ampliamente difundida en los medios de comunicación del Ecuador y a nivel internacional. La Comisión visitó cinco lugares en el oriente. En uno de esos lugares agua aparentemente limpia se vaciaba en el río. En otro el agua se encontraba en proceso de purificación mediante contrato. En otro, Dureno, no se observó intento alguno por purificar el agua antes de vaciarla en el río. En las instalaciones de Petro Ecuador en Shushufundi Norte, agua altamente contaminada se vaciaba en un río tributario. Si se considera que habría más de doscientas piscinas en el país y solamente treinta de ellas han sido purificadas, la proporción de piscinas contaminadas es alarmante. La descontaminación es necesaria a fin de rectificar errores que jamás debieron ocurrir. *Tanto el Estado como las empresas encargadas de la explotación podrían resultar responsables como consecuencia de estas anomalías* (destacados propios)<sup>78</sup>.

De lo transcrito parece desprenderse que la obligación de purificar el agua antes de verterla a los ríos está en cabeza tanto del Estado como de las empresas explotadoras de los recursos naturales, es decir, que a ambos corresponden acciones de mitigación del daño ambiental, y del incumplimiento de estas se derivaría una responsabilidad internacional compartida.

Por otra parte, en virtud del efecto horizontal de los derechos humanos, no queda duda de que las empresas cuentan igualmente con obligaciones que derivan de la propia Convención Americana, así su cumplimiento no sea directamente exigible ante la Corte IDH. De esta forma, “las empresas también

---

a las empresas multinacionales por las degradaciones ambientales generalizadas que generan la responsabilidad estatal por violaciones a la vida, salud, propiedad o cultura”. MORGERA, ELISA. *Corporate Accountability in International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 143. En sentido similar, ver: GALÁN, JUAN RUIZ. Búsqueda de consensos sobre empresas y Derechos Humanos: hacia un instrumento internacional vinculante, *American University Law Review*, vol. 32, n.º 4, 2017, p. 852.

78 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comunicado de prensa n.º 24-94, 11 de noviembre de 1994 [fecha de última consulta: 1/02/2019]. Disponible en <<http://www.cidh.org/Comunicados/Spanish/1994/Comunicados%2021-28.htm#24>>.



deben proteger y garantizar o satisfacer los derechos humanos, todo lo cual implica obligaciones positivas de adopción de medidas que permitan aquello”<sup>79</sup>.

En este sentido, siguiendo los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, se pretenderá realizar una primera aproximación a cuáles podrían ser las obligaciones de las empresas en relación con el derecho a un medio ambiente sano que derivan de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

En este orden de ideas, las empresas tienen tres obligaciones en materia de derechos humanos: respetarlos, actuar con la debida diligencia para prevenir las violaciones de estos y, de ser el caso, mitigar sus efectos, y, finalmente, reparar o colaborar en la reparación de dichas violaciones. De esta forma, “las empresas deben actuar con debida diligencia y gestionar adecuadamente sus impactos en materia de derechos humanos, mediante la adopción de medidas de identificación, análisis, prevención, acción, mitigación y reparación”<sup>80</sup>.

Con respecto a la primera de esas obligaciones, corresponde establecer que las empresas privadas deben respetar el derecho de las personas a un medio ambiente sano. Como consecuencia de ello, las empresas privadas tienen que abstenerse de realizar actos u omisiones que puedan provocar o contribuir a provocar afectaciones al derecho a un medio ambiente sano en perjuicio de terceros, y en caso de que lo hagan deberán adoptar medidas dirigidas a paliar los efectos de dichas afectaciones. Más aún, en virtud de esta obligación, en el supuesto de que se identifique que se está generando una afectación al derecho a un medio ambiente sano, las empresas deben adoptar cualesquiera medidas necesarias para revertir (volver las cosas al estado anterior) o al menos mitigar dichos daños, en virtud del principio de *no harm*. Dicho deber, además, podría implicar el deber de abstenerse de usar los recursos naturales de forma tal que puedan llevar a una disminución al largo plazo de estos o de la biodiversidad<sup>81</sup>.

El deber de respeto debe incluir, además, la obligación de las empresas de someterse al ordenamiento jurídico de cada uno de los Estados en lo concerniente al cumplimiento de sus obligaciones internacionales. En este sentido,

---

79 AGUIAR CAVALLO, GONZALO. Los derechos de los pueblos indígenas y la industria extractiva, *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, vol. 22, n.º 3, 2017, p. 59.

80 GOS, TATIANA. La “responsabilidad de respetar” los derechos humanos y el establecimiento del deber de debida diligencia como una obligación legal para las industrias extractivas: desafíos y oportunidades en las Américas, *American University International Law Review*, vol. 32, n.º 4, 2017, p. 866.

81 MORGERA, ELISA. *Corporate Accountability in International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 270.

las empresas no deben impedir la labor de fiscalización y supervisión del Estado, sino, al contrario, adoptar todas las medidas para facilitar el cumplimiento efectivo de dicha labor estatal. Similarmente, siempre conforme al ordenamiento jurídico interno del Estado, las empresas deberán llevar a cabo o cooperar con el Estado para que se realicen los estudios de impacto ambiental correspondientes sobre las actividades que pretendan realizar en casos de que puedan afectar el derecho a un medio ambiente sano de una comunidad. Similarmente, deberán adoptar las medidas dirigidas a garantizar la participación de la comunidad o en su caso la consulta previa e informada, conforme a los estándares antes señalados, a las comunidades que se puedan ver afectadas por dichas actividades<sup>82</sup>.

En segundo lugar, en cuanto al deber de adoptar medidas con la debida diligencia para prevenir violaciones al derecho a un medio ambiente sano, este supone la adopción por parte de las empresas de medidas dirigidas a evaluar el impacto de sus actividades en el medio ambiente, y de actuar conforme a ello, de tal forma que, si se determina que existe una violación a derechos humanos derivada de su actividad, deberán adecuar sus conductas para eliminar dicho impacto. En este sentido, se ha indicado que dicho deber implica, al menos, cinco fases: “(i) una fase estratégica de establecimiento del plan en materia de derechos humanos”; “(ii) una fase de identificación y análisis, individual o conjuntamente con otros estudios de impacto social o ambiental” que incluya “la investigación de todos los derechos y riesgos potenciales o actuales para la empresa y terceros”, y que además deberán contar con mecanismos “de consulta significativa que tomen en cuenta las perspectivas y dilemas del desarrollo del proyecto o actividad empresarial”; “(iii) una fase de implementación de las acciones concretas necesarias para evitar y reducir violaciones, restaurar derechos y reparar daños”; “(iv) una fase de monitoreo, orientada a evaluar la implementación de la estrategia”, y “(v) una fase de reporte y divulgación que presente información consolidada, veraz y completa acerca del desempeño de la empresa en cuanto a su obligación de respetar los derechos humanos”<sup>83</sup>.

---

82 MORGERA, ELISA. *Corporate Accountability in International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 270.

83 GOS, TATIANA. La “responsabilidad de respetar” los derechos humanos y el establecimiento del deber de debida diligencia como una obligación legal para las industrias extractivas: desafíos y oportunidades en las Américas, *American University International Law Review*, vol. 32, n.º 4, 2017, p. 890.

Así, como señala Gos: “la debida diligencia es el mecanismo que las empresas deben utilizar para conocer, reconocer y demostrar que han adoptado las acciones necesarias para prevenir y reparar las violaciones de derechos humanos que han cometido o permitido”<sup>84</sup>. En seguimiento a ello, deberán igualmente atender al deber de prevención y al principio de precaución, de forma tal que deberán actuar con una mayor diligencia en aquellos casos en los cuales exista algún indicador sobre si una actividad realizada por la empresa implica un daño grave o irreversible al medio ambiente o al derecho de las personas.

Además, el deber de actuar con la debida diligencia también incluye el deber de garantizar que la información derivada de dichos estudios, al igual que las medidas que se adoptan en relación con ello, se encuentren disponibles y accesibles para terceros interesados<sup>85</sup>.

Finalmente, las empresas tienen igualmente un deber de reparación, por el cual, si identifican que han perpetrado una violación al derecho a un medio ambiente sano, tendrán que adoptar las medidas necesarias para reparar o colaborar en la reparación de dichas violaciones. Dicha reparación debe hacerse a través de medios legítimos reconocidos en el derecho interno de cada uno de los Estados<sup>86</sup>. En este sentido, los tribunales podrían, de ser el caso, hacer uso de la totalidad de sus poderes para obligar a las empresas privadas a adoptar medidas reparatorias integrales<sup>87</sup>. Un caso atípico, pero no menos importante al respecto, es el antes señalado caso *Kaliña y Lokono*, en el cual la Corte IDH dictó una medida de reparación dirigida, de forma directa, a la empresa privada, al disponer que el Estado deberá “implementar las acciones suficientes y necesarias, a fin de rehabilitar la zona afectada. Para ello, es preciso elaborar un plan de acción de rehabilitación efectiva de la zona, *de manera conjunta con la empresa* que ha estado a cargo de dicha rehabilitación, y con la participación de una representación de los Pueblos *Kaliña y Lokono*” (destacados propios)<sup>88</sup>.

---

84 GOS, TATIANA, *loc. cit.*, pp. 866 y 867.

85 MORGERA, ELISA. *Corporate Accountability in International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 270.

86 MORGERA, ELISA, *loc. cit.*, p. 270.

87 DALY, ERIN y MAY, JAMES. Learning from Constitutional Environmental Rights. En: KNOX, JOHN y PEJAN, RAMIN. *The Human Right to a Healthy Environment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 56.

88 “Leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido

Las obligaciones antedichas se indican con independencia de las obligaciones que las empresas tendrán en virtud del cumplimiento del Estado de su obligación de regular, fiscalizar y supervisar los actos de los particulares bajo su jurisdicción que puedan afectar el medio ambiente<sup>89</sup>.

Debe precisarse que, al igual de lo que ocurre con otros derechos humanos, las obligaciones correlativas de las empresas en relación con el derecho al medio ambiente sano pueden ser objeto de matices. En efecto, este derecho puede ser objeto de restricciones frente a garantías de la empresa privada o en relación con otros derechos individuales o colectivos u otros bienes jurídicamente relevantes para los Estados, en virtud de lo dispuesto en el artículo 30 de la Convención<sup>90</sup>.

La Corte IDH, hasta el momento, no ha profundizado de forma expresa sobre eventuales restricciones al derecho a un medio ambiente sano. No obstante lo anterior, otras instancias internacionales han adoptado posturas que admiten la restricción del derecho a un medio ambiente sano en términos similares a como podría hacerlo la Corte IDH. Así, en el caso Ogoniland, la Comisión Africana reconoció que empresas multinacionales pueden ser una fuerza potencialmente positiva para el desarrollo de un Estado, siempre y cuando el Estado y el pueblo concernidos tengan en cuenta el bien común con relación a los derechos de los individuos y de las comunidades<sup>91</sup>, aceptando que no necesariamente todo proyecto que afecte el medio ambiente sano implica automáticamente una violación a las normas previstas dentro del tratado.

---

establecidas”. Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C n.º 309, párr. 290.

89 Respecto a una aproximación al deber de debida diligencia en el derecho interno, y a la atribución de responsabilidad de una empresa por violaciones a derechos humanos perpetradas por ellas, ver: GOS, TATIANA. La “responsabilidad de respetar” los derechos humanos y el establecimiento del deber de debida diligencia como una obligación legal para las industrias extractivas: desafíos y oportunidades en las Américas, *American University International Law Review*, vol. 32, n.º 4, 2017, p. 888.

90 El artículo 30 de la Convención dispone que “[l]as restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

91 Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Social and Economic Rights Action Center and the Venter for Economic and Social Rights vs. Nigeria, 27 de octubre de 2001, párr. 69.

En sentido similar, en el caso *Rayner and Powell* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al analizar un caso relativo a contaminación sónica causada por la construcción y funcionamiento de un aeropuerto cerca de la vecindad de las presuntas víctimas a la luz del derecho a la vida privada, dicho tribunal consideró que no existía responsabilidad estatal, dado que la relevancia económica del funcionamiento del aeropuerto en los términos antes indicados justificaba la interferencia a la vida privada de las presuntas víctimas<sup>92</sup>.

Por ello, las obligaciones en materia de derechos humanos de las empresas a las que se ha hecho referencia no deben ser entendidas como absolutas, sino deben entenderse en función de la legislación aplicable y de los bienes jurídicos que, en un caso en concreto, estén en juego.

## CONCLUSIONES

Las empresas privadas son sujetos de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. En efecto, este trabajo de investigación permite identificar que, en el marco del derecho interamericano de los derechos humanos, las empresas pueden ser sujeto de obligaciones que se derivan de este derecho. Esta conclusión es particularmente clara dada la incorporación de las normas previstas en los tratados de derechos humanos a los ordenamientos jurídicos internos de cada uno de los Estados. Al incorporarse al derecho interno, los tratados deben ser entendidos de forma similar a los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente dentro de cada Estado, lo cual tiene como consecuencia la exigibilidad inmediata de dichas obligaciones frente a particulares.

Ahora bien, para dotar de contenido las obligaciones de las empresas que derivan del derecho internacional de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha acudido a los Principios Rectores sobre Empresa y Derechos Humanos, aprobados en 2011, como fuente para desprender las obligaciones específicas de las empresas que pueden desprenderse del derecho internacional de los derechos humanos. Con base en ello, las empresas tendrían la obligación de respetar los derechos humanos, de actuar con la debida diligencia para prevenir violaciones de derechos humanos que deriven de su actuación, o para mitigar los efectos de esas violaciones a derechos humanos,

---

92 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Powell and Rayner vs. United Kingdom*, 21 de febrero de 1990, parr. 45.

y finalmente tendrían la obligación de reparar o colaborar en la reparación de las violaciones a derechos humanos que le sean atribuibles a la empresa.

Partiendo del entendimiento antes indicado, en este trabajo de investigación se hace una primera aproximación a lo que podrían ser las obligaciones de las empresas respecto del derecho a un medio ambiente sano con base en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Para ello, se parte del contenido específico que la Convención Americana le da al derecho a un medio ambiente sano, en virtud de lo dispuesto en el artículo 26 de la Convención y de lo desarrollado por la Corte IDH en su OC-23. De la descripción de las obligaciones sustantivas y adjetivas que derivan de dicha OC-23, se puede concluir entonces que las empresas tendrían, al menos, las siguientes obligaciones respecto al derecho a un medio ambiente sano:

- Las empresas deben abstenerse de realizar afectaciones al derecho a un medio ambiente sano;
- Las empresas deben adoptar todas las medidas necesarias para contribuir con el cumplimiento de las obligaciones de fiscalización y supervisión del Estado;
- Las empresas deben permitir a terceros el acceso a la información sobre las actividades que realicen y que puedan afectar el derecho a un medio ambiente sano;
- Las empresas deben permitir la participación de los ciudadanos en los proyectos que impliquen la afectación del medio ambiente e implementar o colaborar en la implementación de las consultas previas e informadas que se deben realizar a las comunidades afectadas por los actos que puedan afectar el derecho a un medio ambiente sano de sus integrantes;
- Las empresas deben realizar o colaborar en la realización de los estudios de impacto ambiental sobre las actividades que puedan afectar dicho derecho;
- Las empresas deben evitar realizar actos que previsiblemente puedan llevar a una disminución considerable de recursos naturales renovables o de la biodiversidad;
- Las empresas deben actuar con la debida diligencia para identificar posibles afectaciones al derecho a un medio ambiente sano que sean atribuibles a ellas y, de ser el caso, deberán adecuar sus conductas de forma tal que se disminuyan sus impactos;
- Las empresas deben reparar o colaborar en la reparación de las afectaciones al derecho a un medio ambiente sano que les sean atribuibles.

Lo anterior no obsta respecto a la necesidad de que se continúen los procesos de negociación de instrumentos de derecho internacional que puedan atender a las obligaciones de las empresas, y que puedan delimitar de forma más clara y efectiva las obligaciones de la empresa en materia del derecho humano a un medio ambiente sano, y los retos que derivan de la propia naturaleza de este tipo de violaciones<sup>93</sup>. Entre ellos, retos como enfrentar los casos de daños transfronterizos, o de derechos de futuras generaciones, al igual que la prueba en casos de daños derivados de acciones que afectan al medio ambiente, y los casos en los cuales existen múltiples responsables, requieren mayor regulación para poder determinar obligaciones específicas en esas materias, que puedan ser analizadas<sup>94</sup>.

#### BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR CAVALLO, GONZALO. Los derechos de los pueblos indígenas y la industria extractiva, *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, vol. 22, n.º 3, 2017.
- ALFONSO MONROY, MARÍA PAULA. Empresas y Derechos Humanos: una responsabilidad en construcción, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 43, n.º 118, Medellín, 2013.
- AYALA CORAO, CARLOS. *La consecuencia de la jerarquía constitucional de los tratados relativos a Derechos Humanos*, México, 2003.
- CANTÚ RIVERA, HUMBERTO. *Empresas y derechos humanos: ¿hacia una regulación jurídica efectiva, o el mantenimiento del status quo?*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.
- CLAPHAM, ANDREW. *Human Rights Obligations of Non State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

---

93 RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR. A Human Right to a Healthy Environment. En: KNOX, JOHN y PEJAN, RAMIN. *The Human Right to a Healthy Environment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, pp. 167-168.

94 Al respecto, ver SHELTON, DINAH. Complexities and Uncertainties in matters of human rights and the environment. En: KNOX, JOHN y PEJAN, RAMIN. *The Human Right to a Healthy Environment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, pp. 105-106.

- DALY, ERIN y MAY, JAMES. Learning from Constitutional Environmental Rights. In: KNOX, John y PEJAN, RAMIN. *The Human Right to a Healthy Environment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 54.
- FERRER MAC GREGOR, EDUARDO y PELAYO MÖLLER, CARLOS. Obligación de respetar los derechos. En: STEINER, C. y URIBE, P. (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Bogotá, Konrad Adenauer-Stiftung, 2014.
- FITZMAURICE, MALGOSIA. Environmental Degradation. En: MOECKLI, DANIEL, SHAH, SANGEETA y SIVAKUMARAN, SANDESH (eds.), *International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- GOS, TATIANA. La “responsabilidad de respetar” los derechos humanos y el establecimiento del deber de debida diligencia como una obligación legal para las industrias extractivas: desafíos y oportunidades en las Américas, *American University International Law Review*, vol. 32, n.º 4, 2017.
- JULIO ESTRADA, ALEXEI. *La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Una presentación del caso colombiano*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.
- KNOX, JOHN y PEJAN, RAMIN. *The Human Right to a Healthy Environment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.
- MCCORQUODALE, ROBERT y SIMMONS, PENELOPE. Responsibility beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law, *The Modern Law Review*, vol. 70, n.º 4, 2007.
- MORGERA, ELISA. *Corporate Accountability in International Environmental Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- OLUFEMI, AMAO. The African Regional Human Rights System and Multinational Corporations: Strengthening Host State Responsibility for the Control of Multinational Corporations, *The International Journal of Human Rights*, vol. 12, n.º 5, 2008.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR. A Human Right to a Healthy Environment. En KNOX, JOHN, y PEJAN, RAMIN. *The Human Right to a Healthy Environment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.
- RUIZ GALÁN, JUAN. Búsqueda de consensos sobre empresas y Derechos Humanos: hacia un instrumento internacional vinculante, *American University Law Review*, vol. 32, n.º 4, 2017.



SHELTON, DINAH. Complexities and Uncertainties in matters of human rights and the environment. En KNOX, JOHN y PEJAN, RAMIN. *The Human Right to a Healthy Environment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

TOMASEVSKI, K. Environmental Rights. En: EIDE, ASBJORN, KRAUSE, CATARINA y ROSAS, ALLAN (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

VÁZQUEZ CAMACHO, SANTIAGO. *La responsabilidad internacional de los Estados derivada de la conducta de particulares o non-state actors conforme al Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos*, Ciudad de México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2013.

## JURISPRUDENCIA

Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C n.º 4.

Corte IDH. Caso de la “Masacre de Mapiripán” *vs.* Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C n.º 134.

Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello *vs.* Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C n.º 140, párr. 123.

Corte IDH. Caso Ximenes Lopes *vs.* Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C n.º 149.

Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) *vs.* México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C n.º 205.

Corte IDH. Caso de las Comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) *vs.* Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C n.º 270.

Corte IDH. Caso Véliz Franco y otros *vs.* Guatemala. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C n.º 277.

Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros *vs.* Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C n.º 298.

Corte IDH. Caso Velásquez Paiz y otros *vs.* Guatemala. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C n.º 307.

- Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono *vs.* Surinam. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C n.º 309.
- Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde *vs.* Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C n.º 318.
- Corte IDH. Caso Vereda La Esperanza *vs.* Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C n.º 341.
- Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros *vs.* Guatemala. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C n.º 359.
- Corte IDH. Caso López Soto y otros *vs.* Venezuela. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C n.º 362.
- Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A n.º 18.
- Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A n.º 23.
- Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Social and Economic Rights Action Center and the Venter for Economic and Social Rights *vs.* Nigeria, 27 de octubre de 2001, párr. 69.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Powell and Rayner *vs.* United Kingdom, 21 de febrero de 1990, parr. 4.



CARLOS ARÉVALO-NARVÁEZ\*  
NICOLÁS CARRILLO-SANTARELLI\*\*

CAPÍTULO 2

*The history and instruments of the business  
and Human Rights Field: from a 'New Economic Order'  
to Ruggie's Guiding Principles and beyond\*\*\**



## ABSTRACT

Through this article, we will discuss how the topic of the Responsibility of Transnational Corporations (TNCs) and other businesses has evolved since it was first mentioned by developing states interested in the creation of a New International Economic Order (NIEO). Since then, the path followed by this theme has been one of great intergovernmental initiatives with a mixed ratio of execution, private commitments, failures, and the hope incarnated in the developments of the Special Representative of the Secretary-General for Business and Human Rights (SRSG), Professor John Ruggie.

A both, descriptive as much as analytical piece, it aims to provide elements of discussion on the issue of whether, the current legal framework of business and human rights, should be allow to do on its own the transition from soft-law to binding norms, or if that process must be complemented with the refurbished idea of a Treaty.

*Keywords:* Business and Human Rights, New International Economic Order, Transnational Corporations, The UN Draft Code of Conduct on Transnational Corporations, The Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) Guidelines for Multinational Enterprises, The ILO Tripartite Declaration of principles concerning multinational enterprises and social policy, The UN Global Compact Program, The UN Business and Human Rights Framework.

## HISTORIA E INSTRUMENTOS DEL ÁREA DE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS: DEL ‘NUEVO ORDEN ECONÓMICO’ A LOS PRINCIPIOS RECTORES DE RUGGIE Y MÁS ALLÁ

### RESUMEN

Se discute cómo ha evolucionado el tema de la responsabilidad de las empresas transnacionales (ETN) y otras, desde que fue mencionado por primera vez por

---

\* Jefe del Departamento de Derecho Internacional de la Universidad de la Sabana. Magíster en Derecho Internacional (LL.M. in International Legal Studies) por la Universidad de Nueva York (NYU). Abogado por la Universidad de la Sabana. Contacto: <carlos.arevalo1@unisabana.edu.co>

\*\* Profesor e investigador en Derecho Internacional de la Universidad de la Sabana. Doctor en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales por la Universidad Autónoma de Madrid. Máster en Protección de los Derechos Humanos por la Universidad de Alcalá. Abogado por la Universidad Externado de Colombia. Contacto: <nicolas.carrillos@gmail.com>

\*\*\* Este escrito de investigación es el producto de estudios conjuntos realizados por los dos autores en la Universidad de la Sabana, en el marco del grupo de investigación en Derecho Internacional.

los Estados en desarrollo interesados en la creación de un Nuevo Orden Económico Internacional (NIEO). Desde entonces, el camino seguido por este tema ha sido uno de grandes iniciativas intergubernamentales con un rango heterogéneo de ejecución, compromisos privados, fracasos y la esperanza encarnada por los desarrollos del representante especial del secretario general de las Naciones Unidas para la cuestión de los derechos humanos y las empresas, John Ruggie.

Se trata de una pieza tanto descriptiva como analítica, que busca proporcionar elementos al debate de si el marco legal actual de las empresas y los derechos humanos debería poder hacer por sí mismo el tránsito de ser normas de *soft-law* a normas vinculantes, o si, por el contrario, es necesario que ese proceso se complemente con la reacondicionada idea de un tratado.

*Palabras clave:* empresas y derechos humanos, Nuevo Orden Económico Internacional, empresas transnacionales, Código de Conducta de las Naciones Unidas para las Empresas Transnacionales, Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, Declaración tripartita de la OIT de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, Pacto Mundial, Marco de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos.

## INTRODUCTION

Through this article, we will analyze how the topic of the Responsibility of Transnational Corporations (TNCs) and other businesses has evolved since it was first mentioned by developing states interested in the creation of a New International Economic Order (NIEO). Since then, the path followed by this theme has been one of great intergovernmental initiatives with a mixed ratio of execution, private commitments, failures, and the hope incarnated in the developments of the Special Representative of the Secretary-General for Business and Human Rights (SRSG), Professor John Ruggie.

### I. THE 1970'S NEW INTERNATIONAL ECONOMIC ORDER AND THE RESPONSE OF THE UNITED NATIONS

#### I. I. TRANSNATIONAL CORPORATIONS: A MAIN CONCERN FOR DEVELOPING STATES IN THE NEW ORDER

The question of the responsibility of TNCs cannot be considered to be a recent one. In the 1970s, as a result of the process of decolonization, the developing

states urged the world nations to establish a New International Economic Order that –based on equity, sovereign equality, interdependence, common interest and cooperation among states<sup>1</sup> would help to close the gap between developed and developing countries, a gap that was the result of an economic system “established at a time when most of the developing countries did not even exist as independent states”<sup>2</sup>.

It has been alleged by some authors that the NIEO General Assembly Declaration –in addition to other instruments such as the Charter of Economic Rights and Duties, the 1984 Declaration on the Right to Development and the 1990 Declaration on International Economic Cooperation and the Revitalization of Economic Growth– proved to be a failure mainly because, as much as the principles contained in them were proclaimed by developing countries, they were opposed with the same strength by industrialized states<sup>3</sup>.

The 1974 Declaration is of great relevance to the responsibility of the TNCs, as it is considered to be one of the founding principles of the NIEO, which called for “[t]he regulation and supervision of the activities of transnational corporations by taking measures in the interest of the national economies of the countries where such transnational corporations operate on the basis of the full sovereignty of those countries”<sup>4</sup>.

## 2. THE UN DRAFT CODE OF CONDUCT ON TRANSNATIONAL CORPORATIONS: THE FIRST NECESSARY FAILURE

Under the initiative of Chile, in July 1972 a unanimous General Assembly Resolution requested the Secretary General to appoint a Group of Eminent Persons to study the role of TNCs and their impact on developing countries. The Group of Eminent Persons issued a report entitled ‘The Impact of Multinational Corporations on Development and on International Relations’<sup>5</sup>,

---

1 UN Doc. A/RES/S-6/3201 (May 1<sup>st</sup>, 1974). Declaration on the Establishment of a New International Economic Order.

2 *Ibid.*, at para. 1.

3 CASSESE, ANTONIO. *International Law* (2<sup>nd</sup> ed.), New York, Oxford University Press, 2005, p. 330.

4 *Supra* note 5, at para. 4 (g).

5 UN Doc. E/5500/Rev. 1 ST/ESA/6. The Impact of Multinational Corporations on Development and on International Relations. Also available as UN Publication Sales n.° E.74.II.A. 5.



recommending the creation of a permanent Commission to deal with issues related to TNCs<sup>6</sup>. As a consequence of these recommendations, the UN Economic and Social Council (Ecosoc) established a permanent Program on Transnational Corporations, carried out by a Centre to study TNCs and related policy issues (UNCTC). This Centre began functioning in November 1974<sup>[7]</sup>, and in December of the same year the Intergovernmental Commission on Transnational Corporations was created<sup>8</sup>.

As part of the Commission's permanent program suggested by the Group of Eminent Persons, a set of recommendations gradually evolved and developed as experience and circumstances required<sup>9</sup>, and were addressed to both MNCs and Governments and set as one of the Commission and Centre's priorities. This proposal was translated into the Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations<sup>10</sup>.

The endeavor of drafting a Code of Conduct on TNCs was inspired, on the one hand, on the recognition of TNCs as actors with sufficient economic power and resources to have an effective impact on the development of both developing and developed countries<sup>11</sup>. On the other hand, it was motivated by the grave concern generated by the negative impact that corporations may have in economic development as well as in political and social affairs, at both domestic and international levels<sup>12</sup>.

Another main concern for the creation of this legal framework is based on "[T]he realization that national regulation and control are inadequate to deal with the global strategies of TNCs"<sup>13</sup>. The fact that some countries lack the resources or will to enact and/or execute adequate legislation and judicial

---

6 *Ibid.*, at p. 52. "The Group recommends that a commission on multinational corporations should be established under the Economic and Social Council, composed by individuals with a profound understanding of the issues and problems involved [...]"

7 See UNCTC Origins, available at the Web page <<<http://unctc.unctad.org/asp/UNCTCOrigins.aspx>> (Accessed until August 27, 2010).

8 UN Doc. E/RES/1908 (LVII) (2 August 1974).

9 *Supra* note 5, p. 55.

10 U.N. Code of Conduct on Transnational Corporations, 23 I.L.M. 626 (1984).

11 Information Paper on the Negotiations to Complete the Code of Conduct on Transnational Corporations, International Legal Materials, vol. 22, Issue 1 (January 1983), p. 178, para. 2. 22 I.L.M. 177 (1983).

12 *Ibid.*

13 *Ibid.*, at para. 3.

review mechanisms against TNCs that commit human rights violations is one of the concerns that motivated this work.

The objective of the Code of Conduct was to create an international framework that would minimize the negative effects of the activities of TNCs, while maximizing the corporations' positive contribution to the development process<sup>14</sup>. The idea of this work was not to present corporations as a 'social evil', but to recognize the important role that they play and the benefits that they give; while guaranteeing that the power they have in our current globalized world can be directed towards the common welfare that would lead to sustained development levels.

It is important to highlight that the Code of Conduct included a provision on human rights. Under the title 'Respect for Human Rights and Fundamental Freedoms', the text of the Draft Article reads:

"Transnational Corporations shall respect human rights and fundamental freedoms in the countries in which they operate. In their social and industrial relations, transnational corporations shall not discriminate on the bases of race, colour, sex, religion, language, social, national and ethnic origin or political or other opinion. Transnational corporations shall conform to government policies designed to extend equality of opportunity and treatment"<sup>15</sup>.

The Draft Articles also included a very specific provision on non-collaboration by TNCs with racist minority regimes in southern Africa<sup>16</sup>, urging corporations to progressively reduce their business activities and make no further investments in South Africa and immediately cease all business activities in Namibia. This was, in our opinion, inappropriate, as it was at odds with the purpose of setting an international framework with general and abstract recommendations: while the motivation was laudable, such appeal was better suited for a separate and specific resolution on southern Africa, although certainly it may have been a case that inspired work in this issue and could be regarded as part of the *travaux préparatoires*. In other words, the specific call used the instrument for an unintended purpose in order to achieve a goal that could have been achieved by other means. It is also ironic that an article

---

14 *Ibid.*, at para. 2.

15 *Supra* note 10, at para. 13.

16 *Ibid.*, at para. 14.

on non-interference in internal political affairs<sup>17</sup> and another article on non-interference in intergovernmental relations<sup>18</sup> are next to the aforementioned article on non-collaboration. To establish a commercial blockade to a country through an instrument created to regulate the activities of TNCs could have no other result than to diminish the value of the latter as a code of conduct and as general regulation.

The Code of Conduct that underwent a negotiation process until 1992 was eventually not adopted due to major disagreements between industrialized and developing states, particularly regarding the reference made to international law and the inclusion in the Code of Conduct of standards of treatment for TNCs<sup>19</sup>. An example of the discrepancies was the fact that industrialized countries were expecting the Code of Conduct to be a legal framework for the protection of the TNCs against the harms committed by the host states, while the developing countries were expecting it to be a set of rules regulating the actions of TNCs in such a way that they would have forbidden the intervention in the internal affairs of the host state or in their national development strategies<sup>20</sup>.

Nevertheless, it is important to highlight the value that the Code of Conduct had as inspiration and as the first international initiative on the control of the activities of TNCs, insofar as its measures would have been applicable to both corporations and Governments. As it was pointed out by the Commission on Transnational Corporations, “the formulation of standards for the behavior of TNCs in host countries encountered little difficulty, and by 1981, most provisions dealing with the activities of TNCs had been drafted. These provisions shared the common goal of maximizing the contribution of the corporations to the economic and social development of the countries in which they operated and of minimizing their potential negative effects”<sup>21</sup>.

---

17 *Ibid.*, at para. 15, 16.

18 *Ibid.*, at para. 17-19.

19 UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1996/12 (2 July 1996), para. 60-63. Report by the Secretary General. The impact of the activities and working methods of transnational corporations on the full enjoyment of all human rights, in particular economic, social and cultural rights and the right to development, bearing in mind existing international guidelines, rules and standards relating to the subject-matter, UN Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities.

20 DE SCHUTTER, OLIVER (ed.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2006, pp. 2, 3.

21 UN Doc. E/C.10/1992/8, para. 24. And see also *supra* note 19, para. 62.

The mood generated by the Draft UN Code of Conduct on Transnational Corporations served as the seedbed for the creation of other important initiatives on TNCs, such as the ILO Tripartite Declaration and Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) Guidelines. For this reason, it can be deemed as a first necessary attempt to undertake the task of regulating the activities of TNCs and its responsibility for human rights violations –thus, not a complete failure by any means. Although chronologically its failure in 1992 occurred after the development of these instruments, the beginning of the work of the Commission on Transnational Corporations on the matter was a motivation for both developing and industrialized countries.

### 3. INTERGOVERNMENTAL INITIATIVES ON TNCs: ILO TRIPARTITE DECLARATION, OECD GUIDELINES AND THE UN GLOBAL COMPACT PROGRAM

After the 1974 Declaration on a NIEO and the beginning of the work of the UN Commission on Transnational Corporations, a great number of initiatives on the control of the activities of TNCs were developed. As the world has become more globalized, the number of these initiatives –private and intergovernmental– have grown, transforming the global landscape of TNC responsibility into a vast and confusing regime, largely based on voluntarism.

The diverse array of voluntary instruments, developed on some occasions by a single organization and others by multi-stakeholder partnerships, includes hundreds of corporate codes of conduct, labeling and certification, Guidelines and Guiding Principles, National Action Plans, model codes, economic sector initiatives, and social responsibility initiatives and certificates<sup>22</sup>. An example of these initiatives is the ISO 26000 standard on Social Responsibility, created by the International Organization for Standardization (ISO) not as a certification standard but rather as one for guidance<sup>23</sup>. ISO 26000 was approved in July 2010 as a Final Draft International Standard and then released for a two-month vote

---

22 For a detail catalog on the instruments related to the responsibility of TNCs for human rights, see UN Doc. E/CN.4/2005/91 (14 February 2005), Report of the United Nations High Commissioner on Human Rights on the responsibilities of transnational corporations and related business enterprises with regard to human rights.

23 ISO Social Responsibility: Frequently Ask Questions n.º 6, <[http://isotc.iso.org/livelink/livelink/fetch/2000/2122/830949/3934883/3935096/07\\_gen\\_info/faq.html](http://isotc.iso.org/livelink/livelink/fetch/2000/2122/830949/3934883/3935096/07_gen_info/faq.html)> (accessed until August 27, 2010).

by the member states in August–September 2010. Finally, it was published in November<sup>24</sup>. All of this makes this an important guiding initiative, although understandably, as it was created under the framework of Corporate Social Responsibility (CSR), it missed the chance of having been an international certificate on business and human rights, because it does not focus on the human rights responsibility that Corporations have –although it does include human rights among its seven core subjects. CSR is voluntary but respect for human rights is mandatory and, in that sense, could well be certifiable.

Every initiative on business and human rights is a contribution to the protection of fundamental rights and freedoms, but we will focus on the OECD Guidelines, the ILO Tripartite Declaration, and the UN Global Compact, based on two reasons. First, these instruments “enjoy formal government recognition”<sup>25</sup>, are essential factors in the assertion of human rights responsibility of TNCs, have an intergovernmental character and in that sense their ratio of influence is wider. Second, they are the three most widely recognized and used instruments by corporations as a basis for their CSR programs. According to a survey made by the Corporate Social Responsibility Ratings Agency (Vigeo) in 2008<sup>[26]</sup>, in a critical mass of 89 large European companies, to the question of whether their CSR approaches were based or inspired on international guidance or instruments and on which of them, 92.1% said they were based or inspired by the UN Global Compact, while 64.0% and 55.1% referred to the ILO Declaration and the OECD Guidelines, respectively.

In this section, the three aforementioned initiatives will be briefly described and analyzed from a critical perspective, with the objective of presenting how the responsibility of TNCs has been developed since the mid 1970s until today, and how this influenced the UN framework developed in 2008 by the SRSR John Ruggie.

---

24 ISO, Press Release on ISO 26000 Social Responsibility launch event (November 2, 2010), available at: <<http://www.iso.org/sites/iso26000launch/index.html>> and ISO, Press Release on ISO 26000 social responsibility approved for release as Final Draft International Standard (May 26, 2010), available at: <<http://www.iso.org/iso/pressrelease.htm?refid=Ref1321>>

25 Paul Hohnen, OECD Guidelines: a responsible business choice, *OECD Observer*, 13 January 2009. Available at: <[http://www.oecdobserver.org/news/fullstory.php/aid/2772/OECD\\_MNE\\_Guidelines:\\_A\\_responsible\\_business\\_choice.html](http://www.oecdobserver.org/news/fullstory.php/aid/2772/OECD_MNE_Guidelines:_A_responsible_business_choice.html)> (accessed until August 27, 2010)

26 BENSEDDIK, FOUAD and SZWED, ANNABELLE. International public standards in the conception and practice of social responsibility by large European companies, *Corporate Social Responsibility Ratings Agency (Vigeo)*, October 2008, p. 7.

### 3.1. THE ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD) GUIDELINES FOR MULTINATIONAL ENTERPRISES

The OECD Guidelines were born out of the fear of industrialized countries that the interference in their internal political affairs or any other actions by TNCs might provoke a hostile reaction by developing states, a reaction that might have even led to the arbitrary restriction of the rights of foreign investors<sup>27</sup>. They are part of a four-document package under the OECD Declaration on International Investment and Multinational Enterprises, adopted by OECD Governments in 1976 with the purpose of promoting a comprehensive and balanced approach for Governments' treatment of foreign direct investment and for enterprises' activities in adhering countries<sup>28</sup>.

#### CONTENT

The OECD Guidelines represent a non-binding code of conduct of responsible corporate behavior that provides voluntary principles and standards in areas such as employment and industrial relations, human rights, environment, information disclosure, combating bribery, consumer interests, science and technology, competition, and taxation. They are recommendations addressed by adhering Governments<sup>29</sup> to MNEs operating in or from their territory<sup>30</sup>. Even though the OECD Guidelines are apparently limited geographically, in practice they apply universally due to the fact that most of the TNCs they are addressed to either have the nationality of or develop their activities in

---

27 Fédération internationale de ligues des droits de l'home (Fidh), Position Paper: Comments on the interim report of the special representative of the secretary-general on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, March 15, 2006, p. 4.

28 The OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Frequently Ask Questions, <[http://www.oecd.org/document/58/0,3343,en\\_2649\\_34889\\_2349370\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/58/0,3343,en_2649_34889_2349370_1_1_1_1,00.html)> (accessed until August 27, 2010).

29 *Ibid.* The Guidelines adhering countries are the 31 OECD member countries plus eleven non-member countries: Argentina, Brazil, Chile, Egypt, Estonia, Israel, Latvia, Lithuania, Morocco, Peru, Romania and Slovenia.

30 See the OECD Guidelines description available at: <[http://www.oecd.org/department/0,3355,en\\_2649\\_34889\\_1\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/department/0,3355,en_2649_34889_1_1_1_1_1,00.html)> (accessed until August 27, 2010).

the territory of one of the 48 adhering states –all 35 OECD countries and 13 non-OECD ones<sup>31</sup>.

The OECD Guidelines were revised in 2000 with the purpose of updating them to the current world economic circumstances and the new business methods. One important element of these Guidelines is that they recognize the responsibility of parent companies over subsidiaries and beyond –an issue that has been highly discussed in domestic litigations. According to the text of the OECD Guidelines and its clarifications, “[a]ll entities, including parent companies, local subsidiaries, as well as intermediary levels of the organization, are expected to co-operate and assist, as necessary, in observing the Guidelines. To the extent that parent companies actually exercise control over the activities of their subsidiaries, they have a responsibility of observance of the Guidelines by those subsidiaries”<sup>32</sup>.

Although it seems that the Guidelines are accelerating when it comes to parent companies responsibility, they pull the break when it comes to the parent company responsibility for the financial obligations of subsidiaries, leaving the resolution of this problem to the adhering countries’ national law<sup>33</sup>. Additionally, the Guidelines were updated again in 2011, when reference to internationally recognized standards, multi-stakeholder initiatives, the positive impact businesses can have on employment and development, reference to observance of domestic law, risk-based due diligence and avoiding adverse impacts, guidance by the boards of parent companies, internal controls and tax issues were added, among others<sup>34</sup>.

Originally and in the 2000 update reference to a concept of corporate ‘due diligence’<sup>35</sup> was not as evolved as the one presented by the SRSJ John Ruggie in the UN framework. The Guidelines said before, for instance, that “it would be

---

31 The list of adhering countries can be found in the following link: <<http://www.oecd.org/investment/mne/oecddeclarationanddecisions.htm>> (last access: November 29, 2017).

32 OECD Committee on International Investment and Multinational Enterprises, *The OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Text, commentary and clarifications*, October 31, 2001, DAFNE/IME/WPG (2000)15/FINAL, p. 9.

33 See *ibid.*, p. 10.

34 2011 Update of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Comparative table of changes made to the 2000 text, available at: <<http://www.oecd.org/corporate/mne/49744860.pdf>> (last access: November 20, 2017).

35 See UN Doc. A/HRC/8/5 (April 7, 2008), *Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights*, p. 17, paras. 56-64.

reasonable to expect that a “prudent enterprise” would set up whatever internal procedures would be necessary to ensure that the Guidelines are known and applied by its various entities”<sup>36</sup>. That being said, the 2011 –perhaps inspired by Ruggie’s developments– mention due diligence in several parts, for instance stating that enterprises should: “Carry out risk-based due diligence [...] to identify, prevent and mitigate actual and potential adverse impacts [...] and account for how these impacts are addressed. The nature and extent of due diligence depend on the circumstances of a particular situation”.

Finally, regarding human rights obligations, according to Chapter II –General Policies of the Guidelines, enterprises should “[r]espect the internationally recognized human rights of those affected by their activities”<sup>37</sup>. In its 2000 commentary, the Guidelines recognized that even though human rights promotion and protection are the primary responsibility of States, where there is an intersection between the conduct of the MNEs and human rights, the corporation has an important role to play. They are encouraged not only to respect human rights through their dealings with employees but also with respect to those who can be affected by their activities<sup>38</sup>, incorporating what has been set-forth in the UN framework – the ‘Sphere of influence’<sup>39</sup>.

The Guidelines are a very useful reference instrument, especially for corporations. They contain well-developed principles such as the ones we have analyzed. The main problem is that their non-binding character makes them an instrument dependable on the will of the adhering governments in order to make them binding upon their own corporations or the corporations that have activities in their territory. This is something that can entail a lot of difficulty, if we take into account the important role that TNCs play in states economies.

## IMPLEMENTATION OF THE GUIDELINES

The Institutional mechanism for the implementation of the Guidelines consists of three elements: the National Contact Points; the OECD Investment Committee; and the advisory Committees to the OECD of business and labor

---

<sup>36</sup> *Supra* note 32, at p. 9.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 12, para. 4.

<sup>39</sup> *Supra* note 35, at p. 19, paras. 65–72.



federations, the Business and Industry Advisory Committee (BIAC) and the Trade Union Advisory Committee (TUAC)<sup>40</sup>.

BIAC, TUAC and OECD Watch (an international network of civil society organizations) have the function of being the nexus between the OECD and the member federations they represent. They provide the organization with all of the business, labor and civil society input about the developments of the Guidelines. In order to achieve this task, they may request consultations with the National Contact Points and raise issues related to the Guidelines directly with the Investment Committee<sup>41</sup>. It was not until the 2000 review that the consultation process was extended to NGOs, a practice that should be continued by the OECD, as nowadays NGOs participation in the development of business and human rights standards are of great relevance. This gives a greater legitimacy to the Guidelines by making them the result of a more democratic process. What is important here is that the participation of developing countries' NGOs is guaranteed, and the process does not get restricted to those NGOs of developed countries that have the sufficient human and economic resources to participate. Opening the process to academic institutions will, without doubt, be very fructiferous for the Guidelines.

The OECD Investment Committee, formed by all the OECD member countries and observers, is responsible for overseeing the functioning of the Guidelines and to take steps to enhance their effectiveness. Because of the non-binding nature of the Guidelines, the Investment Committee has no judicial or quasi-judicial functions of any kind, making its enforcement function an indirect one<sup>42</sup>.

The National Contact Points (NCPs) are Governmental offices responsible for encouraging observance of the Guidelines in their national context and for ensuring that the Guidelines are well known and understood by the national business community and by other interested parties. NCPs functions are guided by four criteria: visibility, accessibility, transparency, and accountability, with the aim of furthering the objective of functional equivalence<sup>43</sup>. The accountability of the NCPs was enhanced after the 2000 review of the Guidelines by

---

<sup>40</sup> *Supra* nota 28.

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> OECD Guidelines for Multinational Enterprises, Paris, 2008, p. 33. available at: <<http://www.oecd.org/dataoecd/56/36/1922428.pdf>> (accessed until March 13, 2018).

calling for annual reports of their activities. The 2011 update further called for regular meetings of NCPs.

Implementation of the OECD Guidelines has been the most important and visible function of the NCPs in recent years<sup>44</sup>. They are noteworthy for contributing to the resolution of issues that arise in relation to the implementation of the Guidelines in specific instances as well as for offering a forum for discussion and assisting the business community, employee organizations, and other parties. The NCPs have to: (1) Make an initial assessment of whether the issues raised merit further examination and response; (2) if the issues merit further examination, then the NCPs must: a) Seek advice from the relevant authorities, b) Consult the NCP in another country or countries concerned, c) Seek guidance from the Investment Committee, and d) facilitate access to consensual and non-adversarial means; (3) Issue a statement and make recommendations if the parties involved do not reach an agreement; (4) ensure that the confidentiality of the proceedings will be maintained and sensitive business information will be protected<sup>45</sup>.

### 3.2. THE ILO TRIPARTITE DECLARATION OF PRINCIPLES CONCERNING MULTINATIONAL ENTERPRISES AND SOCIAL POLICY

In November 1977, the Governing Body of the International Labour Office adopted the Declaration of principles concerning multinational enterprises and social policy, concluding the work that started with the 1972 Meeting of Experts on the Relationship between Multinational Enterprises and Social Policy, which recommended an ILO programme of research and study, and with the Tripartite Advisory Meeting on the Relationship of Multinational Enterprises and Social Policy that took place in 1976 for the purpose of reviewing the ILO program of research and suggesting appropriate ILO action in the social and labor field<sup>46</sup>. As is common to all ILO instruments, the Declaration

---

44 FRANCIOSE, CHRISTOPHER N. A critical assessment of the United States' implementation of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, *Boston College International and Comparative Law review*, vol. 30, 2007, 30 B.C. Int'l and Comp. L. Rev. 229 (2007), p. 229.

45 *Supra* note 43, at p. 34.

46 International Labor Organization, *Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy*, Fourth Edition, Geneva, 2006, p. 1.

was adopted in a tripartite fashion, having the support of Government representatives, employers and workers alike. Like the OECD Guidelines, it has also been amended, first in 2000 and then in 2006; and was revised in 2017.

The Declaration starts by recognizing the important role that MNEs play in the economies and international economic relations of most countries worldwide, alleging that “Through international direct investment and other means such enterprises can bring substantial benefits to home and host countries by contributing to the more efficient utilization of capital, technology and labor”<sup>47</sup>. However, the Declaration was also based on the concern that “the advances made by multinational enterprises in organizing their operations beyond the national framework may lead to abuse of concentrations of economic power and to conflicts with national policy objectives and with the interest of the workers”<sup>48</sup>. In sum, the complexity of the structure of the MNEs, which does not allow for the corporations’ policies and operations to be perceived clearly, was also a trepidation reason.

Because the Tripartite Declaration was developed in a parallel proceeding to the work of the UN Commission on Transnational Corporations, both the UN Code of Conduct and the ILO Declaration share the same aim to “encourage the positive contribution which multinational enterprises can make to economic and social progress and to minimize and resolve the difficulties to which their various operations may give rise, taking into account the United Nations resolutions advocating the establishment of a New International Economic Order”<sup>49</sup>.

What is particular to the Tripartite Declaration is, of course, its focus on workers’ rights and the already explained fact that, due to its being Tripartite, it is addressed to Governments, employers, and workers as well as MNEs.

## CONTENT

The Tripartite Declaration sets out principles in the fields of employment, training, conditions of work and life, and industrial relations, in a non-binding way. Regarding human rights specifically, the ILO Declaration calls for respecting

---

47 *Ibid.*, at para. 1.

48 *Ibid.*

49 International Labor Organization, *Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy*, Fourth Edition, Geneva, 2006, at p. 2, para. 2.

“the Universal Declaration of Human Rights and the corresponding International Covenants adopted by the General Assembly of the United Nations as well as the Constitution of the International Labor Organization and its principles according to which freedom of expression and association are essential to sustained progress”<sup>50</sup>. Likewise, it refers to the Guiding Principles on Business and Human Rights and their pillars, the corporate responsibility to respect human rights, due diligence, identification of adverse impacts (General Policy 10), state and corporate remedies (paragraphs 64 and 65 on Industrial Relations).

Even though the Declaration has a non-binding character and claims that all the parties shall “respect the sovereign rights of States”<sup>51</sup> and that “Multi-national enterprises should take fully into account established general policy objectives of the countries in which they operate”, the ILO Conventions and Recommendations on development and social policy are to be complied with, even in the cases where they do not bind the States. The ILO uses the Tripartite Declaration as a grounding instrument that allows the indirect incorporation of many other documents, by making express reference to them<sup>52</sup>, by including

---

<sup>50</sup> *Ibid.*, at para. 8.

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> See International Labor Organization, *Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy*, Fourth Edition, Geneva, 2006, para. 9: “Governments of States which have not yet ratified Conventions Nos. Convention (n.º 29) concerning Forced or Compulsory Labour; Convention (n.º 87) concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organise; Convention (n.º 98) concerning the Application of the Principles of the Right to Organise and to Bargain Collectively; Convention (n.º 100) concerning Equal Remuneration for Men and Women Workers for Work of Equal Value; Convention (n.º 105) concerning the Abolition of Forced Labour; Convention (n.º 111) concerning Discrimination in Respect of Employment and Occupation; Convention (n.º 122) concerning Employment Policy; Convention (n.º 138) concerning Minimum Age for Admission to Employment; Convention (n.º 182) concerning the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of Child Labour; are urged to do so and in any event to apply, to the greatest extent possible, through their national policies, the principles embodied therein and in Recommendations (n.º 35) concerning Indirect Compulsion to Labour; Recommendation (n.º 90) concerning Equal Remuneration for Men and Women Workers for Work of Equal Value; Recommendation (n.º 111) concerning Discrimination in Respect of Employment and Occupation; Recommendation (n.º 119) concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer; Recommendation (n.º 122) concerning Employment Policy; Recommendation (n.º 146) concerning Minimum Age for Admission to Employment; Recommendation (n.º 169) concerning Employment Policy; Recommendation (n.º 189) concerning General Conditions to stimulate Job Creation in Small and Medium-Sized Enterprises; Recommendation (n.º 190) concerning the Prohibition and

them in the “List of international labor Conventions and Recommendations referred to in the Tripartite Declaration”<sup>53</sup> or in the “List of international labor Conventions and Recommendations adopted since 1977 which contain provisions relevant to the Tripartite Declaration”<sup>54</sup>. In this sense, the Tripartite Declaration could be considered to be a non-binding universal instrument with an extended *ratione materiae* scope that goes beyond the simple text of the Declaration.

#### IMPLEMENTATION OF THE DECLARATION

The Multinational Enterprises Program is in charge of promoting and following-up the Tripartite Declaration. The ILO organ responsible for giving direction to the program is the Subcommittee of Multinational Enterprises of the ILO’s Governing Body. Some of the actions taken by the Subcommittee for the implementation of the Declaration are: developing capacity building and training activities with the International Training Center of the ILO; providing technical advice and guidance on the implementation of the Declaration principles, done through the ILO Help Desk for Business on International Labor Standards; and Researching and offering technical cooperation projects on subject areas of the MNE Declaration, such as general policies, employment, training, conditions of work and life and industrial relations<sup>55</sup>.

Another important mechanism for implementation is the Procedure for the Examination of Disputes concerning the application of the Tripartite Declaration by means of interpretation of its provisions. The purpose of this procedure is to give a uniform interpretation to provisions of the Declaration when there is disagreement about their meaning. The procedure should not

---

Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of Child Labour. Without prejudice to the obligation of governments to ensure compliance with Conventions they have ratified, in countries in which the Conventions and Recommendations cited in this paragraph are not complied with, all parties should refer to them for guidance in their social policy.

53 International Labor Organization, Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy, Fourth Edition, Geneva, 2006, Annex, p. 11.

54 International Labor Organization, Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy, Fourth Edition, Geneva, 2006, Addendum 1, p. 13.

55 Description of the ILO Multinational Enterprises Program. Available at: <[http://www.ilo.org/empent/WorkingUnits/lang-en/WCMS\\_Doc\\_ENT\\_DPT\\_MLT\\_EN/index.htm](http://www.ilo.org/empent/WorkingUnits/lang-en/WCMS_Doc_ENT_DPT_MLT_EN/index.htm)> (accessed until November 27, 2017).

duplicate or be in conflict with any national or ILO procedures. Any clarifications on the framework of this mechanism shall be submitted before the Officers of the Subcommittee on Multinational Enterprises and be decided unanimously after consulting with the ILO groups, the Government and central organizations of employers and workers of the concerned State. The reply given by the Subcommittee has to be approved by the Governing Body, forwarded to the parties concerned and published in the Official Bulletin of the International Labor Office<sup>56</sup>.

#### THE FUTURE OF THE TRIPARTITE DECLARATION

Out of the priorities established by the ILO's Governing Body Subcommittee on Multinational Enterprises<sup>57</sup>, two can be highlighted for their utility. The first one is the development by the Help Desk since January 2010, of a knowledge management system which will provide a web interface for users to access frequently asked questions, allowing the Help Desk manager to concentrate on addressing new and complex topics arising in queries. This very practical and important initiative will be accompanied by a strategy to outreach countries where there are few or no users of the Help Desk.

The second important priority is the ongoing joint work of the ILO with the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), the International Organization for Standardization (ISO), the United Nations (UN) Global Compact, and the United Nations Industrial Development Organization (Unido). The joint work of these organizations will contribute to the construction of a robust international regime on TNCs. This can be seen, for instance, in regard to cooperation with the former SGSR Prof. John Ruggie, who was invited to present his "Protect, Respect and Remedy Framework" and the implications of it for the ILO, at the International Labour Conference in Geneva on 3 June 2010<sup>[58]</sup>. As mentioned before, the Guiding Principles

---

56 See *Official Bulletin* (Geneva, ILO), 1986, vol. LXIX, Series A, n.º 3, pp. 196–197 (to replace Part IV of the Procedures adopted by the Governing Body at its 214th Session (November 1980)).

57 ILO Doc. GB.307/MNE/1, 307<sup>th</sup> Session of the Governing Body, 11 – 26 March 2010.

58 See Remarks by SRSG John Ruggie "The 'Protect, Respect and Remedy Framework: Implications for the ILO'" International Labour Conference Geneva, 3 June 2010. Available at: <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_emp/---emp\\_ent/---multi/documents/genericdocument/wcms\\_142560.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/genericdocument/wcms_142560.pdf)> (accessed until August 27, 2010).

he worked on are now mentioned in the Declaration. This confirms how the ILO to be an active part of the business and human rights field, which makes sense given the human rights of workers and their often working for businesses, making the ILO and its experience crucial.

### 3.3. THE UN GLOBAL COMPACT PROGRAM

On 31 January 1999 at the World Economic Forum in Davos, the Secretary-General of the United Nations Kofi A. Annan challenged the business leaders of the world with the following words, “I propose that you, the business leaders gathered in Davos, and we, the United Nations, initiate a global compact of shared values and principles, which will give a human face to the global market”<sup>59</sup>. Under the argument that a major problem that comes with globalization is that “the spread of markets outpaces the ability of societies and their political systems to adjust to them, let alone to guide the course they take. History teaches us that such an imbalance between the economic, social and political realms can never be sustained for very long”<sup>60</sup>. Mr. Kofi Annan, called businesses of the world “to embrace, support and enact a set of core values in the areas of human rights, labor standards, and environmental practices”<sup>61</sup>. (Anti-corruption was included in 2004).

On 26 July 2000, the United Nations Global Compact Program (UNGC) was launched with the participation of 47 companies. Today, the UNGC is the world’s largest voluntary corporate citizenship initiative. In 2010, it had “over 8,000 business participants and non-business stakeholders from 135 countries. Companies represent nearly every industry and sector, and hail from developed, emerging and developing economies”<sup>62</sup>. Meanwhile, as of 2017 the Global Compact had over 9000 companies and 4000 non-businesses as participants, which can be found in its webpage<sup>63</sup>.

---

59 Press Release: SG/SM/6881/Rev.1 (1 February 1999). Available at: <[http://www.un.org/News/press/sg/stories/statments\\_search\\_full.asp?statID=22](http://www.un.org/News/press/sg/stories/statments_search_full.asp?statID=22)>

60 *Ibid.*

61 *Ibid.*

62 Carrie Hall, United Nations Global Compact Annual Review – Anniversary edition, June 2010. Available at: <[http://www.unglobalcompact.org/docs/news\\_events/8.1/UNGC\\_Annual\\_Review\\_2010.pdf](http://www.unglobalcompact.org/docs/news_events/8.1/UNGC_Annual_Review_2010.pdf)> (accessed until March 13, 2018).

63 Source: <<https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/participants>> (last access: November 29, 2017).

The UNGC is a completely voluntary initiative based on ten core principles that have a non-binding effect. Stakeholders –mainly corporations (almost 6000)– joined the Program “because they share the conviction that business practices rooted in universal principles contribute to a more stable and inclusive global market and help build prosperous and thriving societies”<sup>64</sup>. Through the power of collective action, the UNGC seeks to mainstream the ten principles in business activities around the world and to catalyze actions in support of broader UN goals<sup>65</sup>.

## CONTENT

The UNGC asks companies worldwide to embrace, support and enact, within their sphere of influence, a set of core values represented in the form of ten principles in the areas of: human rights, labor standards, the environment and anti-corruption. These principles are derived from the Universal Declaration of Human Rights, the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, the Rio Declaration on Environment and Development, and the UN Convention Against Corruption.

Regarding the corporate sphere of influence, the UNGC recognizes a set of four concentric circles where influence diminishes as the circle gets bigger. The first circle is the smallest and the influence is very strong, this circle corresponds to the *Core business activities*. The second circle is the *Supply chain*, the third is the *Community interaction* and, finally, the biggest circle with the least influence is the circle of *Public Policy and Advocacy*<sup>66</sup>. Later in this article it will be shown how this concept of Sphere of Influence was disregarded in the business and human rights UN Framework and replaced by a universal corporate responsibility to respect human rights.

In the Ten Principles of the UNGC, Human Rights are contained in: Principle 1, Businesses should support and respect the protection of internationally proclaimed human rights; and Principle 2, Businesses should make sure they are not complicit in human rights abuses. With regard to the first principle,

---

64 After the Signature: a guide to engagement in the United Nations Global Compact, p. 7. Available at: <[http://www.unglobalcompact.org/docs/news\\_events/8.1/after\\_the\\_signature.pdf](http://www.unglobalcompact.org/docs/news_events/8.1/after_the_signature.pdf)> (accessed until March 13, 2018).

65 *Ibid.*, at p. 1.

66 *Ibid.*, at p. 11.



it includes the concepts of support, respect, and human rights protection, derived from the fact that although human rights are the primary responsibility of Governments, businesses can impact these rights through their activities.

When defining the respect that corporations should have for human rights, the UNGC has established that “in addition to being part of Principle 1 of the United Nations Global Compact, the UN Human Rights Council confirmed in 2008 that the corporate responsibility to respect human rights is a requirement of business everywhere”<sup>67</sup>. Understanding this respect as “to refrain from interfering in the enjoyment of human rights”<sup>68</sup>.

It goes further to recommend the measures that companies must take in order to determine the scope of their responsibility which they must respect. According to the UNGC, three sets of factors should be taken into account to foresee the potential risks of having negative impacts on human rights: a) analyze the context in which the corporation is operating to consider any human rights challenges; b) considering actual or potential human rights impacts the business’ own activities may have within that context; and c) analyze the company’s relationships with Government, business partners, suppliers and other non-State actors to consider if they might implicate the company in human rights abuses. Commentary has also upheld that the greater proximity a company has to a risk of adverse impact, the more diligent it must be, in the understanding that, in regards to the sphere of influence, “the extent of a company’s ability to act on its human rights commitment may vary depending on the human rights issues in question, the size of the company, and the proximity between the company and the (potential) victims and (potential) perpetrators of human rights violations”. Furthermore, it is required that “any sizable company [...] monitor[s] its supply chain carefully”<sup>69</sup>.

The UNGC also includes, as an element for companies to take into account, the concept of due diligence, as developed by the SGSR in its 2008 framework.

Another element mentioned in Principle 1 is the support for human rights. The UNGC has understood that this obligation involves making a positive

---

67 United Nations Global Compact Web page – The Ten Principles – Principle One. Available at: <<http://www.unglobalcompact.org/AboutTheGC/TheTenPrinciples/principle1.html>> (accessed until March 13, 2018).

68 *Ibid.*

69 United Nations Global Compact and Office of the High Commissioner of Human Rights, *Embedding Human Rights into Practice*, 2004, pp. 17, 100.

contribution to human rights, whereby it is required that companies promote and advance human rights<sup>70</sup>.

Principle 2 contains the concept of corporate complicity, which has been further developed by important domestic decisions as *Doe v. Unocal* and *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Inc.* and in doctrine<sup>71</sup>. The UNGC mentions that “Businesses should make sure that they are not complicit in human rights abuses”, and it is understood that corporate complicity consists in providing practical assistance, encouragement or moral support that has a substantial effect on the perpetration of human rights abuses<sup>72</sup>. It is said to have two elements: 1) An Act or omission that facilitates the abuse, and 2) the knowledge of the company that such an act or omission enables the abuse.

#### IMPLEMENTATION OF THE UNGC

Implementation of the UNGC has been understood under the program as making a commitment, developing strategies and policies inside the corporation to achieve the expected results, taking appropriate actions, and finally reporting on the progress. For implementation purposes under the UNGC, it is not important what the situation of the company is when it becomes a part of it; what is essential is the subsequent and continuous improvement that it has afterwards<sup>73</sup>.

Two of the main strategies of the UNGC to ensure implementation from its members are The Management Model and the Communication On Progress (COP). The Management Model, developed mainly in collaboration between the UNGC and Deloitte, is a flexible tool which guides companies, no matter their size or specific circumstances, through the process of embracing a corporate sustainability strategy based on the Global Compact and its principles, following six steps once the corporation has made its commitment to the UNGC: Commit, Assess, Define, Implement, Measure, and Communicate<sup>74</sup>.

---

70 United Nations Global Compact Web page – The Ten Principles – Principle One, *op. cit.*

71 CLAPHAM, ANDREW and JERBI, SCOTT. “Categories of Corporate Complicity in Human Rights Abuses”, *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 24, 2001.

72 See United Nations Global Compact Web page – The Ten Principles – Principle Two. Available at: <<http://www.unglobalcompact.org/AboutTheGC/TheTenPrinciples/Principle2.html>> (accessed until March 13, 2010).

73 See *supra* note 64, at p. 19

74 See UN Global Compact Management Model. Available at: <<http://www.unglobalcompact.org/>>

The Communication On Progress is a public communication available to stakeholders, showing the progress that the company has made in implementing the ten principles and in following the UN goals. It is based on public accountability, transparency and continuous improvement. It follows a three-step set of actions: creating, sharing and posting. 1) Creating an annual communication on progress that includes a statement of support to the UNGC, a description of practical actions and a measurement of the outcomes; 2) sharing the COP with the company's stakeholders; 3) posting the COP on the Global Compact website—this being an important mobilization of shame measurement, because the company that does not post its COP on time will appear on the website as “non-communication”, and if on two occasions one misses the deadline for posting, it will appear with an “inactive” qualification that disables it from using the UNGC logo or participating in UNGC events. After two years of being “inactive”, a company will be removed from the Global Compact website<sup>75</sup>.

#### THE FUTURE OF THE UNGC

The UNGC Ten Principles are very well known and applied all around the world. However, human rights abuses and violations in the areas covered by them continue to take place, and in many cases, the perpetrators of these are members of Global Compact, demonstrating the lack of a credible commitment on their behalf<sup>76</sup>. One of the biggest challenges that UNGC has is to help the conforming business and human rights regime to translate the corporate voluntary commitments into responsibility standards that will guarantee the fulfillment of their obligations towards not only human rights but also all the aspects covered by the Program.

One of the initiatives released in 2010 by Global Compact addresses business contribution to development. For the first time, the UNGC took steps to identify and promote existing projects across the UN system to advance the Millennium Development Goals that could benefit from corporate participation. The outreach project resulted in a number of new collaborations plus

---

docs/news\_events/9.1\_news\_archives/2010\_06\_17/UN\_Global\_Compact\_Management\_Model.pdf> (accessed until June 20, 2017).

75 See *supra* note 63, at pp. 19, 20.

76 See Ralph Hamann *et al.*, Business and Human Rights in South Africa: An Analysis of Antecedents of Human Rights Due Diligence, *Journal of Business Ethics*, vol. 87, 2009, pp. 453-473.

the creation of the website *business.un.org*, the first online gateway to match business resources with the needs of the UN around humanitarian crises and long-term partnerships. Its purpose is to facilitate the private-sector participation in the humanitarian and development work of the UN.

The UNGC is a network that will hopefully use the leadership it has to promote universal respect for human rights in a less voluntary way: if not directly because it is not part of its functions, then indirectly through the incorporation and translation into business language of responsibility frameworks such as those developed by John Ruggie.

#### 4. THE SUB-COMMISSION ON HUMAN DRAFT NORMS: THE NEEDED FAILURE

##### 4.1. THE NORMS' BACKGROUND

The idea of having a working group on the Methods and Activities of Transnational Corporations arose from Resolution 1997/11 of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, where it was decided “to entrust Mr. EL-HADJI GUISSÉ with the task of preparing [...] a background document on the question of the relationship between the enjoyment of human rights and the working methods and activities of transnational corporations, for submission to the Sub-Commission at its fiftieth session”<sup>77</sup>. As a reaction to the paper presented by Mr. El-Hadji Guissé<sup>78</sup>, the Sub-Commission established, for a three year period, a five-member working group with the mandate of examining the working methods and activities of transnational corporations<sup>79</sup>.

---

77 UN Doc. E/CN.4/SUB.2/RES/1997/11 (22 August 1997), The relationship between the enjoyment of economic, social and cultural rights and the right to development, and the working methods and activities of transnational corporations.

78 UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1998/6.

79 UN Doc. E/CN.4/SUB.2/RES/1998/8 (20 August 1998), The relationship between the enjoyment of economic, social and cultural rights and the right to development, and the working methods and activities of transnational corporations. The mandate of the Working Group was:  
(a) To identify and examine the effects of the working methods and activities of transnational corporations on the enjoyment of economic, social and cultural rights and the right to development, as well as civil and political rights;  
(b) To examine, receive and gather information, including any working paper prepared by a member of the Sub-Commission, on the effects of the working methods and activities of

The 1999 meeting of the Working Group ended by asking Professor David Weissbrodt to prepare a draft code of conduct for TNCs<sup>80</sup>. After many drafts and an exchange, through a seminar organized in March 2001 by the UN High Commissioner for Human Rights, with NGOs, companies and union representatives, in July – August 2002 the Working Group submitted the Draft Norms and Commentaries to the Sub-Commission at its fifty-fourth session<sup>81</sup>. The Sub-Commission deliberated and approved in Resolution 2003/16<sup>[82]</sup> the Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights (hereinafter: The Norms) submitted by the working group.<sup>83</sup>

In the same Resolution 2003/16<sup>[84]</sup> the Sub-Commission transmitted the Norms to the Commission for its consideration and adoption. In its decision

---

transnational corporations on the enjoyment of economic, social and cultural rights and the right to development, as well as of civil and political rights;

(c) To analyse the compatibility of the various international human rights instruments with the various investment agreements, regional as well as international, including, in particular, the Multilateral Agreement on Investment;

(d) To make recommendations and proposals relating to the methods of work and activities of transnational corporations in order to ensure that such methods and activities are in keeping with the economic and social objectives of the countries in which they operate, and to promote the enjoyment of economic, social and cultural rights and the right to development, as well as of civil and political rights;

(e) To prepare each year a list of countries and transnational corporations, indicating, in United States dollars, their gross national product or financial turnover, respectively;

(f) To consider the scope of the obligation of States to regulate the activities of transnational corporations, where their activities have or are likely to have a significant impact on the enjoyment of economic, social and cultural rights and the right to development, as well as of civil and political rights of all persons within their jurisdiction.

80 UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1999/9 (12 August 1999), Report of the sessional working group on the working methods and activities of transnational corporations on its first session. See also, David Weissbrodt and Muria Kruger, Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, *American Journal of International Law*, vol. 97, October 2003, p. 904. 97 A.J.I.L. 901.

81 UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2002/WG.2/WP.1 and Add.1 and the related commentary UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2002/WG.2/WP.1/Add.2.

82 UN Doc. E/CN.4/Sub.2/RES/2003/16 (20 October 2003), Responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights.

83 UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2.

84 UN Doc. E/CN.4/DEC/2004/116 (22 April 2004), Responsibilities of transnational corporations and related business enterprises with regard to human rights.

2004/116, the Commission affirmed that the The Norms were not requested by it, that as a draft proposal they had no legal standing, and that the Sub-Commission was not empowered to perform any monitoring functions in that regard.

#### 4.2. CONTENT OF THE NORMS

The Norms recognized –as the three instruments discussed also did– that States have the primary responsibility to “promote, secure the fulfillment of, respect, ensure respect of and protect human rights recognized in international as well as national law, including ensuring that transnational corporations and other business enterprises respect human rights”<sup>85</sup>, but also envisaged human rights *obligations* of corporations, expanding their responsibility further than any other instrument before<sup>86</sup>.

One of the reasons why The Norms may have ultimately failed in their purpose of regulating the responsibility of TNCs with respect to human rights, is because they were perceived by certain States, academics and others as going too far in the definition of corporate responsibility. As can be seen from reading the General Obligations article cited in the previous footnote, The Norms did contemplate broad obligations of businesses –within their respective spheres– that seemed to coincide with those of States. Even though today it is accepted by many that businesses have a responsibility to respect, the same cannot be said of corporate responsibility to protect, promote or secure fulfillment of human rights. When it comes to said rights, states and corporations have a co-responsibility, framed by the corporate social obligations under the solidarity principle. However, from this fact, a legally binding obligation cannot and should not be derived for corporations to ensure all people the free and full exercise of those rights and freedoms to the same extent that states have such obligation, because if they do that, then they will also be capable of determining the means by which they will do it and the measures that need to be taken to do it. In that scenario, we would be largely giving to corporation’s

---

85 *Supra* Note 81, at General Obligations, Draft Norm 1.

86 *Ibid.* According to the text of The Norms, “Within their respective spheres of activity and influence, transnational corporations and other business enterprises have the obligation to promote, secure the fulfillment of, respect, ensure respect of and protect human rights recognized in international as well as national law”.

functions of states, and even worse, the world's human rights policy will be in the hands of those who –by definition– have the social role of making profit. If the international community gives that power to corporations, it will be making human rights profit susceptible. Corporations must be responsible for human rights violations but without forgetting the role they play. Moreover, state authority could be undermined –something that is already the concern of many when it comes to certain interpretations of foreign investment law.

In its Decision 2004/116, the Commission on Human Rights recommended to the Ecosoc that it request the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights to compile a report on business and human rights. In this report<sup>87</sup>. The Norms were analyzed and the critical arguments against it were summarized. We will now address these criticisms with the double purpose of showing, through their analysis, the content of norms and of offering counterarguments to some of those statements.

The first argument against the Norms is that they represented a major shift away from voluntary adherence, and this shift was not yet demonstrated. It is true that one of the prominent features of the Norms is their non-voluntary nature –aspect with which we agree in regards to the responsibility to respect. As it was mentioned before, leaving the corporate human rights responsibility regime to the will of corporations is a mistake. Corporations are often part of one or many voluntary instruments, but human rights violations keep occurring. To us, primary norms are given by general international human rights norms, but what is missing is both a confirmation of this through codification and a secondary set of rules represented in a binding instrument on responsibility, such as the one proposed by the Norms.

Another point taken was that “the wording of the draft Norms imposes duties on businesses to meet standards under treaties that a State in which a company was operating might not have ratified.” This raises a very important question, namely which instruments are applicable to TNCs –the ones ratified by the state where the company is operating or the ones ratified by the company's state of nationality? In our opinion, two criteria should be taken into account to solve this problem –a proportionality test that will allow us to know if the measure taken by the corporation is the most appropriate one,

---

87 UN Doc. E/CN.4/2005/91 (15 February 2005), Report of the United Nations High Commissioner on Human Rights on the responsibilities of transnational corporations and related business enterprises with regard to human rights.

and the *pro personae* principle that solves the apparent conflict between human rights by applying the one benefits individuals the most in a particular case. That being said, when it comes to the question of what human rights norms and considerations is applicable in a given case, we can safely bet that all are bound by international peremptory and criminal law ones<sup>88</sup>—and eventually by others accepted by the states in which they participate or they originate from.

One of the sections of the Norms that generated a stronger negative reaction was section H – General Provisions of implementation-. Under these rules, TNCs were supposed to be subject to periodic monitoring and verification by the United Nations<sup>89</sup>, and were also required to periodically report on and take other measures to implement the Norms<sup>90</sup>. The Administrative burden put on the UN would be enormous, and the idea of having other international and national organizations controlling the actions of the TNCs would give particular non-state actors the power to decide the foreign investment relations of many states, something that is problematic. Imagine giving power to an inter-governmental or even non-governmental human rights organization to decide, first, which corporations respect or do not respect human rights—something that would be better the province of the competence of an arbitral or judicial organ; and second, that a state may not sign a contract with a corporation because it failed to report before the deadline on the measures that needed to be taken to implement The Norms. That may be extreme.

On the other hand, The Norms included two important elements of implementation, which in our opinion are indispensable to a corporation's human rights responsibility regime. First, the obligation of states to establish and reinforce the legal and administrative measures for ensuring the implementation of the Norms and other relevant national and international laws. I believe that if we are creating a binding norm, this should be applicable to a corporation by the State and inside the State, unless an international tribunal with the jurisdiction to acknowledge private actors' violations of human rights law is created or arbitration tribunals, including but not limited to those related to investment arbitration—as they should—, start recognizing human rights

---

88 RUGGIE, JOHN G. *Kiobel and Corporate Social Responsibility: An Issues Brief*, Harvard John F. Kennedy School of Government, September 4, 2012; PORTMANN, ROLAND. *Legal Personality in International Law*, Cambridge University Press, 2010, pp. 166–280.

89 *Supra* note 81, at Draft Norm 16.

90 *Ibid.*, at Draft Norm 15.



obligations of investors<sup>91</sup>, something that was recognized in the *Proceeding between Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa (Claimants) and the Argentine Republic (Respondent)*, whose award held that:

[I]nternational law accepts corporate social responsibility as a standard of crucial importance for companies operating in the field of international commerce [...] it can no longer be admitted that companies operating internationally are immune from becoming subjects of international law [...] The focus must be, therefore, on contextualizing a corporation's specific activities as they relate to the human right at issue in order to determine whether any international law obligations attach to the non-State individual [...] It may be said that these and other [human rights] provisions do not state more than rights pertaining to each individual. Nevertheless, in order to ensure that such rights be enjoyed by each person, it must necessarily also be ensured that no other individual or entity, public or private, may act in disregard of such rights, which then implies a corresponding obligation, as stated in Article 30 of the Declaration<sup>92</sup>.

The second important implementation measure proposed by The Norms was the TNCs obligation to provide “prompt, effective and adequate reparation to those persons, entities and communities that have been adversely affected by failures to comply with these Norms through, inter alia, reparations, restitution, compensation and rehabilitation for any damage done or property taken”<sup>93</sup>. This is very important as a deterrent mechanism that guarantees respect for human rights, that effective reparation measures are awarded against the corporations and in favor of the victims, and that this responsibility goes beyond the individual criminal responsibility of the corporate agents and lands on the institution itself –which is important because corporations have resources that enable certain conduct that many individuals could not perpetrate on their own; and because just as they often benefit from legal institutions, they must also be held accountable themselves in addition to individuals.

---

91 For further development on this issue see DUPUY, PIERRE-MARIE, PETERSMANN, ERNST-ULRICH and FRANCONI, FRANCESCO (eds.). *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, 2009.

92 ICSID, *Proceeding between Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa (Claimants) and the Argentine Republic (Respondent)*, ICSID Case n.º ARB/07/26, Award, 8 December 2016.

93 *Ibid.*, at Draft Norm 18.

The drafting of the Norms certainly had many mistakes, due to a lack of experience and a more serious inquiry process with TNCs and a consultation with states that was never followed. However, it included important elements that should be addressed in the field of business and human rights.

#### 4.3. WHY THE NORMS SHOULD BE CONSIDERED AS A NEEDED FAILURE

Many elements played an important role in the failure of The Norms. One of them was a procedural matter and is related to the fact of how The Norms were developed and presented. It is evident that the UN was not willing to have a binding set of rules for human rights corporate liability. Two years before the Draft Norms were presented, the UN launched its voluntary Global Compact Program. Certainly, if the General Assembly would have been willing to address such an important issue, it would have given it to an organ with the mandate of codifying and progressively developing international law –the International Law Commission (ILC). This shows that the first obstacle that The Norms had to overcome was an internal one –the UN reluctance against the project.

The fact that the Sub-commission autonomously decided to work on a project of such extent and relevance without the support of the General Assembly countries would have meant that a huge lobby, especially with the Commission members, would have been necessary. The Working Group failed in that regard, and so the socialization of the Draft Norms was limited to a meeting mostly with NGO representatives, the only crowd that was not needed to be convinced, while failing to meet with state representatives.

Without clear arguments, the states succumbed to the pressure imposed by private actors, even though corporations had quite debatable arguments. In 2004, *THE GUARDIAN* in the United Kingdom reported on the arguments of the Deputy Director-General of the Confederation of British Industry (CBI). The Journal began by warning that “[t]he government is coming under heavy pressure from business leaders to reject plans by the United Nations to make multinational groups legally liable for human rights”<sup>94</sup>. Then it continued to cite CBI arguments, which considered the Norms to “leave business’ having

---

94 GOW, DAVID. CBI cries foul over UN human rights code, *The Guardian*, on Monday 8 March 2004.

to blow the whistle on something that aims to subject firms to criticism and liability for abusing human rights. It is quite wrong to suggest that firms are generally involved in widespread abuse of human rights – where is the evidence?”<sup>95</sup>. Well, despite the ignorance of the CBI Director, we have to thank the existence today of numerous actors as the Business & Human Rights Resource Centre and websites as [www.business-humanrights.org](http://www.business-humanrights.org), where denunciations of human rights violations allegedly perpetrated or assisted by TNCs can be found. Furthermore, somewhat recent episodes as the Rana Plaza tragedy indicate that the problems posed by certain corporate conduct can no longer be ignored nor should legal developments be avoided.

In their 2006 Article ‘The UN Human Rights Norms for Corporations: The Private Implications of Public International Law’<sup>96</sup>, Kinley and Chambers argued that even though the issue of business and human rights has been present in the agenda for many years, it was only after August 2003, when ‘the Norms’ began to move up the ladder of the United Nations policy-making processes, that it was registered in the radars of most States, corporations and civil society organizations.

Even if at the end the Norms did not achieve their main goal of regulating internationally the Human Rights responsibility of Corporations, they did generate a side effect as valuable as the latter. The Norms opened up the discussion and highlighted the topic in the agenda of stakeholders, making several interests no longer able to ignore or evade attention. It is thanks to the trial and failure of the Norms that the work of SGSR has been proven to be effective in obtaining the commitment of both Governments and corporations, who have shown a higher will to cooperate in the building of human rights standards for corporations, rather than having a Convention applied to them without the opportunity to render their opinion and participate in the discussion process. Still, there is a risk that voluntary guidelines are the only accepted by corporate interests and used as excuses to deflect attention, reason why binding responsibilities of corporations are needed.

---

95 *Ibid.*

96 KINLEY, DAVID and CHAMBERS, RACHEL. The UN Human Rights Norms for Corporations: The Private Implications of Public International Law, *Human Rights Law Review*, vol. 6, Issue 3, 2006.

## 5. THE UNITED NATIONS (UN) FRAMEWORK

As a consequence of the divisive debate generated by ‘the Norms’ and the February 2005 report presented by the United Nations High Commissioner on Human Rights in 2005, the UN Commission on Human Rights, in its Resolution 2005/69<sup>[97]</sup>, requested the Secretary-General to appoint a Special Representative on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, for an initial period of two years. On 25 July 2005, at its 38<sup>th</sup> plenary meeting, the Ecosoc adopted decision 2005/273<sup>[98]</sup> approving the Commission’s request, and on 28 July 2005 the Secretary-General appointed Professor JOHN RUGGIE as his Special Representative.

Commission Resolution 2005/69 requested the SRSG to identify and clarify standards of corporate responsibility and accountability for TNCs regarding human rights; elaborate on the role of States in effectively regulating TNCs; clarify the implications for TNCs of the concepts ‘complicity’ and ‘sphere of influence’; develop methodologies for human rights impact assessments, and compile a compendium of best practices<sup>99</sup>.

In 2008, the SRSG proposed a conceptual and policy framework for business and human rights<sup>100</sup>, that was unanimously endorsed by the Human Rights Council, which at the same time in resolution 8/7<sup>[101]</sup> extended the mandate of the SRSG for three additional years, tasking him with “operationalizing” the framework, providing practical recommendations and concrete guidance on its implementation to states, business and other actors, and “promoting” the framework, coordinating with international and regional organizations and stakeholders.

What is now known as the UN framework is based on three complementary and interdependent pillars that are also enshrined in the Guiding Principles

---

97 UN Doc. E/CN.4/RES/2005/69 (20 April 2005), Human rights and transnational corporations and other business enterprises.

98 UN Doc. E/DEC/2005/273 (25 July 2005).

99 UN Doc. E/CN.4/2006/97 (February 2006), Interim Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises.

100 *Supra* note 35.

101 UN Doc. A/HRC/RES/8/7 (16 June 2008), Mandate of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises.

on Business and Human Rights –based on the framework–, which were developed by RUGGIE and endorsed by the UN Human Rights Council in 16 June 2011 through Resolution 17/4. Such pillars are:

- The State duty to protect against human rights abuses by third parties, including businesses, through appropriate policies, regulations and adjudication;
- The corporate responsibility to respect human rights, which means to act with due diligence to avoid infringing on the rights of others, and
- Greater access by victims to effective remedy, both judicial and non-judicial.

When proposing his framework, the SRSG reminded the Council that “there is no single silver bullet solution to the misalignments in the business and human rights domain. Instead, all social actors –States, businesses, and civil society– must learn to do many things differently. But those things must cohere and become cumulative, which makes it critically important to get the foundation right”<sup>102</sup>. This quote is evidence of the principle with which Professor Ruggie approached his work during these five years and what he has denominated a “principled pragmatism”, meaning that his purpose has been to search for “what works best in creating change where it matters the most”<sup>103</sup> for human rights protection and promotion.

The UN Framework has been the result of an extensive consultation process involving the different international, regional and local actors interested in and relevant for the topic. This worldwide representation and active participation has meant more legitimacy for Ruggie’s work, and due to that, has led to more acceptance than any other proposal on TNCs responsibility has ever had.

#### CONCLUSION – RUGGIE’S SANTA CLAUSE EFFECT AND THE ROAD BEYOND: TREATY DEBATES

After looking at the evolution of the responsibility of TNCs for human rights violations, we can see how two waves have propelled the developments on the issue. The first wave in the 1970s was marked by the failure of the UN Code of Conduct on Transnational Corporations. This failure generated the needed

---

<sup>102</sup> *Supra* note 35, at para. 7.

<sup>103</sup> *Supra* note 99, at para. 81.

mood for the creation of many other important initiatives such as the OECD Guidelines and the ILO Tripartite Declaration – a dynamic we saw again with the failure of the Norms.

The second wave was the one that started with the UN Global Compact Program, and included the Sub-Commission Draft Norms as a failure that nevertheless paved the way for the successful acceptance of the UN Framework and Guiding Principles developed by John Ruggie. Thanks to the commotion generated by the Norms, Ruggie’s work was seen by the different stakeholders and actors – Governments, businesses, human rights NGOs, scholars, and the general public – as something that had to be done and discussed.

Indeed, the Guiding Principles adopted in 2011 fulfilled the mandate of the Special Representative and the task mentioned in his final report that he would work on guiding principles for the operationalization of the Framework he developed<sup>104</sup>. He already argued that one of his aims was “to provide companies with universally applicable guiding principles for meeting their responsibility to respect human rights, recognizing that the complexity of tools and processes company employs, will necessary vary with circumstances”<sup>105</sup>.

Taking into account the great acceptance that the work of the SRSR had not only inside the United Nations but also among the different international stakeholders, we can take the risk of predicting that the international community is going to give the content of the UN Framework and Guiding Principles a stronger legal value through practice. The Principles are regarded as having a value comparable to “soft-law” in spite of not being a set of rules or a code of conduct; and even though they are non-binding, states and corporations equally are going to follow it and their policies and legislation will be modified in accordance with its requirements. In fact, it already has, through National Action Plans and other initiatives triggered by Ruggie’s work.

Proof of the Framework’s legal value has already been given. Some companies tested the framework’s principles for a company-based grievance mechanism<sup>106</sup> and many others aligned their due diligence processes within the framework<sup>107</sup>. Countries as France, Norway, South Africa and the United

---

104 UN Doc. A/HRC/14/27 (9 April 2010), Business and human rights: further steps towards the operationalization of the “protect, respect and remedy” framework, para. 124.

105 *Ibid.*, at para. 82.

106 *Ibid.*, at para. 11.

107 *Ibid.*, at para. 14.

Kingdom have referenced the framework in conducting its own policy assessments; while Belgium, Chile, Colombia, Denmark, France, Finland, Germany, Indonesia, Italy, Ireland, Lithuania, Netherlands, Norway, Poland, Spain, Sweden, Switzerland, the United Kingdom and the United States of America have already adopted National Action Plans –with others on their way to<sup>108</sup>. In the international arena, as it has been shown when analyzing the existent corporate responsibility mechanisms, all of them have the Protect, Respect and Remedy framework as the core source, incorporating many of its concepts and processes.

Following the simile use by Professor Santiago Villalpando in his classes, when explaining the effect of the work of the ILC on International State Responsibility, when people are asked to describe Santa Clause they all share the same image of a chubby, white hair, white bear, mature man with a gentle face wearing a red suit. But this image is far from the original Santa Clause one that is attributed to Saint Nicholas of Bari, an Old Catholic bishop. The Santa Clause image that we share corresponds to the one created since 1931 by Coca-Cola Company as part of a commercial campaign. In conclusion, the image of Santa Clause that we all have corresponds, even if it is true or not, to the one created for us by Coca-Cola, in the same way as the responsibility of TNCs for human rights violations that we will have, even though it is not a silver bullet or even if it is correct or incorrect, is going to be the one that the SRSR has created for us. It is the one we are already sharing and in many years it is going to be the one everybody will have, creating with this a new and legal Santa Clause effect.

That being said, different actors have found the Guiding Principles to have a limited impact, and while welcoming them, consider that they can be complemented by a treaty on business and human rights. Resolution 26/9, sponsored by South Africa and Ecuador –challenged by many developed states–, called for the elaboration of such an instrument when adopted in 25 June 2014<sup>[109]</sup>. Such proposal is currently being debated, and one of the discussions has centered around the fact that it should not only address

---

108 *Ibid.*; <<https://business-humanrights.org/en/un-guiding-principles/implementation-tools-examples/implementation-by-governments/by-type-of-initiative/national-action-plans>> (last visit: 29 November, 2017).

109 Human Rights Council, *Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights*, A/HRC/26/L.22/Rev.1, 25 June 2014.

transnational corporations, but also local ones<sup>110</sup>, as argued by the European Union –an interesting discussion, since some argue that transnational ones are more worrisome given their resources, yet investigations have shown how relatively unknown<sup>111</sup>, local and small companies perpetrate many of the abuses around the world, reason why they indeed must be subject to international responsibilities as well. Moreover, a treaty is not the only way to develop a more binding approach, since customary law or general principles are other possibilities and there is a risk that the negotiated treaty, if it is ever adopted, is diluted in content. We live in interesting times indeed, and all work in the field must be done for the sake of human beings and their rights, since they are the protagonists, not corporations.

## BIBLIOGRAPHY

### INTERNATIONAL INSTRUMENTS

UN Doc. A/RES/S-6/3201 (1974), Declaration on the Establishment of a New International Economic Order.

UN Doc. E/5500/Rev. I ST/ESA/6 (1974), The Impact of Multinational Corporations on Development and on International Relations.

UN Publication Sales n.º E.74. II. A.5.

UN Doc. E/RES/1908 (LVII) (1974).

UN Code of Conduct on Transnational Corporations, 23 I.L.M. 626 (1984).

UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1996/12 (1996).

UN Doc. E/C.10/1992/8 (1992).

UN Doc. E/CN.4/2005/91 (2005), Report of the United Nations High Commissioner on Human Rights on the responsibilities of transnational corporations and related business enterprises with regard to human rights.

---

110 JERNEJ LETNAR CERNIC and CARRILLO-SANTARELLI, NICOLÁS. *The Future of Business and Human Rights*, Forthcoming, Intersentia, 2018.

111 HOBBS, MICHAEL. “The Untouchables”, *Foreign Policy*, 11 April 2016.



- UN Doc. A/HRC/8/5 (2008), Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights.
- UN Doc. E/CN.4/SUB.2/RES/1997/11 (1997), The relationship between the enjoyment of economic, social and cultural rights and the right to development, and the working methods and activities of transnational corporations.
- UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1998/6 (1998).
- UN Doc. E/CN.4/SUB.2/RES/1998/8 (1998), The relationship between the enjoyment of economic, social and cultural rights and the right to development, and the working methods and activities of transnational corporations.
- UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1999/9 (1999), Report of the sessional working group on the working methods and activities of transnational corporations on its first session.
- UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2002/WG.2/WP.1 and Add.1 (2002).
- UN Doc. E/CN.4/Sub.2/RES/2003/16, (2003), Responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights.
- UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, (2003).
- UN Doc. E/CN.4/DEC/2004/116 (2004), Responsibilities of transnational corporations and related business enterprises with regard to human rights.
- UN Doc. E/CN.4/2005/91 (2005), Report of the United Nations High Commissioner on Human Rights on the responsibilities of transnational corporations and related business enterprises with regard to human rights.
- UN Doc. E/CN.4/RES/2005/69 (2005), Human rights and transnational corporations and other business enterprises.
- UN Doc. E/DEC/2005/273 (2005).
- UN Doc. E/CN.4/2006/97 (2006), Interim Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises.
- UN Doc. A/HRC/RES/8/7 (2008), Mandate of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises.

UN Doc. A/HRC/14/27 (2010), Business and human rights: further steps towards the operationalization of the “protect, respect and remedy” framework.

The OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Frequently Ask Questions, [http://www.oecd.org/document/58/0,3343,en\\_2649\\_34889\\_2349370\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/58/0,3343,en_2649_34889_2349370_1_1_1_1,00.html) (accessed until August 27, 2010).

OECD Guidelines description available at: [http://www.oecd.org/department/0,3355,en\\_2649\\_34889\\_1\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/department/0,3355,en_2649_34889_1_1_1_1_1,00.html) (accessed until August 27, 2010).

OECD Committee on International Investment and Multinational Enterprises, The OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Text, commentary and clarifications (October 31, 2001).

2011 Update of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Comparative table of changes made to the 2000 text, available at <http://www.oecd.org/corporate/mne/49744860.pdf> (last access: November 20, 2017).

OECD Guidelines for Multinational Enterprises, Paris, (2008), available at <http://www.oecd.org/dataoecd/56/36/1922428.pdf> (accessed until March 13, 2018).

International Labor Organization, Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy, Fourth Edition, Geneva, (2006).

Human Rights Council, Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, A/HRC/26/L.22/Rev.1, (2014).

UN Global Compact Management Model. Available at: [http://www.unglobalcompact.org/docs/news\\_events/9.1\\_news\\_archives/2010\\_06\\_17/UN\\_Global\\_Compact\\_Management\\_Model.pdf](http://www.unglobalcompact.org/docs/news_events/9.1_news_archives/2010_06_17/UN_Global_Compact_Management_Model.pdf) (accessed until June 20, 2017).

ILO Doc. GB.307/MNE/1, 307th Session of the Governing Body (2010).

Official Bulletin (Geneva, ILO), 1986, vol. lxxix, Series A, n.º 3 (to replace Part IV of the Procedures adopted by the Governing Body at its 214th Session (November 1980)).

United Nations Global Compact and Office of the High Commissioner of Human Rights, Embedding Human Rights into Practice (2004).

United Nations Global Compact Web page – The Ten Principles. Available at <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles> (accessed until March 13, 2018).

DOCTRINE

CASSESE, ANTONIO. *International Law*, 2nd ed., New York, Oxford University Press, 2005.

CERNIC, JERNEJ LETNAR and CARRILLO-SANTARELLI, NICOLÁS. *The Future of Business and Human Rights*, Forthcoming, Intersentia, 2018.

CLAPHAM, ANDREW and JERBI, SCOTT. Categories of Corporate Complicity in Human Rights Abuses, *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 24, 2001.

BENSEDDIK, FOUAD and SZWED, ANNABELLE. *International public standards in the conception and practice of social responsibility by large European companies*, Corporate Social Responsibility Ratings Agency, Vigeo, 2008.

DE SCHUTTER, OLIVER (ed.). *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2006.

DUPUY, PIERRE-MARIE, PETERSMANN, ERNST-ULRICH and FRANCONI, FRANCESCO (eds.). *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, 2009.

Fédération internationale de ligues des droits de l'home (Fidh), *Position Paper: Comments on the interim report of the special representative of the secretary-general on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, 2006.

FRANCIOSE, CHRISTOPHER N. A critical assessment of the United States implementation of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, *Boston College International and Comparative Law review*, vol. 30, 2007.

HALL, CARRIE. *United Nations Global Compact Annual Review— Anniversary edition*, 2010. Available at <[http://www.unglobalcompact.org/docs/news\\_events/8.1/UNGC\\_Annual\\_Review\\_2010.pdf](http://www.unglobalcompact.org/docs/news_events/8.1/UNGC_Annual_Review_2010.pdf)> (accessed until March 13, 2018).

HAMANN, RALPH *et al.* Business and Human Rights in South Africa: An Analysis of Antecedents of Human Rights Due Diligence, *Journal of Business Ethics*, vol. 87, 2009.

HOBBS, MICHAEL. *The Untouchables*, Foreign Policy, 2016.

HÖHNEN, PAUL. ECD Guidelines: a responsible business choice, OECD Observer, 2009. Available at <[http://www.oecdobserver.org/news/fullstory.php/aid/2772/OECD\\_MNE\\_Guidelines:\\_A\\_responsible\\_business\\_choice.html](http://www.oecdobserver.org/news/fullstory.php/aid/2772/OECD_MNE_Guidelines:_A_responsible_business_choice.html)> (accessed until August 27, 2010).

ICSID, Proceeding between Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa (Claimants) and the Argentine Republic (Respondent), ICSID Case n.º ARB/07/26, Award (2016).

Information Paper on the Negotiations to Complete the Code of Conduct on Transnational Corporations, *International Legal Materials*, vol. 22, issue 1 (January 1983).

KINLEY, DAVID and CHAMBERS, RACHEL. The UN Human Rights Norms for Corporations: The Private Implications of Public International Law, *Human Rights Law Review*, vol. 6, issue 3, 2006.

PORTMANN, ROLAND. *Legal Personality in International Law*, Cambridge University Press, 2010.

RUGGIE, JOHN G. *Kiobel and Corporate Social Responsibility: An Issues Brief*, Harvard John F. Kennedy School of Government, 2012.

WEISSBRODT, DAVID and KRUGER, MURIA. Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, *American Journal of International Law*, vol. 97, October, 2003.

#### OTHERS

GOW, DAVID. 'CBI cries foul over UN human rights code', published on guardian.co.uk, 8 March 2004.

ISO Social Responsibility: Frequently Ask Questions n.º 6, <[http://isotc.iso.org/livelink/livelink/fetch/2000/2122/830949/3934883/3935096/07\\_gen\\_info/faq.html](http://isotc.iso.org/livelink/livelink/fetch/2000/2122/830949/3934883/3935096/07_gen_info/faq.html)> (accessed until August 27, 2010).

ISO, Press Release on ISO 26000 Social Responsibility launch event (November 2, 2010), available at <<http://www.iso.org/sites/iso26000launch/index.html>>

ISO, Press Release on ISO 26000 social responsibility approved for release as Final Draft International Standard (May 26, 2010), available at <<http://www.iso.org/iso/press-release.htm?refid=Ref1321>>

Press Release: SG/SM/6881/Rev.1 (1 February 1999). Available at <[http://www.un.org/News/ossg/sg/stories/statments\\_search\\_full.asp?statID=22](http://www.un.org/News/ossg/sg/stories/statments_search_full.asp?statID=22)>

Description of the ILO Multinational Enterprises Program. Available at <[http://www.ilo.org/empent/WorkingUnits/lang--en/WCMS\\_DOC\\_ENT\\_DPT\\_MLT\\_EN/index.htm](http://www.ilo.org/empent/WorkingUnits/lang--en/WCMS_DOC_ENT_DPT_MLT_EN/index.htm)> (accessed until November 27, 2017).

Remarks by SRSR John Ruggie “The Protect, Respect and Remedy Framework: Implications for the ILO”, International Labour Conference Geneva (3 June 2010). Available at <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_emp/---emp\\_ent/---multi/documents/genericdocument/wcms\\_142560.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/genericdocument/wcms_142560.pdf)> (accessed until August 27, 2010).

UNCTC Origins, available at the Web page <<http://unctc.unctad.org/asp/UNCTCOrigins.aspx>> (accessed until August 27, 2010).

After the Signature: a guide to engagement in the United Nations Global Compact, p. 7. Available at <[http://www.unglobalcompact.org/docs/news\\_events/8.1/after\\_the\\_signature.pdf](http://www.unglobalcompact.org/docs/news_events/8.1/after_the_signature.pdf)> (accessed until March 13, 2018).

MIREYA CASTAÑEDA HERNÁNDEZ\*

CAPÍTULO 3

*Las obligaciones de las empresas en derechos humanos.  
Una reflexión sobre la praxis*



## RESUMEN

El capítulo está dedicado a abordar las obligaciones de las empresas en derechos humanos. Las obligaciones que tienen las autoridades conforme a los estándares internacionales, particularmente de Naciones Unidas, son la base del estudio y se cuestiona si estas pueden entenderse también de los particulares, en específico de las empresas, y en qué medida. Los Principios Rectores de Naciones Unidas en la materia son un documento que establece las obligaciones de proteger, respetar y remediar; pero el origen de las obligaciones y la responsabilidad del Estado son un tema que requiere ser abordado con mayor dedicación. El contenido sustantivo de derechos sobre los que recaen las obligaciones de la empresa es otro de los temas que se aborda; para ello, además de las convenciones que se enuncian en los Principios Ruggie, se considera como marco de protección el bloque de constitucionalidad. La manera en la que las empresas deben contemplar como parte de su labor y obligaciones a los derechos humanos es la gran tarea pendiente que debe ser abordada.

*Palabras clave:* empresas, Derechos Humanos, Principios Rectores de Naciones Unidas, obligaciones.

## THE OBLIGATIONS OF THE COMPANIES IN HUMAN RIGHTS. A REFLECTION ON THE PRAXIS

### ABSTRACT

The chapter is dedicated to addressing the obligations of companies in human rights. The obligations that the authorities have in accordance with international standards, particularly those of the United Nations, are the basis of the study and it is questioned whether these can also be understood by individuals, specifically to companies, and to what extent. The United Nations Guiding Principles on the subject are a document that establishes the obligations to protect, respect and remedy, but the origin of the obligations and responsibility of the State is an issue that needs to be addressed with greater dedication. The substantive content of rights over which the obligations of the company fall is another issue addressed, for this, in addition to the conventions set

---

\* Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Adscripciones en el momento de entrega del capítulo: Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de la Judicatura Federal. México. <mireya.castaneda@apolo.acatlan.unam.mx>, Orcid: <<https://orcid.org/0000-0001-7110-098X>>



out in the Ruggie Principles, the block of constitutionality is considered as a protection framework. The way in which companies should contemplate human rights as part of their work and obligations, is the great pending task that must be addressed.

*Key words:* Business, Human Rights, United Nations Guiding Principles, Obligations.

## INTRODUCCIÓN

Las obligaciones en materia de derechos fundamentales han estado ligadas al actuar estatal; con su reconocimiento constitucional se han dirigido a establecer límites al actuar público y con la internacionalización de estos derechos los esfuerzos se encaminaron a establecer las obligaciones que los Estados partes adquieren en el plano internacional en esta materia; sin embargo, comenzó a surgir la inquietud por definir el papel de los particulares en materia de derechos humanos y en especial el papel de las empresas en todas sus formas, desde las pequeñas y medianas hasta las grandes empresas que cuentan cada vez con un mayor poderío económico y en algunos casos con una presencia transnacional.

Es importante la definición y comprensión de las empresas desde sus funciones diarias y su interrelación con los derechos humanos, como es el cumplimiento de sus obligaciones laborales, en seguridad social, en medio ambiente, hasta una comprensión más detallada de la posible afectación a los derechos de las personas, así como en ciertos sectores que pueden ubicarse en una situación vulnerable, como mujeres, personas con discapacidad, adolescentes y niños.

¿Qué derechos humanos se pueden considerar como obligaciones, deberes o límites a la actividad empresarial? Al igual que para las obligaciones estatales, es un tema al que hay que dedicarle un espacio de reflexión, en particular porque algunas empresas con sedes en distintas entidades o países pueden tener un actuar que involucre dos o más jurisdicciones.

También es importante, en el contexto de empresas y derechos humanos, comprender las interrelaciones no solo dentro de la empresa, con el cumplimiento de la normativa vigente, sino también en su actuar al exterior en esta materia de derechos humanos. Es entender cómo algo que en principio puede parecer ajeno a su actuar, incluso al beneficio empresarial, puede tener una interacción productiva, en beneficio de la comunidad a la que se dirige su actividad y en su propio beneficio; por ejemplo, la utilización de energías

limpias en el sector de producción, lo que reduce costos y contribuye a un medio ambiente sano.

Es en ese sentido que surgen las interrogantes que motivan el presente escrito: ¿Qué papel tienen las empresas ante los derechos humanos? ¿Cómo entender a la empresa, pequeña, mediana o grande, inmersa en relaciones de productividad y derechos humanos? ¿Sobre qué derechos deben girar las obligaciones de las empresas? A ello se dedicará el presente escrito bajo la hipótesis “*las empresas tienen obligaciones definidas respecto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los Estados en que desempeñan su labor*”.

Al parecer, uno de los grandes retos del siglo XXI en materia de derechos humanos es este: el dar avances en la reflexión y posibles acuerdos positivos en definir las obligaciones ya no solo estatales, sino de los particulares y en especial de las empresas. Los esfuerzos en esta materia serán el eje de ruta del presente escrito.

El tema lo he abordado anteriormente en el artículo “La participación empresarial en los derechos humanos ante el cambio de paradigma”<sup>1</sup>. En cuanto a los avances en la reflexión académica, la *Revista de la Fundación para el Debido Proceso* (DPLF) ha dedicado dos números, el 15 y el 20, en donde se pueden ubicar diversos artículos en la materia, algunos de ellos con referencia expresa en el apartado correspondiente del presente. De igual manera, en 2015-16 comenzó la publicación *Business and Human Rights Journal* de Cambridge University Press, revista que ha comenzado un intercambio de criterios en estos temas, de igual forma referidos en este capítulo. Aun así, la bibliografía que se ha desarrollado en esta materia aún es escasa, por ello la importancia de una obra como a la que pertenece el presente escrito.

El capítulo acude en gran medida a la praxis sobre la que se comienza a desarrollar el tema, como observaciones generales, los avances normativos y en jurisprudencia, ligado al contexto general de protección de los derechos humanos y los “Principios Rectores sobre empresas y los derechos humanos” adoptados en 2011, uno de los documentos que han marcado un antes y un después en este tema. Sin embargo, con ellos apenas comienza un camino para un establecimiento claro de obligaciones en la materia.

---

1 *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, nueva época, año 11, núm. 26, enero-abril de 2016.

## I. LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Las obligaciones en materia de derechos humanos han sido uno de los temas que han estado en la mesa de la reflexión y definición. El debate en cuanto a qué acciones y omisiones corresponde realizar ante los derechos humanos se dirigió a las autoridades estatales. La definición también se generó a partir del tipo de derechos.

En el reconocimiento positivo de derechos, históricamente llamados civiles y políticos, en donde se pueden ubicar las libertades fundamentales de expresión, reunión, tránsito, religión, las garantías en materia penal o los derechos a participar en la vida política de un país, se identificaron de manera inmediata como límites al actuar público, por ser esenciales para la vida de las personas. No obstante, con el tiempo se comenzaron a identificar de manera más detallada las obligaciones en esta materia, comenzando por su protección constitucional y legislativa y continuando con medidas específicas para su cumplimiento.

Ante el reconocimiento de derechos conocidos en la esfera internacional como económicos, sociales y culturales, se comenzaron a identificar obligaciones más puntuales, toda vez que, ante el cumplimiento de derechos a la educación, a la salud, a la vivienda, por mencionar algunos, se requiere de un gran número de acciones que van más allá de la no intervención en el desarrollo de un derecho, como se había comprendido hasta entonces y que se identificó con la obligación de respetar.

En este sentido, el artículo 2 de los Pactos Internacionales aprobados en 1966, que fueron elaborados de manera conjunta, se refirió a las obligaciones de las partes. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos define los compromisos en el punto 2: adoptar, conforme a los procedimientos constitucionales y las disposiciones del Pacto, medidas oportunas para dictar disposiciones legislativas o de otro carácter, necesarias para hacer efectivos los derechos. Así mismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el párrafo 1 de su artículo 2, dispone el compromiso de las partes de adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internaciones, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, en particular medidas legislativas, la efectividad de los derechos reconocidos en ese tratado.

De esta forma, se puede destacar tanto el reconocimiento constitucional como la emisión de leyes correspondientes para el cumplimiento efectivo de

todos los derechos, pero, además, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, con la expresa mención de medidas económicas y técnicas para la efectividad de estos derechos.

En estos términos se trasciende la noción de regla, que puede cumplirse o no como lo define Robert Alexy<sup>2</sup>, que puede identificarse con la obligación de respeto a los derechos humanos, a un desarrollo más efectivo de lo que debe realizarse para su correcto cumplimiento.

En este orden de ideas, puede observarse una evolución en la identificación de obligaciones de los derechos humanos, de un “no hacer” por parte del Estado que afecte o interfiera en un derecho humano, a la realización de diversas acciones para la materialización de un derecho.

Más tarde, con el desarrollo de las funciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) por medio de sus Observaciones Generales, comenzó a referirse a otras obligaciones específicas de los Estados partes del Pacto Internacional.

A partir de 1999, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General n.º 12, y posteriormente en las observaciones generales n.ºs 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 21, se refirió a las obligaciones de los Estados.

En la Observación General número 12 se refirió al derecho a la alimentación adecuada, en donde precisó las obligaciones de “respetar, proteger y realizar”. Definió en aquella ocasión la obligación de respetar como no adoptar medidas de ningún tipo que tengan por resultado impedir el acceso a una alimentación adecuada. La obligación de proteger, como la obligación del Estado de adoptar medidas para velar que las empresas o los particulares no priven a las personas del acceso a una alimentación adecuada. En el ámbito interno esto también implicaría que el Estado tome medidas para que ninguna de sus autoridades afecte este derecho. Por lo que respecta al tema que nos ocupa, se refiere a la obligación del Estado para que las empresas no afecten el derecho; con ese propósito ubica, en principio, al Estado como responsable, pero también a la empresa en segundo término; es decir, en este momento el Comité DESC no se refiere a las empresas como responsables directas de una conculcación de este derecho, sino a la no acción del Estado respecto a esta afectación. Por lo que se

---

2 ALEXY, ROBERT. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; ALEXY, ROBERT. “La fórmula del peso”. En: CARBONELL, MIGUEL (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerios de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

refiere a la obligación de realizar, el Comité DESC la divide en dos vertientes: la de facilitar y la de hacer efectivo. Y define como la obligación de facilitar que el Estado debe procurar iniciar actividades con el fin de fortalecer el acceso y la utilización por parte de la población de los recursos y medios que aseguren la seguridad alimentaria y de hacer efectivo el derecho, cuando un individuo o un grupo sea incapaz, por razones que escapen a su control, de disfrutar de este derecho, y también aplica esta obligación para las víctimas de catástrofes.

Estas definiciones las ha adoptado el Comité DESC en ocasiones subsecuentes<sup>3</sup>. En cuanto a la obligación de respeto, se ha referido a que los Estados no adopten medidas de ningún tipo que afecten el derecho, evitar medidas que lo obstaculicen, se abstengan de injerir directa o indirectamente en el ejercicio del derecho. En cuanto a la obligación de proteger, en las ocasiones siguientes se refirió solo a terceros, y no a empresas y particulares, como en la Observación General número 12, y ha definido esta obligación como la adopción de medidas que eviten que este derecho sea obstaculizado por terceros: adoptar medidas para impedir que terceros interfieran en el derecho. En la Observación General número 16, respecto a la igualdad de derechos económicos, sociales y culturales, la definió como la exigencia en que los Estados tomen disposiciones encaminadas directamente a la eliminación de perjuicios, las costumbres y todas las demás prácticas que perpetúan la noción de inferioridad o superioridad de uno u otro sexo y las funciones estereotipadas del hombre y la mujer.

En estos términos ha habido un avance en el marco de Naciones Unidas de las obligaciones específicas que corresponden a los Estados partes de tratados en materia de derechos humanos, como ocurre con el Comité DESC. También el Comité de Derechos del Niño ha abordado, en algunas de sus Observaciones Generales, las obligaciones específicas que corresponde al Estado realizar en materia de derechos humanos. En particular, su Observación General número 16, de 2013, la dedicó a “*las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño*”. En ella señaló:

Las empresas pueden ser un motor fundamental para que las sociedades y las economías avancen de manera que se fortalezca la efectividad de los derechos del niño mediante, por ejemplo, los avances tecnológicos, la inversión y la generación de trabajo decente. Sin embargo, la efectividad de los derechos del niño no es

---

3 Comité DESC: Observaciones generales núms. 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21.

una consecuencia automática del crecimiento económico y las empresas también pueden afectar negativamente a los derechos del niño<sup>4</sup>.

El Comité precisó que esta Observación General se basa en la experiencia adquirida mediante el examen de los informes de los Estados partes y su día de debate general sobre el sector privado como proveedor de servicios, celebrado en 2002, así como en consultas regionales e internacionales celebradas en 2011. En esta observación hace mención ya a los Principios Rectores de empresas y derechos humanos, en donde se reconocen las obligaciones de “proteger, respetar y remediar”, a los que nos abocaremos más adelante<sup>5</sup>. Se refiere a contextos en los que el impacto de las actividades y las operaciones empresariales en los derechos del niño es más importante, por ejemplo cuando las empresas son proveedores de servicios, los niños trabajan en la economía informal, las empresas operan en el extranjero en regiones en las que la protección estatal de los derechos del niño es insuficiente. Se pueden esgrimir ejemplos que permiten ubicar la actividad empresarial en un contexto de derechos humanos, en este caso, en materia de derechos del niño, como el impacto de mercadotecnia en productos como cigarrillos o alcohol, o alimentos con alto contenido de grasas saturadas con relación al derecho humano a la salud de los niños, por mencionar solo algunos. En cuanto a los derechos del niño y las operaciones mundiales de las empresas, la Observación General señala:

38. Las empresas cada vez operan más a escala mundial, mediante complejas redes de filiales, contratistas, proveedores y sociedades conjuntas. Su impacto en los derechos del niño, ya sea positivo o negativo, rara vez es resultado de la acción o la omisión de una sola unidad empresarial, ya sea la empresa matriz, una filial, un contratista, un proveedor u otros, sino que puede implicar una conexión o participación entre unidades empresariales localizadas en distintas jurisdicciones.

En ese sentido, se refiere a la complejidad en el ámbito internacional de empresas transnacionales, que es uno de los principales motivos para la generación de normas en esta materia en el ámbito internacional. Una afirmación importante que realiza es que “*La Convención no limita la jurisdicción de un Estado a un ‘territorio’*”.

---

4 Comité de Derechos del Niño. Observación general n.º 16 (2013), Sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño, p. 1.

5 *Ibidem*, p. 7.

Otro documento importante para la identificación de obligaciones de los Estados es la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas AG/56/83: “*Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*”. Este documento es importante porque identifica como parte del desarrollo progresivo del derecho internacional la responsabilidad del Estado. En él se pueden identificar elementos de interés para el tema que nos ocupa en esta ocasión, como se fijará adelante.

El artículo 2 de estos principios define como hecho internacionalmente ilícito cuando hay una acción u omisión a) atribuible al Estado según una obligación internacional del Estado y b) que constituye una violación de una obligación internacional del Estado.

Como parte de la atribución de un comportamiento al Estado, en el artículo 4 identifica el comportamiento de los órganos del Estado, sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole. En tanto que en el numeral 5 se refiere al comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público.

En cuanto a la violación de una obligación internacional, el numeral 12 señala “sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación”. En estos términos, entre las obligaciones del Estado se pueden incluir las que versen sobre derechos humanos.

Tal vez uno de los aspectos más importantes de este documento es lo relativo a la reparación del daño. En el artículo 31, dedicado a la reparación, señala que el Estado responsable está obligado a reparar íntegramente. El artículo 34 se refiere, como formas de reparación, a la restitución, la indemnización y la satisfacción.

Este documento es de relevancia para el tema que nos ocupa en este apartado, porque identifica, en el plano internacional, la obligación de reparación del daño por un acto internacionalmente ilícito, es decir, contrario a las obligaciones internacionales asumidas. En otro sentido, como se podrá identificar con mayor claridad en el siguiente apartado, la relación que tiene esta obligación cuando se trata de empresas. El tema ha sido abordado en algunas jurisdicciones, como la mexicana, en donde se ha llevado al terreno nacional la legislación necesaria para identificar las formas de reparación del daño en el plano interno.

En los términos expuestos en este apartado, se puede identificar un paso importante en una definición más detallada de las obligaciones de respeto, protección y cumplimiento que corresponden en materia de derechos humanos a los Estados en el plano internacional y a las respectivas autoridades en el ámbito interno, así como también la obligación de reparación del daño.

La definición de obligaciones en materia de derechos humanos ha contribuido también a la definición de las obligaciones que pueden corresponder a las empresas; se identifica a estas como partícipes importantes en el cumplimiento de derechos humanos. Los principios rectores en esta materia han dado un paso importante. A ellos se dedicará el siguiente apartado.

## 2. LOS PRINCIPIOS RECTORES SOBRE LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS

En años relativamente recientes comenzó a desarrollarse el concepto de *empresas socialmente responsables*, como un símbolo de prestigio de las empresas que se apegan a él, incluyendo una responsabilidad tanto social como ambiental; sin embargo, no se inscribe con elementos claros en materia de derechos humanos.

Algunos antecedentes pueden identificarse en la década de los setenta para el establecimiento de normas internacionales, como la Comisión de Naciones Unidas sobre Empresas Transnacionales y la adopción de Directrices para Empresas Multinacionales de la OCDE, años más tarde<sup>6</sup>.

Fue en la década de 1990 cuando comenzó, con mayor énfasis, en la agenda política mundial, la discusión sobre las empresas y los derechos humanos, derivada de la expansión mundial del sector privado y de la actividad económica transnacional<sup>7</sup>.

En 2005 comenzó la labor de un representante especial para elaborar el proyecto de principios, John Ruggie. Este proceso duró seis años en los que se consideraron problemáticas de distintas regiones, que concluyó con la adopción de los Principios Rectores, los cuales son un conjunto de directrices acordadas por la comunidad internacional, que considera normas nacionales que se tienen en algunos países y acuerdos internacionales<sup>8</sup>. En estos principios se fundamentó sobre normativas internacionales dirigidas a la protección de derechos humanos.

---

6 LÓPEZ H., CARLOS. *Empresas y derechos humanos hacia el desarrollo de un marco normativo internacional*, Aportes DPLF, n.º 15, año 4, septiembre de 2011, p. 7.

7 Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos, Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. John Ruggie, 21 de marzo de 2011.

8 CARNEIRO F., MAR *et al.* *Cuaderno-Guía de los Principios Rectores ONU sobre Empresa y Derechos Humanos*. Puerta de entrada, Madrid, Sustentia Innovación Social, 2013, p. 12.



Los Principios Rectores están integrados por treinta y un numerales, en los cuales se abordan tres elementos fundamentales:

- 1) La obligación del Estado de proteger los abusos contra los derechos humanos por parte de terceros, incluidas las empresas;
- 2) La responsabilidad empresarial de respetar derechos humanos; y
- 3) Un mayor acceso a la reparación judicial por parte de las víctimas.

En los principios se abordan las obligaciones de prevenir, respetar y remediar por parte de las empresas en casos de violación de los derechos humanos.

Como se abordó en páginas anteriores, las obligaciones que corresponden a los derechos humanos han sido definidas por Naciones Unidas. En los Principios Rectores de Empresas y Derechos Humanos se toman como ejes rectores de las obligaciones “proteger, respetar y remediar”.

El Estado es el garante principal de los derechos humanos en una jurisdicción, lo cual es asumido en los Principios Rectores, en donde el primer apartado se dedica a “1. *El deber del Estado de proteger los derechos humanos*”. En el primer principio indica que los Estados deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos, y para ello debe prevenir, investigar, castigar y reparar.

En el segundo principio se establece que los Estados deben enunciar que las empresas domiciliadas en su territorio respeten los derechos humanos en todas sus actividades. La actividad empresarial en su expansión llega a tener cada vez con mayor frecuencia una presencia transnacional, lo cual, jurídicamente, genera un contexto en el que intervienen distintas jurisdicciones; es esta circunstancia uno de los principales temas que se abordan en los Principios Rectores. Una de las recomendaciones es que los Estados se ocupen de adoptar medidas para las empresas registradas en su jurisdicción, a fin de impedir abusos en el extranjero; en especial, el respeto a los derechos humanos. Se trata de medidas nacionales con implicaciones extraterritoriales: que las empresas matrices informen de las operaciones de toda empresa a escala mundial.

Entre los principios operativos se encuentra la obligación de protección que tienen los Estados. En este sentido, la normatividad que rige a las empresas, como el derecho mercantil, debe ser acorde a los derechos humanos.

Una de las obligaciones en materia de derechos humanos, como se ha dicho, es la de respeto; en este sentido, el apartado II está dedicado a “La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos”. En el numeral 11 se define que las empresas deben respetar los derechos humanos, lo que significa

abstenerse de infringir derechos de terceros, y hacer frente a las consecuencias negativas. Esta obligación es adicional a las obligaciones estatales.

El principio 12 enuncia como derechos humanos los contenidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos, que integran la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como los principios relativos a los derechos establecidos en la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y ocho convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo. Este marco básico es importante en la identificación de obligaciones claras en materia de derechos humanos.

Como principios operativos, se distingue que las empresas asuman su responsabilidad de respetar los derechos humanos, mediante una declaración al más alto nivel directivo. El principio 17 se refiere a la debida diligencia en materia de derechos humanos, con el fin de identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre derechos humanos, en que haya una evaluación del impacto real y potencial de las actividades, la integración de las conclusiones, la actuación al respecto, el seguimiento de respuesta y la comunicación de la manera en que se hace frente a las consecuencias negativas.

Si bien los principios hablan en general de la obligación de remediar, en el principio 22 se habla de la obligación de reparación y señala: *“Si las empresas determinan que han provocado o contribuido a provocar consecuencias negativas deben repararlas o contribuir a su reparación por medios legítimos”*.

De igual forma el apartado III se dedica al “Acceso a mecanismos de reparación”. El principio 25, como principio fundacional, señala la obligación estatal de garantizar, por vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo, el acceso a mecanismos de reparación eficaces. Se destaca la necesidad de adoptar medidas necesarias para investigar, castigar y reparar las violaciones de los derechos humanos. Entre las formas para contrarrestar o reparar cualquier daño se incluyen disculpas, restitución, rehabilitación, compensaciones económicas o no y sanciones punitivas, penales o administrativas, así como medidas de prevención de nuevos daños y garantías de no repetición.

Como principios operativos se abordan mecanismos judiciales estatales cuando se aborden las violaciones de derechos humanos relacionadas con empresas; de igual manera el principio 27 se refiere a los mecanismos administrativos y legislativos que deben complementar a los mecanismos judiciales.

Desde su aprobación se han comenzado los trabajos para llevar a los Principios Rectores del plano del *soft law* o derecho suave a la concreción de un tratado internacional; al efecto se han establecido foros con cierta periodicidad para avanzar en esta materia. La tarea aún continúa, pero desde el perfil que han establecido los principios se ha comenzado a tomar medidas internas por varios países, como son la capacitación y la emisión de planes nacionales de acción en esta materia.

### 3. LA PARTICIPACIÓN DE LAS EMPRESAS EN LA REALIZACIÓN Y CONCLUCACIÓN DE DERECHOS HUMANOS

A las empresas constituidas conforme a los requisitos legales de un Estado, se les reconoce como personas jurídicas en todos sus actos, con la capacidad de derechos y deberes, consideradas de manera independiente de las personas que las integran. De esta forma se distingue a la persona moral o jurídica –la empresa– de las personas físicas que la integran jurídicamente, esto tanto en el plano nacional como en el internacional. Al margen se encuentran las empresas o asociaciones que actúen fuera de la normativa interna, que podrían caer en la nulidad de manera independiente de la responsabilidad penal interna que tuviera lugar<sup>9</sup>.

Otro de los conceptos que han comenzado a desarrollarse es el de *compliance*, que en materia penal se identifica con la obligación de las personas jurídicas de establecer mecanismos internos que prevengan que personas físicas que están ocupando puestos de relevancia cometan dentro de sus funciones un delito en beneficio de la empresa<sup>10</sup>. La materia de derechos humanos es más compleja, como se aborda en el escrito, ya que la conculcación de derechos humanos no siempre se puede identificar con un delito, y a la inversa.

Para efectos del presente escrito resulta importante definir el papel que la empresa, como persona moral o jurídica, juega en materia de derechos humanos, tanto en el interior de un país como en otras jurisdicciones.

En materia de derechos humanos tienen lugar dos sujetos en las posibles afectaciones que puedan suceder. Uno o más sujetos activos, quienes cometan

---

9 Ley General de Sociedades Mercantiles en México, art 3.º.

10 URIBE VILA, IVÓ *et al.* *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, México, Editorial Flores, 2017, p. 2.

actos de conculcación, y el o los sujetos activos en los que recaen dichos actos y que se pueden identificar como la o las víctimas.

En el tema de derechos humanos, dependiendo del derecho de que se trate y del tipo de afectación, puede estar relacionado o no con afectaciones de cualquier índole jurídica, como puede ser en el ámbito administrativo, civil o incluso penal, encuadrando con un tipo penal. La simple comisión de un delito por particulares no se llega a identificar en todos los casos con una violación de derechos humanos; tiene que existir un nexo con la afectación de estos. De esta forma, una afirmación que se puede sustentar es que no toda afectación o conculcación de derechos humanos es por sí misma un delito, ni todo delito por sí mismo se puede constituir como una afectación a derechos humanos. Es necesario realizar un análisis en cada caso en concreto. Esto de manera paralela a que el cumplimiento de derechos humanos va más allá de su conculcación, que, como se ha establecido en un apartado anterior, puede implicar la realización de distintas medidas para su cumplimiento, en principio, a cargo del Estado, como son desde los cambios normativos pertinentes hasta medidas muy concretas para la realización de un derecho que pueden consistir en medidas económicas y/o técnicas.

En el contexto actual, la conculcación de derechos humanos puede ser cometida por agentes del Estado, reconociendo a este como sujeto activo, es decir, a quien se identifica como responsable de dicha violación y a las personas físicas como sujetos pasivos.

La discusión de las personas morales se ha presentado en ambas posiciones, tanto como sujetos pasivos como de sujetos activos en la conculcación de derechos. En el sistema interamericano se ha discutido y señalado que la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege a seres humanos, no así a personas jurídicas<sup>11</sup>; sin embargo, en el ámbito interno de los países el panorama puede variar, al igual que como sujetos activos, como se aborda en este apartado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 22/16, solicitada por Panamá sobre la titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, acudió al

---

11 Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A n.º 22.

derecho comparado en la región, notó que en gran parte de los países de esta a las personas jurídicas se les otorga la posibilidad de interponer una acción de amparo o recursos análogos en defensa de los derechos que les son reconocidos<sup>12</sup>. Tres Estados presentaron observaciones escritas: Argentina, Colombia y Guatemala; los cuales manifestaron expresamente su posición, según la cual el artículo 1.2 de la Convención no confiere titularidad de derechos a las personas jurídicas. El Estado mexicano se sumó a esta posición en la audiencia pública. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte IDH consideró que, a pesar de que pareciera que existe una disposición en los países de la región para reconocer la titularidad de derechos a las personas jurídicas y otorgarles recursos para hacerlos efectivos, lo cierto es que estos antecedentes no son suficientes, por cuanto no todos los Estados realizan el reconocimiento de la misma forma y en el mismo grado. De igual manera, después de acudir a distintos métodos interpretativos la Corte Interamericana concluyó que las personas jurídicas no son titulares de derechos convencionales, por lo que no pueden ser consideradas como presuntas víctimas en el marco de los procesos contenciosos ante el sistema interamericano.

Como sujeto activo que comete una conculcación de derechos humanos, en el caso de una empresa, su responsabilidad debe llevarse conforme a las leyes internas, como actos contrarios a la ley y que pueden constituir una violación

---

12 Argentina (a. 43 de la Constitución Nacional. Adicionalmente ver Ley n.º 16.986 o Ley Reglamentaria de la Acción de Amparo, a. 5); Bolivia (a. 128 y 129 de la Constitución Política. Ver también Sentencia 0763/2011 R, Tribunal Constitucional del Bolivia, 20 de mayo de 2011); Brasil (a. 5, LXX de la Constitución Política); Chile (art.20 de la Constitución Política); Colombia (Sentencia T-411/92, Corte Constitucional de Colombia, 17 de junio de 1992); Costa Rica (a. 48 de la Constitución Política y aa. 57 y 58 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley n.º 7135); Ecuador (aa. 86 y 88 de la Constitución Política, a. 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. También ver sentencia n.º 001-14-PJO-CC, Caso n.º 0067-11-JD, Corte Constitucional del Ecuador, 23 de abril de 2014); El Salvador (a. 247 de la Constitución. En relación ver la sentencia de 9 de marzo de 2011, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Proceso de Amparo 948-2008); Honduras (a. 183 de la Constitución Política y a. 44 de la Ley sobre Justicia Constitucional); México (aa. 8 y 9 de la Ley de Amparo. Ver al respecto: Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Contradicción de Tesis 360/2013, Fecha de resolución: sesionado el 21 de abril de 2014); Nicaragua (a. 45 de la Constitución y a. 23 de la Ley de Amparo, Ley n.º 49); Paraguay (a. 134 de la Constitución Nacional y aa. 4 y 5 de la Ley n.º 340/71 que reglamenta el Amparo); Perú (a. 200 de la Constitución Política y a. 26 de la Ley de Habeas Corpus y Amparo, Ley n.º 23506); República Dominicana (a. 72 de la Constitución Dominicana, a. 2 de la Ley n.º 437-06 que establece el Recurso de Amparo y a. 67 de la Ley n.º 137-11 del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales), y Uruguay (a. 1 de la Ley 16011, Regulación de Disposiciones relativa a la Acción de Amparo).

de derechos humanos. En este caso corresponde al Estado vigilar la protección o, en caso contrario, este estaría actuando como sujeto activo en la violación de derechos humanos. Un ejemplo en la afectación de derechos humanos es el caso discoteca News Divine, en la Ciudad de México, en 2008, en el cual, por no cumplir con las normas mínimas de seguridad, además de negligencias, varias personas perdieron la vida en el incidente que ocurrió en un evento en esa discoteca. En este caso pueden ubicarse actos tanto de esa empresa que operaba al margen de la ley como de las autoridades responsables.

De lo anterior se puede desprender una segunda afirmación en este tema, por cuanto el Estado, en el ámbito de sus competencias y conforme a las distintas obligaciones, siempre estará obligado al cumplimiento de derechos humanos, en tanto la definición de las empresas es un tema que debe ser analizado con mayor detalle, de modo que pueden ser sujetos activos en la conculcación de derechos. El tema de las empresas como sujetos pasivos de derechos también ha sido asunto de discusión.

Los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos son un gran avance en la materia. No el único. Los principios hablan de los derechos humanos reconocidos en los pactos internacionales de Naciones Unidas en materia de derechos humanos, así como los convenios de la Organización Internacional del Trabajo. En este contexto, debe tenerse presente el marco constitucional de protección en la materia, mismo que puede ser más amplio, aunque no siempre sea así.

En términos generales, los derechos humanos se pueden ubicar protegidos en el ordenamiento constitucional del país en que tienen lugar y en los tratados internacionales de derechos humanos de que el Estado sea parte. Esto es, en algunos casos fortalecido con la determinación del bloque de constitucionalidad o parámetro de control, a que se refieren algunos países ya sea en la propia Constitución o en el ámbito jurisprudencial.

De esta forma, aunque los Principios Rectores enmarquen la protección en Naciones Unidas, también se encuentran las respectivas protecciones regionales, que en algunos temas llegan a ser más precisas en cuanto a la protección de derechos humanos. En el ámbito interamericano también se han dado pasos importantes, entre otros, documentos como la “Guía de Principios sobre responsabilidad social de las empresas en el campo de los derechos humanos y el medio ambiente en las Américas”, elaborados por Novak y aprobados en el 83.º Periodo Ordinario de Sesiones, en 2013, en la Organización de Estados Americanos. De igual forma, se han resuelto algunos casos en la Comisión y en la Corte Interamericanas de Derechos Humanos en donde se ha abordado

la responsabilidad de los Estados derivada de la conducta de particulares o *non State actors*; sin embargo, dentro de la estructura normativa actual del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la responsabilidad internacional que en él se determina es al Estado, en el marco de aceptación que tenga lugar, es decir, en el ámbito del *soft law* para algunos Estados; en el marco de protección de la Convención Americana y demás tratados cuando son parte y dentro de la jurisdicción de la Corte Interamericana cuando la han aceptado expresamente. En este contexto, no se determina aún otra responsabilidad, que no sea la estatal, por las acciones que le corresponde realizar en una afectación de cualquier índole en el marco de protección que existe en materia de derechos humanos.

Como se ha señalado en líneas anteriores, es importante la definición de las obligaciones de las empresas, así como las medidas en la fijación de su responsabilidad internacional; esta tal vez sea una de las áreas que deben ser analizadas con mayor detenimiento, en particular, ante el panorama de empresas transnacionales que tengan intervenciones en dos o más jurisdicciones y que se encuentren implicadas en la conculcación de derechos humanos. En este contexto la sola responsabilidad internacional del Estado puede resultar limitada ante los actos de empresas que ostenten gran poderío económico y por hechos en dos o más jurisdicciones. Además, que en el contexto de globalización existente los actos de empresas se realizan en jurisdicciones de distintos continentes, lo cual rebasa la protección que se pueda realizar a escala regional.

Lo anterior, en un esquema de protección global. De allí la importancia de los Principios Rectores en el plano mundial. En este contexto es crucial la participación de las empresas en materia de derechos humanos; un elemento esencial es la preparación en esta materia, lo que se reconoce como las medidas de prevención como la promoción de derechos humanos; si bien a simple vista puede parecer una medida con poco impacto, esto no es así, ya que en realidad puede generar un cambio en la comprensión de derechos humanos, fomentar la colaboración en su realización, evitar malas prácticas desde pequeñas afectaciones hasta graves consecuencias.

Ante este panorama, ¿cómo comprender los derechos humanos desde el ámbito empresarial? Es uno de los temas más importantes por definir y de manera coadyuvante con el actuar estatal que corresponda. Como se ha indicado, la responsabilidad no se trata de diluir la responsabilidad estatal, sino por el contrario de robustecer el cumplimiento en esta materia. Las empresas no son por sí mismas responsables internacionalmente, sino es con la falta de medidas por parte del Estado que corresponda.

Las empresas, además de sus obligaciones legales de origen, tienen obligaciones intrínsecas en materia de derechos humanos, como son las obligaciones en materia laboral y de seguridad social, así como aquellas que en el ámbito de sus actividades se involucren con los derechos humanos, por ejemplo en materia de salud o de medio ambiente. De igual forma, las obligaciones en materia de derechos humanos contemplan la protección especial a sectores de la población que intervengan de alguna manera con la actividad de la empresa, como pueden ser la contratación de personas con discapacidad; la protección de las personas adultas mayores, de acuerdo con sus capacidades; la igualdad de géneros, en donde se considere una perspectiva de género en todos los niveles laborales; la atención principal a la niñez en el actuar de la empresa, con especial atención en áreas que puedan afectar su salud, integridad personal o alguno de sus derechos especialmente protegidos. De esta forma, la protección de cada grupo vulnerable no solo atiende al ámbito de las autoridades estatales, sino también involucra a la sociedad en su conjunto y, en ese contexto, a las empresas en el ámbito de sus actividades.

En cuanto a las empresas multinacionales o transnacionales, agentes económicos conformados generalmente por una empresa matriz con actividades en dos o más países mediante filiales o empresas subcontratadas<sup>13</sup>, ante actos contrarios a los derechos humanos puede ser distinto por el hecho de que ya no se inscriben únicamente a una jurisdicción, sino que pueden intervenir dos o más. Esto genera un panorama más complejo que ha encaminado a la reflexión, desde hace varios años ya, sobre el papel de las empresas ante los derechos humanos, ante su violación y ante las distintas obligaciones que pueden tener lugar.

Frente a la falta de definición de las empresas multinacionales como sujetos de Derecho Internacional se adoptaron los “Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos” por el Consejo de Derechos Humanos, que como se ha abordado en el apartado respectivo se enfocan en las obligaciones de proteger, respetar y remediar por parte del Estado y de las empresas, donde la reparación del daño y los mecanismos de distinta índole ocupan un papel importante.

Ahora bien, por otro lado, dentro de las acciones que dirigen a las empresas a velar por los derechos humanos se encuentra el ligar sus actividades empresariales diarias en concordancia con el respeto y protección de los derechos humanos. Esta noción en un principio está ligada con la noción de empresa

---

13 *Idem.*



socialmente responsable, pero en materia de derechos humanos va más allá. Como se ha mencionado, en cumplimiento del marco base de protección de derechos humanos.

Dentro del marco de la gobernanza, donde para llevar a cabo los fines últimos del Estado no basta con el actuar estatal, sino que se requiere de una participación con la sociedad en su conjunto, en donde la actividad empresarial también es un actor importante. Es en este marco de gobernanza y empresas socialmente responsables en el que se inscribe su responsabilidad en materia de derechos humanos.

Esto implica la toma de medidas en su actividad cotidiana, en donde incluso la toma de estas medidas puede generar dividendos importantes; ejemplos pueden ser muchos, dependiendo del contexto, actividades y necesidades. Uno de ellos es la incorporación de energías limpias, con la utilización de paneles solares, recolección de agua de lluvia, generación de espacios verdes, como azoteas, jardines verticales e *indoor*, la utilización de transportes eléctricos, el saneamiento de espacios con la reforestación de áreas verdes, en los propios espacios de producción, la generación de compost con los propios desechos biodegradables, el fomento al reciclaje de envases de sus propios productos, venta a granel y envases de rehúso, en donde la propia actividad de la empresa no choque con el medio ambiente e incluso se fomente la generación de productos y logísticas en este rubro. En este caso, la generación de productos de muy diversa índole que no solo no afecten derechos, como a la salud, sino la generación de productos con la finalidad de impulsar este tipo de tecnologías.

Otro ejemplo es el fomento de empleo de grupos en situación de vulnerabilidad, cumpliendo con las debidas obligaciones laborales y de seguridad social, como el empleo de personas adultas mayores y con discapacidad, con una perspectiva de género, el fomento de actividades deportivas con su personal.

Este tipo de medidas, entre muchas otras, dependiendo de la multiplicidad de factores, puede contribuir de manera efectiva en un cumplimiento de los derechos humanos de manera integral, aunque la actividad estatal siempre esté presente y sea la principal obligada.

#### 4. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y LAS OBLIGACIONES DE LAS EMPRESAS

Como se indicó en la introducción, una pregunta que surge en estos temas es ¿qué derechos humanos se pueden considerar como obligaciones, deberes o

límites a la actividad empresarial? Considerando que las empresas tienen las obligaciones internacionales de respetar, proteger y remediar en materia de derechos humanos conforme a los Principios Rectores en la materia, un tema a definir es la materia sustantiva.

Los principios contemplan un marco base de la Carta Internacional de Derechos Humanos integrada por la Declaración Universal de Derechos Humanos y los dos pactos internacionales en materia de Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, así como los convenios de la Organización Internacional del Trabajo. Este es un marco base general en la protección de derechos, considerando que los Principios Rectores surgen en el marco de Naciones Unidas.

No obstante, con la protección internacional de los derechos humanos, adicional a la que ya se encontraba contemplada en los órdenes internos, se desarrolló una comprensión conjunta de las normas constitucionales y las normas internacionales en materia de derechos humanos, bajo el concepto de *bloque de constitucionalidad* o *parámetro de control*.

A partir de la década de los ochenta y en los noventa algunos ordenamientos constitucionales de la Península Ibérica y de América Latina comenzaron a incorporar disposiciones en las que integran o reconocen expresamente los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales. Esta tendencia ha continuado en las siguientes décadas, como ocurrió en el 2011 en el artículo primero de la Constitución mexicana.

En Colombia el artículo 93 constitucional dispone que los tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en estados de excepción prevalecen en el orden interno, y en su segundo párrafo indica que los derechos y deberes se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos. El concepto de bloque de constitucionalidad fue integrado vía jurisprudencia de la Corte Constitucional, como indica el auto 78A/99 para interpretar las normas que fijan el alcance de los derechos comprometidos, y el de la protección que brindan tanto las normas internacionales como los convenios incorporados a la legislación nacional.

Este concepto se ha expandido en otros países. Por ejemplo, en México, donde en su artículo 1.º constitucional se incorporó el reconocimiento de derechos en la Constitución y en los tratados internacionales y se ha interpretado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación bajo el concepto de parámetro

de control, aunque en las discusiones del proyecto de resolución se discutió la pertinencia de usar el término ‘bloque de constitucionalidad’<sup>14</sup>.

De tal forma, en la definición de qué derechos humanos son los que deben cumplir las empresas, de manera independiente de los instrumentos a los que se refieren los Principios Rectores, puede hablarse de este bloque de constitucionalidad integrado por las normas constitucionales y las normas de derechos humanos reconocidas en tratados internacionales que sean parte del Estado en cuestión, que son las normas que cada Estado está obligado a cumplir.

En este orden de ideas, como se ha hecho mención, los Principios Rectores de empresas y derechos humanos hacen referencia expresa a la Carta Internacional de Derechos integrada por la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales, que en su conjunto brindan la protección base de Naciones Unidas en derechos, por lo que respecta a los derechos civiles y políticos, generalmente reconocidos en los ordenamientos constitucionales, en tanto los derechos económicos, sociales y culturales con una implementación más reciente.

Por otra parte, los Principios Rectores se refieren de manera específica a los principios relativos a los derechos establecidos en la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y ocho convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo.

La Declaración fue adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo, en Ginebra, el 18 de junio de 1998, dando respuesta a la globalización o mundialización que tuvo lugar a principios de la década de los noventa. En esta Declaración se destacan, en el numeral 2, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios: la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Como anexo de seguimiento se contempla el seguimiento anual relativo a los convenios fundamentales no ratificados y un informe global sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Derivados de estos principios se desprenden siete convenios fundamentales:

---

14 GUERRERO ZAZUETA, ARTURO. *¿Existe un bloque de constitucionalidad en México? Reflexiones en torno a la decisión de la Suprema Corte respecto al nuevo parámetro de control de regularidad*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.

1) El Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87); 2) El Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98); 3) El Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29); 4) El Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105); 5) El Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138); 6) El Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182); 7) El Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100).

Los Principios Rectores en materia de empresas y derechos humanos refieren de manera expresa las normas antes enunciadas; sin embargo, como también ha sido señalado, las normas de derechos humanos a las que tanto el Estado como los particulares en general y empresas en particular están obligados son aquellas que comprenden el bloque de constitucionalidad, es decir, las contempladas en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado parte.

#### 5. LOS PRINCIPIOS RECTORES Y LA SENTENCIA T-732/16 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

La Corte Constitucional de Colombia se refirió a los Principios Rectores de Empresas y Derechos Humanos en la Sentencia T-732/16, dictada en Bogotá en diciembre de 2016. En ella se abordan diversos temas como el derecho a la vivienda digna, la acción de tutela contra particulares, los proyectos que requieren de licencia ambiental; en particular, el tema que nos ocupa en el presente escrito se refiere de manera expresa a los Principios Rectores.

La sentencia dedica un apartado a los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos; refiere la necesidad de adoptar medidas para prevenir afectación a derechos humanos, para que exista una coordinación entre las autoridades estatales y las actividades empresariales. Refiere también que los principios aprobados por el Consejo de Derechos Humanos, en 2011, tienen como objetivo delinear responsabilidades y obligaciones adquiridas previamente por los Estados. La Corte en su fallo destaca que no se trata de obligaciones novedosas, sino de lineamientos para que los Estados, como obligados internacionalmente por instrumentos adoptados con anterioridad, y las empresas, como órganos especializados que deben respetar los derechos humanos, aseguren que no se cometan violaciones a los derechos y, en caso de que ocurran, se garantice su reparación. También refiere el desarrollo de planes de acción, tema que será abordado en otro apartado de este libro; en la sentencia precisa que, en Colombia, en 2015, se elaboró un plan nacional

de acción, y destaca que es uno de los primeros documentos que han expedido países. Este contiene una política pública a tres años que tiene por objeto armonizar la actividad empresarial y la protección de los derechos humanos.

En el caso en concreto la decisión versó sobre determinar si los particulares y las autoridades accionadas vulneraron o amenazaron los derechos fundamentales a la vivienda digna, a la vida y a la integridad del actor y su núcleo familiar, por acciones u omisiones frente al deteriorado estado de la casa del accionante que se encontraba en riesgo de colapso. Sobre los Principios Rectores, señaló que no constituyen un nuevo tratado, no crean nuevos derechos o nuevas obligaciones, sino que sistematizan las obligaciones que ya existen en el derecho internacional para comprender problemas frecuentes en virtud del tipo de actuaciones que asumen las empresas dentro de un territorio. Fueron una herramienta hermenéutica relevante para la solución del caso que ocupó esa sentencia. Resaltó que, en el caso, las actividades empresariales no pueden estar desconectadas de la protección eficiente; si bien los particulares no tienen funciones propias de las autoridades estatales, sí tienen el deber de respetar los derechos y no causar daños y en caso de que lo hagan deben repararlos.

Esta sentencia es relevante para el tema que nos ocupa, toda vez que interpreta y aplica con claridad los Principios Rectores de Empresas y Derechos Humanos, lo cual es un referente en la materia.

#### CONSIDERACIONES

El presente escrito estuvo dedicado a las obligaciones de las empresas en derechos humanos, para ello se consideró oportuno enfocarse a su definición. Si bien se parte de las obligaciones de proteger, respetar y remediar a que aluden los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, su análisis requiere de una tarea aún más profunda ligada a las obligaciones que tienen los Estados dentro del bloque de constitucionalidad. Sin un desarrollo doctrinal aún consolidado en la materia, se acude a un estudio de la praxis existente.

Para tal efecto se analizaron Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en las que se desglosan las obligaciones estatales en la materia, con referencia a los primeros avances sobre las obligaciones a empresas. En esta parte se inscribe la reflexión sobre el actuar estatal y el de los particulares, incluidas las empresas, estos últimos no solo como sujetos pasivos, sino también como sujetos activos en una conculcación de derechos humanos. En esta parte la reflexión es el papel de los particulares como sujetos activos ante los derechos humanos.

De igual manera se atienden los Principios Rectores, que trasladan las obligaciones estatales a la empresa, con una modificación terminológica de ‘reparar’ a ‘remediar’. Si bien estos principios son un piso importante, la labor aún no está terminada, en particular por la naturaleza y características de derecho suave o *soft law* que tienen.

Un tercer elemento atendido en el escrito fue el análisis de la protección sustantiva de derechos humanos que deben atender las empresas; los Principios Rectores se refieren a la Carta Internacional de Derechos Humanos y a la Declaración y tratados principales de la OIT; sin embargo, el planteamiento en este escrito es que la protección obligatoria abarca las normas constitucionales y de tratados internacionales, que se identifica con el concepto de bloque de constitucionalidad, desarrollado en la praxis jurisprudencial.

Finalmente, los cuatro elementos abordados en el escrito atienden también la praxis jurisprudencial, con la Sentencia T-732/16 emitida por la Corte Constitucional de Colombia, que se refiere de manera específica a la aplicación de los Principios Rectores de Empresas y Derechos Humanos al caso en particular.

De lo señalado en las páginas precedentes se puede puntualizar que las empresas tienen obligaciones en materia de derechos humanos, definidas en los Principios Rectores, de respeto, protección y reparación o de remediar, como precisan, sobre los derechos reconocidos en tratados internacionales, así como en el ordenamiento constitucional en cuestión, en atención al concepto de bloque de constitucionalidad. Además de las medidas nacionales que puedan ser pertinentes para su implementación, a escala internacional las dos grandes prioridades que siguen pendientes de establecer mediante una norma convencional son el ámbito de las jurisdicciones en distintos países y, en su caso, el establecimiento de responsabilidad internacional a entes diferentes a los Estados o la fijación de su corresponsabilidad.

Otro de los grandes retos es la comprensión que desde la empresa se debe tener de corresponsable en el cumplimiento de derechos humanos dentro de su actuar cotidiano, como progresivamente se ha ido construyendo durante los últimos años en el actuar del Estado.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, ROBERT. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ALEXY, ROBERT. La fórmula del peso, en CARBONELL, MIGUEL (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerios de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- ARNOLD, DENIS. Corporations and Human Rights Obligation, *Business and Human Rights Journal*, vol. 1, n.º 2, 2016.
- Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie, 21 de marzo de 2011.
- BAXI, UPENDRA. Human Rights Responsibility of Multinational Corporations, Political Ecology of Injustice Learning from Bhopal Thirty Plus? *Business and Human Rights Journal*, vol. 1, n.º 1, 2015.
- BRENKERT, GEORGE. Business Ethics and Human Rights: An Overview, *Business and Human Rights Journal*, vol. 1, n.º 2, 2016.
- CANTÚ RIVERA, HUMBERTO. The Mexican Judiciary's Understanding of the Corporate Responsibility to Respect Human Rights, *Business and Human Rights Journal*, vol. 1, n.º 1, 2015.
- CARNEIRO FREIRE, MAR *et al.* *Cuaderno-guía de los Principios Rectores ONU sobre empresa y Derechos Humanos. Puerta de entrada*, Madrid, Sustentia Innovación Social, 2013, p. 12.
- CASTAÑEDA, MIREYA. La participación empresarial en los derechos humanos ante el cambio de paradigma, *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, nueva época, año 11, n.º 26, enero-abril de 2016.
- CÉSPEDES-BÁEZ, LINA. Derechos Humanos y responsabilidad de las personas jurídicas privadas: una tarea pendiente, *Revista de la Fundación para el Debido Proceso (DPLF)*, n.º 15, año 4, septiembre de 2011.
- Comité de Derechos del Niño. Observación general n.º 16 (2013), Sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño.

- Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A n.º 22.
- FASTERLING, BJORN. Human Rights Due Diligence as Risk Management: Social Risk Versus Human Rights Risk, *Business and Human Rights Journal*, vol. 2, n.º 2, 2017.
- GALVIS, MARÍA CLARA. La obligación estatal de prevenir las conductas de particulares contrarias al derecho internacional, *Revista de la Fundación para el Debido Proceso (DPLF)*, n.º 15, año 4, septiembre de 2011.
- GOTZMANN, NORA. Human Rights Impact Assessment of Business Activities; Key Criteria for Establishing a Meaningful Practice, *Business and Human Rights Journal*, vol. 2, n.º 1, 2017.
- GUERRERO ZAZUETA, ARTURO. *¿Existe un bloque de constitucionalidad en México? Reflexiones en torno a la decisión de la Suprema Corte respecto al nuevo parámetro de control de regularidad*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2015.
- KIRKEBO, TORI LOVEN and LANGFORD, MALCOM. The Commitment Curve: Global Regulation of Business and Human Rights, *Business and Human Rights Journal*, vol. 3, n.º 2, 2018.
- LÓPEZ HURTADO, CARLOS. Empresas y Derechos Humanos: hacia el desarrollo de un marco normativo internacional, *Revista de la Fundación para el Debido Proceso (DPLF)*, Aportes DPLF, n.º 15, año 4, septiembre de 2011.
- MCCORQUODALE, ROBERT, *et al.* “Human Rights Due Diligence in Law and Practice: Good Practices and Challenges for Business Enterprises”, *Business and Human Rights Journal*, vol. 1, n.º 1, 2017.
- MEHRA, AMOL. Más allá del comienzo: el movimiento por los Planes Nacionales de Acción en materia de empresas y Derechos Humanos, *Revista de la Fundación para el Debido Proceso (DPLF)*, n.º 20, año 8, agosto de 2015.
- SALAZAR, KATYA. Empresas y Derechos Humanos: ¿un nuevo desafío de la OEA?, *Revista de la Fundación para el Debido Proceso (DPLF)*, n.º 20, año 8, agosto de 2015.
- URIBE VILA, IVÓ, *et al.* *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, México, Editorial Flores, 2017.



VÁZQUEZ CAMACHO, SANTIAGO. *La responsabilidad internacional de los Estados derivada de la conducta de particulares o non-State actors conforme al Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2013.

WERHANE, PATRICIA. Corporate Moral Agency and the Responsibility to Respect Human Rights in the UN Guiding Principles: Do Corporations Have Moral Rights, *Business and Human Rights Journal*, vol. 1, n.º 1, 2015.

MANOELA CARNEIRO ROLAND\*

ANDRESSA OLIVEIRA SOARES\*\*

CAPÍTULO 4

*Retos para la aprobación de un tratado  
sobre Derechos Humanos y empresas en el Consejo  
de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*



## RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo principal presentar la evolución de la agenda internacional de Derechos Humanos y empresas, demostrar sus avances y dificultades hasta llegar al panorama actual de negociación del instrumento vinculante, y prever retos para la continuación de las negociaciones; estas son las cuestiones que conducen la investigación. Fueron utilizados como métodos investigativos la revisión bibliográfica, el análisis documental y también la observación directa, a través de la participación de HOMA en las sesiones de negociación del tratado. Fue posible percibir que las Naciones Unidas siempre tendieron hacia un abordaje *soft law* de la cuestión, exceptuándose el tratado, que sufre tentativas de vaciamiento, como se observó con el lanzamiento del texto del *Draft Zero*. Pero todavía sigue fuerte la resistencia de la sociedad civil para mantener el proceso de discusión y es necesario que, respecto a los próximos pasos, haya una resignificación del ambiente de negociación y se recupere el verdadero carácter de fórum de defensa de la primacía de los Derechos Humanos.

*Palabras clave:* Derechos Humanos y empresas, empresas transnacionales, tratado vinculante internacional.

## CHALLENGES FOR THE APPROVAL OF A BINDING TREATY ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS IN THE HUMAN RIGHTS COUNCIL OF THE UNITED NATIONS

### ABSTRACT

This work has as main goal to present the evolution of the international agenda on Human Rights and Business, as well as to demonstrate its progress and difficulties until the current negotiation scenario of the binding instrument,

---

\* Profesora asociada de la Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Doctora en Derecho Internacional y de la Integración Económica por la Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Coordinadora general de HOMA - Centro de Derechos Humanos y Empresas (<<http://homacdhe.com/index.php/pt/>>) de la Universidade Federal de Juiz de Fora, Brasil. Correo electrónico: <[manoelaroland@gmail.com](mailto:manoelaroland@gmail.com)>

\*\* Graduada en Derecho por la Universidad Federal de Juiz de Fora (UFJF) y estudiante de Maestría en Derecho de la misma universidad, bajo la dirección de la profesora Dra. Manoela Carneiro Roland. Investigadora asociada de HOMA - Centro de Derechos Humanos y Empresas de la Universidad Federal de Juiz de Fora, Brasil. Correo electrónico: <[andressaosoares7@gmail.com](mailto:andressaosoares7@gmail.com)>

and to anticipate challenges for the continuation of negotiations, these being the questions which conduct the investigation. The investigative methods used include bibliographic review, documentary analysis and also direct observation, through the participation of HOMA in the negotiation sessions of the treaty. It was possible to realize that the United Nations always tended towards a soft law approach on the issue, except for the treaty initiative, which suffers many attempts of emptying, as was observed with the launch of the Draft Zero document. But the resistance of the civil society to maintain the discussion process is still strong, and it is necessary that, for the next steps, happens a resignification of the negotiation environment in order to recover the true nature of the forum as a defense of the primacy of Human Rights.

*Keywords:* Business and Human Rights, transnational corporations, international binding treaty.

## INTRODUCCIÓN

En la actualidad, casos de violaciones de derechos humanos por grandes empresas transnacionales parecen ser cada vez más públicos, y la sociedad civil busca una respuesta más contundente de la comunidad internacional en lo que se refiere a la responsabilización. Esta puede parecer muchas veces inalcanzable, puesto que se ve ensombrecida por diferentes obstáculos que evitan una punición y remediación adecuadas de las víctimas y blindan las corporaciones.

Internacionalmente, la Agenda de Derechos Humanos y Empresas ha sido construida por medio de la resistencia sólida de la sociedad civil, pues posee una historia de muchos matices, con avances y retrocesos significativos. Se puede decir que su importancia como un asunto notable empezó con la incorporación del tema en las discusiones de la Organización de las Naciones Unidas en la década de los setenta. Posteriormente ganó todavía más espacio con la creación del Consejo de Derechos Humanos en 2006.

Todo este complejo proceso de construcción, que será mejor explicado a lo largo de este artículo, resultó, en los últimos años, en la negociación de un tratado internacional sobre Derechos Humanos y Empresas, que se encuentra hoy en la fase de presentación de *drafts*. El *Zero Draft* fue presentado en julio de 2018, meses antes de que sucediera la cuarta sesión de negociación del tratado, en octubre. El próximo, *Draft One*, tiene previsión de lanzamiento en la misma época de 2019 y el informe de la sesión de negociación pasada fue

presentado en la primera sesión del Consejo de Derechos Humanos de este año, en marzo de 2019.

HOMA, Centro de Derechos Humanos y Empresas de la Universidad Federal de Juiz de Fora (UFJF), sigue acompañando el desarrollo de las agendas nacional, latinoamericana y global, de manera que produce investigación y material de calidad acerca de la temática, aún olvidada muchas veces por parte del medio académico.

El objetivo principal del presente trabajo es ofrecer una reflexión acerca del histórico del tratado, con sus avances y obstáculos considerados difíciles de evitar, y cuáles serían los próximos pasos. Para tal fin, se contextualizarán el panorama actual y toda la impunidad recurrente que impregna el surgimiento del proceso de negociación del tratado. La conducción de la investigación se basa en el cuestionamiento ¿cuáles son los retos principales que fueron y son enfrentados en el proceso de búsqueda y construcción de un tratado capaz de paliar el escenario de impunidad de las empresas?

En la primera sección se explicará el contexto de impunidad y la justificación de la necesidad de un tratado internacional multilateral que trate esta cuestión. Como marcos teóricos para basar la ilustración de este cuadro se utilizarán el profesor Balakrishnan Rajagopal, específicamente su obra sobre la retórica del desarrollo y su impacto en los países del “Tercer Mundo”, y la obra de Juan Zubizarreta, que tiene un abordaje directo sobre la cuestión de la impunidad corporativa.

En la siguiente y principal sección será tratado el histórico de la agenda internacional de Derechos Humanos y empresas, desde el discurso de Salvador Allende en la Asamblea General, sus matices, retos enfrentados y resultados presentados hasta el momento. Para desarrollar esta parte se utilizarán las obras de Surya Deva y David Bilchitz para el contenido histórico, pero también se utilizará metodología de investigación empírica de análisis documental, mediante los informes de las sesiones oficiales de negociación. Además, se utilizará el método de la observación directa por la participación de HOMA en las sesiones, y también se usarán las impresiones de las organizaciones sociales que participan del proceso representando las demandas de la sociedad civil, en especial de los grupos recurrentes de atingidos y atingidas.

Por último, se presentarán elementos que son fundamentales para que el tratado sirva con suficiente eficacia a las verdaderas víctimas de las violaciones, y no tenga su posibilidad de *enforcement* limitada por los intereses de las corporaciones, protegidas por determinado grupo de países. Estos elementos fueron construidos por este grupo de investigación sobre la base del

pensamiento crítico de Derechos Humanos, conforme se puede notar en las referencias bibliográficas, pero, sobre todo, junto con otros centros académicos y principalmente movimientos sociales que representan la voz de la sociedad civil que no puede ser ignorada en este proceso. Aunque HOMA sea un centro de investigación académica, considera que la verdadera investigación solamente puede ser completa cuando es hecha con y para la comunidad.

## I. LA IMPUNIDAD CORPORATIVA

El clima de la posguerra produjo cambios fundamentales en las estructuras del mundo conocido hasta el momento. Uno de ellos fue el cambio de las formas de producción, que empezaron a expandirse, y grandes empresas buscaban cada vez más insumos en otras partes<sup>1</sup>.

Sin embargo, los mecanismos de regulación de esta actividad empresarial no se expandieron de la misma manera<sup>2</sup>. A partir de la mitad del siglo XX, la explotación desenfrenada de las corporaciones ya era visible, y ya en esta época surgió en las Naciones Unidas la demanda de países del “Tercer Mundo” por el control de las acciones de empresas en su territorio. Al final, era un momento de descolonización de África y el miedo de que ocurriera una “recolonización” estaba muy presente<sup>3</sup>.

Pero, especialmente a partir de la década de los setenta, con el fenómeno conocido como globalización y el surgimiento del modelo neoliberal de producción, hubo una consolidación de la expansión de estas grandes corporaciones<sup>4</sup>, de una manera que parecía cada vez más ávida.

Lo que podía ser una de las explicaciones de por qué países en desarrollo aceptaron tanta ampliación nada sostenible (en todos los sentidos) de actividades

1 RAJAGOPAL, BALAKRISHNAN. *El Derecho Internacional desde abajo: el desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del Tercer Mundo*, Bogotá, ILSA, 2005, pp. 49-51.

2 ARAGÃO, DANIEL M. e ROLAND, MANOELA C. The Need for a Treaty: expectations on counter hegemony and the role of civil society. In: DEVA, SURYA e BILCHITZ, DAVID. *Building a Treaty on Human Rights: context and contours*, New York, Cambridge University Press, 2017.

3 ARAGÃO, DANIEL. Controvérsias da Política Mundial em Direitos Humanos: o contexto em que se discute o Tratado sobre corporações transnacionais. In: *Homa Publica Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, vol. 1, n.º 2, Juiz de Fora, 2017, p. 52.

4 ZUBIZARRETA, JUAN HERNÁNDEZ e RAMIRO, PEDRO. Against the ‘Lex Mercatoria’: proposals and alternatives for controlling transnational corporations, Madrid, Omal, 2016.

de compañías extranjeras en su territorio es precisamente esto: el desarrollo. O por lo menos el concepto de desarrollo construido a lo largo de los tiempos.

El profesor Balakrishnan Rajagopal ha trabajado por mucho tiempo con la relación entre el desarrollo y el derecho internacional, analizando cómo el impacto de discursos sobre “desarrollo” y “globalización” ha estratificado naciones y pueblos con el objetivo de trasplantar modelos de valores y económicos de países del “Norte global” al “Sur global”<sup>5</sup>.

La “ideología del desarrollo”, según el autor, contó con tres momentos principales. El primero fue una división de carácter más teológico, entre “cristianos e infieles”<sup>6</sup>. Un segundo momento se construiría sobre una base más económica, bajo la cual se percibían pueblos civilizados y no civilizados, pero esta clasificación se daba por desarrollar actividades de comercio o no. Este momento es importantísimo, pues Rajagopal afirma que fue el establecimiento del nexo entre civilización y capitalismo, forneciendo un disfraz de moralidad a la explotación de las colonias<sup>7</sup>.

El tercer momento sería la construcción de un concepto de desarrollo para controlar las luchas anticoloniales que ganaban fuerza en los años 40 y 50 del último siglo. La posguerra también produjo un agotamiento de la idea de colonización, y por eso movimientos y luchas independentistas lograron éxito, lo que podría amenazar el *statu quo* de dominación instalado hace mucho. Lo que se percibe, a continuación, es la sustitución de la lógica *colonizador-colonizado* por la lógica *desarrollado-subdesarrollado*, como forma de demarcar la jerarquía entre estas dos clases de países<sup>8</sup>. La terminología de Primer, Segundo y Tercer Mundo deja esta estratificación bastante clara.

El discurso del desarrollo vende la idea de que hay una voluntad de los países ricos con intención humanitaria de promover la mejora de “pueblos atrasados” por medio de las técnicas, principalmente científicas y tecnológicas, importadas del mundo occidental, independientemente de que hayan sido creadas en diferentes contextos políticos, o que representen una forma

---

5 RODRIGUÉZ GARAVITO, CÉSAR A. Prologo. In: RAJAGOPAL BALAKRISHNAN. *El Derecho Internacional desde abajo: el desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del Tercer Mundo*, Bogotá, ILSA, 2005, pp. 9-16.

6 RAJAGOPAL, BALAKRISHNAN. *El Derecho Internacional desde abajo: el desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del Tercer Mundo*, Bogotá, ILSA, 2005, pp. 49-51.

7 *Ibidem*, p. 50.

8 *Ibidem*, p. 51.



de Estado que ha sido seleccionado por pocos para figurar como modelo de lo que se debería alcanzar.

Milton Santos, geógrafo brasileño que durante años estudió el proceso de globalización, afirma algo muy parecido cuando dice que hubo una globalización de técnicas, que la verdad consistió en una imposición de la manera de investigar, construir y producir de los países ricos a los demás, sin dejar que ellos se desarrollaran verdaderamente por sí mismos o sin valorar las técnicas que ya utilizaban<sup>9</sup>.

Lo que hubo, entonces, no fue un rompimiento con la lógica colonial, sino una cooptación de esta lógica<sup>10</sup>. Al mismo tiempo, surgía el discurso de los Derechos Humanos, y países del llamado Primer Mundo reafirmaban su compromiso con tales derechos. Es decir, estos Estados presentaban un comportamiento contradictorio: en la medida que ratificaban instrumentos normativos internacionales de respeto a los Derechos Humanos, violaban muchos de esos derechos fuera de su territorio. Como forma de ejemplificar el argumento, Rajagopal menciona el caso de Reino Unido, que firmó la Carta de la ONU con la previsión de la autodeterminación de los pueblos mientras enfrentaba fuertemente la lucha anticolonial en Kenia<sup>11</sup>.

El Derecho Internacional, aunque según algunos teóricos pasaba a su fase contemporánea<sup>12</sup>, también ha incorporado esta lógica creando prácticas e instituciones que defendían el estándar del desarrollo, justamente para “controlar, administrar, mandar y reproducir” la realidad social en los países subdesarrollados<sup>13</sup>.

Es interesante notar cómo sucedió una apropiación del contenido precisamente de los Derechos Humanos dentro del discurso del desarrollo y los dos se volvieron casi complementarios. Al fin y al cabo, los Derechos Humanos

9 SANTOS, MILTON. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*, 10.º ed., Rio de Janeiro, Record, 2003.

10 RAJAGOPAL, BALAKRISHNAN. *El Derecho Internacional desde abajo: el desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del Tercer Mundo*, Bogotá, ILSA, 2005, p. 51.

11 *Ibidem*, pp. 49-51.

12 DIEZ DE VELASCO, MANUEL. El concepto de Derecho Internacional Público (I). In: DIEZ DE VELASCO, MANUEL. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 11.º ed., Madrid, Tecnos, 1997, Cap. 1, pp. 57-76.

13 RAJAGOPAL, BALAKRISHNAN. From Resistance to Renewal: The third world, Social Movements and the expansion of International Institutions. In: *Harvard International Law Journal*, Cambridge, Harvard, vol. 41, n.º 2, 2000, pp. 529-578.

previstos en diplomas internacionales son hoy la justificación, junto con el desarrollo, para muchas acciones de naciones poderosas. El contenido de los derechos humanos fue vaciado de su origen de lucha y resistencia, pues aquellos derechos específicamente seleccionados se convirtieron en la única forma de resistencia autorizada<sup>14</sup>.

Como consecuencia de esta construcción, los Estados eran considerados los principales responsables de violaciones de derechos de sus ciudadanos, bajo una visión verticalizada<sup>15</sup>. Pero se observan diversos casos de violaciones perpetradas por empresas, principalmente las transnacionales. La busca por responsabilización de estas compañías ha sido siempre muy descuidada, pues el capital parece estar blindado bajo el argumento de ser el vector del desarrollo.

En este contexto, muchos Estados en desarrollo intentan atraer inversiones extranjeras por medio de exenciones fiscales, flexibilización de leyes laborales y otras ventajas, y se vuelven cómplices de violaciones que son producto de actividades empresariales en su territorio. Aún más porque, muchas veces, existen acuerdos bilaterales que ponen obstáculos a la reparación y la punición. Tales acuerdos suelen, por ejemplo, eximir a las empresas de la jurisdicción doméstica y prever la resolución de controversias en tribunales arbitrales<sup>16</sup>.

Además de la existencia de acuerdos bilaterales, otros puntos pueden dificultar el juicio justo de empresas transnacionales en sistemas nacionales/domésticos. Grandes compañías tienen su sede en un país, pero poseen diversas subsidiarias en otros países. Grupos económicos gigantes se organizan de forma tan compleja que llegar hasta la responsable de la toma de decisiones no es tarea fácil. Este proceso se conoce como “de-territorialización”<sup>17</sup>, y es un reto significativo a ser enfrentado por un instrumento vinculante internacional para la responsabilización de empresas transnacionales<sup>18</sup>.

---

14 RAJAGOPAL, BALAKRISHNAN. *El Derecho Internacional desde abajo: el desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del Tercer Mundo*, Bogotá, ILSA, 2005.

15 ARAGÃO, DANIEL. Controvérsias da Política Mundial em Direitos Humanos: o contexto em que se discute o Tratado sobre corporações transnacionais. In: *Homa Publica Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, vol 1, n.º 2, Juiz de Fora, 2017, p. 53.

16 ZUBIZARRETA, JUAN HERNÁNDEZ e RAMIRO, PEDRO. *Against the 'Lex Mercatoria': proposals and alternatives for controlling transnational corporations*, Madrid, Omal, 2016, p. 9.

17 De-territorialisation, originalmente.

18 ZUBIZARRETA, JUAN HERNÁNDEZ e RAMIRO, PEDRO. *Against the 'Lex Mercatoria': proposals and alternatives for controlling transnational corporations*, Madrid, Omal, 2016, p. 65.

Las empresas transnacionales también operan en una escala cada vez mayor, presentando una descentralización y fragmentación de la producción alrededor del globo, sin precedentes. Este tipo de estructura es nombrado Cadena Global de Valor o de Suministros<sup>19</sup>. La definición de la Campaña Global “Dismantle Corporate Power” (que será presentada mejor adelante)<sup>20</sup> incluye no solo las filiales directas de las empresas, sino también sus proveedores y subcontratistas. Es importante esta consideración amplia para que se pueda buscar una responsabilización de la empresa matriz por violaciones cometidas en toda esta estructura, pues al final el “financiamiento” de la violación sale de la matriz.

Pero lo que se percibe hoy es el no reconocimiento en el ámbito internacional de estas cadenas globales, pues este tema está restringido a pocas legislaciones nacionales. Este es otro aspecto que contribuye al estándar de actuación violador de las empresas<sup>21</sup>.

Hay otras cuestiones recurrentes que causan el aumento de la impunidad. En varios países del Sur Global, en donde se instalan las empresas, no hay, muchas veces, estructura institucional capaz de comportar una investigación o un proceso judicial en contra de una transnacional y promover la protección de las víctimas. En contraposición, en los países sede, donde hay la estructura necesaria para el proceso, es habitual invocar el principio del *forum non conveniens*, a través del cual declinan el ejercicio de su jurisdicción en nombre de un fórum más adecuado<sup>22</sup>. Esto suele pasar especialmente en países de tradición de *common law*, como Estados Unidos y Reino Unido.

---

19 ROLAND, MANOELA C., SOARES, ANDRESSA O., BREGA, GABRIEL R., OLIVEIRA, LUCAS DE S., CARVALHO, MARIA FERNANDA e ROCHA, RENATA P. Cadeias de Valor e os impactos na responsabilização das empresas por violações de Direitos Humanos. In: *Cadernos de Pesquisa Homa*. vol. 1, n.º 5, Juiz de Fora, 2018, p. 4.

20 “Para el propósito de este Tratado, la cadena de valor de las Empresas Transnacionales consiste en compañías de fuera de las Empresas Transnacionales que contribuyen para sus operaciones, desde el suministro de materiales, servicios y fondos hasta la entrega de los productos al consumidor final. Las cadenas de valor aún incluyen contratados o subcontratados con los cuales la compañía principal o las compañías que ella controla poseen relaciones comerciales establecidas. La Empresa Transnacional puede ejercer influencia sobre la cadena de valor dependiendo de la circunstancia”. documento de sugerencias para un Tratado de Derechos Humanos y Empresas.

21 Nolan, Justine. *Human Rights and Global Corporate Supply Chains: Is Effective Supply Chain Accountability Possible?* 2018.

22 ROLAND, MANOELA C. et al. *The Obligations of Home States: their Extraterritorial Obligations on Human Rights Violations by TNCs*. Juiz de Fora, Homa - Centro de Direitos Humanos e Empresas, 2016, p. 4.

Como producto de todos estos obstáculos surgió un panorama conocido como la “arquitectura de la impunidad”<sup>23</sup>. En este panorama, las leyes del mercado (*Lex mercatoria*) poseen máxima fuerza, pero, por otra parte, no hay un efectivo marco regulatorio que presente la misma fuerza para la protección de los Derechos Humanos.

## 2. LA AGENDA INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS

Ya entre los años sesenta y setenta, estimuladas por los sentimientos anticoloniales, las naciones en vías de desarrollo se organizaron en el llamado Nuevo Orden Económico Internacional, y ya demandaban atención de la comunidad internacional acerca de la actividad de las transnacionales en sus territorios. Durante determinado período la presión produjo algunos resultados como la creación de la Unctad (United Nations Conference on Trade and Development Agreements) en las Naciones Unidas, en 1964<sup>[24]</sup>.

En 1972 el presidente Salvador Allende intervino en la Asamblea General con un discurso que, de alguna manera, denunciaba la actuación de empresas transnacionales en Chile y cómo ellas se habían convertido en verdaderos agentes de poder dentro de las relaciones internacionales. Precisamente este año es considerado por Deva y Bilchitz como el marco inicial de la primera fase de la agenda de Derechos Humanos y empresas en las Naciones Unidas<sup>25</sup>.

Esta fase se sitúa entre los años 1972 y 1990, en que, por las razones mencionadas, se creó una Comisión para Empresas Transnacionales<sup>26</sup> por el entonces Consejo Económico y Social, la cual culminó con la elaboración del *draft* del Código de Conducta para Empresas Transnacionales<sup>27</sup>.

Luego de estos avances hubo una significativa paralización de este tema en las Naciones Unidas, en gran parte por la llegada al ápice del modelo neoliberal

23 Architecture of impunity, en el texto original. ZUBIZARRETA, JUAN HERNÁNDEZ e RAMIRO, PEDRO. *Against the 'Lex Mercatoria': proposals and alternatives for controlling transnational corporations*, Madrid, Omal, 2016, p. 8.

24 ARAGÃO, DANIEL M. e ROLAND, MANOELA C. The Need for a Treaty: expectations on counter hegemony and the role of civil society. In: DEVA, SURYA e BILCHITZ, DAVID. *Building a Treaty on Human Rights: context and contours*, New York, Cambridge University Press, 2017, p. 137.

25 Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 4-10.

26 Comission on Transnational Corporations.

27 Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 4-10.

y el surgimiento de organizaciones internacionales, como la OMC, y otras que ya existían, como el Banco Mundial y el FMI, que promovían el capitalismo global a través del discurso del desarrollo e incentivaban acuerdos de libre comercio<sup>28</sup>. El crecimiento de empresas que ya eran grandes influyó los temas de discusión en la ONU.

Sin embargo, la sociedad civil organizada por medio de movimientos sociales y organizaciones no gubernamentales se involucró en la lucha para retomar las discusiones<sup>29</sup>.

La segunda fase empieza en 1997 y se extiende hasta 2005. En esta época ya había sido creada la Comisión de Derechos Humanos, y un grupo de trabajo fue instalado con el objetivo de presentar un resumen de las actividades y estándares de actuación de las TNC<sup>30</sup>. Como producto de las actividades del grupo se lanzó en 2003 un *draft* de Normas de Responsabilidad de Empresas Transnacionales y otras Empresas sobre Derechos Humanos, que fue presentado a la Comisión.

No obstante, pocos años antes, en 2000, el secretario general Kofi Annan había lanzado el Global Compact, un documento que presentaba un abordaje sobre la actuación de las empresas con un *framework* basado totalmente en el voluntarismo<sup>31</sup>. Por eso, las normas del grupo de trabajo fueron rechazadas en la Comisión. El Global Compact representa la idea ya discutida de que los considerados actores del desarrollo son las empresas, y no los Estados.

Fue posible notar que había dos abordajes distintos para la agenda dentro de las Naciones Unidas: uno que buscaba un *framework* más vinculante, defendido por los movimientos sociales, y otro que iba por el camino de directrices voluntarias. La ONU privilegió el abordaje voluntario, nombrando en 2005 al investigador de la Universidad de Harvard, John Ruggie, para el puesto de “Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los Dere-

28 ARAGÃO, DANIEL M. e ROLAND, MANOELA C. The Need for a Treaty: expectations on counter hegemony and the role of civil society. In: DEVA, SURYA e BILCHITZ, DAVID. *Building a Treaty on Human Rights: context and contours*, New York, Cambridge University Press, 2017, p. 136.

29 ARAGÃO, DANIEL. Controvérsias da Política Mundial em Direitos Humanos: o contexto em que se discute o Tratado sobre corporações transnacionais, *Homa Publica Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, vol. 1, n.º 2, Juiz de Fora, 2017, p. 58.

30 Transnational Corporations.

31 ARAGÃO, DANIEL M. e ROLAND, MANOELA C. The Need for a Treaty: expectations on counter hegemony and the role of civil society. In: DEVA, SURYA e BILCHITZ, DAVID. *Building a Treaty on Human Rights: context and contours*, New York, Cambridge University Press, 2017, p. 138.

chos Humanos, Empresas Transnacionales y otras Empresas”. El mandato de Ruggie duró de 2005 a 2011, período de la tercera fase de la agenda.

En 2008, Ruggie presentó el *framework* “Protect, Respect and Remedy”, para el que se había convertido en Consejo de Derechos Humanos. Basado en este *framework*, el representante entrega su gran obra en 2011, los conocidos Guiding Principles o Principios Rectores. Este documento no posee previsión de obligaciones legales, solamente orientaciones sobre la responsabilidad de las corporaciones de respetar los Derechos Humanos<sup>32</sup>.

Durante todos estos años de desarrollo de la agenda hubo un significativo esfuerzo de los Estados y las organizaciones internacionales para que fueran presentados solamente marcos de *soft law*. Además de los ya mencionados, como el Código de Conducta, el Global Compact y Principios Rectores, fueron emitidas las directrices de la OCDE, que también ofrecían solamente orientaciones voluntarias para las empresas y los Estados. También fueron creados sellos internacionales, los llamados ISOS, que, de alguna manera, conferirían un premio a la empresa que se portase de la forma adecuada. Es decir, que los ISOS no exigen legalmente comportamientos empresariales que respeten los derechos humanos; además, premian a las empresas.

Bajo la misma perspectiva surgió muy fuerte la lógica de la Responsabilidad Social Corporativa, que de igual manera refuerza la imagen positiva de la empresa por acciones que muchas veces no están relacionadas con su actividad final y, la verdad, son desviaciones del necesario cambio del estándar de actuación. Aún hoy este discurso de la RSC está muy presente<sup>33</sup>.

Estos marcos, en su mayoría, también comparten una característica muy relevante, que es la producción de informes por medio de materiales y datos ofrecidos por la propia empresa, lo que define indudablemente la lógica de autorregulación tan cuestionada por la sociedad civil y que se ha probado nada eficaz y segura<sup>34</sup>.

---

32 Organización de las Naciones Unidas (ONU). Guiding Principles on Business and Human Rights: implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ framework. Nueva York y Ginebra: Nações Unidas, 2011. Disponible en <[https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr\\_eN.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr_eN.pdf)>

33 ROLAND, MANOELA CARNEIRO *et al.* Planos Nacionais de Ação Sobre Direitos Humanos e Empresas: Contribuições para a Realidade Brasileira: Perspectivas Gerais. In. *Cadernos de Pesquisa Homa*, vol. 1, n.º 1, Juiz de Fora, Homa, 2018, pp. 17-18.

34 HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, JUAN e RAMIRO, PEDRO. *Against the ‘Lex Mercatoria’: proposals and alternatives for controlling transnational corporations*, Madrid, Omal, 2016.

Este marco de los Guiding Principles es todavía considerado uno de los más importantes de la agenda en las Naciones Unidas. Pero, de muchas formas, este trabajo no satisfizo las expectativas de la mayoría de las organizaciones de la sociedad civil organizada, que continuaba vivenciando casos de violaciones cada vez más presentes y demandaba por normas vinculantes.

La resistencia empezó ya en los años noventa, con la paralización de la agenda, pero ganó fuerza a través de las décadas. La presión de la sociedad hacia Kofi Annan en contra del Global Compact ya había resultado en el nombramiento de Ruggie, pero que tampoco terminó como los movimientos esperaban. Luego, surgieron otras estrategias para pleitear normas vinculantes.

Una estrategia que merece ser destacada es la creación de la “Campaña Global para Reivindicar la Soberanía de los Pueblos, Desmantelar el Poder de las Transnacionales y poner Fin a la Impunidad”<sup>35</sup> en 2012. Esta campaña reúne más de 200 movimientos sociales, redes y organizaciones.

La primera propuesta de la campaña, presentada en la Cumbre de los Pueblos, fue la creación de un Tratado Internacional de los Pueblos para el Control de las Empresas Transnacionales. Esta iniciativa es muy interesante porque representa un documento de derecho internacional producido desde abajo, con la fuerza del pueblo<sup>36</sup>. Además, deja claros los puntos cuestionados por la sociedad en los documentos anteriores de las Naciones Unidas.

Luego de la crisis económica mundial salieron a la luz diversos casos de empresas que cometían acciones extremadamente negligentes, y hasta crímenes, lo que colaboró con las discusiones sobre un instrumento vinculante, aunque hubiera mucha desconfianza sobre la capacidad de la ONU de acoger el proceso de este instrumento, por su inclinación hacia intereses corporativos a lo largo de la historia<sup>37</sup>.

De todas maneras, el 26 de junio de 2014, durante la 26.<sup>a</sup> sesión del Consejo de Derechos Humanos, fue aprobada la Resolución 26/9, que fue una buena

---

35 Dismantle Corporate Power and Stop Impunity. Website: <<https://www.stopcorporateimpunity.org/quienes-promueven-esta-iniciativa/?lang=es>>

36 HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, JUAN. *El Tratado Internacional de los Pueblos para el control de las empresas transnacionales. Un análisis desde la sociología jurídica*, Madrid, Omal, 2017.

37 BERRÓN, GONZALO. *A “captura corporativa” na política externa brasileira*, São Paulo, Carta Capital, 2015. Disponible en <<https://www.cartacapital.com.br/blogs/blog-dogrrri/2015captura-corporativa201d-a-ceu-aberto-a-penetracao-do-capital-na-politicaexterna-brasileira-990.html>>.

sorpreza y una gran victoria de la sociedad civil organizada<sup>38</sup>. Esta resolución puso inicio a las discusiones en el HRC<sup>39</sup> para formalizar un instrumento de Derechos Humanos y Empresas que contendría normas vinculantes a los Estados-parte.

La creación del Grupo de Trabajo Intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos<sup>40</sup>, liderado por Ecuador, marcó el inicio de lo que podríamos llamar cuarta fase de la agenda internacional, aunque Deva y Bilchitz no hayan hecho esta clasificación.

Fue decidido también por el Consejo que las dos primeras sesiones del Grupo de Trabajo serían de discusiones acerca de cómo sería un futuro instrumento vinculante. Los informes de las sesiones son presentados en uno de los períodos de sesiones principales del Consejo de Derechos Humanos en el año sucesivo, que ocurren tres veces al año.

## I. <sup>ER</sup> PERÍODO DE SESIONES – DEL 6 AL 10 DE JULIO DE 2015

En el primer período los debates fueron organizados en ocho mesas redondas, cada una con una temática distinta que ayudaría a firmar los principios y elementos iniciales del instrumento<sup>41</sup>. La presidenta-relatora elegida fue María Fernanda Espinosa, que era la representante permanente del Ecuador, país líder del Grupo de Trabajo.

Las ocho mesas redondas abordaron temáticas como principios para el instrumento vinculante, el alcance del instrumento, los derechos humanos que deberían ser previstos, la obligación de los Estados de garantizar el respeto

---

38 Resolución A/HRC/RES/26/9 «Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos»: adoptada con votación en el Consejo de Derechos Humanos (CDH) de las Naciones Unidas el 26 de junio de 2014. Disponible en <<https://documents-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/55/PDF/G1408255.pdf?OpenElement>>

39 Human Rights Council (Consejo de Derechos Humanos).

40 En adelante “Grupo de Trabajo”.

41 Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe del primer período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, A/HRC/31/50, Ginebra, 2016. Disponible en <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/018/25/PDF/G1601825.pdf?OpenElement>>



a los derechos humanos, incluida la extraterritorialidad, la responsabilidad jurídica de las empresas y la creación de mecanismos de recurso nacionales e internacionales.

Es interesante notar que la primera mesa organizada fue para debates acerca de los Principios Rectores, lo que demuestra que no hay una intención de suplantar este marco o crear algún conflicto de direccionamiento, pero, en realidad, lo que se busca es una complementariedad, como forma de llenar lagunas de este marco.

Algunas de estas lagunas fueron explicitadas por delegaciones que mencionaban la necesidad de previsión de la máxima protección a los Derechos Humanos, de mecanismos para vías de recurso y también algún instrumento complementario que potenciara la aplicación de la protección en el ámbito doméstico<sup>42</sup>.

Sin embargo, la iniciativa ya enfrentaba obstáculos desde un principio. Algunas delegaciones, al argumentar por la no necesidad del instrumento, se aferraron a la necesidad de, primeramente, aplicar los Principios Rectores<sup>43</sup>. La utilización de este argumento debe ser enfrentada justamente por existir diversas lagunas en el marco de los Principios, y la discusión en paralelo de un instrumento vinculante no perjudica su aplicación; al contrario, fortalece la temática y puede ejercer cierta presión sobre los países para que adopten el *framework* internacional de forma más efectiva.

Hubo también, desde esta primera sesión, gran participación de la sociedad civil organizada, por medio de organizaciones no gubernamentales, que levantaron la necesidad de un abordaje extraterritorial del instrumento, con base en la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos. Además, fue señalada por los miembros de la sociedad la importancia de prever responsabilidad directa de las empresas, de la creación de un mecanismo que posibilite la acción de las víctimas, lo que no se logra hoy, en gran parte por la previsión en tratados de inversiones de cláusulas de resolución de controversias en tribunales arbitrales<sup>44</sup>.

---

42 Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe del primer período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, A/HRC/31/50, Ginebra, 2016, 7. Disponible en <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/018/25/PDF/G1601825.pdf?OpenElement>>

43 *Ibidem*.

44 *Ibidem*.

Podemos concluir que, desde el inicio de los debates del Tratado, estos elementos considerados fundamentales fueron levantados y defendidos tanto por sectores de la sociedad como por delegaciones de países.

## 2.º PERIODO DE SESIONES – DEL 24 AL 28 DE OCTUBRE DE 2016

El segundo período de sesiones de discusiones acerca del trabajo del Grupo Intergubernamental de Trabajo y del instrumento contó con seis mesas redondas, en las que fueron profundizadas cuestiones discutidas en el período anterior<sup>45</sup>.

Una vez más fue necesario que varias delegaciones y miembros de la sociedad civil organizada reafirmaran la esencialidad del instrumento vinculante internacional frente al panorama de impunidad.

Grupos regionales señalaron que, aunque haya buenas medidas que son aplicadas en los ámbitos nacional y regional, todavía hace falta un instrumento que sea capaz de imputar responsabilidad de manera internacional y uniforme. Algunas delegaciones resaltaron el apoyo principal a los Principios Rectores, pero varias otras se manifestaron precisamente con la idea de que, en realidad, una iniciativa no solapa la otra y que, por tratarse de iniciativas que buscan la protección de derechos humanos, no existe una exclusión entre estas acciones e inclusive entre otras que estén siendo discutidas internacionalmente.

Muy interesante también observar que diversas delegaciones se posicionaron en favor de situar a las víctimas en el centro de todo el proceso, desde la discusión acerca del instrumento hasta el “acceso a las vías de recurso y reparaciones”<sup>46</sup>. Este posicionamiento nos remete al principio de la centralidad del sufrimiento de la víctima, que puede ser considerado uno de los ejes prin-

---

45 Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe del segundo período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, A/HRC/30/37, Ginebra, 2017. Disponible en <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/000/99/PDF/G1700099.pdf?OpenElement>>

46 Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe del segundo período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, A/HRC/30/37, Ginebra, 2017, 6. Disponible en <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/000/99/PDF/G1700099.pdf?OpenElement>>

cipales que orienta todo el trabajo de HOMA y que ha servido de base también el trabajo de movimientos sociales<sup>47</sup>.

Este concepto ya es discutido en la doctrina de derecho internacional. Cançado Trindade es el principal nombre que ayudó a firmar la idea, por medio de su actuación como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando desarrollaba esta discusión en sus votos<sup>48</sup>. El principio fue fortalecido por la interpretación muy importante de que el individuo es, de hecho, un sujeto de derecho internacional con plena capacidad<sup>49</sup> y debe figurar en el centro de las discusiones, principalmente cuando se trata de Derechos Humanos.

Algunas ONG también llamaron la atención sobre la previsión de un tribunal internacional para garantizar una mayor efectividad del tratado. Como recomendaciones de la presidenta-relatora y conclusiones de este periodo de debates, se previó que, para la próxima sesión, sería presentado un nuevo programa de trabajo, tras consultas informales a los gobiernos y la sociedad civil organizada, de una manera general<sup>50</sup>.

### 3.<sup>ER</sup> PERÍODO DE SESIONES – DEL 23 AL 27 DE OCTUBRE DE 2017

En esta sesión se presentó el “Documento de elementos para el proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas

47 Hay varias publicaciones de HOMA acerca de esta cuestión. Ver: *Cadernos de Pesquisa*, HOMA. Disponible en <<http://homacdhe.com/index.php/pt/documentos>>

48 Son ejemplos los casos de la Corte IDH: Caso Aloeboetoe y otros *vs.* Surinam. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C n.º 15. Caso Bulacio *vs.* Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003a. Serie C n.º 100. Voto del Juez Cançado Trindade. Caso “Cinco Pensionistas” *vs.* Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003b. Serie C n.º 98. Voto del juez Cançado Trindade. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) *vs.* Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C n.º 77. Voto del Juez Cançado Trindade. Caso Zambrano Vélez y otros *vs.* Ecuador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C n.º 166.

49 TRINDADE, ANTÔNIO. A Personalidade e Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional, *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Brasília, 2002, 3-21.

50 Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe del segundo período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, A/HRC/30/37, Ginebra, 2017. Disponible en <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/000/99/PDF/G1700099.pdf?OpenElement>>

transnacionales y otras empresas con respecto a los Derechos Humanos”<sup>51</sup> por parte de la presidencia del Grupo de Trabajo, que reunió las cuestiones debatidas en las primeras dos sesiones y significó el inicio de las discusiones más sustantivas del texto del instrumento vinculante<sup>52</sup>.

También se presentó en la tercera sesión una propuesta de texto para este instrumento que fue elaborada por la Campaña Global mediante un proceso participativo, y que engloba todas las demandas de la sociedad civil para que este instrumento sea lo mejor posible y eficaz, centrándose principalmente en las víctimas<sup>53</sup>.

En una breve comparación general entre los dos documentos, la propuesta de la campaña es mucho más detallada y enfática, por ejemplo, en la previsión de responsabilización directa de las empresas transnacionales. Esta diferencia puede ser bien comprendida por cuanto el texto de la campaña representa el acumulado de todas las discusiones y luchas de los movimientos sociales, mientras que el Documento de Elementos, aunque tenga muchos puntos importantes, fue elaborado por un Estado, que busca también mantener las negociaciones y no se arriesga a enfrentar tan fuertemente a otros Estados que históricamente se oponen al proceso del tratado<sup>54</sup>.

Nuevamente, es posible observar la manifestación intentando boicotear la iniciativa del tratado por parte de ciertas delegaciones, que en general utilizan como argumento precisamente la aplicación de los Principios Rectores y cómo no habría necesidad de este instrumento por el momento<sup>55</sup>. O sea,

---

51 “Elementos para el proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos” puede encontrarse en: <[https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs\\_OBES\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs_OBES_SP.pdf)>

52 GUAMÁN, ADORACIÓN. El Draft o del Binding Treaty, In: *Caderno de Pesquisas do HOMA*, Juiz de Fora, HOMA – Centro de Direitos Humanos e Empresas, 2018, p. 3.

53 Contribución escrita del Centro Europa-Tercer Mundo (Cetim) y del Institute for Policies Studies/Transnational Institute a la 3.ª sesión del grupo de trabajo intergubernamental sobre empresas transnacionales y otras empresas comerciales con respecto a los derechos humanos (23- 27 de octubre de 2017), disponible en <[http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/CETIMTNI\\_SP.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/CETIMTNI_SP.pdf)>

54 CARNEIRO ROLAND, MANOELA *et al.* *The Campaign Draft “Treaty on Human Rights and Transnational Corporations and Supply Chain” and The OEIGWG Chairmanship Elements for a Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights: a Comparative Analysis*, Juiz de For a, HOMA - Centro de Direitos Humanos e Empresas, 2017.

55 Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe del tercer período

esta es una narrativa recurrente muy proveniente de países que son sede de estas empresas transnacionales. Pero de igual manera hubo manifestaciones en contrario, en las que se observaron las lagunas de los principios y cómo el instrumento solamente reforzaría el marco de protección de los derechos humanos y traería beneficios.

Al final de las discusiones, además de una cuarta sesión, se recomendó a los Estados y demás interesados que hicieran comentarios y observaciones al proyecto de los elementos para que fuera presentada la primera versión del documento<sup>56</sup>. En julio de 2018 se lanzó el *Draft Zero*.

#### 4.º PERIODO DE SESIONES – DEL 15 AL 18 DE OCTUBRE DE 2018

El *Draft Zero* fue tomado como una decepción por gran parte de la comunidad académica y la sociedad civil organizada que acompañaba el proceso de discusión. A pesar de las barreras que ya eran enfrentadas, había esperanza con la consumación del tratado, mediante el lanzamiento del *draft*. Pero el texto presentado, de manera general, surgió muy vago, amplio, sin previsiones claras y muy por debajo de lo esperado, incluso de lo que ya estaba establecido en los elementos<sup>57</sup>. Eso fue interpretado como un verdadero golpe al tratado, y había mucha incertidumbre con relación a la sesión que ocurriría en octubre.

Aun así, muchas delegaciones en la cuarta sesión defendieron el texto y aprobaron el hecho de que hacía referencia a las obligaciones directas en derechos humanos y las responsabilidades propias del Estado. Hubo cuestionamientos incluso en la utilización de la palabra “violaciones” para referirse a productos de acciones de empresas, cuando lo correcto debería ser “abusos”<sup>58</sup>.

---

de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, A/HRC/37/67, Ginebra, 2018, 7. Disponible en <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/017/53/PDF/G1801753.pdf?OpenElement>>

56 GUAMÁN, ADORACIÓN. El Draft o del Binding Treaty, In: *Caderno de Pesquisas do HOMA*, Juiz de Fora, HOMA – Centro de Direitos Humanos e Empresas, 2018, p. 4.

57 Para una comparación muy completa entre los documentos, ver: <<http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2018/09/Artigo-Analisis-Draft-Zero.pdf>>

58 Esta discusión acerca del término utilizado ha estado presente a lo largo del proceso. En general, algunas delegaciones y organizaciones defienden que, cuando se habla de actuación de empresas, la palabra debería ser abusos, porque solamente el Estado, protector primordial de los derechos humanos, sería capaz de violarlos. HOMA cree que el uso diferenciado de términos puede ayudar

Sin embargo, otras delegaciones y diversas ONG cuestionaron si habría una verdadera efectividad a pesar de que no se establecía la previsión precisa de responsabilidad de las empresas, y defendieron que no había ningún problema en que empresas fueran responsabilizadas directamente en el ámbito internacional<sup>59</sup>.

Esta posibilidad ya había sido firmemente justificada por Surya Deva<sup>60</sup> en su participación en la segunda sesión de negociaciones y corroborada por Olivier de Schutter, en la tercera sesión, cuando menciona que, a pesar de la existencia del término “responsabilidad primordial” del Estado en relación con los derechos humanos en el documento de los elementos, esto no podría dar lugar a una justificación para no prever responsabilidades directas a las empresas<sup>61</sup>.

Pero aun así, con todo este acúmulo de discusiones de las sesiones anteriores, varias delegaciones siguieron cuestionando puntos como la jurisdicción extraterritorial, una supuesta duplicación innecesaria de previsiones de los Principios Rectores, y hasta la supremacía del instrumento de derechos humanos sobre acuerdos de comercio e inversión, con la justificación que ello significaría una superioridad de una rama del derecho internacional sobre otra<sup>62</sup>, aunque esta primacía haya sido defendida desde un principio por la sociedad civil, principalmente por la idea de la centralidad del sufrimiento de la víctima.

El *draft* pareció no agrandar a ninguna de las partes, ni a la sociedad civil que esperaba un texto más fuerte, ni a los Estados que siempre se opusieron

a ablandar las acciones de estas empresas, como si ellas no fueran capaces de violar derechos, prefiriendo, entonces, utilizar “violación”.

59 Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe del cuarto período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, A/HRC/40/48, Ginebra, 2019, 5 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/000/40/PDF/G1900040.pdfOpenElement>>

60 El enlace para acceder a su intervención completa es <<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session2/PanelIIISubth%20eme1/SuryaDeva.pdf>>

61 DE SCHUTTER, OLIVIER. *The “Elements for the draft legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights”: A Comment*, 2017.

62 Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos. Informe del cuarto período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, A/HRC/40/48, Ginebra, 2019, p. 6-7 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/000/40/PDF/G1900040.pdfOpenElement>>

al tratado. Sin duda, muchos retos se presentan cada día con relación a este instrumento, pero la lucha de la sociedad civil internacional sigue fuerte para que este sea el mejor texto y mejor tratado posible dentro de este panorama poco animador.

HOMA ha estado presente en todas las sesiones de negociación y en los últimos años actúa activamente presentando *statements* en los paneles. Además de la cuarta sesión, estuvimos presentes también en la sesión oficial del Consejo de Derechos Humanos, en marzo de 2019, donde fue presentado el informe oficial del OEIGWG<sup>63</sup> por el presidente del grupo, el representante de la Misión de Ecuador.

A pesar de los cuestionamientos al *draft* y de los intentos de estorbar el proceso, lo que se observa, afortunadamente, es la continuación de las discusiones de forma sustancial y con expresiva participación de Estados. Hubo la confirmación de una quinta sesión de discusión entre el 14 y el 18 de octubre de 2019<sup>[64]</sup>.

Los Estados y la sociedad civil tenían el plazo del 28 de febrero de 2019 para manifestarse acerca del texto del *draft*, y fueron recibidos 32 comentarios. Aunque solamente 6 Estados hayan sometido comentarios, importantes naciones lo hicieron y se mostraron abiertas al instrumento, como es el caso de Francia.

Hay alguna tensión con cambios de dirección política de países de América Latina que tradicionalmente apoyan el proceso, pero todavía no se observó una desarticulación de esta agenda, lo que renovó la expectativa de la comunidad internacional.

En el caso de Brasil, con el cambio de gobierno, no hubo una alteración substancial de posicionamiento; hubo, sin embargo, una manifestación en la dirección de firmar la primacía de la responsabilidad de los Estados y de un proceso bien vinculado y basado en los Principios Rectores.

### 3. PRÓXIMOS RETOS Y ELEMENTOS ESENCIALES PARA LA DISCUSIÓN

Como se ha podido observar a lo largo de este trabajo, desde el principio la agenda de Derechos Humanos y empresas en el ámbito internacional ha sufrido

---

63 Grupo de Trabajo Intergubernamental.

64 Organización de las Naciones Unidas (ONU), Consejo de Derechos Humanos. Programa de la 5.ª sesión de negociación del tratado sobre empresas y derechos humanos, Ginebra, 2019.

resistencia, por amenazar un cambio de *statu quo* y causar perjuicio a la actividad empresarial, que todavía es considerada actriz principal del desarrollo. Cuando iniciaron las discusiones, durante más de 40 años fueron lanzados marcos y más marcos de *soft law* que se mostraron insuficientes para disminuir la impunidad. Y, aun así, el año de 2014 trajo una victoria de la sociedad civil, con la posibilidad de un instrumento vinculante en esta materia.

Con el inicio de las discusiones se observó en todas las sesiones la resistencia de diversos Estados a esta iniciativa, y principalmente a algunos puntos que en esta sección del texto serán considerados esenciales para que haya efectividad en el documento.

Durante todas las sesiones se oyeron argumentos que intentaban menoscabar el instrumento en función de la existencia de los Guiding Principles. Pero en todas ellas también se defendió una complementariedad entre los procesos, que no son mutuamente excluidos. En la sesión principal del Consejo de Derechos Humanos de marzo de este año, el embajador Emilio Rafael Izquierdo, de Ecuador, intervino en el sentido de que no hay rompimiento, y sí una complementación, teniendo en vista lagunas dejadas por el marco de *soft law* que hoy son ampliamente reconocidas.

En una rueda de preguntas de Michelle Bachelet, actual Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, con la sociedad civil, HOMA tuvo la oportunidad de preguntarle sobre la importancia del proceso del tratado, y ella contestó reconociendo la extrema importancia de esta discusión y que no entiende cómo se hubiera esta ruptura, y sí la complementariedad entre los marcos de la ONU.

Además, también recurrentemente, ha habido discusiones acerca del alcance del tratado, o sea, cuáles serían las empresas que estarían englobadas por el instrumento. Esto causa mucha confusión, principalmente por la estructura compleja de las empresas y del propio escenario global, asuntos discutidos en el primer tema. Una extensión del alcance para todas las empresas, “*all business enterprises*”, podría representar una desviación del objetivo, pues hay un estándar de actuación muy propio de las empresas transnacionales<sup>65</sup>. Probablemente esta discusión volverá con fuerza en la próxima sesión, una vez que el proceso ya camine para la redacción del documento.

---

65 CARNEIRO ROLAND, MANOELA *et al.* Novos elementos para o Tratado de Empresas e Direitos Humanos da ONU. In: *Cadernos de Pesquisa Homa*, vol. 1, n.º 1, Juiz de Fora, HOMA, 2018, p. 62.



La sociedad civil tiene consciencia de que la próxima sesión no será fácil, y por eso es necesario que el ambiente académico también se voltee hacia este tema, produciendo material de calidad para basar la defensa del proceso, y no solamente eso, la defensa del mejor tratado posible.

Con el objetivo de obtener este tratado eficaz, hay ciertos elementos que no pueden ser ignorados en el instrumento y deben ser defendidos por los agentes participantes y que estén realmente comprometidos con la protección de los Derechos Humanos.

La primera y principal cuestión, ya mencionada, y muy combatida, es la necesidad de previsión expresa de responsabilización de las empresas, y no solamente de los Estados. Actualmente, aunque existan marcos nacionales y la previsión en los Principios Rectores de que las empresas deben imponer la lógica de *Human Rights Due Diligence*<sup>66</sup>, para que sus operaciones estén de acuerdo con los derechos humanos, no hay un agente fiscalizador<sup>67</sup>. De igual manera, las empresas transnacionales poseen inúmeros subcontratistas y proveedores, la ya discutida cadena de valor o de suministros, sobre los cuales deben mantener también el control y la responsabilidad de sus actos cuando representan violaciones de derechos.

El tratado, entonces, debe cumplir esta laguna de la no existencia de fiscalización o imposición de esta obligación, estableciendo directamente el deber de las empresas de actuar bajo la lógica de *Human Rights Due Diligence*, y no solamente de *due diligence* como es hoy interpretada, garantizando la primacía de los derechos humanos. Esta responsabilidad también debe ser prevista en toda la cadena de valor, para que las transnacionales no se oculten detrás de esta estructura y sigan violando derechos. Es necesario que el instrumento garantice la posibilidad de encontrar la verdadera encargada de la toma de decisiones.

La previsión de responsabilidad directa lleva a otro elemento muy enfrentado también por algunos Estados, pero que no puede ser relativizado en el documento. La previsión de jurisdicción extraterritorial es esencial para garantizar que este cumplimiento ocurra.

---

66 DE SCHUTTER, OLIVIER, RAMASASTRY, ANITA, TAYLOR, MARK B. and THOMPSON, ROBERT C. *Human Rights Due Diligence: The Role of the States. Prepare for the International Accountability Around Table*, European Coalition for Corporate Justice and Canadian Network on Corporate Accountability, 2012.

67 CARNEIRO ROLAND, MANOELA *et al.* Novos elementos para o Tratado de Empresas e Direitos Humanos da ONU. In. *Cadernos de Pesquisa Homa*, vol. 1, n.º 1, Juiz de Fora, HOMA, 2018, p. 62.

Este tipo de ejercicio ya existe en el derecho internacional, por ejemplo el Tribunal Penal Internacional<sup>68</sup>. Diversos otros instrumentos internacionales ya vigentes utilizan este instituto, con la previsión incluso del principio *aut dedere aut judicare*, que puede ser traducido “o extraditar o juzgar”. Olivier de Schutter y Hervé Ascensio trabajan, en sus obras, diversos otros ejemplos de utilización de extraterritorialidad en diplomas internacionales, regionales y legislaciones domésticas<sup>69</sup>.

Ascensio presenta aun diferentes formas de ejercicio de jurisdicción con base en tratados, entre ellas, la universal. Esta última sería ejercida cuando hay casos relativos a valores universales, es decir, una de las características principales de los Derechos Humanos<sup>70</sup>. De hecho, no hay impedimento en el Derecho Internacional para que la extraterritorialidad sea prevista y utilizada en el instrumento vinculante de derechos humanos y empresas, evitando así la invocación muy común del *forum non conveniens*<sup>71</sup>. Es necesario que se instituya expresamente la idea opuesta, el *forum necessitatis*, que abre la posibilidad que un fórum admita la reclamación, aunque no sea totalmente competente para esta, en virtud de la esencialidad de la reparación y de la primacía de los derechos humanos<sup>72</sup>.

Otro elemento práctico: HOMA defiende aún que haya cambios en el *draft* para contar con una previsión específica de protección de defensores de derechos humanos. En el panorama actual, los defensores desempeñan un rol imprescindible y son responsables por los avances en esta agenda. Sin embargo, son amenazados directamente y, como podemos observar recurrentemente en

68 DE SCHUTTER, OLIVIER. *Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations*, 2006, p. 2.

69 Ver: ASCENSIO, HERVÉ. *Extraterritoriality as an instrument*. Disponible en <<http://businesshumanrights.org/sites/default/files/media/documents/ruggie/extraterritoriality-as-instrument-ascensio-for-ruggie-dec2010.pdf>>. DE SCHUTTER, OLIVIER. *Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations*. Disponible en <<http://www.reportsand-materials.org/sites/default/files/reports-andmaterials/Olivier-de-Schutter-report-for-SRSG-reextraterritorial-jurisdiction-Dec-2006.pdf>>

70 ASCENSIO, HERVÉ. *Extraterritoriality as an instrument*, 2010, p. 3.

71 CARNEIRO ROLAND, MANOELA *et al.* Novos elementos para o Tratado de Empresas e Direitos Humanos da ONU. In. *Cadernos de Pesquisa Homa*, vol. 1, n.º 1, Juiz de Fora, HOMA, 2018, pp. 61-70.

72 CARNEIRO ROLAND, MANOELA *et al.* *The Obligations of Home States: their Extraterritorial Obligations on Human Rights Violations by TNCs*, Juiz de Fora, HOMA - Centro de Direitos Humanos e Empresas, 2016.

América Latina, pierden sus vidas. Por ese motivo, es necesario que el instrumento internacional reconozca esta realidad y les dé algún tipo de resguardo.

Por último, el tratado debe caminar hacia la construcción de una corte internacional para ocuparse de casos de derechos humanos y empresas. La existencia de un tribunal internacional garantizaría cierta responsabilización frente al no cumplimiento de sus disposiciones. Los grandes tratados internacionales de fuerte vinculación cuentan con la actuación de un tribunal, y no cabe duda que el tratado de derechos humanos y empresas debe figurar entre los más importantes, por ser de cierta forma pionero, además de referirse a una situación que se ha vuelto cada vez más insostenible globalmente.

## CONCLUSIONES

Como conclusión del trabajo aquí presentado, podemos percibir que la temática de Derechos Humanos y Empresas sigue cada vez más fuerte en el panorama internacional, y especialmente en el ámbito del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Después de una serie de marcos *soft law*, en 2014 fue emitida una resolución que inició las discusiones acerca del tratado vinculante, y ya fue presentado y discutido el primer *draft* del documento. En este año de 2019 será presentado el próximo documento, el *Draft One*, y ya se confirmó la quinta sesión de negociaciones para octubre de 2019.

A lo largo de estas negociaciones, diversos Estados y grupos regionales se mostraron reticentes a este instrumento, argumentando la existencia de otros *frameworks* como los Guiding Principles, y la amenaza a las actividades empresariales y, supuestamente, al desarrollo. Los elementos considerados esenciales para la eficacia del tratado son frecuentemente cuestionados, como es el caso de dos principales: la extraterritorialidad y la responsabilización directa de las empresas transnacionales, pero también el alcance del tratado y la creación de un tribunal, por ejemplo.

Aun con esa fuerte resistencia de los países sedes de grandes empresas, la sociedad civil y otros Estados se han posicionado firmemente a favor del tratado, enfrentando y debatiendo las cuestiones puestas con el objetivo de desarticular la agenda. El proceso, por el momento, sigue fuerte. Sin embargo, el primer *draft* lanzado se ha revelado desalentador, y las próximas sesiones serán muy desafiantes, pero definidoras para el éxito del instrumento.

Frente a esta escena de contradicciones y conflictos entre intereses económicos y Derechos Humanos, más que nunca es necesario que el ambiente de

negociación del instrumento vinculante rescate la idea de la primacía del derecho internacional de los derechos humanos, ponga a los atingidos y atingidas en el centro de las discusiones y se convierta verdaderamente en un fórum de defensa de estos Derechos Humanos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARAGÃO, DANIEL. Controvérsias da Política Mundial em Direitos Humanos: o contexto em que se discute o Tratado sobre corporações transnacionais. In: *Homa Publica Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, vol. 1, n.º 2, Juiz de Fora, 2017, pp. 49-63.
- ARAGÃO, DANIEL and ROLAND, MANOELA. The Need for a Treaty: expectations on counter hegemony and the role of civil society. In: DEVA, SURYA y BILCHITZ, DAVID, *Building a Treaty on Human Rights: context and contours*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- ASCENSIO, HERVÉ. *Extraterritoriality as an instrument*, 2010. Disponible en <<http://businesshumanrights.org/sites/default/files/media/documents/ruggie/extraterritoriality-as-instrument-ascensio-for-ruggie-dec2010.pdf>>
- BERRÓN, GONZALO. *Captura corporativa na política externa brasileira*, São Paulo, Carta Capital, 2015. Disponible en <<https://www.cartacapital.com.br/blogs/blog-dogri/2015captura-corporativa2015-a-ceu-aberto-a-penetracao-do-capital-na-politicaexterna-brasileira-990.html>>.
- DE SCHUTTER, OLIVIER. *Addressing Concentration in Food Supply Chains: The Role of Competition Law in Tackling the Abuse of Buyer Power*, 2010.
- DE SCHUTTER, OLIVIER. Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations, 2006. Disponible en <<http://www.reportsand-materials.org/sites/default/files/reports-andmaterials/Olivier-de-Schutter-report-for-SRSG-reextraterritorial-jurisdiction-Dec-2006.pdf>>
- DE SCHUTTER, OLIVIER. *The Elements for the draft legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights: A Comment*, 2017.
- DE SCHUTTER, OLIVIER, RAMASASTRY, ANITA, TAYLOR, MARK and THOMPSON, ROBERT. *Human Rights Due Diligence: The Role of the States. Prepare for the International Accountability Around Table*, European Coalition for Corporate Justice and Canadian Network on Corporate Accountability, 2012.

DE SCHUTTER, OLIVIER. Towards a New Treaty on Business and Human Rights. In: *Business and Human Rights Journal*. Cambridge, vol. 1, Cambridge University Press, 2015, pp. 41-67.

DEVA, SURYA and BILCHITZ, DAVID. *Building a Treaty on Human Rights: context and contours*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

DIEZ DE VELASCO, MANUEL. El concepto de Derecho Internacional Público (I). In: DIEZ DE VELASCO, MANUEL. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 11.<sup>a</sup> ed., Madrid, Tecnos, 1997, pp. 57-76.

Global Campaign to Reclaim Peoples Sovereignty, Dismantle Corporate Power and Stop Impunity. *Treaty on Transnational Corporations and Their Supply Chains with Regard to Human Rights*, 2017.

GUAMÁN, ADORACIÓN. El Draft o del Binding Treaty, In: *Caderno de Pesquisas do Homa*, Juiz de Fora, Homa – Centro de Direitos Humanos e Empresas, 2018.

NOLAN, JUSTINE. *Human Rights and Global Corporate Supply Chains: Is Effective Supply Chain Accountability Possible?*, 2018.

Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos. Informe del primer período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, A/HRC/31/50, Ginebra, 2016. Disponible en <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/018/25/PDF/G1601825.pdf?OpenElement>>

Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos. Informe del segundo período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, A/HRC/30/37, Ginebra, 2017. Disponible en <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/000/99/PDF/G1700099.pdf?OpenElement>>

Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe del tercer período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, A/HRC/37/67, Ginebra, 2018. Disponible en <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/017/53/PDF/G1801753.pdf?OpenElement>>

Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe del cuarto período de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos

- humanos, A/HRC/40/48, Ginebra, 2019. <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/000/40/PDF/G1900040.pdf?OpenElement>>
- RAJAGOPAL, BALAKRISHNAN. *El Derecho Internacional desde abajo: el desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del Tercer Mundo*, Bogotá, ILSA, 2005.
- RAJAGOPAL, BALAKRISHNAN. From Resistance to Renewal: The third world, Social Movements and the expansion of International Institutions, *Harvard International Law Journal*, Cambridge, Harvard, vol. 41, n.º 2, 2000, pp. 529-578.
- ROLAND, MANOELA, SOARES, ANDRESSA, BREGA, GABRIEL, OLIVEIRA, LUCAS, CARVALHO, MARIA FERNANDA y ROCHA, RENATA. Cadeias de Valor e os impactos na responsabilização das empresas por violações de Direitos Humanos, *Cadernos de Pesquisa Homa*, vol. 1, n.º 5, Juiz de Fora, 2018.
- ROLAND, MANOELA *et al.* Planos Nacionais de Ação Sobre Direitos Humanos e Empresas: Contribuições para a Realidade Brasileira: Perspectivas Gerais, *Cadernos de Pesquisa Homa*, vol. 1, n.º 1, Juiz de Fora, Homa, 2018, p. 16-52.
- ROLAND, MANOELA *et al.* Novos elementos para o Tratado de Empresas e Direitos Humanos da ONU, *Cadernos de Pesquisa Homa*, vol. 1, n.º 1, Juiz de Fora, Homa, 2018, pp. 61-70.
- ROLAND, MANOELA *et al.* *The Campaign Draft “Treaty on Human Rights and Transnational Corporations and Supply Chain” and The OEIGWG Chairmanship Elements for a Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights: a Comparative Analysis*, Juiz de For a, Homa - Centro de Direitos Humanos e Empresas, 2017.
- ROLAND, MANOELA *et al.* *The Obligations of Home States: their Extraterritorial Obligations on Human Rights Violations by TNCs*, Juiz de Fora, Homa - Centro de Direitos Humanos e Empresas, 2016.
- SANTOS, MILTON. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*, 10.ª ed., Rio de Janeiro, Record, 2003.
- TRINDADE, ANTÔNIO. A Recta Ratio nos Fundamentos do Jus Gentium como Direito Internacional da Humanidade. In: TRINDADE, ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO (org.). *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte, Editora del Rey, 2006, pp. 3-29.
- TRINDADE, ANTÔNIO. Memorial por um novo jus gentium, o Direito Internacional da Humanidade. In: TRINDADE, ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO (org.). *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte, Editora del Rey, 2006, p. 394-409.

TRINDADE, ANTÔNIO. *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte, Editora del Rey, 2006, pp. 175-193.

TRINDADE, ANTÔNIO. A Personalidade e Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional, *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Brasília, 2002, p. 3-21.

United Nations Organization. Guiding Principles on Business and Human Rights: implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' framework, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2011.

United Nations Organization. Intergovernmental Working Group on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights. Elementos para el proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2016.

United Nations Organization. Intergovernmental Working Group on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights. Legally Binding Instrument to Regulate, in *International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises*. Disponible en <<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>>

ZUBIZARRETA, JUAN y RAMIRO, PEDRO. *Against the 'Lex Mercatoria': proposals and alternatives for controlling transnational corporations*, Madrid, OMAL, 2016.

ZUBIZARRETA, JUAN. *El Tratado Internacional de los Pueblos para el control de las empresas transnacionales. Un análisis desde la sociología jurídica*, Madrid, Omal, 2017.

HUMBERTO CANTÚ RIVERA\*

CAPÍTULO 5

*Apuntes sobre la cuarta sesión del Grupo de Trabajo  
Intergubernamental y el Proyecto Cero de la Convención  
sobre Derechos Humanos y empresas*





## RESUMEN

Las negociaciones relativas a la Convención sobre Derechos Humanos y empresas han llegado a la fase de deliberación y de la toma de decisiones sobre la manera en que la construcción de un nuevo régimen jurídico internacional debe llevarse a cabo. La cuarta sesión del Grupo de Trabajo Intergubernamental de composición abierta presentó un reflejo claro de las posturas políticas y jurídicas de los Estados participantes, así como de las dificultades que resultan del desarrollo de un marco normativo con un alto potencial de incidencia sobre la economía nacional y global. No obstante ello, existen por lo menos dos elementos del Proyecto Cero de la futura convención que pueden constituir la principal aportación de un nuevo instrumento internacional: una más clara articulación de los derechos de las víctimas, incluyendo lo referente a los derechos de acceso a la justicia y la reparación, y la construcción de una arquitectura jurídica procesal que establezca las bases para garantizar el derecho sustantivo de acceso a la justicia en casos de litigio transnacional en materia de empresas y derechos humanos.

*Palabras clave:* Derechos Humanos; responsabilidad empresarial; Proyecto Cero; instrumento jurídicamente vinculante; acceso a la justicia.

## NOTES ON THE FOURTH SESSION OF THE INTERGOVERNMENTAL WORKING GROUP AND THE ZERO PROJECT OF THE CONVENTION ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS

### ABSTRACT

Negotiations towards a convention on business and human rights have reached a deliberative and decision-making phase, especially in relation to the way in which the construction of a new international legal regime should happen. The fourth session of the Open-ended Intergovernmental Working Group provided a clear glimpse of the political and legal positions of participating States, and of the difficulties stemming from the development of an international

---

\* Profesor de la Escuela de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Monterrey y director ejecutivo de su Instituto de Derechos Humanos y Empresas. Doctor en Derecho por la Universidad Panthéon-Assas París II. Asesor experto de la Delegación de México que participa ante el Grupo de Trabajo Intergubernamental. Nota del autor: las opiniones expresadas en este capítulo son a título individual, y no necesariamente reflejan la postura del Estado mexicano.

legal framework with potential to have relevant effects upon national and global economies. Nevertheless, at least two elements of the Zero Draft of the future convention may constitute the most important contributions that a legally binding instrument could provide in this field: a clearer articulation of the rights of victims, including regarding the rights of access to justice and remedy; and the development of a procedural legal architecture that sets forth the basis to ensure the substantive right of access to justice in transnational business and human rights litigation.

*Keywords:* human rights; corporate responsibility; Zero Draft; legally binding instrument; access to justice.

## INTRODUCCIÓN

En junio de 2014, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU adoptó la resolución 26/9, por medio de una votación dividida, con la que determinó establecer un Grupo de Trabajo Intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos (GTI), con el mandato de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante para regular, bajo el derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas<sup>1</sup>. Este proceso, a punto de llegar a su primer lustro de actividades, ha significado una revolución en términos de la conceptualización del derecho internacional de los derechos humanos<sup>2</sup>, a la vez que ha devuelto al escenario principal del derecho internacional la cuestión de si los actores no estatales, como las empresas, pueden ser sujetos de responsabilidad (bajo el derecho internacional o interno) por abusos a derechos humanos<sup>3</sup>.

---

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

2 La doctrina ha comenzado ya a abordar este fenómeno, y el proceso, en toda su amplitud. Algunas de las principales obras que se han publicado sobre el tema son DEVA, SURYA y BILCHITZ, DAVID (eds.), *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017; LETNAR ČERNIČ, JERNEJ y CARRILLO SANTARELLI, NICOLÁS (eds.), *The Future of Business and Human Rights: Theoretical and Practical Considerations for a UN Treaty*, Cambridge, Intersentia, 2018; CANTÚ RIVERA, HUMBERTO (coord.), *El tratado sobre las empresas y los derechos humanos: perspectivas latinoamericanas*, México, CNDH, 2019.

3 Un análisis interesante sobre esto puede consultarse en CHOUDHURY, BARNALI, *Balancing Soft*

En 2018, la Presidencia del GTI presentó el primer borrador de la Convención, tras haber discutido en 2017 un conjunto de elementos que había preparado luego de las dos primeras sesiones del Grupo de Trabajo Intergubernamental<sup>4</sup>, los cuales contemplaban posturas de diversa índole y potencial jurídico. Este borrador, más orientado a aspectos que podrían ser políticamente viables, plantea distintos elementos tanto del derecho internacional público como del derecho internacional privado; aborda, en cuanto al primero, ciertos derechos individuales y colectivos, así como obligaciones sustantivas y procesales de los Estados, mientras que en lo tocante al segundo se incluyen distintos aspectos propios de esa rama jurídica, en específico cuestiones sobre jurisdicción, derecho aplicable, cooperación internacional y asistencia jurídica mutua, entre otros. Como un proyecto de convención híbrido, de carácter altamente técnico, el borrador del tratado ha generado diversas expectativas y críticas de los actores involucrados, lo cual denota la complejidad política, jurídica y económica que este proceso conlleva.

Este capítulo no busca abordar exhaustivamente todos los aspectos planteados en dicho borrador, lo cual está fuera del alcance de esta modesta contribución. Por el contrario, propone un análisis desde las posturas jurídicas y políticas de los Estados participantes en la cuarta sesión del Grupo de Trabajo Intergubernamental (1), tomando en consideración los posicionamientos expresados en ella por sus participantes primordiales, identificando ciertos patrones y características comunes entre los distintos bloques regionales y económicos. Asimismo, ofrece una mirada hacia algunos de los principales elementos del borrador del tratado, en especial aquellos que son la fuente y origen del proceso, esencialmente la definición (o, mejor dicho, la especificación) de los derechos de las víctimas en sus aspectos sustantivos, así como a los elementos procesales que deben ser abordados por los Estados para garantizar el acceso a la justicia y a medidas de reparación para las víctimas de abusos a derechos

---

and Hard Law for Business and Human Rights, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 67, n.º 4, 2018, p. 974.

4 Para una revisión de los acontecimientos durante las tres primeras sesiones, ver CANTÚ RIVERA, HUMBERTO, Negotiating a Treaty on Business and Human Rights: The Early Stages, *UNSW Law Journal*, vol. 40, n.º 3, 2017; CANTÚ RIVERA, HUMBERTO, Some Remarks on the Third Session of the Business and Human Rights Treaty Process and the 'Zero Draft', *Revista de direito internacional*, vol. 15, n.º 2, 2018. Véase también CASSEL, DOUG, The Third Session of the UN Intergovernmental Working Group on a Business and Human Rights Treaty, *Business and Human Rights Journal*, vol. 3, n.º 2, 2018.

humanos cometidos por empresas (2). En este sentido, el capítulo aborda algunos aspectos de la práctica interna de los Estados, así como desarrollos internacionales recientes que podrían tener influencia en la manera en que el proceso intergubernamental continúa avanzando hacia la cristalización de normas jurídicas internacionales tendientes a regular a los principales actores de la globalización en el primer cuarto del siglo XXI.

## I. LA CUARTA SESIÓN DEL GRUPO DE TRABAJO INTERGUBERNAMENTAL

El Grupo de Trabajo Intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos celebró su cuarta sesión entre el 15 y el 19 de octubre de 2018, en la sede de la ONU en Ginebra. Luego de que las tres primeras sesiones del GTI estuvieron marcadas por la intención de construir un diálogo intergubernamental (y con otros actores) sobre el tema, la cuarta sesión se presentaba como la ocasión para comenzar a trabajar sobre un texto de negociación, el Proyecto Cero<sup>5</sup>, que fue publicado el 16 de julio de 2018. Lo anterior, por consecuencia, permitió que se revelaran o redefinieran tanto posturas políticas (1.1) como jurídicas (1.2) respecto a los aspectos incluidos en el texto de negociación del instrumento jurídicamente vinculante.

### I.1. POSTURAS POLÍTICAS

Como había sido la constante durante las primeras tres sesiones del Grupo de Trabajo Intergubernamental, la cuarta sesión estuvo marcada por una importante confrontación resultante de factores económicos y geopolíticos, más que por diferencias sustantivas en cuanto a la aproximación jurídica (aunque algunas de ellas se analizarán adelante), entre los representantes de los diversos Estados y bloques regionales<sup>6</sup>. En ese sentido, es posible identificar la

---

5 Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises, Zero Draft (16 de julio de 2018). No existe una traducción oficial al español, por lo que, en lo sucesivo, se referirá a este documento como Proyecto Cero.

6 Para una revisión integral de las posturas adoptadas y contribuciones por los distintos Estados durante la cuarta sesión, véase Consejo de Derechos Humanos, Addendum to the report on the fourth session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations

conformación de tres bloques principales: por una parte, el *bloque occidental*, en el que primordialmente participa la Unión Europea y sus Estados miembros, con las notorias ausencias de Estados Unidos y Japón; por otra parte, un *bloque progresista*, que incluye a una gran parte de Estados africanos, a la par de algunos países latinoamericanos (Nicaragua, Cuba, Bolivia y Venezuela, principalmente), liderados por los impulsores del proceso, Ecuador y Sudáfrica; y, finalmente, un *bloque conservador*, en el que participan países cuya postura no ha sido de apoyo explícito al proceso, sin que ello haya sido impedimento para que contribuyan con posiciones y argumentos jurídicos significativos durante las discusiones. En este último bloque se concentra la gran mayoría de los países de América Latina que han estado activos en el proceso (Brasil, México, Perú, Chile, Argentina y Costa Rica), así como algunos países asiáticos.

La trascendencia de esta división no es menor, pues afecta de forma directa los planteamientos y reacciones jurídicas de los Estados participantes en las sesiones del GTI, a la vez que revela la influencia económica en la política exterior de dichos países. Por ejemplo, algunos de los Estados del bloque conservador apoyan la idea de una evolución pausada del régimen internacional de los derechos humanos, bajo la premisa clásica de la preeminencia del Estado, y centrando el papel del instrumento jurídicamente vinculante en obligaciones directas para ellos, que luego sean desdobladas por vía de la legislación nacional para ser aplicables a otros destinatarios, en este caso las empresas. Por el contrario, algunos Estados del bloque progresista plantean la conveniencia de que el marco internacional se adapte a las necesidades del siglo XXI, alegando la incapacidad de los Estados de regular a los entes económicos con operaciones transnacionales, ante los límites propios impuestos por la soberanía estatal, pero también por la falta de cooperación internacional efectiva en la tramitación de casos de naturaleza civil o penal que involucren entidades jurídicas con operaciones en distintas jurisdicciones.

Asimismo, es notoria la insuficiencia de la división geopolítica en países del Norte y del Sur global, en virtud de que muchos de los países del Sur son sedes de numerosas empresas con operaciones transnacionales. Como muestra

---

and other business enterprises with respect to human rights, A/HRC/40/48/Add.1, del 6 de marzo de 2019. Véase también RODRÍGUEZ-GARAVITO, CÉSAR, *Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning*. En: RODRÍGUEZ-GARAVITO, CÉSAR (ed.), *Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 38-40, sobre la relevancia de las divisiones y coaliciones geopolíticas para la construcción de un marco normativo internacional.

de lo anterior, el Índice Corporativo de Derechos Humanos (Corporate Human Rights Benchmark)<sup>7</sup> identificó en 2017 que, de las 100 empresas más importantes a escala global en diferentes sectores industriales, 18 provenían de países del Sur global (principalmente de China, India, Brasil y Sudáfrica), número que prácticamente se sostuvo en su medición para 2018. Lo anterior da cuenta, también, de una realidad que cada vez pasa menos desapercibida: el interés económico de los países emergentes o en vías de desarrollo por fomentar intercambios comerciales de las empresas que tienen su sede en ellos, así como inversión extranjera directa, lo cual impacta de forma importante en la política exterior que ejercen<sup>8</sup>. Ello significa que ya no solo son países receptores de inversión, sino también exportadores de capital y tecnología, lo cual genera una nueva dimensión (y tensión) en la economía global, transformándose en países con un potencial enorme de contribución en términos jurídicos, económicos y de materias primas.

Aunque no es la intención de este capítulo abordar en detalle este debate, es importante subrayar que una parte importante de las posibilidades de éxito de este proyecto normativo descansa en la capacidad de los Estados convocantes de asegurar el apoyo de los países del denominado bloque conservador, al convertirse ellos en un punto medio entre los países occidentales, que han rechazado abiertamente y de forma reiterada el proceso (con algunas excepciones), y los países del bloque progresista, que apoyan elementos que podrían constituir una revolución jurídica del derecho internacional.

---

7 La siguiente información puede consultarse en la página <<https://www.corporatebenchmark.org>> (visitada el 27 de marzo de 2019).

8 Para una referencia histórica que continúa siendo relevante, ver FAJNZYLLBER, FERNANDO y MARTÍNEZ, TRINIDAD. *Las empresas transnacionales: expansión a nivel mundial y proyección en la industria mexicana*, México, Fondo de Cultura Económica, 1976, p. 29: “[...] la expansión internacional de las empresas líderes de los países desarrollados de economía de mercado es parte integrante del proceso global de desarrollo de esas economías, de la evolución experimentada por el cuadro de relaciones económicas y políticas internacionales y por las modificaciones de la posición relativa de los distintos países que en él intervienen. En consecuencia, es razonable suponer que la estructura económica y política, la magnitud y la relevancia de la posición que los países de origen ocupan en el contexto internacional, se proyecte e introduzca ciertas diferencias en el comportamiento de las respectivas ET. Específicamente, el ámbito regional en que actúan esas corporaciones está en parte condicionado por las vinculaciones económicas y político-históricas que se han establecido entre el país de origen y las diferentes regiones. La expansión de las ET se apoya en esas relaciones globales reforzándolas en algunos casos y debilitándolas en aquellos en que su acción engendra conflictos con los países en que desarrollan sus actividades”.

Esta disyuntiva para ese tercer bloque ha sido notoria en algunas de las posiciones planteadas por los Estados en el marco de la cuarta sesión del GTI. Por ejemplo, la intervención inicial de Chile durante la cuarta sesión destacó la necesidad de trabajar a favor del desarrollo y el crecimiento económico, sin dejar de lado los aspectos de sostenibilidad y respeto de los derechos humanos<sup>9</sup>. Una postura similar fue expuesta por China, que señaló la necesidad de encontrar un equilibrio entre la protección de los derechos humanos y el desarrollo económico, facilitado por las contribuciones realizadas por el sector empresarial<sup>10</sup>. El planteamiento inicial de la India replicó algunos de dichos elementos, abogando por un balance entre las preocupaciones por el desarrollo socioeconómico de países en vías de desarrollo y menos desarrollados (que, en consecuencia, buscan la atracción de inversiones extranjeras, a lo que Surya Deva llama una ‘atracción fatal’<sup>11</sup>), con una conducta empresarial responsable, con las consecuencias que ello implica en términos de regulación gubernamental<sup>12</sup>. La participación inicial de Indonesia es una muestra clara de lo anterior, lo cual resume de forma precisa las contradicciones y retos, producto de la política económica de los Estados, a los que se enfrentan los miembros del Grupo de Trabajo Intergubernamental<sup>13</sup>.

De tal manera, los intereses y posturas políticas y económicas influyen de forma directa en el posicionamiento de los Estados, partiendo de una base geopolítica, lo que revela a su vez posturas jurídicas expansionistas o restrictivas respecto al establecimiento de normas jurídicas aplicables directamente a las empresas con operaciones transnacionales.

---

9 Consejo de Derechos Humanos, Addendum to the report on the fourth session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, A/HRC/40/48/Add.1, del 6 de marzo de 2019, pp. 7-8.

10 *Ibid.*, p. 8.

11 DEVA, SURYA. Managing States’ “Fatal Attraction” to International Investment Agreements, *Investment Policy Hub*, 13 de agosto de 2018, disponible en <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/Blog/Index/75>>.

12 Consejo de Derechos Humanos, Addendum to the report on the fourth session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, A/HRC/40/48/Add.1, del 6 de marzo de 2019, pp. 14-15.

13 *Ibid.*



## I.2. POSTURAS JURÍDICAS

Además de los elementos extrajurídicos, es necesario considerar la postura jurídica de una muestra representativa de los diferentes intereses nacionales que participan en las negociaciones del Grupo de Trabajo Intergubernamental, en un intento por obtener una perspectiva general del ambiente de la cuarta sesión. Desde luego, no es posible abordar cada uno de los aspectos discutidos, por lo que este análisis se concentrará en dos elementos principales, por su relevancia conceptual y jurídica: la cuestión de la jurisdicción, por una parte, y el aspecto de los tratados bilaterales de inversión frente a las obligaciones en materia de derechos humanos, debido al aparente interés de algunos actores de establecer una jerarquía bajo el derecho internacional.

Respecto a la cuestión de la jurisdicción, el debate durante la cuarta sesión agrupó la participación de doce Estados<sup>14</sup> de diferentes regiones y tradiciones jurídicas. Desde el bloque latinoamericano surgieron varias interrogantes al planteamiento presentado por el Proyecto Cero, en particular respecto a algunos conceptos que, aunque interesantes desde una perspectiva *de lege ferenda*, no encuentran un sustento sólido en el derecho internacional existente. Por ejemplo, la delegación del Brasil resaltó la necesidad de remover las referencias a la existencia de competencia jurisdiccional cuando exista un “interés empresarial relevante”, una noción que incluiría cualquier actividad comercial que genere ingresos sustanciales para una empresa, independientemente de que no sea el lugar donde se encuentre su domicilio. Por su parte, la delegación chilena identificó diferentes motivos de preocupación (*forum shopping* por parte de las víctimas, litispendencia, multiplicidad de foros, entre otros), y señaló la importancia de que se redefinan varios de los conceptos incluidos en el texto, como el alcance de la extraterritorialidad de la ley, la existencia de conflictos sobre normas aplicables al mismo hecho, la necesidad de compatibilidad con el orden público del país que decida implementar una solicitud de asistencia recíproca o el reconocimiento de decisiones extranjeras, entre otras.

La postura ecuatoriana hizo igualmente algunos aportes relevantes, como la necesidad de limitar el potencial de elección de jurisdicción, a fin de garantizar la seguridad jurídica de las partes, así como establecer un punto de conexión

---

14 Consejo de Derechos Humanos, Addendum to the report on the fourth session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, A/HRC/40/48/Add.1, del 6 de marzo de 2019, pp. 81-87.

entre el litigio y el foro desde la perspectiva del derecho internacional privado. Finalmente, la participación mexicana resaltó una pieza faltante en el texto del tratado, pero presente en distintas legislaciones procesales latinoamericanas: la necesidad de incluir la figura del foro por necesidad, a fin de evitar una denegación de justicia.

Desde la perspectiva de los BRICS –acrónimo de Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica– (con excepción de Brasil, que ya fue señalado previamente), distintas posturas jurídicas reflejan algunas de las principales preocupaciones para los Estados en vías de desarrollo. Por ejemplo, la intervención de China resaltó la necesidad de limitar el ejercicio de jurisdicción extraterritorial, mismo que debería ser racional, así como eliminar la competencia del tribunal del domicilio de la empresa matriz por las acciones de la subsidiaria. Aunque algunas excepciones sobre esta cuestión comienzan a cristalizarse en la práctica judicial de algunos Estados –como podrá observarse más adelante–, lo cierto es que a la fecha no existe una práctica jurisdiccional recurrente y generalizada a nivel internacional sobre esta cuestión. La delegación rusa hizo eco sobre algunos de dichos aspectos, como la amplitud injustificada de la noción de “interés empresarial relevante”, y la necesidad de establecer mecanismos para identificar la jurisdicción más apropiada para tramitar un caso, así como para dirimir conflictos jurisdiccionales.

La representación de la India, al igual que algunas de sus contrapartes, resaltó la importancia de que los derechos sean ejercidos por las víctimas directamente, debiendo limitarse la posibilidad de que representantes no autorizados por ellas puedan iniciar acciones judiciales; asimismo, resaltó la importancia de desarrollar un mecanismo para identificar el procedimiento principal en situaciones donde existan procedimientos simultáneos, o litispendencia. Por otra parte, Sudáfrica insistió en la remoción de la doctrina del *forum non conveniens*, en la inclusión de una cláusula sobre acceso a la justicia en Estados terceros (similar a la propuesta mexicana sobre foro por necesidad), y en particular, en la trascendencia de la cooperación internacional para acortar las brechas jurisdiccionales y regulatorias existentes.

Como se puede observar, en la mayoría de las participaciones prevalecieron preocupaciones sobre el enfoque adoptado por la Presidencia del Grupo de Trabajo Intergubernamental respecto a una de las cuestiones fundamentales del proyecto de tratado, como el establecimiento de un marco internacional que permita el enjuiciamiento de las actividades empresariales transnacionales por sus abusos en materia de derechos humanos. El ejercicio de la jurisdicción, lejos de ser un mecanismo independiente y completamente desligado de la

política, es un reflejo de la política jurídica de un país, en particular en escenarios tan complejos como los que involucran las actividades de las empresas “transnacionales” y los intercambios económicos y comerciales entre países y otros actores no estatales.

Por otra parte, la cuestión de la interacción entre los regímenes internacionales de derechos humanos y de protección de inversión extranjera es otro aspecto cuyo análisis refleja también elementos relevantes en términos de política jurídica de los Estados.<sup>15</sup> De suma trascendencia fue la participación de los países latinoamericanos, aunque motivados por distintas posturas jurídicas. Por ejemplo, Argentina subrayó que los términos del artículo 13 del Proyecto Cero —que en sus numerales 6 y 7 prevé una obligación de los Estados de que sus negociaciones futuras de acuerdos sobre comercio e inversión no contravengan las disposiciones de este tratado, así como de asegurar una interpretación de sus obligaciones comerciales y de inversión acorde con los principios de derechos humanos— limitarían o restringirían las decisiones nacionales de política comercial. La participación de Brasil se enfocó en señalar la necesidad de que el texto no tuviera un carácter prohibitivo (con la referencia existente sobre la eliminación de disposiciones contrarias en otros tratados), sino propositivo, en el sentido de garantizar que las partes que se vean beneficiadas por dichos acuerdos comerciales o de inversión deberán respetar los derechos humanos. La posición chilena sobre este punto, por el contrario, fue mucho más acotada, señalando solamente que el texto debería regirse por los principios de interpretación recogidos en el artículo 31.3.c de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que estipula la obligación de las partes de tomar en consideración los acuerdos posteriores relativos a la interpretación del tratado o a la implementación de sus disposiciones, al momento de interpretar un texto convencional.

En lo que respecta a la posición de México, la intervención reiteró la consideración de la inexistencia de jerarquía entre normas internacionales —con excepción de aquellas normas de *jus cogens*—, al tiempo de formular una pregunta sobre la conveniencia de enfatizar la existencia de una obligación de respetar los derechos humanos durante la negociación y conclusión de acuerdos de inversión o comercio, como el mecanismo más adecuado para prevenir

---

15 Consejo de Derechos Humanos, Addendum to the report on the fourth session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, A/HRC/40/48/Add.1, del 6 de marzo de 2019, pp. 44-51.

colisiones entre regímenes normativos internacionales. La delegación peruana reiteró algunas de las reservas expresadas por México, al tiempo de manifestar la necesidad de encontrar un punto de equilibrio que permita a los Estados respetar obligaciones simultáneas de inversión, comercio y derechos humanos. Por otro lado, cabe resaltar que la delegación ecuatoriana se reservó sus comentarios sobre las disposiciones 13.6 y 13.7.

En su intervención, la delegación china señaló que este proyecto de instrumento no debe lesionar la integridad de acuerdos futuros en materia de comercio e inversión. Por otra parte, Rusia identificó una potencial contradicción en el cuerpo mismo del texto, al señalar que una de las disposiciones prevé el respeto de las obligaciones internacionales existentes, mientras que las disposiciones del proyecto sobre comercio e inversión prevén una interpretación que podría limitar dichos acuerdos y obligaciones ante la existencia de disposiciones de derechos humanos. En la intervención egipcia, se señaló la importancia de asegurar la compatibilidad de la disposición con las revisiones en curso del régimen internacional de comercio e inversión, y en particular de la práctica de los Estados de revisar o renegociar sus propios acuerdos, punto sobre el que la India manifestó su preocupación, ante la dificultad de renegociar acuerdos de comercio e inversión vigentes.

Como se puede apreciar, una postura generalizada entre los Estados participantes fue la de asegurar la complementariedad y compatibilidad entre los regímenes internacionales de inversión y comercio, por una parte, y de derechos humanos, por la otra, y no particularmente de establecer una jerarquía normativa bajo el derecho internacional entre ambos regímenes. No obstante, es también notoria la preocupación alrededor de las potenciales consecuencias de tratar de imponer obligaciones a los Estados, especialmente a aquellos en vías de desarrollo, que pudieran restringir su capacidad de atraer inversión extranjera, en vista del aparente interés concurrente tanto por lograr un mayor desarrollo económico como por proteger los derechos humanos.

Ante las diferentes capacidades y potencial de atraer inversionistas extranjeros, el establecimiento de un régimen internacional que pudiera coordinar las aspiraciones y obligaciones existentes de los Estados en ambos campos requeriría necesariamente de un cuidadoso diseño, que permitiera suficiente flexibilidad en términos de planeación, pero también suficiente capacidad regulatoria para evitar el fenómeno conocido como ‘enfriamiento regulatorio’. Si bien el texto del Proyecto Cero representa un avance importante respecto del documento de elementos presentados por la Presidencia del GTI en cuan-

to a la cuestión de la interacción normativa<sup>16</sup> entre regímenes internacionales –al evitar la tentación de establecer una jerarquía entre normas–, ciertamente requiere de un mayor grado de precisión a fin de no afectar innecesariamente la política jurídica y económica de los Estados, que en muchas ocasiones dependen de la inversión extranjera para poder lograr avances en cuanto a su desarrollo social y económico.

## 2. NOTAS SOBRE EL PROYECTO CERO

La postura de los Estados en cuanto a la negociación de la Convención sobre los derechos humanos y las empresas, marcada por preferencias políticas conforme a su posicionamiento geopolítico y nivel de desarrollo socioeconómico, se confronta en distintos puntos a la evolución normativa y jurisprudencial de diferentes aspectos del derecho internacional, por una parte, y a las necesidades del marco jurídico internacional ante los efectos negativos resultantes de la globalización económica, por la otra. Como consecuencia de lo anterior, una misión importante del proyecto es la consagración, en un marco jurídico internacional<sup>17</sup>, de prácticas existentes a nivel regional o nacional.

En tal situación se encuentran tanto el reconocimiento de los derechos sustantivos y procesales de las víctimas (2.1), como la construcción de un marco jurídico procesal (B) que permita a los Estados lograr una armonización normativa que facilite el acceso a la justicia para las víctimas de abusos a derechos humanos cometidos por empresas. Ambos elementos son concebidos como dos de los cuatro pilares sobre los que descansa el proyecto de convención<sup>18</sup>, los otros dos son la cooperación internacional y la creación de mecanismos de monitoreo y seguimiento.

---

16 Sobre este concepto, véase PELLET, ALAIN, “Préface” en BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE *et al.* (dirs.), *Les interactions normatives: droit de l’Union européenne et droit international*, París, Pedone, 2012.

17 Actualmente, ese marco jurídico internacional se ha logrado cristalizar en un Proyecto Cero, presentado por la Presidencia del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta previo a la cuarta sesión, mismo que debe ser sustituido por un Proyecto Uno en el verano de 2019.

18 Consejo de Derechos Humanos, Informe del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos sobre su cuarto período de sesiones, A/HRC/40/48, del 2 de enero de 2019, §§25-31.

## 2.1. EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

Una de las premisas iniciales del proyecto de convención es la necesidad de dar efectividad y carácter jurídico internacional a algunos de los postulados avanzados por los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, y en especial, al contenido del Pilar III: el derecho —y la necesidad— de las víctimas de abusos de derechos humanos cometidas por empresas de acceder a la justicia, sea esta por medio de mecanismos judiciales, no judiciales o no estatales. Como uno de los principales reclamos de la sociedad civil, esta cuestión ha ocupado una importante posición en las discusiones alrededor del tratado<sup>19</sup>, y se ha insertado como uno de los principales elementos incluidos en el Proyecto Cero del texto sujeto de negociación, que vendría a complementar el derecho convencional de los derechos humanos, mismo que no contempla de forma detallada —hasta la fecha— los derechos específicos de las víctimas respecto a la reparación integral y a otros elementos conexos al acceso a la justicia<sup>20</sup>. Por motivos de espacio no resulta conveniente incluir el texto íntegro del Proyecto Cero respecto a los derechos de las víctimas. Sin embargo, el texto incluye diferentes disposiciones que resaltan algunas de las principales problemáticas a las que se enfrentan las víctimas de abusos cometidas por empresas<sup>21</sup>.

El artículo octavo, que contempla los derechos de las víctimas, parte de una disposición general, que plantea el derecho de las víctimas a la reparación integral, incluyendo los elementos respectivos sobre restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, que se ven complementados por la reparación ambiental y la restauración ecológica<sup>22</sup>.

---

19 *Ibid.*, §§33-46; Consejo de Derechos Humanos, Addendum to the report on the fourth session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, A/HRC/40/48/Add.1, del 6 de marzo de 2019, pp. 33-43.

20 Sobre esta cuestión, véase TIGROUDJA, HÉLÈNE y HENNEBEL, LUDOVIC, *Traité de droit international des droits de l'homme*, 2.ª ed., París, Pedone, 2018, pp. 1381-1382, donde los autores señalan el carácter eminentemente consuetudinario y eventualmente jurisprudencial del derecho a la reparación integral.

21 Sobre este punto, véase FASCIGLIONE, MARCO, 'Another Step on the Road? Remarks on the Zero Draft Treaty on Business and Human Rights', *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 12, n.º 3, 2018, pp. 645-646.

22 Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises, Zero Draft, del 16 de julio de 2018.

Este planteamiento vendría a dar fuerza normativa directa a varios de los elementos planteados inicialmente en los Principios y directrices básicas sobre reparación<sup>23</sup>, adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2005, así como a una extensa jurisprudencia interamericana sobre reparación integral<sup>24</sup>. Este elemento es de particular relevancia, puesto que plantea un cambio fundamental en la forma en que los tribunales internos de los países deberán plantear, entender e implementar la reparación, partiendo de la base de que el proyecto de convención prevé la aplicación de los elementos de reparación integral a los litigios o procesos en materia civil, penal y administrativa. Lo anterior permitiría, en principio, que tribunales que normalmente solo ordenan compensación u otro tipo de medidas, puedan ordenar también medidas complementarias de reparación, como satisfacción o garantías de no repetición, favoreciendo en todo momento la reparación integral de la víctima.

Además de este principio general, el artículo octavo plantea distintos elementos<sup>25</sup> relativos tanto al litigio civil como penal, incluyendo en particular la posibilidad de interponer acciones colectivas; de dotar a los tribunales de la competencia suficiente para permitir el acceso a medidas de reparación; de generar mecanismos de investigación efectiva e imparcial; de tener acceso a

23 Asamblea General, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, A/RES/60/147, del 16 de diciembre de 2005. Véase también GEORGE, ERIKA R. y LAPLANTE, LISA J., *Access to Remedy: Treaty Talks and the Terms of a New Accountability Accord*. En: DEVA, SURYA y BILCHITZ, DAVID (eds.), *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 402-403.

24 CALDERÓN GAMBOA, JORGE F., La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano. En: FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO, CABALLERO OCHOA, JOSÉ LUIS y STEINER, CHRISTIAN (coords.), *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, t. 1, México, IJ-UNAM/SCJN/Konrad Adenauer Stiftung, 2013. Véase especialmente sobre esta cuestión TAVERNIER, JULIE, *La réparation dans le contentieux international des droits de l'homme*, París, Pedone, 2019; NOVAK, FABIÁN, The System of Reparations in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, *Recueil des cours*, vol. 392, 2018.

25 GEORGE, ERIKA R. y LAPLANTE, LISA J., *op. cit.*, pp. 404-405, sobre los distintos elementos prácticos que deberían ser abordados en el texto de un tratado. Véase igualmente STEPHENS, BETH, Making Remedies Work: Envisioning a Treaty-Based System of Effective Remedies. En: DEVA, SURYA y BILCHITZ, DAVID (eds.), *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 412-414, sobre algunos de los obstáculos a los que se enfrentan las víctimas, y que podrían ser abordados por algunos de los elementos planteados en el Proyecto Cero.

la información necesaria para la interposición de recursos –incluso a través de cooperación internacional–; de proveer asistencia jurídica a las víctimas y reducir los obstáculos prácticos de acceso a la justicia; contar con apoyo diplomático y consular tanto en la transmisión de información necesaria para el inicio de acciones legales, como para acceder a la información relativa a la interposición de acciones; así como la protección de las víctimas, sus representantes, familiares y testigos, entre otras.

Muchos de los elementos contemplados en el Proyecto Cero han sido igualmente planteados por el Grupo de Trabajo de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos en su informe a la Asamblea General sobre el tema de la reparación, particularmente respecto a la necesidad de que los mecanismos existentes sean sensibles a las distintas experiencias y necesidades de los titulares de derechos; que los mecanismos sean accesibles, asequibles, adecuados y oportunos; que los titulares de derechos no sean revictimizados al intentar acceder a la justicia; y finalmente, que exista una pluralidad de mecanismos –un abanico de mecanismos– que permitan abordar las diferentes dimensiones de un abuso a los derechos humanos cometido por empresas<sup>26</sup>. Asimismo, la Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos trabaja desde 2015 en un proyecto amplio sobre el acceso a mecanismos de reparación, que a la fecha ha derivado en recomendaciones a los Estados y otros actores sobre los aspectos que deben ser cubiertos en procedimientos judiciales<sup>27</sup>, extrajudiciales<sup>28</sup>, y no estatales, con la intención de traducir el significado del Pilar III de los Principios Rectores y transmitirlo a través de líneas de acción prácticas, que puedan ser implementadas a nivel interno por los Estados.

---

26 Asamblea General, Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, A/72/162, del 18 de julio de 2017.

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

28 Consejo de Derechos Humanos, Mejorar la rendición de cuentas y el acceso a las reparaciones para las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales a través de los mecanismos no judiciales del Estado. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/38/20, del 14 de mayo de 2018. No existe versión en español del documento A/HRC/38/20/Add.1, que contiene las notas explicativas del informe.



Como se puede observar, entonces, existe ya una convergencia importante a nivel de análisis y recomendaciones prácticas desde la esfera internacional, que en principio debería ser aprovechada por los Estados en el proceso de negociación para informar los elementos sobre un tema tan sensible, pero también tan difícil de capturar en la práctica, como lo es la cuestión de la reparación a la que tienen derecho las víctimas de abusos a derechos humanos cometidos o relacionados con empresas. No obstante, hay que reconocer que si en la actualidad existe un tema que se enfrenta a dificultades particulares, es precisamente la cuestión de hacer efectivo el derecho de acceder a la reparación, y en particular cuando se trata de actividades empresariales de carácter transnacional.

Dos casos recientes sirven para ejemplificar las dificultades a las que se enfrenta esta cuestión, y que también deberían ser consideradas por los Estados que participan en las negociaciones del tratado, en virtud de la complejidad para abordar litigios transnacionales en los que convergen y colisionan intereses jurídicos, políticos y económicos. Por una parte, el caso *Jesner v. Arab Bank*<sup>29</sup> ante la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, de 2018, es una clara evidencia de la reticencia de algunas jurisdicciones nacionales para abordar casos en donde los puntos de conexión entre los hechos, las partes y el foro sean débiles. Ello, ciertamente, no es del todo equivocado, puesto que la garantía de la seguridad jurídica es un aspecto fundamental en todo Estado de derecho, y la falta de conexión con el foro podría representar una inseguridad jurídica manifiesta para las diferentes partes en un proceso; sin embargo, el proyecto de convención podría contribuir directamente a redefinir los criterios que permitan a los tribunales ejercer su competencia cuando exista una posibilidad de una denegación de justicia, independientemente de los puntos de conexión.

En *Jesner v. Arab Bank*, el litigio se refería al uso de la filial neoyorquina del Arab Bank para aprobar y transferir fondos que serían utilizados por grupos terroristas en Medio Oriente, y que resultarían en la muerte o lesiones de personas como resultado de actos de terrorismo. La Corte planteó dos interrogantes: primero, si el derecho internacional impone responsabilidad jurídica a las empresas por violaciones a derechos humanos cometidas por sus empleados; y segundo, si la Corte tiene autoridad y discreción para imponer tal responsabilidad jurídica a una empresa sin que exista una disposición

---

29 Suprema Corte, *Joseph Jesner, et al. v. Arab Bank, PLC*, n.º 16-499, del 24 de abril de 2018.

explícita del órgano legislativo nacional en ese sentido.<sup>30</sup> Respecto al primer punto, la Corte reiteró algunos de los elementos definidos en la sentencia de apelación del caso *Kiobel*, en donde se afirmó que el derecho internacional positivo no reconoce la responsabilidad jurídica empresarial en materia de derechos humanos, partiendo de la base de que los estatutos de los tribunales penales internacionales no contemplan dicha figura<sup>31</sup>. Ello se ve reforzado por el razonamiento en *Jesner*, en donde la Corte señala explícitamente que aunque es probable que las empresas puedan cometer una enormidad de ofensas en violación a los derechos humanos, la comunidad internacional no ha dado el paso para establecer una norma explícita en ese sentido<sup>32</sup>. De tal manera, ante la ausencia de normas sustantivas que establezcan la responsabilidad empresarial por violaciones a derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el derecho estadounidense —o por lo menos, que encajen perfectamente con los hechos del caso—, la Corte determinó la imposibilidad de demandar a las empresas extranjeras en virtud del Alien Tort Statute<sup>33</sup>.

En lo que concierne al segundo punto, la respuesta concisa de la Suprema Corte, en línea con su jurisprudencia previa, fue en el sentido de actuar con prudencia y discreción ante la ausencia de una norma emanada del Congreso estadounidense que establezca nuevas causas para interponer acciones judiciales de carácter privado, y en especial para establecer la responsabilidad jurídica de empresas extranjeras<sup>34</sup>, reconociendo sin embargo, la conveniencia

---

30 *Ibid.*, p. 2.

31 Para un análisis más detallado sobre este caso, véase CANTU RIVERA, HUMBERTO, *L'affaire Kiobel ou les défis de la responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme*, *Droits fondamentaux*, n.º 9, 2011-2012.

32 Suprema Corte, *Joseph Jesner, et al. v. Arab Bank, PLC*, n.º 16-499, del 24 de abril de 2018, p. 17: "It is true, furthermore, that the enormity of the offenses that can be committed against persons in violation of international human-rights protections can be cited to show that corporations should be subject to liability for the crimes of their human agents. But the international community has not yet taken that step, at least in the specific, universal, and obligatory manner required by *Sosa*".

33 No es posible hacer un análisis más detallado de la sentencia en este espacio; para un análisis breve, véase DODGE, WILLIAM S., *Corporate Liability Under the US Alien Tort Statute: A Comment on Jesner v Arab Bank*, *Business and Human Rights Journal*, vol. 4, n.º 1, 2019, pp. 131-137; VAN SCHAACK, BETH, *The Inconsequential Choice-of-Law Question Posed by Jesner v Arab Bank*, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 24, n.º 2, 2018, pp. 359-368.

34 Suprema Corte, *Joseph Jesner, et al. v. Arab Bank, PLC*, n.º 16-499, del 24 de abril de 2018, p. 19. *Cfr.* MUIR WATT, HORATIA, *Aspects économiques du droit international privé (Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions)*,

de que se desarrollen tales mecanismos —por vía legislativa— a fin de permitir a las víctimas obtener reparación directamente de las empresas que hayan lesionado sus derechos<sup>35</sup>.

En ese contexto, la definición de una norma internacional que establezca el derecho individual de las víctimas de acceder a mecanismos de reparación por abusos a derechos humanos cometidos por empresas vendría precisamente a complementar el marco normativo ausente al que hace referencia la Suprema Corte estadounidense, lo cual podría a su vez llevar a una convergencia normativa vertical, al establecerse la obligación para los Estados parte de adoptar una normativa interna que dé efectividad a las estipulaciones del texto convencional<sup>36</sup>.

En otro sentido, el caso *Vedanta Resources PLC et al v. Lungowe et al.*<sup>37</sup>, ante la Suprema Corte del Reino Unido, plantea posibilidades distintas respecto a la práctica estatal en materia de acceso a la justicia como parte del derecho de las víctimas a obtener reparación en casos de abusos a derechos humanos cometidos por empresas<sup>38</sup>. La sentencia resulta de un caso de emisiones tóxicas provenientes de la mina de cobre Nchanga en Zambia, que habría afectado los cuerpos de agua de los que dependen varias comunidades rurales para su consumo y medios de subsistencia, y que habrían resultado de las operaciones de la filial zambiana (Konkola Copper Mines, “KCM”) de la empresa inglesa Vedanta, que controla las operaciones de su filial. Debido a la proximidad entre ambas empresas, las partes afectadas alegaban que existía un deber de cuidado de la empresa matriz ante las víctimas de las actividades de su filial,

*Recueil des cours*, vol. 307, 2004, §253. “A défaut d’action politique coordonnée de la part des Etats, la responsabilisation des firmes multinationales ne peut guère venir en effet que de cette initiative judiciaire”.

35 Suprema Corte, *Joseph Jesner, et al. v. Arab Bank, PLC*, n.º 16-499, del 24 de abril de 2018, p. 24.

36 Sobre esta cuestión, véase IWASAWA, YUJI, *Domestic Application of International Law*, *Recueil des cours*, vol. 378, 2016.

37 Suprema Corte, *Vedanta Resources PLC and another (Appellants) v. Lungowe and others (Respondents)*, [2019] UKSC 20, del 10 de abril de 2019.

38 Para un análisis general sobre la práctica judicial inglesa reciente en esta cuestión, véase MEE-RAN, RICHARD. *Access to Remedy: the United Kingdom Experience of MNC Tort Litigation for Human Rights Violations*. EN: DEVA, SURYA y BILCHITZ, DAVID (eds.), *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?* Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

independientemente del hecho de que jurídicamente tengan una personalidad jurídica separada.

La sentencia, de índole interlocutoria y centrada explícitamente en determinar la jurisdicción de los tribunales ingleses como resultado de una apelación interpuesta por la empresa demandada, abordó cuatro cuestiones específicas: el abuso del derecho comunitario europeo; la problemática contra Vedanta; el foro adecuado; y el acceso a justicia sustantiva. Respecto al segundo punto, es relevante la postura sostenida por la Suprema Corte, al indicar que la propiedad directa o indirecta de una empresa sobre las acciones de otra empresa puede permitir que la empresa matriz controle la administración de las operaciones de la subsidiaria, aunque ello no impone por sí mismo una obligación de cuidado; por el contrario, todo dependerá de la manera en que la empresa matriz haya utilizado esa oportunidad de control sobre la subsidiaria<sup>39</sup>. Por otra parte, en cuanto a la posibilidad de obtener justicia en el foro donde ocurrió el daño, la Suprema Corte evaluó la existencia de un riesgo real de denegación de justicia, sobre la base de la imposibilidad de presentar acciones colectivas en Zambia como resultado de la pobreza extrema de los demandantes, y de la ausencia de experiencia en litigio para casos de esa naturaleza y complejidad, lo que podría significar en la práctica una “desigualdad de armas”<sup>40</sup>. Tomando en consideración este último factor, la Suprema Corte británica determinó rechazar la apelación interpuesta por Vedanta, permitiendo por tanto la continuación del juicio para el análisis del fondo<sup>41</sup>.

Como se puede observar, el análisis de ambas altas cortes difiere esencialmente en el último punto analizado por la Suprema Corte británica: un enfoque basado en la posibilidad de obtener justicia y reparación para las víctimas en los tribunales de países en vías de desarrollo, en donde diversos factores políticos, jurídicos o sociales podrían limitar sus probabilidades de

---

39 *Ibid.*, §49.

40 *Ibid.*, §89.

41 *Ibid.*, §102. Para algunos comentarios recientes sobre la sentencia, véase LÓPEZ, CARLOS, Symposium on Vedanta Resources PLC vs Lungowe, *Opinio Juris*, 17 de abril de 2019, disponible en <<http://opiniojuris.org/2019/04/17/symposium-on-vedanta-resources-plc-vs-lungowe-judgment-of-the-united-kingdom-supreme-court>>; CASSEL, DOUG, ‘Beyond Vedanta – Reconciling Tort Law with International Human Rights Norms’, *Opinio Juris*, 19 de abril de 2019, disponible en <<http://opiniojuris.org/2019/04/19/vedanta-v-lungowe-symposium-beyond-vedanta-reconciling-tort-law-with-international-human-rights-norms%EF%BB%BF>>

éxito<sup>42</sup>. Este es uno de los puntos esenciales que busca cubrir el artículo 8 del Proyecto Cero de la Convención. No obstante, el análisis de ambas sentencias también revela claramente la importancia de contar con claridad respecto a los elementos adjetivos relativos al derecho de acceso a la justicia, especialmente en lo que respecta a la determinación de la jurisdicción competente y a la cooperación judicial internacional, aspectos que son analizados brevemente en la siguiente sección, como cuestiones necesarias para el desarrollo de un piso normativo internacional en torno a los mecanismos de reparación disponibles en el derecho interno para las víctimas de abusos de derechos humanos cometidos por empresas.

## 2.2. LA CONSTRUCCIÓN DE UNA ESTRUCTURA PROCESAL INTERNACIONAL

Como elemento sustantivo, la inclusión del derecho de las víctimas a obtener reparación por afectaciones a sus derechos humanos es una cuestión básica para hacer avanzar el *statu quo* sobre la responsabilidad empresarial bajo el derecho internacional. No obstante, es necesario que dicho aspecto sustantivo sea complementado con el marco adjetivo necesario para hacer realidad esa expectativa jurídica.<sup>43</sup> En ese sentido, el Proyecto Cero de la convención internacional sobre derechos humanos y empresas plantea en dos de sus artículos elementos singulares que podrían servir para construir una estructura procesal a nivel internacional que resulte apropiada para cumplir tales objetivos.

El artículo quinto del proyecto de convención plantea dos elementos fundamentales para la determinación de la jurisdicción competente. En primer término, señala que la jurisdicción recaerá en el tribunal del Estado donde se haya producido el daño o afectación (*forum loci delictii*), o donde se encuentre domiciliada la empresa que haya cometido tales afectaciones (*forum societatis*). El primer caso, desde luego, será relevante para aquellas situaciones en donde la empresa presuntamente responsable tenga operaciones nacionales, en

---

42 Algunos comentarios relevantes sobre el acceso a la justicia y la necesidad de desarrollar una doctrina sobre el *forum necessitatis* (foro por necesidad) pueden consultarse en ROORDA, LUCAS, Not quite 'beating your head against a brick wall': the Supreme Court's decision in Vedanta v. Lungowe, *Rights As Usual*, 18 de abril de 2019, disponible en <<http://rightsasusual.com/?p=1317>>. Véase también MUIR WATT, HORATIA, *op. cit.*, §257.

43 MARRELLA, FABRIZIO, 'Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales', *Recueil des cours*, vol. 385, 2017, §§505-506.

una concepción territorial de la jurisdicción, muy cercana al concepto clásico bajo el derecho internacional de los derechos humanos. En el segundo caso, por el contrario –y de forma cercana a lo explicado en la sección anterior, en las sentencias *Jesner* y *Vedanta*–, lo será cuando se trate principalmente de operaciones transnacionales que involucren la participación de una empresa matriz y las operaciones de sus subsidiarias o filiales en otras jurisdicciones. En segundo término, el artículo quinto plantea las bases para determinar el ‘domicilio’ de una empresa, señalando que será en el lugar donde tenga su sede, administración central, interés empresarial principal, o filial, agencia, dependencia, subdivisión, oficina de representación o afín, retomando algunos aspectos previstos en el derecho comunitario europeo bajo el Reglamento Bruselas I bis,<sup>44</sup> e incluyendo algunos otros de base jurídica incierta<sup>45</sup>.

Ambas fracciones del artículo quinto merecen distintos comentarios, aunque por razones de espacio y de enfoque se analiza únicamente la primera. Respecto a ella, sobre la determinación del tribunal competente para ejercer la jurisdicción, la situación es particularmente compleja ante casos que presentan elementos de extrañidad, lo que supone que un juez nacional, con base en sus reglas de derecho internacional privado, determine si es competente o no para conocer del caso. En este contexto, una problemática particular surge de las diferencias intersistémicas existentes entre las jurisdicciones nacionales, pues los diferentes Estados pueden tener distintas maneras de abordar situaciones que ocurren allende a sus fronteras, lo cual por sí mismo puede limitar de forma importante la posibilidad de que las víctimas tengan acceso a una jurisdicción apropiada. Es ampliamente conocida la dificultad a la que se enfrentan los países receptores de inversión extranjera para perseguir a las empresas que operan en su territorio cuando ocurre una afectación o daño<sup>46</sup>, ante el temor a perder la inversión, o aún más, a ser sujetos a un litigio arbitral internacional en donde puedan ser condenados al pago de montos significativos

---

44 Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, OJ L 351, 20.12.2012, p. 1–32, arts. 4, 7 y 8. Sobre algunos de los elementos discutidos aquí que fueron abordados en diferentes momentos durante las sesiones del Grupo de Trabajo Intergubernamental, véase CANTÚ RIVERA, HUMBERTO, *Some Remarks...*, cit., pp. 32–34, 38.

45 FASCIGLIONE, MARCO, *op. cit.*, p. 644, señala la mala experiencia que han tenido los últimos dos elementos frente a la jurisdicción estadounidense.

46 MARRELLA, FABRIZIO, *op. cit.*, §§549–550.

que puedan afectar su economía nacional. Lo anterior, por tanto, ha llevado a que en muchos casos se busque desarrollar un control por parte del Estado de origen de las empresas sobre las operaciones de sus filiales y subsidiarias en el extranjero.

Como lo ha señalado atinadamente Catherine Kessedjian, en la actualidad no es admisible que las empresas matrices decidan no ejercer una supervisión activa sobre sus filiales, subsidiarias y cadenas de suministro bajo el pretexto que son entidades autónomas<sup>47</sup>. Ello, como se propuso en Francia, implicaría no solamente una obligación de supervisión activa a cargo de las empresas matrices respecto de sus cadenas de suministro, sino también la obligación del Estado de origen de la empresa matriz de adoptar legislación sustantiva para ese fin, y de adaptar sus procedimientos civiles para permitir a las víctimas de abusos a derechos humanos cometidos en otros países plantear acciones jurisdiccionales en el foro de origen de la empresa. Lo anterior tendría además como ventaja evitar la insolvencia que existe comúnmente en las filiales o subsidiarias en países extranjeros, y asegurar la participación de la empresa que debía supervisar diligentemente las acciones desarrolladas por sus asociadas<sup>48</sup>, que con regularidad son el tipo de obstáculos jurídicos o prácticos a los que se enfrentan las víctimas al intentar acciones judiciales en el lugar del daño.

No obstante, el riesgo latente que existe en ese contexto es de redirigir todos los esfuerzos de ejercicio jurisdiccional a los países de origen de las empresas con operaciones transnacionales, sin abordar en los países receptores de inversión la necesidad de reforzamiento de sus sistemas jurisdiccionales y mecanismos de protección<sup>49</sup>. En ese tenor, resalta en particular el artículo

---

47 KESSEDJIAN, CATHERINE, *Le droit international collaboratif*, París, Pedone, 2016, p. 162. Lo anterior se evidencia además en recientes desarrollos legislativos importantes, como la *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre* (2017-399 del 27 de marzo de 2017) de Francia, que impone una obligación a ciertas empresas de adoptar mecanismos de debida diligencia sobre la totalidad de sus cadenas de suministro, filiales y subsidiarias, así como en algunos intentos en países europeos de calibre similar, como en Alemania o Suiza. Sin embargo, el Grupo de Trabajo sobre las empresas y los derechos humanos ha señalado que no basta con que las empresas adopten ese tipo de mecanismos o políticas, sino que es el Estado el que debe guiar los esfuerzos a través de la adopción de legislación en ese sentido: Asamblea General, Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas, A/73/163, del 16 de julio de 2018, §§31-34, 63-78.

48 MARRELLA, FABRIZIO, *op. cit.*, §578; MUIR WATT, HORATIA, *op. cit.*, §§258-259.

49 Fasciglione reconoce ese riesgo, aunque observa como positiva la posibilidad de tener dos foros competentes para presentar demandas civiles. FASCIGLIONE, MARCO, *op. cit.*, pp. 641-644.

relativo a la asistencia judicial recíproca, que vendría a complementar la disposición sobre jurisdicción, particularmente tomando en consideración que las dificultades planteadas por litigios transnacionales solo podrán resolverse por medio de la cooperación judicial internacional<sup>50</sup>.

El artículo once del Proyecto Cero plantea de forma amplia la necesidad de cooperación entre los Estados para iniciar y llevar a cabo investigaciones, procesos y actuaciones judiciales, para la recaudación de pruebas y demás actuaciones procesales necesarias, y para la ejecución de sentencias ante las cuales ya no sea posible interponer recursos ordinarios<sup>51</sup>. Como se puede observar en diversos ejemplos, pero notoriamente en el caso Chevron-Texaco en Ecuador<sup>52</sup>, una de las principales dificultades existentes que ocurre en este tipo de contextos es relativa a la falta de cooperación judicial transnacional, que facilite a los jueces y agencias encargadas de la procuración de justicia (cuando se trate de litigios penales) el acceso a documentación, pruebas y otros elementos necesarios para la buena administración de la misma, pero que también permita la ejecución de sentencias extranjeras. En casos de litigios transnacionales, como fue además señalado en Vedanta, esa cooperación judicial permitiría a los jueces tener acceso a los elementos necesarios para formar su convicción sobre el caso en litigio, contando no solamente con sus propios medios, sino también con los elementos que le provea su contraparte, usualmente en el lugar del daño, o incluso viceversa, en el lugar de origen de la empresa correspondiente. Es, como señala Kessedjian, la expresión de un *derecho colaborativo*<sup>53</sup> de naturaleza horizontal y transfronteriza, que pueda permitir a las distintas autoridades nacionales abordar el litigio y la cuestión litigiosa sin importar los detalles fácticos y jurídicos del caso.

Ciertamente, los Estados, conforme a su derecho internacional privado, tendrán el derecho de evaluar si una sentencia extranjera cumple con los cri-

50 Sobre este punto en particular, véase DE SCHUTTER, OLIVIER, Towards a New Treaty on Business and Human Rights, *Business and Human Rights Journal*, vol. 1, n.º 1, 2016, p. 63.

51 Para un análisis más detallado sobre este aspecto, véase VINTIMILLA, JAIME, La cooperación judicial internacional: ¿un deber, un problema de cortesía o una obligación universal? En: CANTÚ RIVERA, HUMBERTO (coord.), *El tratado sobre las empresas y los derechos humanos: perspectivas latinoamericanas*, México, CNDH, 2019.

52 Sobre este caso, véase MARTIN-CHENUT, KATHIA y PERRUSO, CAMILA, El caso Chevron-Texaco y el aporte de los proyectos de convención sobre crímenes ecológicos y ecocidio a la responsabilidad penal de las empresas transnacionales. En: CANTÚ RIVERA, HUMBERTO (coord.), *Derechos humanos y empresas: reflexiones desde América Latina*, San José, IIDH, 2017.

53 KESSEDJIAN, CATHERINE, *op. cit.*, p. 108.



terios mínimos de orden público del Estado receptor y de las garantías mínimas del debido proceso<sup>54</sup>, en cuya ausencia el Estado podrá oponerse a su ejecución. Ello, en principio, debería obligar al tribunal emisor de la sentencia a garantizar un mínimo de seguridad jurídica para las partes, a fin de que esta pueda ser ejecutada en otro Estado, lo cual hace suponer que, en principio, existirán los criterios desde el inicio del litigio para garantizar el respeto al debido proceso. No obstante, en ciertos sistemas jurídicos esta situación ha tenido mucho mayor desarrollo que en otros, lo cual remite nuevamente a la cuestión del fortalecimiento de capacidades institucionales en países en vías de desarrollo, identificada anteriormente.

En todo caso, la inclusión de esta disposición sobre la cooperación judicial internacional podría servir para complementar (o redoblar) los esfuerzos que deben realizar los Estados en litigios transnacionales para garantizar el acceso a la justicia y a medidas de reparación. Siguiendo la opinión de Olivier de Schutter, este aspecto tendría la ventaja de ser un elemento particularmente técnico (así como otros en términos de jurisdicción y derecho aplicable), que no necesariamente suscitará debates o cuestionamientos políticos o ideológicos entre los diplomáticos a cargo de las negociaciones, y que por el contrario, se concentrará en establecer obligaciones jurídicas a implementarse por los Estados en sus procedimientos civiles y penales<sup>55</sup>, retomando aspectos que de forma generalizada ya están cubiertos por otros tratados internacionales en materia de cooperación judicial. De tal manera, por medio de una articulación adecuada entre los aspectos de jurisdicción y de cooperación judicial transnacional, el proyecto de convención tendrá importantes posibilidades de mejorar la probabilidad de las víctimas de abusos a derechos humanos relacionados con empresas de ver garantizados sus derechos sustantivos de acceso a la justicia y a medidas de reparación.

---

54 KESSEDJIAN, CATHERINE. Rapport general. En: KESSEDJIAN, CATHERINE y CANTÚ RIVERA, HUMBERTO (eds.), *Private International Law Aspects of Corporate Social Responsibility*, Basilea, Springer, 2019 (próximamente).

55 DE SCHUTTER, OLIVIER, *op. cit.*, pp. 65, 67: “But such a duty to protect can only be discharged effectively if states co-operate with one another in order to put an end to the accountability gaps that may emerge from the ability of TNCs to operate across different national jurisdictions. A reinforcement of inter-state co-operation, based on the mutual trust of states in their respective legal systems when they seek to address human rights violations by corporate actors, is the price to pay for ensuring effective access to remedies for victims of transnational corporate harms”.

Por último, una disposición ausente que debería insertarse en futuros borradores del proyecto de convención es aquella relativa al establecimiento de un foro por necesidad, o *forum necessitatis*. Este mecanismo, existente ya en la normatividad procesal civil de distintos países<sup>56</sup>, permitiría a las víctimas acudir a un foro distinto de aquel del lugar donde ocurrió el daño, ante la posibilidad de que exista una denegación de justicia, aunque el foro que ejerza su jurisdicción no tenga puntos de contacto fuertes con la situación o las partes<sup>57</sup>. Como un mecanismo exorbitante y residual, sería un elemento suplementario que permitiría a las víctimas acceder a un juez imparcial, que garantice el derecho de acceso a la justicia y que pueda servir como mecanismo para desincentivar una conducta empresarial irresponsable respecto de los derechos humanos.

## CONCLUSIONES

La cuarta sesión del Grupo de Trabajo Intergubernamental de composición abierta sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas trajo consigo diferentes elementos relevantes para identificar algunos de los principales desafíos que plantea la elaboración de una convención internacional en la materia. Algunos de ellos, de naturaleza política o ideológica, revelan no solamente la muy conocida conformación de grupos o bloques políticos en apoyo o rechazo a diversas cuestiones, sino también elementos subyacentes de naturaleza económica, que ponen en entredicho la división aceptada generalmente entre países del Norte y del Sur global. Asimismo, resaltaron los posicionamientos de los Estados conforme a su política jurídica, señalando las dificultades que existen para aceptar algunas de las propuestas planteadas por la Presidencia del GTI, pero que denotan también la convergencia de diferentes elementos extrajurídicos en la conformación de este nuevo régimen jurídico global. Ciertamente, la tarea primordial

---

56 KESSEDJIAN, CATHERINE y CANTÚ RIVERA, HUMBERTO (eds.), *Private International Law Aspects of Corporate Social Responsibility*, Basilea, Springer, 2019 (próximamente).

57 KESSEDJIAN, CATHERINE, Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights in Private International Law: European Perspectives. En: ZAMORA CABOT, FRANCISCO JAVIER, HECKENDORN URSCHELER, LUKAS y DE DYCKER, STÉPHANIE (eds.), *Implementing the U.N. Guiding Principles on Business and Human Rights: Private International Law Perspectives*, Ginebra y Zurich, Schulthess Éditions Romandes, 2017, pp. 147-148, para una explicación sobre las características que dicho mecanismo debería tener. Véase también MARRELLA, FABRIZIO, *op. cit.*, §§724-733.

de la Presidencia del GTI se encuentra en poder lograr un equilibrio entre esos distintos intereses, buscando a través de ello atraer a aquellos Estados que han sido más reticentes con la propuesta de crear un nuevo marco normativo internacional, o que sencillamente no se encuentran plenamente convencidos de la necesidad y conveniencia de un tal instrumento, como es el caso de la gran mayoría de Estados latinoamericanos.

Ello, sin embargo, se confronta a los distintos avances que se manifiestan en los marcos jurídicos internos, mediante la adopción de legislación o de la evolución de procedimientos jurisdiccionales sobre casos transfronterizos de abusos a derechos humanos relacionados con empresas. Los Estados, para avanzar sobre bases sólidas en la construcción de ese nuevo régimen, deben tomar plenamente en consideración las ventajas y desafíos que esas experiencias plantean, a fin de lograr construir un consenso y una evolución basados en las prácticas internas. De particular relevancia será enfocarse en el tema de acceso a la justicia y a medidas de reparación, que, como ya se ha señalado, depende en gran parte de la disección del significado y contenido del derecho a la reparación en el derecho internacional de los derechos humanos, y en los mecanismos adjetivos que permitan darle efectividad en casos concretos. Así, sin dejar de lado los mecanismos de prevención de riesgos que se plantean en el proyecto de convención, un enfoque particular debe darse al acceso a la justicia, que ciertamente involucrará la definición a escala global de una nueva arquitectura jurídica de naturaleza procesal, que permita hacer frente a los retos planteados por la globalización y por la omnipresencia de las actividades transnacionales de las empresas.

#### BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea General. Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, A/72/162, del 18 de julio de 2017.
- Asamblea General. Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas, A/73/163, del 16 de julio de 2018.
- Asamblea General. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, A/RES/60/147, del 16 de diciembre de 2005.
- CALDERÓN GAMBOA, JORGE F. La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma

- mexicano. En: FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO, CABALLERO OCHOA, JOSÉ LUIS y STEINER, CHRISTIAN (coords.), *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, t. I, México, IJ-UNAM/SCJN/Konrad Adenauer Stiftung, 2013.
- CANTÚ RIVERA, HUMBERTO (coord.). *El tratado sobre las empresas y los derechos humanos: perspectivas latinoamericanas*, México, CNDH, 2019.
- CANTÚ RIVERA, HUMBERTO. L'affaire Kiobel ou les défis de la responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme, *Droits fondamentaux*, n.º 9, 2011-2012.
- CANTÚ RIVERA, HUMBERTO. Negotiating a Treaty on Business and Human Rights: The Early Stages, *UNSW Law Journal*, vol. 40, n.º 3, 2017.
- CANTÚ RIVERA, HUMBERTO. Some Remarks on the Third Session of the Business and Human Rights Treaty Process and the 'Zero Draft', *Revista de direito internacional*, vol. 15, n.º 2, 2018.
- CASSEL, DOUG. The Third Session of the UN Intergovernmental Working Group on a Business and Human Rights Treaty, *Business and Human Rights Journal*, vol. 3, n.º 2, 2018.
- CASSEL, DOUG. Beyond Vedanta – Reconciling Tort Law with International Human Rights Norms, *Opinio Juris*, 19 de abril de 2019. Disponible en <<http://opiniojuris.org/2019/04/19/vedanta-v-lungowe-symposium-beyond-vedanta-reconciling-tort-law-with-international-human-rights-norms%EF%BB%BF/>>
- CHOUHDURY, BARNALI. Balancing Soft and Hard Law for Business and Human Rights, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 67, n.º 4, 2018.
- Consejo de Derechos Humanos. Addendum to the report on the fourth session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, A/HRC/40/48/Add.1, del 6 de marzo de 2019.
- Consejo de Derechos Humanos. Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, A/HRC/RES/26/9, del 26 de junio de 2014.
- Consejo de Derechos Humanos. Informe del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto

a los derechos humanos sobre su cuarto período de sesiones, A/HRC/40/48, del 2 de enero de 2019.

Consejo de Derechos Humanos. Mejorar la rendición de cuentas y el acceso a las reparaciones para las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/32/19, del 10 de mayo de 2016.

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

Consejo de Derechos Humanos. Mejorar la rendición de cuentas y el acceso a las reparaciones para las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales a través de los mecanismos no judiciales del Estado. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/38/20, del 14 de mayo de 2018.

DE SCHUTTER, OLIVIER. Towards a New Treaty on Business and Human Rights, *Business and Human Rights Journal*, vol. 1, n.º 1, 2016.

DEVA, SURYA y BILCHITZ, DAVID (eds.). *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

DEVA, SURYA. Managing States' "Fatal Attraction" to International Investment Agreements, *Investment Policy Hub*, 13 de agosto de 2018. Disponible en <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/Blog/Index/75>>

FAJNZYLLBER, FERNANDO y MARTÍNEZ TARRAGÓ, TRINIDAD. *Las empresas transnacionales: expansión a nivel mundial y proyección en la industria mexicana*, México, Fondo de Cultura Económica, 1976.

FASCIGLIONE, MARCO. Another Step on the Road? Remarks on the Zero Draft Treaty on Business and Human Rights, *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 12, n.º 3, 2018.

GEORGE, ERIKA y LAPLANTE, LISA. Access to Remedy: Treaty Talks and the Terms of a New Accountability Accord. En DEVA, SURYA y BILCHITZ, DAVID (eds.). *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

IWASAWA, YUJI. Domestic Application of International Law, *Recueil des cours*, vol. 378, 2016.

KESSEDIAN, CATHERINE y CANTÚ RIVERA, HUMBERTO (eds.). *Private International Law Aspects of Corporate Social Responsibility*, Basilea, Springer, 2019 (de próxima aparición).

KESSEDIAN, CATHERINE. Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights in Private International Law: European Perspectives. En ZAMORA CABOT, FRANCISCO JAVIER, HECKENDORN URSCHELER, LUKAS y DE DYCKER, STÉPHANIE (eds.), *Implementing the U.N. Guiding Principles on Business and Human Rights: Private International Law Perspectives*, Ginebra/Zurich, Schulthess Éditions Romandes, 2017.

KESSEDIAN, CATHERINE. *Le droit international collaboratif*, París, Pedone, 2016.

Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises, Zero Draft, 16 de julio de 2018.

LETNAR ČERNIČ, JERNEJ y CARRILLO SANTARELLI, NICOLÁS (eds.). *The Future of Business and Human Rights: Theoretical and Practical Considerations for a UN Treaty*, Cambridge, Intersentia, 2018.

LÓPEZ, CARLOS. Symposium on Vedanta Resources PLC vs Lungowe, *Opinio Juris*, 17 de abril de 2019. Disponible en <<http://opiniojuris.org/2019/04/17/symposium-on-vedanta-resources-plc-vs-lungowe-judgment-of-the-united-kingdom-supreme-court>>

MARRELLA, FABRIZIO. Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales, *Recueil des cours*, vol. 385, 2017.

MARTIN-CHENUT, KATHIA y PERRUSO, CAMILA. El caso Chevron-Texaco y el aporte de los proyectos de convención sobre crímenes ecológicos y ecocidio a la responsabilidad penal de las empresas transnacionales. En CANTÚ RIVERA, HUMBERTO (coord.), *Derechos humanos y empresas: reflexiones desde América Latina*, San José, IIDH, 2017.

MEERAN, RICHARD. Access to Remedy: the United Kingdom Experience of MNC Tort Litigation for Human Rights Violations. En DEVA, SURYA y BILCHITZ, DAVID (eds.), *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

MUIR WATT, HORATIA. Aspects économiques du droit international privé (Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions), *Recueil des cours*, vol. 307, 2004.

NOVAK, FABIÁN. The System of Reparations in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, *Recueil des cours*, vol. 392, 2018.

PELLET, ALAIN. Préface. En BURGORGUE-LARSEN, LAURENCE *et al.* (dir.), *Les interactions normatives: droit de l'Union européenne et droit international*, París, Pedone, 2012.

Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, OJ L 351, 20.12.2012.

RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR. Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning. En RODRÍGUEZ-GARAVITO, CÉSAR (ed.), *Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

ROORDA, LUCAS. Not quite 'beating your head against a brick wall': the Supreme Court's decision in *Vedanta v. Lungowe*, *Rights As Usual*, 18 de abril de 2019. Disponible en <<http://rightsasusual.com/?p=1317>>

STEPHENS, BETH. Making Remedies Work: Envisioning a Treaty-Based System of Effective Remedies. En DEVA, SURYA y BILCHITZ, DAVID (eds.), *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

Suprema Corte. *Joseph Jesner et al. v. Arab Bank, PLC*, n.º 16-499, 24 de abril de 2018.

Suprema Corte. *Vedanta Resources PLC and another (Apellants) v. Lungowe and others (Respondents)*, [2019] UKSC 20, 10 de abril de 2019.

TAVERNIER, JULIE. *La réparation dans le contentieux international des droits de l'homme*, París, Pedone, 2019.

TIGROUDJA, HELENE y HENNEBEL, LUDOVIC. *Traité de droit international des droits de l'homme*, 2.ª ed., París, Pedone, 2018.

VAN SCHAACK, BETH. The Inconsequential Choice-of-Law Question Posed by *Jesner v. Arab Bank*, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 24, n.º 2, 2018.

VINTIMILLA, JAIME. La cooperación judicial internacional: ¿un deber, un problema de cortesía o una obligación universal? En CANTÚ RIVERA, HUMBERTO (coord.), *El tratado sobre las empresas y los derechos humanos: perspectivas latinoamericanas*, México, CNDH, 2019.

SEGUNDA PARTE  
DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL  
A LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE LOS ESTADOS.  
EFECTOS EN LA RELACIÓN DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS





JULIÁN TOLE MARTÍNEZ\*

CAPÍTULO 6

*El primer país no europeo en implementar el Plan Nacional  
de Acción sobre Derechos Humanos y empresas:  
avances, críticas y retos para Colombia*



## RESUMEN

Las guerras mundiales del siglo XX marcaron de manera contundente la importancia de reforzar las garantías internacionales de los Derechos Humanos. Así nace la necesidad imperativa de una regulación mediante instrumentos, organismos y mecanismos internacionales que buscan evitar cualquier vulneración de estos derechos. Casi al mismo tiempo, el fenómeno de la globalización económica se consolida y, con ello, se hace más clara la necesidad de contar con el sector privado; muy particularmente, comprometer a la empresa para lograr esta finalidad de protección de los Derechos Humanos. El contexto del conflicto y/o posconflicto colombiano no escapa a esta necesidad. Precisamente, el presente estudio se centra en analizar una nueva forma de protección de estos Derechos en entornos empresariales globalizados: el Plan Nacional de Acción sobre Derechos Humanos y Empresa, que permite al Estado colombiano desde el 2015 implementar políticas públicas, como una de construcción de diálogo entre el sector empresarial y los Derechos Humanos, que se erige sobre los Principios Rectores de ONU. Empero, ser el primer país no europeo en implementar este plan no garantiza *per se* alcanzar todos los resultados esperados o estar libre de críticas.

*Palabras clave:* Plan Nacional de Acción, empresa, Derechos Humanos, Principios Rectores ONU, Colombia.

## THE FIRST NON-EUROPEAN COUNTRY TO IMPLEMENT THE NATIONAL PLAN OF ACTION ON HUMAN RIGHTS AND COMPANIES: PROGRESS, CRITICISM AND CHALLENGES FOR COLOMBIA

### ABSTRACT

The world wars of the twentieth century marked in a strong way the importance of reinforcing the international guarantees of Human Rights. Thus, the imperative need for regulation through international instruments, agencies and

---

\* Docente e investigador del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Doctor y máster en Derecho internacional económico de la Universidad de Barcelona (España). Máster en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia en asocio con las Universidades de Bolonia, Carlos III y Salamanca. Especialista en Comercio Exterior de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Miembro del grupo de investigación Empresas y Derechos Humanos del Consorcio de Universidades Latinoamericanas con posgrados en Derechos Humanos. Correo electrónico: <jose.tole@uexternado.edu.co>

mechanisms that seek to avoid any violation of these rights is born. Almost at the same time, the phenomenon of economic globalization is consolidated and, with this, the need to have the private sector becomes clear, particularly, to commit the company to achieve this purpose of protecting Human Rights. The context of the Colombian conflict and / or post-conflict does not escape this need, precisely, this study focuses on analyzing a new form of protection of these Rights in globalized business environments: The National Plan of Action on Human Rights and Business, which allows to the Colombian State since 2015 to implement public policies, as one of construction of dialogue between the business sector and Human Rights, which is based on the UN Guiding Principles. However, being the first non-European country to implement this Plan does not guarantee per se all the expected results or be free of criticism.

*Keywords:* National action plans, companies, Guiding Principles for Business and Human Rights.

## INTRODUCCIÓN

Una de las pruebas más difíciles de adaptación del Estado a la era de la globalización es adaptarse a un menor control de los procesos jurídicos<sup>1</sup> y a la disminución de las barreras geográficas, para dar paso a una circulación internacional permanente y global de capitales, de comercio de bienes, de servicios y de propiedad intelectual y sobre todo de empresas<sup>2</sup>. Esta realidad sitúa, en especial, las empresas transnacionales por fuera de los ámbitos normativos

---

1 De acuerdo con BAYLOS, bajo el fenómeno de la globalización ocurre “[...] el fin de una ‘mitología teórica hegemónica’ construida en torno al Estado y a su capacidad de delimitar el marco jurídico y las formas estables y definidas de la producción del derecho [...]. Resulta apreciable así un movimiento abierto del ordenamiento jurídico en un espacio que se sitúa más allá del Estado-nación. En estos escenarios es evidente el predominio del mercado como modelo de orden jurídico global”. BAYLOS, ANTONIO. Un instrumento de regulación. Empresas transnacionales y acuerdos marco globales, *Cuadernos de relaciones laborales*, vol. 27, n.º 1, 2009, p. 108; GÜNTHER, KLAUS. Pluralismo jurídico y Código Universal de la Legalidad: la globalización como problema de Teoría del Derecho, *Anuario de Derechos Humanos*, nueva época, vol. 4, 2003, p. 240; FARÍA, JOSÉ EDUARDO. *El derecho en una economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001, p. 94; LAPORTA, FRANCISCO. *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, p. 248.

2 SASSEN, SASKIA. *Losing control? Sovereignty in the age of globalization*, Columbia University Press, 1996.

clásicos estatales<sup>3</sup>, pero esto no significa que la globalización pueda prescindir de instrumentos de regulación, bien sea que partan de su propia esfera privada de actuación (*autorregulación*) o de normas pactadas en el marco de organizaciones internacionales multilaterales o comunitarias.

En la actual *aldea global*, la realización de los Derechos Humanos se encuentra estrechamente vinculada a los fenómenos económicos; hoy más que nunca, las empresas “[...] pueden afectar, tanto positiva como negativamente, la realización de la dignidad humana, y de los derechos y de las libertades fundamentales”<sup>4</sup>. Así, por ejemplo, en el caso colombiano, las relaciones de las empresas y los Derechos Humanos en la historia del conflicto colombiano tienen diferentes expresiones, que, según Rettberg y Rivas, pueden clasificarse en: a) empresa como víctima, b) empresa como victimario, c) empresa como actor de la construcción de paz<sup>5</sup>.

- 
- 3 Precisamente, el profesor Ferrajoli señala que la globalización genera un “vacío de derecho”, o “[...] la falta de reglas, como una suerte de nueva Grundnorm del nuevo orden económico e internacional”. FERRAJOLI, LUIGI. ¿Es posible una democracia sin Estado?, en FERRAJOLI, LUIGI. *Razones jurídicas del pacifismo*, ed. G. PISARELLO, Madrid, Trotta, 2004, p. 142.
  - 4 Puede existir una participación directa o indirecta de la empresa en violaciones de los Derechos Humanos, como se evidencia en los “[...] Casos como el de la ITT y otras compañías estadounidenses comprometidas en el sangriento golpe de Estado que derrocó al presidente Salvador Allende en Chile, como el de los sobornos de la compañía inglesa Lockheed a altos funcionarios para hacerse ilegalmente de contratos militares en Japón, como el del compromiso cómplice de la compañía Shell con las violaciones a los derechos humanos producidas por las autoridades militares de Nigeria, como el de la relación de la empresa Coca-Cola con grupos paramilitares en Colombia, como el de la empresa chilena Luchetti con Montesinos en Perú, como el del desastre químico y de la brutal contaminación generada por la empresa Union Carbide en la localidad de Bhopal, en la India, o como el de los crímenes perpetrados por la contratista estadounidense Blackwater Security Consulting en Irak son apenas algunos reflejos de lo que esto puede implicar”. SALZMAN, JAMES. Decentralized Administrative Law in the Organization for Economic Cooperation and Development, *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, n.º 3 y 4, p. 189, disponible en <[http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?68+Law+&+Contemp.+Probs.+189+\(summerautumn+2005\)#H2N1](http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?68+Law+&+Contemp.+Probs.+189+(summerautumn+2005)#H2N1)>; MUJICA PETIT, JAVIER. Desarrollo internacional de las obligaciones legales de las empresas respecto de los Derechos Humanos, *Revista de la Facultad de Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, vol. 64, 2010, p. 171.
  - 5 RETTBERG, ANGELIKA y RIVAS, ÁNGELA. El sector empresarial y la construcción de paz en Colombia: entre el optimismo y el desencanto, en *Construcción de paz en Colombia*, 2012, pp. 305-348. Con un enfoque más universal de la participación de empresas en violaciones de Derechos Humanos, véase: RODMAN, KENNETH A. ‘Think globally, punish locally’: nonstate actors, multinational corporations, and human rights sanctions, *Ethics & International Affairs*, vol. 12, 1998, pp. 19-41; CLAPHAM, ANDREW and JERBI, SCOTT. Categories of corporate complicity in human rights abuses, *Hastings International & Comparative Law Review*, vol. 24, 2000, p. 339.

Uno de los esfuerzos más significativos frente a esta realidad fue la propuesta presentada por Koffi Annan, ex secretario general de las Naciones Unidas, en el Foro Económico Mundial en Davos en 1999, que trató de borrar de la memoria de la comunidad internacional la idea de Milton Friedman, de la década de los setenta, que planteaba como única “responsabilidad social de la empresa incrementar sus beneficios”<sup>6</sup>. El Pacto Mundial de las Naciones Unidas, también conocido en inglés como Global Compact, es una iniciativa que supera la trasnochada idea neoliberal de Friedman, la cual considera que la empresa tiene un comportamiento responsable en la medida en que este aporte a las ventajas competitivas de su actividad económica<sup>7</sup>.

Este esfuerzo del Pacto Mundial de las Naciones Unidas globalizó el debate inacabado de ¿cuál es la responsabilidad que tiene la empresa en su relación con los Derechos Humanos? La respuesta a este interrogante nunca ha sido unánime<sup>8</sup>, ni mucho menos pacífica, ya que es posible partir el análisis de la empresa como un “motor de desarrollo” que promueve estos derechos<sup>9</sup> y, al mismo tiempo, se puede considerar a la empresa como un agente que impide la materialización de políticas públicas o normas nacionales e internacionales que protejan los Derechos Humanos o, peor aún, violar estas prerrogativas<sup>10</sup>.

---

6 FRIEDMAN, MILTON. The social responsibility of business is to increase its profits, *Corporate ethics and corporate governance*, Springer, Berlin, Heidelberg, 2007, pp. 173-178.

7 KRAMER, MARK and PORTER, MICHAEL. Estrategia y sociedad: el vínculo entre ventaja competitiva y responsabilidad social corporativa, *Harvard Business Review*, vol. 84, n.º 12, 2006, pp. 42-56; SABOGAL AGUILAR, JAVIER. Aproximación y cuestionamientos al concepto de responsabilidad social empresarial, *Revista Facultad de Ciencias Económicas: Investigación y Reflexión*, vol. 16, n.º 1, 2008, pp. 179-195.

8 Uno de los antecedentes de las discusiones sobre la responsabilidad de las empresas en materia de Derechos Humanos se remonta a los juicios penales tras la Segunda Guerra Mundial, que permitieron atribuir responsabilidad penal corporativa a ciertas empresas alemanas; por ejemplo, el conglomerado IG Farben, una de las empresas más grandes de Europa, fue procesado ante el Tribunal Militar de Estados Unidos en Nuremberg por su participación en crímenes internacionales. JESSBERGER, FLORIAN. On the Origins of Individual Criminal Responsibility under International Law for Business Activity: IG Farben on Trial, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, n.º 3, 2010, pp. 783-802; FARRELL, NORMAN. Attributing criminal liability to corporate actors: some lessons from the international tribunals, *Journal of International Criminal Justice*, 2010, vol. 8, n.º 3, pp. 888-889.

9 SULLIVAN, RORY and ROBINSON, MARY (eds.). *Business and human rights: dilemmas and solutions*, Routledge, 2017.

10 BERNAZ, NADIA. *Business and human rights: History, Law and Policy-bridging the accountability gap*, Routledge, 2016.

La preocupación del papel de la empresa en su relación con los Derechos Humanos tiene como antecedente la década de 1970, cuando inició un movimiento a favor de una regulación, en principio no vinculante, en diferentes organizaciones internacionales que tuviera en cuenta los efectos de la empresa en los Derechos Humanos<sup>11</sup>. Por ejemplo, en 1973 fue creada la Comisión de las Naciones Unidas sobre Empresas Transnacionales, de cuyo trabajo resultó la elaboración del Proyecto de Código de Conducta de la ONU sobre Empresas Transnacionales en 1983<sup>[12]</sup>. Infortunadamente, tras varios lustros de discusiones el Código perdió su carácter regulatorio, para convertirse un “código minimalista” que incorporaba directrices, y no normas vinculantes<sup>13</sup>.

Por su parte, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, OCDE) elaboró las Directrices para las Empresas Multinacionales en 1976 como parte de la Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales<sup>14</sup>, cuyos principios y normas debían ser integrados

- 11 En las décadas de 1970 y 1980 se encuentran diferentes casos en que las empresas provocan graves violaciones a los Derechos Humanos; por ejemplo, los productos sustitutos de leche materna producidos por Nestlé, o la ayuda económica proveída por algunos bancos europeos al régimen del Apartheid en Sudáfrica, entre otros muchos casos. HANLON, JOSEPH. *Independent Expert Study Group on the Evaluation of the Application and Impact of Sanctions Against South Africa*, South Africa: The Sanctions Report-Documents and Statistics, London, Commonwealth Secretariat, 1990. Vease también: SEPÚLVEDA AMOR, BERNARDO. *La regulación internacional de las empresas transnacionales*, Conferencia Facultad de Derecho de la UNAM, 10 de febrero de 1981, disponible en <<http://aleph.academica.mx/jsui/bitstream/56789/23493/1/21-084-1981-0443.pdf>>
- 12 JERBI, SCOTT. Business and Human Rights at the UN: What Might Happen Next?, *Human Rights Quarterly*, vol. 31, n.º 2, 2009, pp. 299-320. Naciones Unidas, Commission on Transnational Corporations, Draft UN Code of Conduct on Transnational Corporations, 1983, disponible en <<http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/Compendium//en/13%20volume%201.pdf>>
- 13 KAUFMANN, JOHAN y SCHRIJVER, NICO. *Changing Global Needs: Expanding Roles for the United Nations System*, The Academic Council on the United Nations System, Reports and Papers 1990-5, p. 27.
- 14 Las líneas directrices de la OCDE están conformadas por diez temas base: 1. Conceptos y Principios; 2. Principios Generales; 3. Publicación de Informaciones; 4. Empleo y Relaciones Laborales; 5. Medio Ambiente; 6. Lucha contra la corrupción; 7. Intereses de los consumidores; 8. Ciencia y Tecnología; 9. Competencia; 10. Fiscalidad. De acuerdo con Smith: “[...] la presión de las empresas multinacionales con el aval de sus países de origen consiguió desplazar el debate del seno de la ONU hacia primero la OCDE, y posteriormente, la OIT”. SMITH, J. *¿Una herramienta para combatir las violaciones de los derechos ambientales y laborales?*, Seminario Internacional de Capacitación y Planificación Estratégica de ONG sobre las Líneas Directrices de la OCDE para empresas Multinacionales, Soesterberg, Holanda, Irene y Amigos de la Tierra, 2003.



voluntariamente en la práctica empresarial, de ahí que fueran conocidos como “códigos de buenas prácticas”<sup>15</sup>.

En 1977 la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) adoptó la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social, cuyo objetivo fue exhortar a las empresas a respetar la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás instrumentos internacionales de protección; estas normas voluntarias se enfocaron especialmente en los derechos de los trabajadores<sup>16</sup>.

En el caso de América Latina, muy especialmente en Colombia, la expansión del sector privado como resultado de la eliminación del Estado proteccionista entre las décadas de los ochenta y de los noventa tuvo como una de sus consecuencias el incremento de la actividad económica transnacional<sup>17</sup> —que se garantizó con la proliferación de tratados de libre comercio (TLC) y tratados bilaterales de inversión (TBI)—, lo que ha generado impactos de las actividades empresariales sobre los Derechos Humanos, que en el contexto de un conflicto armado como el colombiano, de más de sesenta años, se convirtió en una de las principales causas de preocupación y lucha social.

Las iniciativas internacionales tuvieron diferentes lecturas; por ejemplo, algunos países desarrollados (por conveniencia interna o por presión de sus empresas transnacionales) se opusieron a cualquier responsabilidad o vinculación jurídica de estas iniciativas normativas, sin importar que se denominen principios, buenas prácticas, etc.; en otros países, especialmente en vías de

15 CANTÚ RIVERA, HUMBERTO. La OCDE y los derechos humanos: el caso de las Directrices para Empresas Multinacionales y los Puntos de Contacto Nacional, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 15, 2015, pp. 611-658.

16 Organización Internacional del Trabajo. Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de 1977. En <<http://www.ilo.org/public/english/employment/multi/download/declaration2006sp.pdf>>

17 En la década de los noventa se destaca el activismo de organizaciones de Derechos Humanos, los movimientos sociales y otros grupos de presión en contra de megaproyectos como la empresa petrolera British Petroleum en Colombia, Repsol en Argentina, Polonoeste en Brasil, la participación de ITT y de otras empresas norteamericanas en el golpe militar de 1973 en Chile, entre otros. Esta situación se replica en todos los países en vías de desarrollo o menos desarrollados, como se observa en la Represa de Narmada en la India, en las actividades de la Shell Oil y los efectos en el pueblo Ogoni en Nigeria, entre otras, que generaron graves daños medioambientales y donde se violaron Derechos Humanos. WILLETTS, PETER. *Political globalization and the impact of NGOs upon transnational companies*, *Companies in a world of conflict: NGOs, sanctions and corporate responsibility*, 1998, pp. 195-226.

desarrollo, la movilización de organizaciones no gubernamentales, el impacto de los medios de comunicación generados por la globalización y los propios efectos en los Derechos Humanos de la actividades económicas de las empresas transnacionales generaron un activismo en favor de exigir a estas el cumplimiento de las obligaciones internacionales que protegen de cualquier amenaza o violación de estos derechos<sup>18</sup>.

Es en este contexto que el ex Secretario General de la ONU, Koffi Annan, propuso el Global Compact<sup>19</sup> fundado en los derechos humanos, y acompañado de derechos laborales, del medio ambiente, en el año 2004 se agregó el tema de anticorrupción<sup>20</sup>. En el 2003 se creó un compilado de normas sobre los Derechos Humanos, responsabilidad de las transnacionales y otras empresas

18 PARIOTTI, ELENA. International soft law, human rights and non-state actors: towards the accountability of transnational corporations?, *Human Rights Review*, vol. 10, n.º 2, 2009, pp. 139-155.  
NOLAN, JUSTINE. Refining the Rules of the Game: The Corporate Responsibility to Respect Human Rights, *Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 30, n.º 78, February 2014, pp. 7-23, disponible en SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2510372>>

19 Anteriormente, año 1992, se propuso un borrador de código sobre la conducta de las transnacionales, que fue establecido como una guía de la ONU donde se consignó como principio que las empresas transnacionales no discriminaran por la raza, el sexo, religión, lengua, estatus social, etnia, origen, orientación política u otras opiniones; de la misma manera, las empresas transnacionales deberían seguir las políticas gubernamentales que garanticen la equidad de oportunidad y buen trato. El borrador falló en su adaptación por la industrialización y los países desarrollados.

20 El Global Compact creó los siguientes principios: 1. Las empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos proclamados en el ámbito internacional; 2. Las empresas deben asegurarse de no ser cómplices en abusos a los derechos humanos; 3. Las empresas deben respetar la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva; 4. Las empresas deben eliminar todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; 5. Las empresas deben abolir de forma efectiva el trabajo infantil; 6. Las empresas deben eliminar la discriminación con respecto al empleo y la ocupación; 7. Las empresas deben apoyar los métodos preventivos con respecto a problemas ambientales; 8. Las empresas deben adoptar iniciativas para promover una mayor responsabilidad ambiental; 9. Las empresas deben fomentar el desarrollo y la difusión de tecnologías inofensivas para el medio ambiente; y 10. Las empresas deben trabajar contra la corrupción en todas sus formas, incluyendo la extorsión y el soborno. Naciones Unidas. *Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos*. Aprobadas por la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos en su 55.º período de sesiones. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2. Los principios mencionados en el Global Compact serían derivados de la Declaración de Derechos Humanos, la Declaración de los Principios y Derechos Fundamentales de la OIT, la Declaración de Medioambiente y Desarrollo de Río, y el Convenio de la ONU en contra de la Corrupción.

de negocios<sup>21</sup>, pero desafortunadamente estas normas no lograron alcanzar el consenso político requerido para conseguir el reconocimiento internacional; por el contrario, se polarizó el debate y se impidió su adopción formal en la ONU<sup>22</sup>.

Así que el Global Compact terminaría en la primera década del nuevo milenio tan solo fortaleciendo el tema del enfoque de “responsabilidad social corporativa”, sin lograr ninguna norma internacional vinculante<sup>23</sup>.

Sin embargo, mientras esto ocurría, los llamados Objetivos de Desarrollo del Milenio de la ONU (que se concretaron en la Declaración del Milenio) servirían como un nuevo impulso para que la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas solicitara al Secretario General que designara un representante especial sobre Empresas y Derechos Humanos, y así eligió al profesor John Ruggie, quien llevó a cabo el marco conceptual de los llamados Principios Rectores sobre Derechos Humanos y Empresas; estos son: Proteger, Respetar y Remediar<sup>24</sup>.

Casi de manera simultánea a lo que ocurría en la ONU, en el año 2000, tras la frustración de las negociaciones sobre el Acuerdo Multilateral de Inversiones y con la exigencia de mitigar el descontento con la OCDE, así como con las em-

21 En el 2003, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la ONU, organismo consultivo del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, creó las normas sobre la Responsabilidad de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la esfera de los Derechos Humanos, que se erigen en cuatro principios básicos: 1. Las empresas en sí mismas tienen responsabilidades en virtud del Derecho Internacional de Derechos Humanos; 2. Estas responsabilidades se aplican en forma universal y cubren una amplia gama de derechos; 3. Los gobiernos nacionales deben actuar para proteger a las personas de los abusos cometidos por empresas; y 4. El carácter transnacional del problema requiere que se monitoree el comportamiento de las empresas más allá de las fronteras nacionales y que existan mecanismos de aplicación para asegurar que las empresas cumplan con las Normas y la correspondiente legislación nacional e internacional cuando operen fuera de sus fronteras. ALFONSO MONROY, MARÍA PAULA. Empresas y Derechos Humanos: una responsabilidad en construcción, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 43, n.º 118, 2013, pp. 349-385.

22 ESTRADA TANCK, DOROTHY. *Régimen jurídico internacional de las empresas transnacionales en la esfera de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2005.

23 RASCHE, ANDREAS. A Necessary Supplement - What the United Nations Global Compact Is and Is Not, *Business & Society*, vol. 48, n.º 4, 2009, pp. 511-537.

24 RUGGIE, JOHN. Business and Human Rights: The Evolving International Agenda, *American Journal of International Law*, vol. 101, 2007, p. 839. El profesor Ruggie se desempeñó como Representante Especial durante dos mandatos de tres años; en el primer periodo, de 2005 a 2008, logró determinar las obligaciones que tanto los Estados como las empresas tenían; en particular, para estas últimas, el deber de respetar los Derechos Humanos y de ejercer la diligencia debida (*due diligence*) en la conducción de sus operaciones.

presas transnacionales, se diseñó un mecanismo de vigilancia de las empresas transnacionales que garantiza el respeto a los Derechos Humanos cuando sean afectados por sus actividades, con el cual se generaron medidas y compromisos para cada uno de los miembros de esta organización internacional<sup>25</sup>. Empero, como lo señala Zubizarreta, el objetivo de las Directrices de la OCDE de 2000 corresponde a la acción social más que a la efectividad jurídica, es decir:

[...] las directrices nos colocan ante el sistema *ad hoc* de control más perfeccionado (la Declaración Tripartita de la OIT y el Pacto Global de la ONU son de mucha menor entidad) que, no obstante, bascula entre las características de la lógica de las buenas prácticas empresariales y la implementación de mecanismos de control que, al menos, permite la denuncia directa de empresas multinacionales<sup>26</sup>.

Otra innovación de la OCDE fueron los Puntos Nacionales de Contacto, que exigen a los países miembros establecer sus respectivas sedes y dotarlas de infraestructura, medios y recursos adecuados de vigilancia para las empresas transnacionales y garantizar el respeto a los Derechos Humanos.

Igualmente, la OIT adoptó la Declaración Tripartita de principios acerca de empresas multinacionales y política social, cuyo propósito es alentar a las empresas transnacionales para que realicen contribuciones positivas no solo en el ámbito económico, sino además en el desarrollo social, buscando así minimizar y resolver los efectos negativos que pueden causar sus operaciones en los Derechos Humanos; no obstante, este mecanismo de la Declaración Tripartita de la OIT no supera las Directrices de la OCDE, ya que no permiten la reclamación directa contra las prácticas de las empresas transnacionales.

En el segundo periodo de 2008 a 2011 el profesor Ruggie elaboró los llamados “Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos”, que vienen siendo implementados en diferentes países mediante un Plan Nacional de Acción. Pese a que ni los Principios Rectores ni los Planes de Acción vinculan directamente a las empresas con la obligación jurídica de proteger los Derechos Humanos, sí consideran que las empresas tienen la obligación

---

25 DE SCHUTTER, OLIVIER (ed.). *Transnational corporations and human rights*, Bloomsbury Publishing, 2006.

26 HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, JUAN. *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa: de la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales*, Ed. Hegoa, Observatorio de las Multinacionales en América Latina y la UPV/EHU, 2009, p. 408.

de contribuir con el respeto a estos derechos o, en palabras de Ruggie, la *responsabilidad de las empresas de respetar y no infringir los Derechos Humanos*<sup>27</sup>. Adicionalmente, las empresas deberán reparar cuando por cualquiera de sus actividades económicas resulten afectados los Derechos Humanos; en últimas, se trata de respetar los postulados del Estado social de derecho.

Bajo este enfoque se han venido implementando lentamente Planes Nacionales de Acción globales, y por lo menos la discusión de este tema en las organizaciones internacionales ya se encuentra en sus agendas, como lo subraya Cantú Rivera: “En el caso del continente americano, la Organización de Estados Americanos (OEA) comenzó a considerar la temática de la responsabilidad empresarial en el ámbito de los derechos humanos en 2014, aunque el tema de los planes de acción nacional no fue parte de la agenda formalmente sino hasta 2016”<sup>28</sup>.

En la regulación del Sistema Interamericano se tiene como fuentes jurídicas más importantes: la Resolución 2840 de 2014 y la Resolución 2887 de 2016 de la Asamblea General de la OEA, las cuales crearon las facultades de los Estados miembros para desarrollar estándares en el ámbito de las empresas y los Derechos Humanos, y además desde el 2016 se incluyó a los Planes Nacionales de Acción como una forma de implementar los Principios Rectores<sup>29</sup>. Claro está, para llegar a estos cambios en el Sistema Interamericano fue necesario que en la ONU se adoptara el 14 de junio de 2014 la Resolución del Consejo de Derechos Humanos sobre el inicio de las discusiones y trabajos en vista

27 Representante especial del Secretario General, Informe final al Consejo de Derechos Humanos de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, o “Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations Protect, Respect and Remedy Framework”, Doc. ONU A/HRC/17/31, en 3 (21 de mar. de 2011). Para profundizar en la responsabilidad de las empresas de respetar los Derechos Humanos, véase: GOS, TATIANA. La ‘Responsabilidad de respetar’ los Derechos Humanos y el establecimiento del deber de debida diligencia como una obligación legal para las industrias extractivas: desafíos y oportunidades en las Américas, *American University International Law Review*, vol. 32, n.º 4, 2016.

28 CANTÚ RIVERA, HUMBERTO. Planes de acción nacional sobre empresas y derechos humanos: sobre la instrumentalización del derecho internacional en el ámbito interno, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVII, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, pp. 125-126.

29 Asamblea General de la OEA. Promoción y protección de los derechos humanos en el ámbito empresarial, AG/RES.2840, del 4 de junio de 2014, disponible en <[http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/ag-res\\_2840\\_xliv-0-14.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/ag-res_2840_xliv-0-14.pdf)>; también véase: Asamblea General de la OEA. Promoción y protección de los derechos humanos, AG/RES. 2887 (XLVIO/16), de 14 de junio de 2016.

de la adopción de un instrumento internacional jurídicamente vinculante en la materia<sup>30</sup>.

Estos principios que incorporan la obligación del Estado de proteger, el deber de las empresas de respetar, y la garantía de remedio judicial y no judicial en caso de producirse vulneraciones de los Derechos Humanos, fueron adoptados por países europeos a partir del 2013. Los primeros países en establecer este plan fueron Reino Unido y los Países Bajos; luego Dinamarca y Finlandia en 2014; un año después Lituania, Suecia y Noruega; en 2016, Suiza, Alemania e Italia, y finalmente, en 2017, Polonia, Francia, España, República Checa e Irlanda<sup>31</sup>. A su turno, de los países del continente americano, tan solo Colombia en 2015, Estados Unidos en 2016 y Chile en 2017 han implementado estos principios mediante el Plan Nacional de Acción.

No obstante el limitado número de países que ya tienen este Plan, en la actualidad muchos de los miembros de la ONU están en proceso de creación e implementación de este instrumento; se trata de países latinoamericanos como Argentina, Nicaragua, Perú, y México y otros como Ghana, India, Indonesia, Kazakstán, Nigeria, República de Corea, Sudáfrica, Tanzania y Filipinas<sup>32</sup>. Estos ejemplos demuestran la tendencia hacia el desarrollo de una nueva regulación que trate de crear mecanismos, principalmente mediante políticas públicas, que resuelvan los problemas de la relación entre Derechos Humanos y empresa, que sin duda depende no solamente de la voluntad política

---

30 Consejo de Derechos Humanos. Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, A/HRC/RES/26/9, disponible en <<http://www.ccoo.es/8f72c6fo49f78e3171882d193bob31b3000001.pdf>>

31 En el caso de los países de la Unión Europea estos planes sobre Derechos Humanos y empresas se orientan a cumplir normativa comunitaria, concretamente: (1) el Plan de Acción de la Unión Europea para los Derechos Humanos y la democracia, aprobado por el Consejo de 25 de junio de 2012, cuya medida 25 c) solicitaba a todos los Estados miembros que elaboraran los mencionados planes antes de fin de 2013, y (2) la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: “Estrategia renovada de la Unión Europea (UE) para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas”.

32 Así lo señala la Oficina del Alto Comisionado de la ONU, concretamente el Grupo de Trabajo de la ONU: “[...] alienta encarecidamente a todos los Estados a desarrollar, promulgar y actualizar un Plan Nacional de Acción sobre empresas y Derechos Humanos como parte de la responsabilidad del Estado de difundir y aplicar los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos”. OHCHR, State national action plans on Business and Human Rights. Disponible en <<https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>>

de los Estados, también de las realidades y modelos económicos de cada país que priorice o no la necesidad de conciliar las actividades económicas con los Derechos Humanos<sup>33</sup>.

Es por todo lo anterior que el informe del profesor Ruggie de 2011 representa un hito que hasta hoy sigue teniendo efectos, pues diferentes países han adaptado su regulación y sus políticas públicas a los Principios Rectores, con el propósito de dar mayores garantías a los Derechos Humanos. La importancia de que Colombia sea el primer país latinoamericano que haya diseñado e implementado el Plan Nacional de Acción no se limita a una valoración temporal, pues el mayor mérito se encuentra en que se haga este plan en medio de un proceso de paz y del proceso de adhesión a la OCDE (que se encuentra acompañado de una proliferación de tratados de libre comercio, TLC, y tratados bilaterales de inversión, TBI), circunstancias que indiscutiblemente influyeron en el contenido y en la estructura institucional o gobernanza del Plan Nacional de Acción, tal como se analizará en las próximas líneas.

#### I. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA ELABORACIÓN DEL PLAN NACIONAL DE ACCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y EMPRESA EN COLOMBIA: GOBERNANZA Y CONTENIDO\*

Antes del 2011, cuando el Consejo de Derechos Humanos de la ONU aprobó los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, la agenda sobre este tema era muy limitada en Colombia, pues tenía un enfoque que se fundaba exclusivamente en *responsabilidad social empresarial*, con una dimensión de garantía de los Derechos Humanos definida desde y para las instituciones estatales competentes de la supervisión de los proyectos extractivos, infraestructura, agroindustriales, etc. (mediante licencias ambientales, contratos de

---

33 Aprobado el Plan Nacional de Empresas y Derechos Humanos (ágora, inteligencia colectiva para la sostenibilidad). España se convierte en el decimocuarto país que cuenta con un Plan Nacional de Empresas y Derechos Humanos. Este plan responde a los requerimientos y recomendaciones efectuados en el marco de la Unión Europea, por medio de la “Estrategia renovada de la Unión Europea para 2011–2014 sobre la responsabilidad social de las empresas y del plan de acción de la Unión Europea sobre derechos humanos y democracia 2015–2019”. Disponible en <<https://www.agorar.sc.org/aprobado-el-plan-nacional-de-empresas-y-derechos-humanos>>

\* Nota del autor: agradezco los valiosos aportes de los estudiantes de la línea de investigación Derechos Humanos y Empresas del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia, principalmente a Laura Catalina Poveda.

concesión, entre otros), cuya finalidad es proteger derechos de individuos, minorías étnicas y demás bienes constitucionales.

En Colombia, el estudio de los Derechos Humanos en el ámbito de las actividades económicas realizadas por las empresas se basaba en discusiones sobre participación directa o indirecta de las empresas en el conflicto armado y, un poco menos frecuentes, en análisis sobre las violaciones de los derechos civiles y políticos en el marco de la justicia penal. Este enfoque se comprueba en el Decreto 4100 de 2011, por el cual se creó el Sistema Nacional de Derechos Humanos y DIH, como una instancia de articulación y coordinación de las entidades y políticas públicas en pro de garantizar los derechos de la población colombiana en el conflicto armado<sup>34</sup>.

En 2003 se creó el Comité Minero Energético de Seguridad y Derechos Humanos (CME) con el apoyo de las embajadas de Estados Unidos y Reino Unido y el Gobierno colombiano, junto con varias empresas del sector petrolero<sup>35</sup>, que en sus inicios no tuvo en cuenta la participación de la sociedad civil. Posteriormente se inició la construcción de las denominadas *Guías Colombia en Derechos Humanos y DIH*<sup>36</sup>, dirigidas al sector no extractivo, con un enfoque de *responsabilidad social empresarial* en el conflicto armado, es decir, desarrollan lineamientos y herramientas que guíen la operación empresarial de manera atenta respecto a los Derechos Humanos. Estas iniciativas centraron su atención en seguridad, mecanismos de quejas y reclamos, comunidades, transparencia, temas ambientales, fortalecimiento institucional y temas laborales.

---

34 Consejería de la Presidencia para los Derechos Humanos; véase: <<http://www.derechoshumanos.gov.co/areas/Paginas/Sistema-Nacional-de-Derechos-Humanos-y-DIH.aspx>>

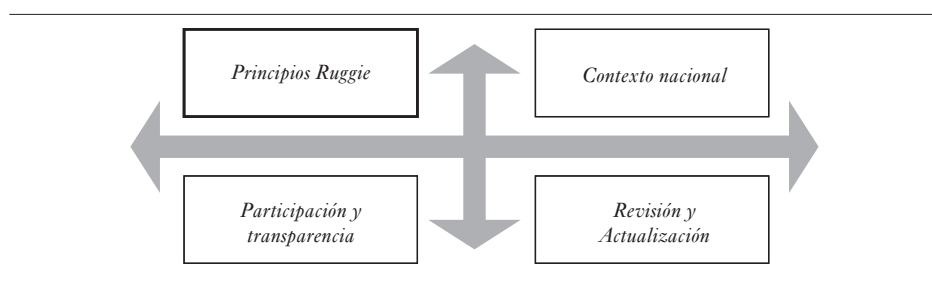
35 Para más información sobre el Comité Minero Energético de Seguridad y Derechos Humanos (CME), véase: <<http://cmecolombia.co/historia-del-cme>>

36 En el 2006 se realizó oficialmente el lanzamiento de las Guías Colombia como una iniciativa multiactor que tiene como propósito identificar y adoptar patrones claros para la conducta empresarial operante en escenarios complejos, y contó como miembros: Coca Cola Servicios de Colombia, Indupalma Ltda., Isagen S. A. ESP, Nestlé de Colombia S. A., Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI), Palmares (Organización Espinosa), Fundación Ideas para la Paz (FIP), International Alert, la Vicepresidencia de la República y el Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH. Finalmente, el 14 de julio del 2010 se publicó la iniciativa Guías Colombia, cuyo fundamento es un documento base y otro documento que contiene aspectos básicos de gobierno interno. Fundación Ideas para la Paz, “Lanzamiento de Guías Colombia”, disponible en <<http://www.ideaspaz.org/publications/posts/48>>; asimismo, véase: RETTBERG, ANGELIKA y RIVAS, ÁNGELA. *El sector empresarial y la construcción de paz en Colombia: entre el optimismo y el desencanto*, cit., p. 325 y ss.



A partir del 2013 se registraron dos hitos para la implementación de los “Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos” de la ONU: el primero, que Colombia presentó la solicitud de adhesión como miembro de la OCDE<sup>37</sup>; segundo, la aceleración de las negociaciones del proceso de paz, que comenzó el 26 de agosto del 2012 en Cuba<sup>38</sup>. Hitos que permitieron impulsar una política pública de Empresas y Derechos Humanos, liderada por la Oficina de Asesoría Presidencial para los Derechos Humanos, la cual creó un Comité Directivo para guiar el proceso de redacción del primer borrador del Plan Nacional de Acción.

Vale la pena señalar que este plan, como un instrumento de política pública, se construyó sobre cuatro fundamentos:



El proceso de elaboración se desarrolló entre los años 2014 y 2015, pues la preparación y discusión del Plan Nacional de Acción de Empresas y Derechos Humanos incluyó la participación de distintos actores que conformaron la llamada “gobernanza”, concretamente:

- La entidad gubernamental encargada de supervisar y dirigir la redacción del Plan, es decir, la Consejería de Presidencia para los Derechos Humanos;

37 El 30 de mayo de 2013 se hizo el anuncio sobre la resolución tomada por los ministros representantes de los 34 países miembros de la OCDE, quienes invitaron a Colombia a iniciar un proceso formal de adhesión. Cancillería de Colombia, *Aceptación de la candidatura de Colombia para ingresar a la OCDE, un logro del liderazgo del presidente Santos y de la canciller Holguín*, disponible en <<http://www.cancilleria.gov.co/newsroom/news/acceptacion-la-candidatura-colombia-ingresar-la-ocde-logro-del-liderazgo-del-presidente>>

38 GONZÁLEZ MUÑOZ, CARLOS ANDRÉS. Diálogos de paz Gobierno-FARC-EP y las oportunidades para la paz en Colombia, *Estudios Políticos*, n.º 46, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, 2015, pp. 243-261.

- Diferentes entidades del Gobierno que participaron en el proceso a través de una Mesa Técnica de Trabajo Intergubernamental<sup>39</sup>; y
- Varios actores no gubernamentales nacionales e internacionales que contribuyeron en el proceso por medio de un Comité Directivo.

Se realizaron cuatro consultas públicas con los actores sociales interesados en el borrador del Plan Nacional de Acción, antes de la publicación final. Así, el contenido sustantivo del Plan se dividió en once líneas principales de acción y ochenta y seis acciones específicas, cuya implementación de la política pública se debe evaluar cada año con actualizaciones totales o parciales a los tres años, teniendo en cuenta las necesidades y problemáticas del contexto colombiano. Precisamente, por ello, el Plan 2015-2018 priorizó cuatro sectores económicos claves en la relación Empresas y Derechos Humanos en este país: minería, energía, infraestructura vial y agroindustria, que se establecen de la siguiente manera:

1. El Estado colombiano tiene la obligación de proteger los Derechos Humanos de posibles impactos de terceros, incluidas las empresas; para lograr este principio se fijaron como lineamientos: i) *Coordinación interinstitucional*; ii) *El Estado como actor económico*; iii) *Participación efectiva de la sociedad civil*; iv) *Orientación del Estado para el respeto a los Derechos Humanos en la actividad empresarial*; y v)



*Debida diligencia en Derechos Humanos.*

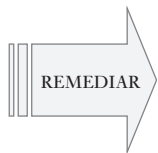
2. Las empresas que operan en Colombia tienen la responsabilidad de respetar los Derechos Humanos, como norma de conducta aplicable y exigible para toda empresa sin importar su tamaño, origen o sector económico; por ello, se establecieron como lineamientos: i) *Cultura de Derechos Humanos y construcción de paz en el sector empresarial*; ii) *Debida diligencia en el sector empresarial*; iii) *Respeto a los Dere-*



39 En el diseño del Plan Nacional Acción jugó un papel importante la Mesa Técnica liderada por la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y conformada por la Defensoría del Pueblo, la Fundación Ideas para la Paz, como representante de la sociedad civil y secretaria técnica de las iniciativas multiactor Guías Colombia y Compromiso Ético Suizo, la secretaria técnica del Comité Minero Energético, la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

*chos Humanos como ventaja competitiva; y iv) Responsabilidad social empresarial y respeto a los Derechos Humanos.*

3. Es necesario actuar de forma proactiva respecto a los riesgos e impactos que



sufren las personas por causa de las actividades empresariales, y facilitar el acceso a remedio, que se concretó en los lineamientos: i) *Fortalecer mecanismos judiciales y administrativos de acceso a remediación*; ii) *Fortalecer mecanismos no judiciales de acceso a remediación*.

Bajo esta estructura, el plan se diseñó a partir de los siguientes lineamientos:

i. *Enfoque basado en Derechos Humanos*: el contenido y alcance del concepto de Derechos Humanos se encuentra determinado por los instrumentos internacionales universales y regionales, es decir, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y dos protocolos facultativos; así como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, incluyendo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que es coherente y recoge los Principios y Derechos Fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

ii. *Coherencia con otras normas y estándares internacionales*: este plan tiene en cuenta los principales estándares o buenas prácticas internacionales en materia de Derechos Humanos; por ejemplo: los Principios de Contratación Responsable de Naciones Unidas, las Líneas Directrices de la OCDE para las Empresas Multinacionales, la Guía de Debida Diligencia de la OCDE para Cadenas de Suministro Responsables de Minerales en las Áreas de Conflicto o de Alto Riesgo los Principios Voluntarios en Seguridad y Derechos Humanos (PV), los Principios de Pacto Global y el estándar ISO 26000, las recomendaciones del Grupo de Trabajo de la OCDE a Colombia y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).

iii. *Enfoque diferencial*: hace referencia a la implementación de acciones del plan basada en el respeto por las minorías vulneradas por prejuicios, prácticas discriminatorias y estigmatizaciones que limitan el ejercicio de los derechos humanos de los grupos étnicos, mujeres, niños y niñas, adolescentes, población LGBTI, personas con discapacidad, movimientos sindicales y otros grupos minoritarios.

iv. *Énfasis territorial*: el Plan Nacional de Acción tiene en cuenta las características sociohistóricas, culturales, ambientales y productivas de los territorios

y sus habitantes a escala regional, departamental y municipal. Precisamente por ello, existe un especial interés en que las empresas que operan en zonas históricamente afectadas por el conflicto armado sean principalmente cuidadas en la gestión de los riesgos de sus actividades económicas, al igual que en las posibles afectaciones a los Derechos Humanos.

v. *Priorización sectorial*: en la implementación del plan prevalecen las situaciones de alteración del orden público; los sectores minero energético, de agroindustria y de infraestructura vial deben ser abordados con prioridad, debido a que generan mayor conflictividad social por sus impactos en Derechos Humanos y el medio ambiente.

vi. *Insumo para el posconflicto y la construcción de paz*: el escenario de posconflicto puede conllevar un aumento de las conflictividades sociales relacionadas con la actividad empresarial; empero, las acciones contempladas en el plan no dependerían de la firma de uno o más acuerdos de paz, ya que se parte del presupuesto que la protección y garantía de los Derechos Humanos se debe dar en todo tiempo y lugar.

vii. *Coordinación y articulación*: la ejecución del Plan Nacional de Acción está coordinada con el Marco de Empresas y Paz, diseñado por la Dirección de Posconflicto junto con la Oficina del Alto Comisionado para la Paz. Este marco contempla un papel más activo por parte de las empresas en las transformaciones positivas que requiere el país, apostando por la debida diligencia y con un enfoque que mantenga la llamada “acción sin daño”<sup>40</sup>. Se destacan las estrategias y programas dirigidos a la promoción de reconciliación de la sociedad colombiana, que requiere un apoyo decidido en los ejercicios de memoria histórica; además de una mayor participación de las empresas en la inserción laboral y productiva de las víctimas del conflicto y las personas en proceso de reinserción.

viii. *Liderazgo compartido de la implementación*: se debe implementar el plan por entidades tanto nacionales como territoriales, con el mayor compromiso de todos los servidores públicos. Por tal motivo, el Gobierno nacional se obliga a fortalecer las capacidades de las entidades locales para la aplicación del plan,

---

40 VELA MANTILLA, MARGARITA MARÍA, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, JULIA ESMERALDA, RODRÍGUEZ PUENTES, ANA LUZ y GARCÍA MUÑOZ, LINA MARÍA. *Acción sin daño como aporte a la construcción de Paz: propuesta para la práctica*, Universidad Nacional de Colombia, Fundación Synergia, Armonía Impresores, noviembre de 2011, disponible en <[http://viva.org.co/PDT\\_para\\_la\\_Construccion\\_de\\_Paz/Accion\\_sin\\_dano/1.%20Acci%C3%B3n%20sin%20da%C3%B1o%20como%20aporte%20a%20la%20construccion%20de%20paz.pdf](http://viva.org.co/PDT_para_la_Construccion_de_Paz/Accion_sin_dano/1.%20Acci%C3%B3n%20sin%20da%C3%B1o%20como%20aporte%20a%20la%20construccion%20de%20paz.pdf)>

y al mismo tiempo las instituciones nacionales deberán asistir a los territorios para su ejecución conjunta. El liderazgo también se comparte mediante alianzas estratégicas con cámaras de comercio, agremiaciones, organizaciones sociales y sindicales y otros actores relevantes para la ejecución del Plan Nacional de Acción. Esta articulación prioriza el proceso de empresas y paz en el ámbito local, teniendo en cuenta los avances existentes hacia la finalización del conflicto armado.

Con base en los anteriores lineamientos, el Estado colombiano, con el objetivo de cumplir con su obligación de *proteger*, el deber de las empresas de *respetar* y la garantía de *remedio* judicial y no judicial en caso de producirse vulneraciones de los Derechos Humanos, estableció un procedimiento de evaluación de la implementación gradual y progresiva de acciones, lineamientos y principios, que se realiza por:

- El Grupo de Trabajo con el apoyo de la Comisión de Expertos, quien se encarga de verificar la implementación de las acciones del plan mediante un mecanismo de evaluación y seguimiento, que este grupo elabora basado en el grado de cumplimiento de los objetivos e indicadores.

- Antes del 1.º de marzo de cada año, todas las instituciones que conforman el plan están obligadas a reportar a la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos sus avances en relación con la implementación de las acciones contenidas en el Plan Nacional de Acción, con el objetivo de que la Consejería pueda consolidar y publicar un informe de seguimiento.

- La Consejería Presidencial para los Derechos Humanos puede convocar a distintos actores (agremiaciones, academia, sociedad civil, entre otros) cuando lo considere necesario para conocer sus opiniones sobre la implementación de este plan<sup>41</sup>.

---

41 De acuerdo con la consejera presidencial para los Derechos Humanos, Paula Gaviria, existe un proceso participativo en el plan, ya que “se realizaron más de 32 foros departamentales con la participación de más de 19.000 líderes sociales, 9.000 organizaciones, y representantes de todos los sectores como empresas, sindicatos, entidades territoriales, academia y órganos de control entre otros”. Cancillería de Colombia. *Cancillería participó en el Diálogo e intercambio de experiencias sobre planes nacionales de acción en Derechos Humanos y Empresas*, 28 de febrero de 2018, disponible en <<https://www.cancilleria.gov.co/newsroom/news/cancilleria-participo-dialogo-e-intercambio-experiencias-planos-nacionales-accion>>

- Cada año se realizarán dos rondas regionales, una en el primer semestre y la otra en el segundo semestre, para verificar la implementación de este plan en el territorio. Estas rondas serán convocadas por la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos con el apoyo del Grupo de Trabajo.
- El Plan Nacional de Acción tiene una validez de tres años, y una vez finalizados se realizará su evaluación final que no podrá extenderse por más de 10 meses.
- Los resultados del seguimiento anual serán publicados en el sitio web que la Consejería Presidencial de Derechos Humanos dispondrá en relación con el Plan Nacional de Acción, y los resultados de la evaluación final serán además presentados a la opinión pública a través de un medio de comunicación de amplia difusión.

Este procedimiento de evaluación de la implementación permite que el Plan Nacional de Acción se encuentre en constante revisión, es decir, este instrumento de política pública es susceptible de modificaciones y ajustes en la medida que el Grupo de Trabajo así lo considere. Según la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, en la evaluación del primer año del plan (2015-2016) se verificó una ejecución del 59 % de las 86 líneas de acción que contiene el plan<sup>42</sup>. En el segundo informe de seguimiento del plan (2017-2018), la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos señaló: “[...] podemos confirmar que, de las 86 acciones de este Plan, el Gobierno ha avanzado en la implementación de 74, lo que corresponde al 86 %”<sup>43</sup>.

A partir de estos aspectos fundamentales del Plan Nacional de Acción es posible hallar diferentes opiniones, evaluaciones y críticas a su implementación; por ello, en los siguientes apartados se analizarán dos visiones: por un lado, la valoración institucional del Estado y, por otro, las manifestaciones de la sociedad civil sobre el cumplimiento del plan.

---

42 Consejería Presidencial para los Derechos Humanos. *Este miércoles, quedó instalada la comisión asesora del Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos y Empresa*, 29 de marzo de 2017, disponible en <<http://www.derechoshumanos.gov.co/Prensa/2017/Paginas/paula-gaviria-comision-asesora-derechos-humanos-empresa-balance.aspx>>

43 Consejería Presidencial para los Derechos Humanos. *Segundo informe de seguimiento del Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos y Empresa 2017-2018*, disponible en <<https://global-naps.org/wp-content/uploads/2018/08/colombia-annual-report-on-nap-implementation-2017-18-espaol.pdf>>

## 2. IMPLEMENTACIÓN DEL PRIMER PLAN NACIONAL DE ACCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y EMPRESA EN AMÉRICA LATINA: CRÍTICAS, AVANCES Y RETOS

El seguimiento e implementación del Plan Nacional de Acción ha sido *multiactor* o *multistakeholder*, esto es, la revisión del cumplimiento de cada uno de los criterios descritos en la Lista de Verificación del Plan se realizó por diferentes instituciones no gubernamentales como International Corporate Accountability Roundtable (en adelante ICAR), European Coalition for Corporate Justice (en adelante ECCJ), Dejusticia, Sustentia Innovación Social, entre otros, quienes llevaron a cabo una amplia investigación documental, así como consultas directas con las organizaciones y actores sociales involucradas en el desarrollo del plan en el contexto nacional; el plan se revisó también por el propio Gobierno con sus informes del 2017 y 2018, presentados por la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos.

Teniendo en cuenta la naturaleza *multiactor*, la evaluación del contenido del Plan Nacional de Acción comporta diferentes avances, críticas y retos que dependen de cada uno de los sectores que se encuentran vinculados a este instrumento de política pública.

### 2.1. IMPLEMENTACIÓN DEL PLAN: UNA EVALUACIÓN DESDE EL ESTADO COLOMBIANO

Según el Gobierno colombiano, el Plan Nacional de Acción tiene diferentes aspectos positivos, pues no solo diseña una política pública que se erigió sobre los tres pilares de los “Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos” de la ONU, además incluyó información relacionada con el seguimiento y la implementación de las acciones futuras planificadas para este plan, es decir, todos los puntos de acción son *prospectivos*; es un instrumento de política pública que es visto como un “Plan de la vida estatal colombiana”, así lo señaló el expresidente Juan Manuel Santos al reconocer que Colombia “[...] fue campeón de la violación de esos derechos humanos”, pero con este instrumento de política pública “[...] nos convertimos en el único país NO europeo que ya cuenta con este Plan”<sup>44</sup>.

---

44 Palabras del presidente Juan Manuel Santos en la presentación del “Informe Nacional de Derechos Humanos 2015” y lanzamiento del “Plan Nacional de Acción sobre Derechos Humanos

Bajo esta idea, el Plan creó unos órganos de “Gobernanza para los Derechos Humanos y las Empresas” que garantizan la articulación interinstitucional y la participación ciudadana; concretamente, identificó qué ministerio, agencia u oficina del Estado es responsable de la implementación de los puntos de acción individuales: i) El Grupo de Trabajo sobre Derechos Humanos y Empresas, creado en 2016, con reglamento propio y conformado por más de 15 entidades del Estado; y ii) la Comisión de Expertos, creada en 2017, con reglamento propio y conformada por gremios, sociedad civil, sindicatos, representantes de la academia, organismos internacionales, iniciativas multiactor y la Defensoría del Pueblo.

También resulta importante que el Plan Nacional de Acción incorporó los estándares internacionales sobre *buenas prácticas* establecidas para las empresas (nacionales o extranjeras que operan dentro del país) en el respeto de los Derechos Humanos. Para ello, el plan se enfocó en varias, aunque no todas, las actividades comerciales que tienen el mayor riesgo o que podrían conducir a violaciones de estos derechos. Asimismo, sobresale la expedición de la Guía de Compras Públicas socialmente responsables y de la política de Derechos Humanos del sector minero energético, entre otros.

Otro aspecto positivo resaltado por el Estado se encuentra en que el Plan Nacional de Acción tiene un enfoque en grupos vulnerables o excluidos; se toma en consideración especialmente a niños, mujeres, pueblos indígenas, personas con discapacidades y personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales (LGBTI). Este enfoque se puede evidenciar en el desarrollo de experiencias de impulso a la implementación del plan en el ámbito territorial, mediante jornadas y mesas de diálogo entre diversos actores locales (organizaciones sociales, empresas y autoridades territoriales) y la promoción de lineamientos de política pública local, principalmente, los talleres de Arauca, Antioquia, Cesar y Valle del Cauca<sup>45</sup>.

---

y Empresas”, del 9 de diciembre de 2015, disponible en <[http://wp.presidencia.gov.co/Noticias/2015/Diciembre/Paginas/20151209\\_07-Palabras-Presidente-Juan-Manuel-Santos-Informe-Nacional-Derechos-Humanos-2015-Plan-Accion-Empresas.aspx](http://wp.presidencia.gov.co/Noticias/2015/Diciembre/Paginas/20151209_07-Palabras-Presidente-Juan-Manuel-Santos-Informe-Nacional-Derechos-Humanos-2015-Plan-Accion-Empresas.aspx)>

45 De acuerdo con el informe de la consultora Sustentia Innovación Social: “[...] en el mes de julio se presentaron en Colombia las conclusiones de los grupos de trabajo multiactor celebrados en el marco del proyecto ‘Capacitación y Diálogo Regional sobre empresa y Derechos humanos en Colombia – Plan Nacional de Acción’. El proyecto se desarrolló entre noviembre de 2015 y julio de 2017, y priorizó tres zonas para dar un primer impulso al trabajo territorial sobre el PNA: Bogotá (ámbito nacional) y Antioquia y Valle del Cauca (ámbito departamental y local). Se incorporó a actores clave provenientes de fuera de las capitales con el objetivo de recibir sus



Los avances en la identificación y diagnóstico de los escenarios y/o mecanismos de acceso a reparación para las víctimas de afectaciones a sus derechos como consecuencia de operaciones empresariales constituyen un aspecto relevante para el Plan Nacional de Acción, pues los Acuerdos de Paz con la guerrilla de las FARC han creado una gran oportunidad para construir una visión compartida de país, y esta visión incluye el respeto y garantía de los Derechos Humanos como requisito imprescindible para la construcción de una paz estable y duradera.

Estos aspectos fueron señalados por el Consejero Presidencial para los Derechos Humanos, Guillermo Rivera, quien a propósito del Plan Nacional de Acción de 2015 manifestó:

[...] Este lanzamiento [del Plan Nacional de Acción] pone a Colombia como el primer país fuera de Europa en contar con una herramienta de esta naturaleza. El Plan es un documento vivo que contiene líneas de acción para que las entidades del Estado generen las condiciones mínimas que hagan que las empresas desarrollen su negocio con absoluto respeto por los derechos humanos<sup>46</sup>.

Otra voz autorizada que evaluó la implementación del Plan Nacional de Acción fue el defensor del pueblo de Colombia<sup>47</sup>, Alfonso Cajiao Cabrera, quien presentó como aspectos positivos: i) La participación tanto del Estado, el sector privado como la sociedad civil, quienes trabajaron de manera articulada para superar las tensiones que generan la relación de las empresas y los Derechos

---

insumos de primera mano. Además se celebraron talleres locales en Turbo (Antioquia) y Buenaventura (Valle del Cauca)". Sustentia Innovación Social. *Documento de conclusiones proyecto Colombia innovación DDHH y Empresa*, disponible en <<http://www.sustentia.com/2017/07/documento-de-conclusiones-proyecto-colombia-innovacion-ddhh-y-empresa>>

46 Periódico *El Tiempo*. Las empresas y los Derechos Humanos. La protección de los derechos humanos no es exclusiva del Estado, también de la sociedad civil. Noticia: 27 de febrero 2016; disponible en <<https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16522398>>

47 El defensor del pueblo de Colombia socializó experiencias sobre Derechos Humanos y empresas el 7 de abril 2016, en el marco del "Foro Internacional sobre los Derechos Humanos en el contexto de las actividades empresariales y el desarrollo sostenible", realizado en la ciudad de Chihuahua, México. El foro internacional se conformó por seis mesas temáticas que abarcan temas relacionados con cambio climático, desigualdad social, lucha contra la pobreza, paz, gobernabilidad, entre otros. Disponible en <<http://www.defensoria.gov.co/es/nube/noticias/5014/Defensor-del-Pueblo-de-Colombia-socializó-experiencias-sobre-derechos-humanos-y-empresas-durante-foro-internacional-Defensor-del-Pueblo-de-Colombia-México-Alfonso-Cajiao-Desarrollo-Medio-ambiente-Eventos-y-actos-públicos.htm>>

Humanos; ii) La voluntad política del Estado y sus aciertos en la implementación de programas concretos que apuntan a prevenir y mitigar las consecuencias negativas de las actividades empresariales para las comunidades y el medio ambiente, así como el fortalecimiento de la participación de la sociedad civil en torno a estos procesos; iii) Indicó que el cumplimiento de estándares internacionales que involucren actividades empresariales y derechos humanos en un país como Colombia “significa no solo superar las prácticas problemáticas existentes sino preparar el terreno para el escenario largo, difícil y complejo que será el posconflicto”<sup>48</sup>.

En ese sentido, la Defensoría del Pueblo de Colombia trabaja en la creación de un grupo interno de trabajo sobre empresas y Derechos Humanos para promover, en el interior de la institución, la aplicación de instrumentos internacionales como los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, aprobados por la ONU.

Para el año 2018, la consejera para los Derechos Humanos de la Presidencia, Paula Gaviria, reconoció que “[...] Colombia fue el primer país no europeo en tener un Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos y Empresa, y hoy es un referente regional en la implementación de la agenda global de derechos humanos y empresas. Ha logrado un avance del 86 % en la implementación de las acciones”<sup>49</sup>.

Según la consejera Gaviria, hay decidido compromiso del sector minero energético al incorporar a sus actividades y operaciones económicas la prevención, la protección y la garantía de los Derechos Humanos con enfoque diferencial y de género<sup>50</sup>, y señaló que el Ministerio de Minas y Energía ha sido un aliado estratégico y líder en la promoción e implementación del Plan Nacional de Acción<sup>51</sup>.

48 *Ibidem*.

49 Consejería Presidencial para los Derechos Humanos. *En empresas y derechos humanos Colombia debe seguir construyendo sobre lo construido*, 2 de agosto de 2018, disponible en <<http://www.derechoshumanos.gov.co/Prensa/2018/Paginas/empresas-derechos-humanos-colombia-contruir-sobre-construido.aspx>>

50 Revista *Kienyke*. El sector minero energético apuesta por DDHH incluyentes, 3 de agosto de 2018, disponible en <<https://www.kienyke.com/noticias/ddhh-incluyentes-en-sector-minero-colombia>>

51 Ministerio de Minas y Energía, “Minminas adopta Política en Derechos Humanos del sector minero energético”, 1 de agosto de 2018, disponible en <<https://www.minminas.gov.co/historico-de-noticias?idNoticia=24026720>>. Ya desde el año 2017, la consejera presidencial para los Derechos Humanos, Paula Gaviria, señaló: “La Minería Bien Hecha, con título y

Así se evidenció con la expedición por el Ministerio de la Resolución 40796 de 2018, que traza los cinco lineamientos, los cuales serán implementados de manera gradual y progresiva:

- *Lineamiento 1:* Articulación interinstitucional e intersectorial para la planeación y ejecución de las acciones del sector minero energético;
- *Lineamiento 2:* Aporte a la sostenibilidad económica regional, empleabilidad, formación para el empleo y reducción de la pobreza y la desigualdad;
- *Lineamiento 3:* Transformación de la conflictividad social a través del relacionamiento constructivo entre el Estado, las empresas minero-energéticas y las comunidades;
- *Lineamiento 4:* Cultura y procesos de formación en Derechos Humanos en la cadena de valor del sector minero energético; y
- *Lineamiento 5:* La transparencia como un factor de competitividad en el sector minero energético, a escala regional y nacional<sup>52</sup>.

Estos lineamientos y sus acciones serán monitoreados por la Oficina de Asuntos Ambientales y Sociales, o quien haga sus veces, que cada seis meses realizará el seguimiento acerca del avance en la implementación de las actividades a cargo de las dependencias del Ministerio, de las agencias y de la unidad administrativa

---

licencia, responsable social y ambientalmente, atrae la inversión, genera empleo y desarrollo sostenible. Todo, bajo el precepto del respeto y la garantía de los derechos humanos en el marco de las operaciones empresariales. Esta es la minería por la que estamos trabajando”, *El Espectador*. Carbón, paz y desarrollo, lleva misión colombiana a Europa, 23 de octubre de 2017. Disponible en <<https://www.elespectador.com/economia/carbon-paz-y-desarrollo-lleva-mision-colombiana-europa-articulo-719535>>; también véase: Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA), Colombia cuenta con política de DDHH en sector minero energético, 1 de agosto de 2018, disponible en <<http://www.anla.gov.co/Noticias-ANLA/Colombia-cuenta-con-pol%C3%ADtica-de-DDHH-en-sector-minero-energ%C3%A9tico>>

52 Para lograr implementar esta política se diseñó un plan de acción a corto, mediano y largo plazo para el sector minero energético, que determine actividades concretas, responsables, tiempos de ejecución, así como también metas e indicadores para cada una de las entidades que conforman el sector. Esta política está dirigida por el Ministerio de Minas y Energía (MME) y las agencias que conforman dicho sector: Agencia Nacional de Minería (ANM), Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH) y la unidad administrativa especial con personería jurídica: Unidad de Planeación Minero-Energética (UPME). Ministerio de Minas y Energía. Política en Derechos Humanos del sector minero energético, disponible en <<https://www.minminas.gov.co/documentos/10180//23517//1533169594747260Pol%C3%ADtica+en+Derechos+Humanos+del+Sector+Minero+Energ%C3%A9tico.pdf>>

especial contemplada dentro de la presente política por medio de los indicadores y metas propuestos en el Plan de Acción.

De acuerdo con el informe de la Comisión Asesora, los grandes retos frente a la implementación, seguimiento y sostenibilidad de esta política son la consolidación de la Comisión Asesora como espacio de participación efectiva, el posicionamiento del Plan Nacional de Acción como herramienta de construcción de paz, el diseño e implementación de una estrategia para fortalecer el impacto territorial del plan, el diseño de la segunda versión del Plan Nacional de Acción 2018-2021, y la elaboración de documentos y recomendaciones para empresas, sociedad civil y Estado<sup>53</sup>.

## 2.2. IMPLEMENTACIÓN DEL PLAN: UNA EVALUACIÓN DESDE LA SOCIEDAD CIVIL Y ALGUNAS ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES

A pesar de ser el Plan Nacional de Acción una gran iniciativa de política pública para proteger los Derechos Humanos frente a las empresas en Colombia, su elaboración, implementación y evaluación, de acuerdo con un sector de la sociedad, civil tienen una serie de cuestionamientos que revelan una realidad: *ser el primer país no europeo en tener un Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos y Empresa no significa tener el mejor instrumento de política pública*, y de no resolverse las debilidades podría verse comprometida la efectividad del plan a largo plazo.

Se cuestiona el propio diseño de la política pública, que carece de una serie de aspectos estructurales básicos: ausencia de una línea base nacional cuyo objetivo principal es facilitar el seguimiento y evaluación de la gestión pública; precariedad en los diagnósticos previos de impacto de la actividad empresarial en los Derechos Humanos para establecer los sectores económicos a priorizar; vacíos en identificación de brechas en la legislación y las políticas públicas sobre Derechos Humanos y empresas; deficiencias en el proceso de elaboración *multiactoral* (falla en consultas públicas, en transparencia, en participación de víctimas); entre otras. Para ilustrar estas debilidades del plan, veamos algunas de ellas:

---

53 Comisión Asesora del Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos y Empresas, disponible en <<http://www.derechoshumanos.gov.co/Prensa/2018/Documents/derechos-humanos-empresas/1.3%20%20Balance%20Comisi%C3%B3n%20Asesora.pdf>>

i. *Mecanismos de “participación efectiva” de la sociedad civil*: el plan carece de consultas previa y significativa con las comunidades afectadas y la sociedad civil en general, de ahí que el diseño del instrumento de política pública en el marco de un proceso integral de participación se encuentra limitado cualitativa y cuantitativamente<sup>54</sup>, pese a que el plan fue alimentado por talleres territoriales<sup>55</sup> y encuentros intersectoriales que tuvieron por objetivo socializar el marco internacional de empresas y Derechos Humanos, así como recoger los aportes de quienes asistieron a tales eventos. Este ejercicio fue una simple *socialización*; se requiere la construcción en conjunto del instrumento de política pública, con los diagnósticos sobre las problemáticas a las que se ve enfrentada la población, además de las repercusiones en el medio ambiente, salud, trabajo, etc., o cualquier violación de derechos producto de la actividad empresarial.

Para determinar los objetivos y las líneas de acción del plan es necesario establecer quiénes, bajo qué mecanismos y cuándo se deben asumir tales políticas. También resulta cuestionable la escasa inclusión de sectores o minorías de la sociedad desprotegidas y en riesgo; una participación efectiva e integral exige que sean incluidas comunidades indígenas, comunidades afrodescendientes, campesinos, desplazados por el conflicto interno y otras comunidades afectadas.<sup>56</sup> En tal contexto, el Plan 2015-2018 se construyó sobre un gran vacío en diagnósticos referidos al impacto y violaciones a los Derechos Humanos como consecuencia de las actividades empresariales en los territorios de estas comunidades; muy especialmente se desconoce el impacto de estas actividades en el marco del conflicto armado.

---

54 En su construcción, según la organización no gubernamental Tierra Digna, el Plan Nacional de Acción tuvo deficiencias metodológicas, pues fue restringida la participación de la sociedad civil y, en particular, de las comunidades afectadas. Véase Tierra Digna. Perlas del Plan Nacional de Acción de Empresas y Derechos Humanos, disponible en <<http://tierradigna.org/2016/03/09/las-7-perlas-del-plan-nacional-de-accion-de-empresas-y-derechos-humanos>>

55 Centro de Estudios de Derecho (DeJusticia), European Coalition for Corporate Justice (ECCJ), en sus evaluaciones de los planes de acción nacionales existentes sobre empresas y Derechos Humanos, hace un análisis del caso colombiano. Disponible en <<https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/08/NAP-Assessment-Aug-2017-FINAL.pdf>>

56 The International Corporate Accountability Roundtable (ICAR), European Coalition for Corporate Justice (ECCJ) y el Centro para el Estudio de la Ley, la Justicia y la Sociedad (Dejusticia). Evaluación de los Planes Nacionales de Acción (PNA) sobre Empresas y Derechos Humanos-2017, Informe de evaluación de los Planes Nacionales de Acción, agosto 22 de 2017; disponible en <<https://www.dejusticia.org/publication/dejusticia-el-icar-y-el-eccj-actualizan-evaluacion-del-plan-nacional-de-accion-de-negocios-y-ddhh-de-colombia-2>>

ii. *Precariedad del enfoque territorial*: se desconocen las condiciones propias de cada territorio en cuanto a su grado de vulnerabilidad poblacional y ambiental; cualquier intervención no atenderá a las necesidades de estos contextos socio-geográficos. Esta situación se agrava con la falta de diagnósticos previos a la implementación del plan<sup>57</sup>. Problema que también se extiende a la aplicación de los Acuerdos de Paz, pues el Estado colombiano deberá tener en cuenta los riesgos potenciales de la actividad empresarial para los Derechos Humanos antes de realizar titulaciones, licencias, contratos de cualquier proyecto de inversión. Aquí de nuevo tiene consecuencias negativas la falta de participación de todos los territorios, en especial aquellos donde hay presencia de empresas cuya operación tiene un alto impacto en los Derechos Humanos y en la aplicación de los Acuerdos de Paz.

Dado el contexto histórico de violencia en Colombia, con el fin de contribuir en la búsqueda de la paz, sería recomendable que se hiciera en el plan una declaratoria de la inviabilidad de determinadas zonas del posconflicto para realizar cualquier actividad económica que pueda generar un ambiente de tensión frente a la disponibilidad de recursos naturales, la modificación de ecosistemas y la interrupción de tejidos culturales y sociales que se han venido rescatando o construyendo.

iii. *Mecanismos de implementación del Plan*: no obstante que las políticas públicas, en especial las líneas de acción para la materialización del Plan, son relativamente claras, es imperativo mejorar la comunicación entre los diferentes actores: instituciones del Estado, empresas y población civil. Para ello, según el informe de la consultora Sustentia Innovación Social, se debe mejorar lo siguiente: la ausencia de espacios confiables para el diálogo que permitan atender la vulneración de derechos; la ausencia de mecanismos de resolución de conflictos; espacios confusos de roles y responsabilidades de empresas y Estado; mecanismos de quejas y reclamos insuficientes para el acceso a remedio; y la percepción por parte de las comunidades de acciones coordinadas entre el Estado y las empresas.

iv. *Derechos Humanos como un “ventaja competitiva”*: dentro de los objetivos específicos y como una política pública de las líneas de acción del Plan Nacional se señaló que potenciar y respetar los Derechos Humanos significa una *ventaja competitiva* empresarial; de esta forma, los Derechos Humanos representan un

---

57 Tierra Digna. Perlas del Plan Nacional de Acción de Empresas y Derechos Humanos..., cit.

incentivo económico para la empresa<sup>58</sup>. Esta forma de entender los Derechos Humanos evidencia la ausencia o el desconocimiento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que interpretan que la protección y el respeto de estos derechos son una obligación. Así, la Constitución Política de Colombia establece en su artículo 333: “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. [...] La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones”.

La *ventaja competitiva* empresarial se expresa también cuando el Plan Nacional de Acción señala que “[...] es un marco que da respuesta a las necesidades de las empresas inversoras”<sup>59</sup>; aquí se evidencia que la prioridad del Estado es crear un escenario propicio para atraer flujo de inversiones y capitales hacia el país, dejando en un segundo plano la obligación que tienen las empresas de contribuir con el respeto de los Derechos Humanos.

Este enfoque es netamente económico; entender que los Derechos Humanos representan un simple “incentivo económico” para la empresa resulta más problemático al verificar que el Plan Nacional de Acción no prevé ningún mecanismo para los eventos en que las empresas no tomen ninguna acción frente a los impactos negativos ocasionados por su actividad, lo cual deja un

58 La organización no gubernamental Tierra Digna señaló: “[...] la ‘ventaja competitiva’ significa que los derechos humanos son una especie de incentivo económico para las empresas en vez de ser un prerrequisito y una condición para su operación en territorios”. Panorama. La ONG Tierra Digna habla en la ONU sobre empresas y derechos humanos en Colombia, 14 de noviembre de 2016, disponible en <<http://panorama.ridh.org/la-ong-tierra-digna-habla-en-la-onu-sobre-empresas-y-derechos-humanos-en-colombia>>

59 En comunicado de la sociedad civil, concretamente las siguientes organizaciones firmantes: Asociación Ambiente y Sociedad, Asociación Minga, Centro de Estudios para la Justicia Social Tierra Digna, Colombia Punto Medio, Comisión Intereclesial de Justicia y Paz, Comité Ambiental en Defensa de la Vida, Equipo Jurídico Pueblos, Foro Interétnico Solidaridad Chocó (FISCH), Fundación Comité de Solidaridad con los Presos Políticos, Greenpeace Colombia, Grupo de investigación geo-ambiental Terrae, Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz (Indepaz), Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos (ILSA), Observatorio de Expansión Minero-Energética y Re-Existencias, Pensamiento y Acción Social (PAS), SOS Ambiental, han criticado esta visión económica del deber de las empresas de respetar los Derechos Humanos. Asociación Ambiente y Sociedad. Comunicado de la sociedad civil colombiana frente a la política pública sobre Derechos Humanos y Empresa del Gobierno de Colombia, 13 de julio de 2016, disponible en <<http://www.ambienteysociedad.org.co/es/comunicado-de-la-sociedad-civil-colombiana-frente-a-la-politica-publica-sobre-derechos-humanos-y-empresa-del-gobierno-de-colombia>>

gran margen para la impunidad. Aún más reprochable es que el Plan no designe a una autoridad para supervisar estos impactos: solamente delega en las propias empresas la recepción de quejas y reclamos sobre los impactos adversos en los Derechos Humanos, el seguimiento de los avances en mitigación de impactos negativos y la evaluación de impactos posibles o existentes de su actividad sobre las personas y sobre el medio ambiente; en esta lógica del plan se desconoce el *principio pro-víctima*.

v. *Mecanismos de reparación o remediación*: los mecanismos utilizados para remediar integralmente a las víctimas de violaciones por la presencia de actividades empresariales que deben tener un carácter *efectivo y reparador* son cuestionados por su idoneidad, ya que la historia de Colombia evidencia que los mecanismos judiciales y no judiciales de acceso a la justicia en muchos casos son espacios de “cooptación y corrupción”, que parten de una errada idea de que los Derechos Humanos son negociables. Esta concepción histórica da prevalencia a los intereses económicos empresariales, que se fortalecen con la precariedad de mecanismos e instituciones que garanticen procesos de reparación de las víctimas, lo que deja en una situación de total indefensión y aislamiento a las comunidades frente a las violaciones de sus derechos por las actividades de las empresas.

El respeto a los Derechos Humanos por las empresas no es una cuestión negociable, el problema no reside exclusivamente en el cumplimiento de leyes o la Constitución por parte de las empresas, aquí el reto es asegurar el cumplimiento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Sistema Interamericano. La responsabilidad de las empresas no se trata de solidaridad, sino que es deber de todos frente al respeto de los Derechos Humanos. Vale la pena un enfoque de mecanismos voluntarios que tenga en cuenta conflictos, que trascienda derechos individuales (es decir, que reconozca derechos de las comunidades étnicas colombianas). El reto de la resolución no judicial de las controversias en Derechos Humanos se encuentra en el gran peso e interés que tienen las empresas, particularmente las transnacionales; aquí está la verdadera cuestión.

Finalmente, el segundo Informe de seguimiento del Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos y Empresas 2017-2018, según lo señalado por la consultora Sustentia Innovación Social<sup>60</sup>, presenta los siguientes retos:

---

60 El documento recoge diversas opiniones que se manifestaron por parte de los participantes. Esto significa que incluye informaciones y propuestas con visiones distintas e incluso contrarias



- *Fortalecimiento de la capacidad institucional para proteger los Derechos Humanos*: se evidencia una débil apropiación de este plan por parte de diferentes instituciones, tanto nacionales como territoriales. Es necesario socializar la Directiva 001 del 25 de marzo de 2014 de la Procuraduría General de la Nación.

- *Fortalecimiento de las garantías para la participación de la sociedad civil en la implementación y seguimiento al Plan*: algunas organizaciones no gubernamentales no hicieron parte de la Comisión Asesora aduciendo falta de garantías para la participación efectiva.

- *Participación de cada uno de los sectores económicos en la implementación del Plan debe ser una prioridad*: resulta indispensable que los sectores económicos participen en esta política, para comprender las dinámicas sectoriales y territoriales, y precisar las mejores fórmulas en la gestión compartida de los riesgos en Derechos Humanos.

- *Fortalecimiento del acceso en condiciones de igualdad a los mecanismos judiciales y no judiciales de reparación*: se deben reforzar los canales de acceso a la justicia; por esto, se requiere un mayor esfuerzo del sector justicia por fomentar los conocimientos en las principales problemáticas asociadas a las empresas y los Derechos Humanos.

- *Ausencia de un mecanismo detallado de evaluación y seguimiento basado en indicadores*: el desarrollo de este mecanismo no fue posible debido a que la elaboración del plan no estuvo precedida por una línea base que permitiera identificar y contrastar los riesgos de Derechos Humanos frente a los criterios normativos para su protección en Colombia<sup>61</sup>.

---

sobre los problemas, o sobre las soluciones a los mismos recogiendo esta riqueza para que sirva de insumo a un trabajo posterior. No se requería acuerdo o consenso a los participantes. El proyecto asumió las prioridades de los actores de cada zona geográfica, identificadas en el taller de mayo 2016, y se constituyó así 5 grupos temáticos para sus debates en las sesiones de los Talleres posteriores. Sustentia Innovación Social. Retos nacionales y territoriales para la implementación del Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos y Empresa, Documento de Análisis Transversal de Conclusiones del proyecto Capacitación y Diálogo regional sobre Empresas y Derechos Humanos en Colombia - Plan Nacional de Acción, disponible en <<http://www.sustentia.com/wp-content/uploads/2018/02/Conclusiones-de-Proyecto-Retos-territoriales-implementaci%C3%B3n-PNA-17072017.pdf>>

61 La línea base es un conjunto de indicadores estratégicos seleccionados que permiten hacer seguimiento, evaluación y rendición de cuentas a políticas públicas, planes, programas y proyectos. Su característica principal es que permite comparar los logros o avances que se hayan hecho respecto a un año de referencia. Consejería Presidencial de Derechos Humanos. *Segundo informe de seguimiento del Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos y empresas, 2017-2018*, disponible

## 3. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Una vez presentadas las diferentes visiones sobre la implementación del Plan Nacional de Acción es posible concluir que ser el primer país no europeo en presentar un instrumento de políticas públicas para proteger, respetar y remediar los Derechos Humanos no significa que Colombia encontró la solución *definitiva* a los problemas de estos derechos en sus relaciones con las empresas que operan en el territorio colombiano, pues el plan como un instrumento de política pública tan solo representa un punto de partida que permite el diálogo entre los titulares de los derechos afectados, la acción del Estado colombiano y las actividades empresariales. De ahí que el plan debe ser entendido como una vía complementaria a otros mecanismos como el *proyecto de Tratado Vinculante* de la Naciones Unidas, los *Códigos de buenas prácticas* de la OCDE y la OIT, e incluso la responsabilidad social empresarial.

Tal como lo denomina Rodríguez Garavito, el gran reto del “ecosistema” de regímenes jurídicos plurales y complejos que regulan las relaciones entre Derechos Humanos y Empresa se encuentra en “[...] 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”<sup>62</sup>.

Este plan es un puente que contribuye a cerrar esta brecha; sin embargo, requiere mejoras para el futuro. Por ello, el Gobierno colombiano deberá construir el siguiente Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos y Empresas (2019-2021) sobre:

- la participación efectiva e incidencia de las comunidades locales y de las autoridades territoriales, muy especialmente aquellas afectadas por el conflicto colombiano;

---

en <<http://www.derechoshumanos.gov.co/observatorio/publicaciones/Documents/2018/Informe%20seguimiento%20PNA%20E%20y%20DDHH%202018.pdf>>

62 RODRIGUEZ GARAVITO, CÉSAR. El encuentro entre la gobernanza global y las empresas y los Derechos Humanos. Debates conceptuales y alternativas regulatorias. En: *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*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), 2018, p. 29.

- la promoción y facilitación de procesos de diálogo social intercultural con un enfoque diferenciado no solo étnico, además de género pro-víctimas;
- el fortalecimiento de las funciones de las instituciones de vigilancia y control respecto de las actividades empresariales para cumplir con el Acuerdo de Paz;
- la regulación de obligaciones directas de respeto para las empresas, que no se limiten a la *debida diligencia*; el reto es repensar cómo hacer responsables a las empresas por sus violaciones de Derechos Humanos en el conflicto armado; y
- las medidas que complementen los principios y mecanismos voluntarios con exigencias de derecho duro que protejan efectivamente los Derechos Humanos, es decir, no se puede olvidar otros desarrollos prometedores a largo plazo, como la iniciativa de un tratado vinculante en el marco de la ONU.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSO MONROY, MARÍA PAULA. Empresas y Derechos Humanos: una responsabilidad en construcción, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 43, n.º 118, 2013.
- BAYLOS, ANTONIO. Un instrumento de regulación. Empresas transnacionales y acuerdos marco globales, *Cuadernos de relaciones laborales*, vol. 27, n.º 1, 2009.
- BERNAZ, NADIA. *Business and human rights: History, Law and Policy-bridging the accountability gap*, Routledge, 2016.
- CANTÚ RIVERA, HUMBERTO. Planes de acción nacional sobre empresas y derechos humanos: sobre la instrumentalización del derecho internacional en el ámbito interno, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVII, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- La OCDE y los derechos humanos: el caso de las Directrices para Empresas Multinacionales y los Puntos de Contacto Nacional, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 15, 2015.
- CLAPHAM, ANDREW and JERBI, SCOTT. Categories of corporate complicity in human rights abuses, *Hastings International & Comparative Law Review*, vol. 24, 2000.
- DE SCHUTTER, OLIVIER (ed.). *Transnational corporations and human rights*, Bloomsbury Publishing, 2006.
- ESTRADA TANCK, DOROTHY. *Régimen jurídico internacional de las empresas transnacionales en la esfera de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2005.

- FERRAJOLI, LUIGI. *¿Es posible una democracia sin Estado? Razones jurídicas del pacifismo*, ed. G. PISARELLO, Madrid, Trotta, 2004.
- FARÍA, JOSÉ EDUARDO. *El derecho en una economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001.
- FARRELL, NORMAN. Attributing criminal liability to corporate actors: some lessons from the international tribunals, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, n.º 3, 2010.
- FRIEDMAN, MILTON. *The social responsibility of business is to increase its profits. Corporate ethics and corporate governance*, Berlin, Heidelberg, Springer, 2007.
- GOS, TATIANA. La ‘responsabilidad de respetar’ los Derechos Humanos y el establecimiento del deber de debida diligencia como una obligación legal para las industrias extractivas: desafíos y oportunidades en las Américas, *American University International Law Review*, vol. 32, n.º 4, 2016.
- GONZÁLEZ MUÑOZ, CARLOS ANDRÉS. Diálogos de paz Gobierno-FARC-EP y las oportunidades para la paz en Colombia, *Estudios Políticos*, n.º 46, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, 2015.
- GÜNTHER, KLAUS. Pluralismo jurídico y Código Universal de la Legalidad: la globalización como problema de Teoría del Derecho, *Anuario de Derechos Humanos*, nueva época, vol. 4, 2003.
- HANLON, JOSEPH. *Independent Expert Study Group on the Evaluation of the Application and Impact of Sanctions Against South Africa*, South Africa: The Sanctions Report-Documents and Statistics, London, Commonwealth Secretariat, 1990.
- HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, JUAN. *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa: de la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales*, ed. Hegoa, Observatorio de las Multinacionales en América Latina y la UPV/EHU, 2009.
- JERBI, SCOTT. Business and Human Rights at the UN: What Might Happen Next?, *Human Rights Quarterly*, vol. 31, n.º 2, 2009.
- JESSBERGER, FLORIAN. On the Origins of Individual Criminal Responsibility under International Law for Business Activity: IG Farben on Trial, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, n.º 3, 2010.
- KAUFMANN, JOHAN y SCHRIJVER, NICO. Changing Global Needs: Expanding Roles for the United Nations System, *The Academic Council on the United Nations System, Reports and Papers*, 1990-5.

- KRAMER, MARK y PORTER, MICHAEL. Estrategia y sociedad: el vínculo entre ventaja competitiva y responsabilidad social corporativa, *Harvard Business Review*, vol. 84, n.º 12, 2006.
- NOLAN, JUSTINE. Refining the Rules of the Game: The Corporate Responsibility to Respect Human Rights, *Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 30, n.º 78, February 2014.
- MUJICA PETIT, JAVIER. Desarrollo internacional de las obligaciones legales de las empresas respecto de los Derechos Humanos, *Revista de la Facultad de Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, vol. 64, 2010.
- PARIOTTI, ELENA. International soft law, human rights and non-state actors: towards the accountability of transnational corporations?, *Human Rights Review*, vol. 10, n.º 2, 2009.
- RASCHE, ANDREAS. A Necessary Supplement – What the United Nations Global Compact Is and Is Not”, *Business & Society*, vol. 48, n.º 4, 2009.
- RETTBERG, ANGELIKA y RIVAS, ÁNGELA. *El sector empresarial y la construcción de paz en Colombia: entre el optimismo y el desencanto*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2012.
- RODMAN, KENNETH A. ‘Think globally, punish locally’: nonstate actors, multinational corporations, and human rights sanctions, *Ethics & International Affairs*, vol. 12, 1998.
- RODRIGUEZ GARAVITO, CÉSAR. El encuentro entre la gobernanza global y las empresas y los Derechos Humanos. Debates conceptuales y alternativas regulatorias. En *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*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), 2018.
- RUGGIE, JOHN. Business and Human Rights: The Evolving International Agenda, *American Journal of International Law*, vol. 101, 2007.
- SABOGAL AGUILAR, JAVIER. Aproximación y cuestionamientos al concepto de responsabilidad social empresarial, *Revista Facultad de Ciencias Económicas: Investigación y Reflexión*, vol. 16, n.º 1, 2008.
- SALZMAN, JAMES. Decentralized Administrative Law in the Organization for Economic Cooperation and Development, *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, n.º 3 y 4.
- SASSEN, SASKIA. *Losing control? Sovereignty in the age of globalization*, Columbia University Press, 1996.

SULLIVAN, RORY and ROBINSON, MARY (eds.). *Business and human rights: dilemmas and solutions*, Routledge, 2017.

VELA MANTILLA, MARGARITA *et alri*. *Acción sin daño como aporte a la construcción de paz: propuesta para la práctica*, Universidad Nacional de Colombia, Fundación Synergia, Armonía Impresores, noviembre de 2011.

WILLETTS, PETER. *Political globalization and the impact of NGOs upon transnational companies*, *Companies in a world of conflict: NGOs, sanctions and corporate responsibility*, 1998.



LUIZ CARLOS SILVA FARIA JR.\*

CAPÍTULO 7

*Planos nacionais de ação sobre empresas e Direitos  
Humanos: por uma abordagem interseccional*





## RESUMO

O cenário de agravamento das relações econômico-territoriais na América Latina, com um número cada vez maior, de casos cada vez mais graves de violações de Direitos Humanos por empresas demanda um debate capaz de compreender as múltiplas camadas de atravessamento de violências que se verifica nessas violações de Direitos. Por conta desse quadro de múltiplos atravessamentos de violências de gênero, raça, classe sociais e sexualidades que a interseccionalidade se apresenta como instrumento analítico adequado para investigar os casos concretos de violação e Direitos Humanos, bem como o processo de elaboração de Planos Nacionais de Ação sobre Empresas e Direitos Humanos, que possuem o condão de desenvolver e implementar políticas públicas para evitar e responsabilizar empresas por violações de Direitos.

*Palavras-chave:* Empresas e Direitos Humanos; Plano Nacional de Ação; Interseccionalidade.

## NATIONAL ACTION PLANS ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS: FOR AN INTERSECTIONAL APPROACH

### ABSTRACT

The scenario of worsening economic and territorial relations in Latin America, with an ever-increasing number of increasingly serious cases of human rights violations by companies, demands a debate capable of understanding the multiple layers of violence that occur in these violations of rights. Because of the multiple crossings of gender, race, social class and sexuality violence, intersectionality presents itself as an adequate analytical tool to investigate the concrete cases of violation and human rights, as well as the process of elaborating National Action Plans on Business and Human Rights, which have the power to develop and implement public policies to avoid and hold companies accountable for violations of Rights.

*Key words:* Business and Human Rights; National Plan of Action; Intersectionality

---

\* Doutorado em andamento na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro em Teoria do Estado e Direito Constitucional. Pesquisador associado ao Homa – Centro de Direitos Humanos e Empresas da UFJF. Professor Adjunto da Faculdade do Sudeste Mineiro (Facsum). Orcid ID: <<https://orcid.org/0000-0001-9545-5435>>

## INTRODUÇÃO

A realização de uma análise da história do século XX já nos permite perceber que este foi um século de profundas transformações na esfera internacional. O mundo passou por duas grandes guerras que reestruturaram as relações de poder, por cruéis processos de guerras de colonização e de libertação na África que provocaram o surgimento de novos Estados, e de organizações internacionais que tem como missão reger as relações entre estes Estados e os demais atores internacionais.

Novos atores despontaram como relevantes às relações internacionais, como as Organizações Internacionais, as Empresas Transnacionais, grupos paramilitares, as Organizações Não-Governamentais de projeção global e os Blocos Econômicos Regionais. E o Direito Internacional teve que se adaptar a essa nova realidade, apesar de ainda estar muito longe da compreensão ideal do papel dos atores não-estatais nas relações econômicas e políticas globais e do seu papel na manutenção das relações assimétricas de poder que se projetam nas vidas dos indivíduos nos mais diversos eixos, como no caso da intransponível “global colour line”<sup>1</sup>.

A segunda metade do século XX comportou, além dos processos de descolonização da África, os efeitos e consequências das guerras mundiais da primeira metade, com a ascensão de dois polos político-econômicos, representados pelo capitalismo em sua vocação global, e o socialismo real em seu processo de internacionalização. Neste conflito de pretensões mundiais, a palavra “globalização” começou a povoar os discursos políticos, programas institucionais e trabalhos acadêmicos em meados da década de 1960, sendo utilizada com as mais diversas significações e propósitos. Neste mesmo período, desponta como ente fundamental para a empreitada global capitalista, ao lado da alternativa imperialista, a empresa transnacional, se aproveitando dos processos de transnacionalização do Estado e da produção<sup>2</sup> e ganhando poder político e econômico na esfera internacional.

Diante dos processos revolucionários de independência das colônias na África, das guerras no Oriente Médio e no sudoeste asiático, a alternativa

---

1 ANIEVAS, ALEXANDER, MANCHANDA, NIVI y SHILLIAM, ROBBIE (eds.). *Race and Racism in International Relations: Confronting the Global Colour Line*, Nova Iorque, Routledge, 2015.

2 COX, ROBERT W. *Social Forces, States and World Orders: Beyond International Relations Theory*. Em KEOHANE, ROBERT O. (ed.). *Neorealism and its critics*, Nova Iorque, Columbia University Press, 1986.

imperialista tornou-se cada vez mais financeiramente dispendiosa e novos sujeitos políticos progrediram a partir da estratégia capitalista de dominar socioeconomicamente os territórios, dinâmica agravada com o enfraquecimento do bloco soviético.

Assim, a atividade empresarial translocalizada se torna um dos principais arautos da eficiência produtiva pregada pelo bloco capitalista e agente de infiltração do modo de produção, tendo permitido à acumulação de capital atingir níveis nunca antes vistos.

Com o fim da Guerra Fria e o esfacelamento da União Soviética, o modelo capitalista prevaleceu e os debates sobre a globalização ganharam ainda maior destaque, com a apropriação das suas categorias pelo modo de produção capitalista, e a transformação da empresa transnacional em sinal do avanço da modernidade e do desenvolvimento pelo mundo.

De maneira contrária ao imperialismo, que tem como premissa a disparidade, assimetria e subjugação de um Estado pelo outro<sup>3</sup> a globalização, representada pelo fenômeno da empresa translocalizada, traria o desenvolvimento e poria fim à desigualdade e assimetria. No entanto, esse discurso do progresso feito pelos entusiastas da globalização capitalista ou neoliberal<sup>4</sup>, vem se mostrando incorreto com o passar dos anos.

Desde a década de 1960, a atividade empresarial transnacional já mostrava a existência de efeitos negativos, como a prática de atividades violadoras de Direitos Humanos, direitos básicos de indivíduos e comunidades em todo o mundo, e por causa desses efeitos, já na década de 1970 surgiu na ONU uma preocupação com a relação das atividades das empresas transnacionais e a proteção dos Direitos Humanos, capitaneada por alguns países do dito terceiro mundo e por algumas organizações de defesa dos Direitos Humanos.

Na década de 1990, com a multiplicação deste modelo de empresa e de seus projetos transfronteiriços, também aumentou a preocupação e combate

---

3 De acordo com Cohen, o imperialismo seria “tipo de relações internacionais caracterizadas por uma assimetria particular – a assimetria de dominação e dependência. [...] O imperialismo refere-se àquelas relações particulares entre nações inerentemente desiguais que envolvem subjugação efetiva, o exercício real da influência sobre o comportamento”. (COHEN, 1976, p. 20). Ver também: GARCIA, ANA SAGGIORO. Hegemonia e Imperialismo: Caracterizações da Ordem Mundial Capitalista após a Segunda Guerra Mundial. In: *Contexto Internacional*, vol. 32, n.º 1. Rio de Janeiro, 2010, pp. 155-177.

4 ARAGÃO, DANIEL MAURÍCIO CAVALCANTI DE. *Responsabilidade como Legitimação: Capital Transnacional e Governança Global na Organização das Nações Unidas*. Tese (doutorado), Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Instituto de Relações Internacionais, 2010.

às violações de Direitos Humanos pelas atividades empresariais, começando a se construir uma tímida aliança para proteção e defesa dos Direitos Humanos.

No entanto, todo o processo de produção acadêmica e de articulação política para proteção de Direitos Humanos diante das atividades das empresas, seja ele institucional na ONU ou através de redes construídas na sociedade civil, avançou muito pouco na análise do fenômeno empresarial transnacional a partir de uma abordagem interseccional que o vê do lugar dos sujeitos e sujeitas racializados/as e genderizados/as, do lugar do desprivilégio, da violência e da opressão.

Esse trabalho busca apontar a necessidade de uma abordagem interseccional para o campo político-acadêmico dos Direitos Humanos e Empresas a partir da análise dos processos de elaboração de Planos Nacionais de Ação, principalmente na América Latina. Essa dinâmica foi escolhida pelo seu papel determinante na composição do quadro regional de proteção aos Direitos Humanos em relação a atividades empresariais, além de ser um processo em andamento.

Primeiramente, pretende-se apresentar a discussão em torno da utilização da Interseccionalidade como ferramenta de análise conforme proposto por Hill Collins e Bilge<sup>5</sup> e ressaltar o seu potencial para a definição de políticas públicas.

Posteriormente, será introduzida a dinâmica política internacional por nós definida como agenda internacional sobre Direitos Humanos e Empresas, trazendo uma narrativa histórica e localizando os processos em andamento internacionalmente.

A seguir, buscar-se-á apresentar o projeto que orienta a elaboração de Planos Nacionais de Ação sobre Empresas e Direitos Humanos e como eles se inserem no contexto latino americano, apontando a maneira como estes lidam com questões relativas às opressões e violências institucionais, para, por fim, explicitar a necessidade de uma abordagem interseccional na elaboração dessas políticas.

## I. INTERSECCIONALIDADE COMO FERRAMENTA DE ANÁLISE SOCIAL

O início do século XXI viu o termo interseccionalidade ser adotado indiscriminadamente por acadêmicos e acadêmicas, e por múltiplas formas de militância.

---

5 HILL COLLINS, PATRICIA y BILGE, SIRMA. *Intersectionality*, Cambridge, Polity, 2016.

A Academia, nas suas áreas mais tradicionais, como Direito, História e Ciência Política passaram a utilizar o termo com frequência.

Isso produziu uma heterogeneidade no uso do conceito e uma dissolução de seu conteúdo, sendo necessário realizar um esforço teórico para definir de qual forma será utilizado o termo interseccionalidade.

Surgido a partir das análises sociais de Kimberle Crenshaw<sup>6</sup>, o conceito de interseccionalidade ganhou destaque com a sua utilização por outras teóricas negras estadunidenses, como Patrícia Hill Collins<sup>7</sup>. Esta autora, em seu mais recente livro “Intersectionality”, também assinado por Sirma Bilge, tenta sistematizar a compreensão do conceito e aponta-lo como uma ferramenta de análise, superando a dicotomia entre teoria e prática:

Interseccionalidade é uma forma de entender e analisar a complexidade no mundo, nas pessoas e das experiências humanas. Os eventos e condições da vida social, política e do ser dificilmente podem ser entendidas como formadas por um fator. Elas são geralmente formadas por muitos fatores de formas diversas e que se influenciam mutuamente. Quando se tratam de desigualdades sociais as vidas das pessoas e as organizações do poder em uma sociedade são melhores entendidas não como formadas por um singular eixo de divisão social, seja gênero, raça ou classe, mas por vários desses eixos que trabalham juntos e influenciam um ao outro. Interseccionalidade é uma ferramenta analítica que oferece uma melhor forma de acessar a complexidade do mundo e de si mesmas. (Tradução própria)<sup>8</sup>.

Acadêmicos envolvidos com a prática social e ativistas frequentemente estão na linha de frente para a resolução de problemas sociais estruturados sobre complexas desigualdades, o que os predispõe a utilizar a interseccionalidade como ferramenta prática. Para estes atores sociais, a interseccionalidade não é só uma investigação teórica, mas uma importante estratégia para o trabalho da justiça social.

A perspectiva interseccional rejeita a ideia de que a teoria é superior à prática ou o contrário. Nela, não há simplesmente a aplicação de teorias a problemas

---

6 CRENSHAW, KIMBERLE. Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, *University of Chicago Legal Forum*, vol. 1989, n.º 1, 1989.

7 HILL COLLINS, PATRICIA. Towards a New Vision: Race, Class and Gender as Categories of Analysis and Connection. In *Race, Sex and Class*, vol. 1, n.º 1, 1993.

8 HILL COLLINS y BILGE, ob. cit., p. 2.

práticos, mas a utilização de conhecimentos aprendidos na vida cotidiana para informar a teoria. Não há separação entre teoria e prática de forma que a prática serviria apenas para aplicar as teorias, mas a teoria e o conhecimento prático estariam intimamente ligados, informando-se mutuamente.

Dessa forma, compreende-se que a interseccionalidade possui um grande potencial enquanto estratégia de análise para resolução de problemas colocados pela realidade concreta, a partir da perspectiva de grupos subalternizados, e para o planejamento de ações e de políticas públicas, como os Planos Nacionais de Ação sobre Empresas e Direitos Humanos, realizando uma ligação entre teoria e prática com alto potencial de empoderamento.

Work ‘at the intersections’ is an analytical strategy, an approach to understanding human life and behavior rooted in the experiences and struggles of disenfranchised people. It is also an important tool linking theory with practice that can aid in the empowerment of communities and individuals<sup>9</sup>.

Apesar do seu grande potencial transformador como ferramental de análise da realidade, a interseccionalidade também demanda uma relação com a materialidade a partir da compreensão da existência de estruturas de opressão que atravessam as experiências individuais e coletivas e são constitutivas da sociedade moderna, especialmente das sociedades latino-americanas que possuem sua base nos processos colonial, escravocrata e patriarcal.

Assim, a utilização das categorias de análise da interseccionalidade, tal como raça, gênero e classe demanda uma compreensão específica da sociedade a partir dos múltiplos eixos de violência estrutural e de subalternização histórica de determinados grupos na formação social das Américas principalmente<sup>10</sup>.

Isto posto, parte-se para a análise da agenda internacional sobre Direitos Humanos e Empresas e do processo de introdução da agenda normativa na América Latina a partir da recente elaboração de Planos Nacionais de Ação sobre Empresas e Direitos Humanos em países da região.

---

9 DILL, BONNIE THORNTON. Work at the Intersections of Race, Gender, Ethnicity, and Other Dimensions of Difference in Higher Education, *Connections: Newsletter of the Consortium on Race, Gender, and Ethnicity*, n.º 6, 2002, p. 6.

10 HILL COLINS, ob. cit.

## 2. AGENDA INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS

O engajamento da ONU com a temática Direitos Humanos e empresas é bastante recente, possuindo menos de cinquenta anos e já tendo gerado vários ciclos de discussão sobre a necessidade do desenvolvimento de um marco normativo para a regulação das atividades das empresas em relação aos Direitos Humanos.

Esse processo histórico, ainda em curso, na esfera das Nações Unidas, foi dividido em três fases pelos professores Surya Deva e David Bilchitz em seu livro, *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*<sup>11</sup>.

Essa divisão ilustrativa construída por Deva e Bilchitz será utilizada nesse trabalho para fins de sistematização, com o intuito de dar linearidade à narrativa que se construirá.

A primeira fase se inicia em 1972 com os primeiros passos para a criação da Comissão sobre Empresas Transnacionais, submetida ao Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, e vai até 1990, com a apresentação do *draft* do Código de Conduta para Empresas Transnacionais.

Nesta fase tem-se início a problematização sobre os direitos e as obrigações das empresas transnacionais, mas sem especificidade em relação a Direitos Humanos. O Código de Conduta tratava de obrigações das empresas transnacionais, mas também de questões comerciais, e de direitos que estas empresas possuíam em relação aos Estados hospedeiros de seus empreendimentos.

Criou-se assim um cenário de acirrada disputa entre os países do Atlântico e Pacífico norte e os Estado em desenvolvimento, com estes mais interessados em solidificar seu direito de regular as atividades das empresas transnacionais e demarcar suas obrigações, enquanto aqueles buscavam assegurar liberdade para as empresas atuarem nos mercados emergentes.

Quando o projeto da construção de um código de conduta global para as empresas multinacionais não conseguiu avançar, a comissão que antes tinha sido criada foi renomeada, e passou a se chamar “Comissão sobre Investimento Internacional e Empresas Transnacionais”.

---

11 DEVA, SURYA y BILCHITZ, DAVID (eds.). *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.



A segunda fase se inicia em 1997-1998 com o estabelecimento de um grupo de trabalho na Subcomissão para Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, subordinada ao Conselho de Direitos Humanos da ONU (anteriormente chamada de Comissão de Direitos Humanos), para analisar os métodos de trabalho e atividades das empresas transnacionais e apresentar um documento normativo ao final do trabalho.

Em meados de 2003, o grupo de trabalho ligado à Subcomissão para Promoção e Proteção dos Direitos Humanos apresentou o *draft* das Normas sobre Responsabilidades das Empresas Transnacionais e Outros Negócios com Relação a Direitos Humanos, conhecidas como “Normas”<sup>12</sup>, que não obteve aceitação por parte do Conselho de Direitos Humanos.

Em concorrência ao trabalho deste grupo, o Secretário Geral da ONU, Kofi Annan, no ano 1999, lançou o Pacto Global (*Global Compact*)<sup>13</sup>, um conjunto de nove princípios gerais sobre Direitos Humanos.

Essa fase foi marcada pelo conflito entre a voluntariedade e a obrigatoriedade das normativas internacionais para empresas em relação a Direitos Humanos.

A terceira fase se inicia em 2005 com a nomeação de John Ruggie como Representante Especial do Secretário Geral para a temática Direitos Humanos e Empresas Transnacionais. Seu mandato foi prorrogado até 2011, quando este apresentou ao Conselho de Direitos Humanos da ONU os Princípios Orientadores em Direitos Humanos e Empresas, resultado final de seu trabalho.

Após o fim do mandato de Ruggie, foi instituído o Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos Transnacionais e outros Negócios<sup>14</sup>, com a incumbência de disseminar e implementar os Princípios Orientadores, além de outros objetivos específicos. O mandato do Grupo de Trabalho ainda está em andamento, tendo sido renovado por mais três anos em 2014 e 2017<sup>15</sup>. A sua composição se alterou com o passar dos anos, incorporan-

---

12 Sub-commission on the Promotion and Protection of Human Rights. Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights. UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 2003.

13 Para maiores informações sobre o Pacto Global, ver: <<https://www.unglobalcompact.org/>>

14 Resolução do Conselho de Direitos Humanos da ONU A/HRC/RES/17/4, de 06 de Julho de 2011. Disponível em <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/144/71/PDF/G1114471.pdf?OpenElement>>. Acesso em 18.07.2018, às 22h56.

15 Resolução do Conselho de Direitos Humanos da ONU A/HRC/RES/26/22, de 15 de Julho de 2014. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/083/82/PDF/G1408382.pdf?OpenElement>>. Acesso em 10.07.2018, às 22h54.

do membros mais críticos, como os Profs. Surya Deva e Anita Ramasastry, no entanto, há ainda um grande alinhamento das atividades do grupo à perspectiva neoliberal através da retórica da humanização do capitalismo.

No âmbito deste Grupo de Trabalho que os Planos Nacionais de Ação sobre Empresas e Direitos Humanos surgem em 2012 como um mecanismo de implementação das disposições constantes nos Princípios Orientadores nos Estados, elaborando políticas públicas para proteção e defesa de direitos.

Concomitante à agenda de atividades do Grupo de Trabalho da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos iniciou-se uma mobilização oficial através da diplomacia nas Nações Unidas e extraoficial a partir de redes de movimentos sociais e organizações não governamentais para o desenvolvimento de normas vinculantes sobre o tema.

Este processo teve seu início oficial em 2014 com a aprovação da Resolução 26/9 do Conselho de Direitos Humanos da ONU, que determinou a criação de um Grupo de Trabalho Intergovernamental de composição aberta para elaborar um Tratado Internacional sobre Empresas Transnacionais e Outros Negócios com Respeito a Direitos Humanos.

O processo do Tratado produziu uma polarização manufaturada pela União Europeia e pelos Estados Unidos e seus aliados, que afirmam que este retira força da dinâmica de implementação dos Princípios Orientadores através dos Planos Nacionais de Ação.

Importante mencionar a polarização entre as alternativas voluntárias e vinculantes, pois ela localiza politicamente o processo de desenvolvimento de Planos Nacionais de Ação sobre Empresas e Direitos Humanos na América Latina a partir de 2015, que será tratado a seguir.

### 3. PLANOS NACIONAIS DE AÇÃO SOBRE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS

Desde a sua criação em 2012, o Grupo de Trabalho da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos indicou como uma consideração orientadora das suas atividades o objetivo de que “*the Guiding Principles will provide the common reference point in a diverse and rapidly evolving field*”<sup>16</sup>. E que isso se concretizaria

---

16 Report of the Working Group on the issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises to the Human Rights Council (A/HRC/20/29), 2012, p. 12, par. 48. Disponível em <[http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A.HRC.20.29\\_](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A.HRC.20.29_)

através do encorajamento de resultados pelos Princípios Orientadores e pelo próprio Grupo<sup>17</sup>. Interessante notar que o caminho traçado em 2012 era no sentido de encorajar resultados, não demandar resultados, exigir resultados ou constranger por resultados.

Uma das principais pautas estratégicas do Grupo de Trabalho desde 2012 é o desenvolvimento de Planos Nacionais de Ação sobre Empresas e Direitos Humanos pelos Estados como parte do processo de implementação dos Princípios Orientadores. Essa ideia já estava contida no primeiro relatório do Grupo para o Conselho de Direitos Humanos e para a Assembleia Geral da ONU<sup>18</sup>.

Considerado pelo Grupo de Trabalho como “elemento chave” na concretização e difusão dos Princípios, os Planos Nacionais podem ser compreendidos como um veículo para mapear e destruir os obstáculos e potencializar a boas experiências para o cumprimento de suas obrigações na proteção dos Direitos Humanos em relação às atividades das empresas de maneira coerente<sup>19</sup>.

De acordo com o Grupo de Trabalho, os Planos Nacionais devem obrigatoriamente ser alicerçados nos Princípios Orientadores, bem como, contextualizados especificamente de acordo com a realidade de cada Estado. Os processos envolvendo Planos Nacionais necessitam ser dotados de transparência e diálogo, carecendo de revisões e atualizações, respondendo sempre à dinamicidade e evolução de novas realidades.

O Grupo encara essa iniciativa como uma oportunidade para a coordenação doméstica do processo de implementação dos Princípios Orientadores através de agências governamentais nacionais, se aproximando da realidade local. Assim, os Planos Nacionais de Ação não seriam nada mais que um conjunto articulado de propostas de políticas públicas a serem desenvolvidas no âmbito nacional, de modo a transformar as condições locais de proteção e defesa de Direitos Humanos.

---

en.pdf>. Acesso em 02 ago. 2018. *Report of the Working Group on the issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises to General Assembly (A/67/285)*, 2012b. Disponível em <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/459/11/PDF/N1245911.pdfOpenElement>>. Acesso em 02 ago. 2018.

17 *Ibid.* par. 55.

18 *Ibid.*

19 Report of the Working Group on the issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises to Human Rights Council (A/HRC/26/25), 2014, p. 5, par. 15. Disponível em <[http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session26/Documents/A\\_HRC\\_26\\_25\\_ENG.doc](http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session26/Documents/A_HRC_26_25_ENG.doc)>. Acesso em 02 ago. 2018.

Desde o ano de 2013 alguns países lançaram seus respectivos Planos, entre eles estão Reino Unido (set/2013), Países Baixos (dez/2013), seguidos por Dinamarca (abr/2014), Finlândia (out/2014) e Lituânia (fev/2015), Suécia (Ago/2015), Noruega (out/2015), Itália (dez/2016), Alemanha (dez/2016), Suíça (dez/2016), Estados Unidos (dez/2016), França (abr/2017), Polônia (mai/2017), Bélgica (jul/2017), Espanha (jul/2017), República Tcheca (out/2017), Irlanda (nov/2017) Georgia (mar/2018), Luxemburgo (jun/2018), Coréia do Sul (ago/2018), Eslovênia (nov/2018).

Na América Latina, dois países já lançaram seus Planos Nacionais de Ação, e são esses a Colômbia (dez/2015) e Chile (jul/2017), apesar de haverem vários países que estão com processos em andamento<sup>20</sup>.

Como já mencionado anteriormente, é de interesse deste trabalho investigar, de maneira geral, os Planos Nacionais de Ação elaborados na América Latina pelas dinâmicas sociais que constituem a região, suas fragilidades sociais e desigualdades, produzidas em grande parte pelas relações coloniais e de colonialidade historicamente impostas<sup>21</sup>.

Os Planos Nacionais de Ação são conjuntos de propostas de políticas públicas para serem aplicadas dentro de um Estado, e compreende-se que dentro do cenário latino-americano, é imprescindível que esses determinem como eixo fundamental o combate às desigualdades e às opressões que fustigam a carne de mulheres e homens negros, LGBT, portadores de deficiência, dentre outros que sofrem diariamente as violências reproduzidas pela estrutura social colonial/moderna<sup>22</sup>.

Em trabalho recentemente publicado<sup>23</sup>, concluiu-se que os Planos Nacionais têm contribuído muito pouco na transformação dos marcos normativos nacionais, trazendo diretrizes vagas, ações focadas em formação e capacitação, o que produz instrumentos políticos inócuos, que somente legitimam os Estados

20 Para maiores informações, ver: <<https://www.ohchr.org/en/issues/business/pages/nationalactionplans.aspx>>. Acesso em 05.08.2018, às 12h30.

21 DUSSEL, ENRIQUE. *1492: el encubrimiento del otro. Hacia el origen del "Mito de la Modernidad"*, La Paz, Plural, 1994. Ver, además, WALLERSTEIN, IMMANUEL. *Universalismo europeo: el discurso del poder*, México, Siglo XXI, 2007. In: *The Modern World System*. Berkeley, Los Angeles, Londres, University of California Press, 2011.

22 WALLERSTEIN, IMMANUEL. *Ibid.*

23 HOMA. *Relatório do II Fórum em Direitos Humanos e Empresas da Organização das Nações Unidas*, 2014. Disponível em <<https://www.dropbox.com/s/chsarsy4y1cjvzs/RELAT%C3%93RIO%20ONU%20PORTUGU%C3%8AS%20FINAL.pdf>>. Acesso em 02 ago. 2018.

na esfera internacional e não cria possibilidades de transformação no âmbito local e nacional.

Entende-se que, apesar dos Planos Nacionais de Ação permanecerem no paradigma da voluntariedade, os Estados têm a oportunidade de incorporarem a seus ordenamentos jurídicos e em suas dinâmicas institucionais mecanismos capazes de regular a atividade das empresas nacionais e transnacionais, agentes que contribuem com o desenvolvimento, mas que também exercem o necropoder nos territórios onde se instalam<sup>24</sup>.

Se constituindo como instrumentos de desenvolvimento de políticas públicas, os processos de discussão dos Planos nos Estados abrem espaço para inserção de discussões acerca do tema de Direitos Humanos e empresas na política nacional, pauta constantemente negligenciada pela grande maioria dos países<sup>25</sup>, e criando a possibilidade de construção de uma abordagem interseccional, que localiza socialmente as discussões desse campo.

Nos Planos Nacionais de Ação da Colômbia e do Chile, publicados na América Latina e no Plano do México, em fase de publicação, percebe-se que há uma flagrante ausência de abordagem interseccional<sup>26</sup> ou de inserção de políticas públicas que contemplem grupos subalternizados.

O máximo que se encontra são propostas de reforço do combate à discriminação contra mulheres, negros e negras e indígenas no ambiente de trabalho e de realização de formações e capacitações relativas a grupos vulneráveis.

O resumo das mais diversas violências e opressões à dinâmica de grupos vulneráveis por si só já é indicativo suficiente de que esses Planos Nacionais de Ação carecem de abordagem interseccional<sup>27</sup>, que será conceitualmente abordada posteriormente.

#### 4. POR UMA ABORDAGEM INTERSECCIONAL

Após a narrativa de construção da agenda internacional sobre empresas e Direitos Humanos, fica evidente que passam como invisíveis as dinâmicas sociais

---

24 MBEMBE, ACHILLE. *Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte*, São Paulo, n-1 edições, 2018. *Crítica da Razão Negra*, São Paulo, n-1 edições, 2018.

25 FARIA JUNIOR, LUIZ CARLOS S., RESENDE, GUSTAVO WEISS DE Y SALLES, SARAH DE MELO. *A Agenda Internacional das Nações Unidas em Direitos Humanos e Empresas: Dois Caminhos para o Futuro. Anais do 11 Seminário Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, Juiz de Fora, 2015.

26 HILL COLINS y BILGE. Ob. cit.

27 *Ibid.*

de opressão de gênero, raça e classe social. Uma investigação superficial dará conta de apontar que as principais vítimas de violações de Direitos Humanos por empresas são pessoas em situação de vulnerabilidade, de exclusão estrutural e de abandono, principalmente comunidades étnicas tradicionais, pessoas negras, migrantes, pobres e em grande parte mulheres.

O rosto daqueles e daquelas que majoritariamente tem seus direitos violados não representa os grupos populacionais hegemônicos. A relação de colonialidade historicamente imposta aos países do sul global se reproduz nas relações de violência, exploração e violação que se impõem pelas empresas nos territórios.

Desta forma, uma abordagem interseccional dos conflitos é fundamental e que ela se projete para os processos de elaboração de políticas públicas é essencial para garantir densidade do seu conteúdo e potencial de efetividade, para os Planos Nacionais de Ação sobre Empresas e Direitos Humanos não se tornem somente componentes discursivas e normativas voluntárias e vazias como temos apontado de maneira crítica há anos<sup>28</sup>.

Para Hill Collins e Bilge<sup>29</sup>, a construção de uma abordagem interseccional deve passar pela compreensão de seis fatores fundamentais: [i] desigualdade, [ii] poder, [iii] relacionalidade, [iv] contexto social, [v] complexidade e [vi] justiça social, que serão abordados de maneira breve para os fins deste trabalho.

Pretende-se abordar cada um desses fatores e relacioná-los com a necessidade de uma abordagem interseccional para a elaboração de Planos Nacionais de Ação sobre Empresas e Direitos Humanos.

Importante também reforçar que este trabalho não possui intenção de propor mudanças no processo de elaboração e implementação dos Planos já desenvolvidos ou em processo, mas pretende somente diagnosticar e evidenciar a ausência de uma abordagem interseccional na construção destes na América Latina.

Entende-se que esta investigação teórica é inicial e que possui em si potencial para orientar futuras análises sobre os Planos em vigor na América Latina e no mundo, bem como para contribuir no processo de reflexão sobre as metodologias de consulta e elaboração de futuros Planos Nacionais.

---

28 ROLAND, MANOELA C., FARIA JR., LUIZ CARLOS S., SOARES, ANA FIÚZA, SALLES, SARAH DE MELO, CAMPOS, RAFAEL JORDAN DE ANDRADE y ROCHA, HUGO NOGUEIRA. Planos Nacionais de Ação Sobre Direitos Humanos e Empresas: Contribuições para a Realidade Brasileira – Perspectivas Gerais. *Cadernos de Pesquisa – Homa*, vol. 1, n.º 1, 2018.

29 *Ibid.*

Retornando aos seis fatores fundamentais para uma abordagem interseccional apontados por Hill Collins e Bilge, o primeiro fator de análise é a desigualdade. O cenário social Latino Americano e brasileiro é estruturado sobre relações de desigualdade estrutural historicamente constituídas pelo sistema-mundo moderno-capitalista-racista-patriarcal-heterossexual<sup>30</sup>.

O modo de produção escravista aprisionou negros e indígenas à condição de “homens-objetos”<sup>31</sup>, os relegando à zona do não-ser<sup>32</sup> e os condenando à exclusão social e à pobreza como regra pós-abolição<sup>33</sup>. As mulheres, diante do modo de produção patriarcal, sempre estiveram aprisionadas ao campo do privado, lhes sendo negado o espaço público e o controle sobre seu corpo e sobre sua cidadania.

Esse cenário estrutural de desigualdades qualifica pessoas negras e mulheres como sujeitos (des) privilegiados no trabalho corporativo e na ocupação do território no campo e na cidade, configurando-se como mão-de-obra precarizada, vivendo em locais apropriáveis, ou de destruição aceitável.

Essas breves análises já nos permitem aduzir que há uma distribuição desigual da pobreza, das violências, das violações de Direitos Humanos cometidas por empresas e dos danos ambientais<sup>34</sup>, demandando que a produção de Planos Nacionais de Ação tenham como eixo orientador de análise essa situação de desigualdade estrutural, que se relaciona com o quarto fator proposto por Hill Collins e Bilge, o contexto social.

30 WALLERSTEIN. Ob. cit. Ver también DIEHL, DIEGO AUGUSTO. *A Re-invenção dos Direitos Humanos pelos Povos da América Latina: Para uma Nova História Decolonial desde a Práxis de Libertação dos Movimentos Sociais*. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

31 MBEMBE, ACHILLE. Ob. cit.

32 FANON, FRANTZ. *Pele Negra, Máscaras Brancas*, Salvador, Editora UFBA, 2008.

33 GUERREIRO RAMOS, ALBERTO. *Introdução Crítica à Sociologia Brasileira*, Rio de Janeiro, Editora UFRJ, 1995.

34 Ver: ACSERALD, H. et al. *O que é justiça ambiental*, Rio de Janeiro, Garamond, 2009. Ambientalização das lutas sociais – o caso do movimento por justiça ambiental. *Estudos Avançados*, vol. 24, n.º 68, 2010. ALMEIDA, DANIELA dos SANTOS. Racismo Ambiental e a Distribuição Racialmente Desigual dos Danos Ambientais no Brasil. Relatório de Pesquisa – Departamento de Direito da PUC-Rio. <[http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio\\_resumo2015/relatorios\\_pdf/ccs/DIR/DIR-Daniela\\_Almeida.pdf](http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2015/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Daniela_Almeida.pdf)>. Acesso em 10 mar. 2019. BULLARD, R. D. *Dumping in Dixie: race, class and environmental equality*. 3.ª ed., Colorado, Westview Press, 2000. Confronting Environmental Racism in the Twenty-First Century, *Global Dialogue*, vol. 4, n.º 11, 2002.

O fator do contexto social, demanda uma análise estrutural dos sistemas sócio-políticos, especialmente na América Latina, desde o colonialismo até a colonialidade em suas múltiplas dimensões – colonialidade do poder, do ser e do saber – compreendendo como as opressões têm atravessado e conformado historicamente as sociedades latino-americanas e contribuindo para o aumento das desigualdades<sup>35</sup>.

As opressões de raça, gênero, classe, sexualidade e discapacidades/deficiências se manifestam historicamente e estruturalmente, atravessando as vidas dos sujeitos e sujeitas, produzindo e reproduzindo desigualdades, e estabelecendo relações de poder e de dominação entre diversos grupos sociais, o que leva ao segundo fator.

A elaboração de políticas públicas de grande abrangência na América Latina demanda uma compreensão dos múltiplos processos que produziram a situação de desigualdade existente nos Estados, e quais são os sujeitos e sujeitas que se encontram mais vulneráveis no quadro social, sofrendo os efeitos das diversas relações violentas de poder, como o poder disciplinar, biopolítico<sup>36</sup> e necropolítico<sup>37</sup>.

Para que um Plano Nacional de Ação sobre Empresas e Direitos Humanos seja capaz de atender às principais demandas de proteção e defesa dos Direitos Humanos é fundamental que as empresas transnacionais, principalmente, sejam localizadas como sujeitos que exercem o necropoder nos territórios<sup>38</sup>, ou seja, agindo como soberanos e exercendo o poder de morte nos locais onde se instalam, eliminando populações adjacentes, povos indígenas e modos diversos de reprodução da vida<sup>39</sup>.

Esses agentes necropolíticos não podem ser vistos como produtores de desenvolvimento e ocuparem posições destacadas na elaboração das políticas públicas que visam responsabilizá-los, enquanto as relações de poder invisibilizam as violências, opressões e principalmente aqueles sujeitos que as sofrem.

---

35 CURIEL, OCHY. *Los aportes de las mujeres afros: de la identidad a la imbricación de opresiones. Um análisis decolonial*, Bogotá, 2014.

36 FOUCAULT, MICHEL. *Em Defesa da Sociedade: Curso no Collège de France (1975-1976)*, São Paulo, Martins Fontes, 2005.

37 MBEMBE. Ob. cit.

38 *Ibid.*

39 MALDONADO-TORRES, NELSON. *Outline of Ten Theses on Coloniality and Decoloniality*, 2016. Disponível em <[http://caribbeanstudiesassociation.org/docs/Maldonado-Torres\\_Outline\\_Ten\\_Theses-10.23.16.pdf](http://caribbeanstudiesassociation.org/docs/Maldonado-Torres_Outline_Ten_Theses-10.23.16.pdf)>. Acesso em 10 de Jul. 2018.



Uma abordagem que parte do contexto social [iv] de desigualdades estruturais [i] de uma determinada sociedade organizada a partir de relações de poder [ii] de controle, de disciplina, de violência e de extermínio, necessariamente deve levar em conta o cenário de complexidade [v] dos fenômenos sociais que constroem o cenário de violações de Direitos Humanos por empresas.

Exige-se o reconhecimento de múltiplos eixos de opressão para as análises e para a construção política, tornando inviáveis métodos rígidos e fórmulas simples, dado que as variáveis são muitas e os atravessamentos são diversos. Incluir propostas para mulheres, negros e indígenas de maneira isolada e destacadas em eixos temáticos em Planos Nacionais de Ação não se mostra suficiente para a resolução dos problemas e nem para a produção de justiça social [vi] nos territórios.

Uma abordagem interseccional deve, necessariamente, propor a análise e construção de políticas públicas como objetivos instáveis, visto que devem ser pensadas, e constantemente repensadas, de acordo com os múltiplos fatores tratados de maneira relacional [iii], não podendo ser definidas de forma essencialista.

A relacionalidade [iii], enquanto fator caracterizador de uma abordagem interseccional, é central para a elaboração de políticas, pois retira o foco de uma única categoria no planejamento de ações, sugerindo ações que partam das intersecções das opressões, da teia de relações entre múltiplas categorias.

Uma abordagem interseccional, mais do que uma forma de analisar os fenômenos que leve em conta as múltiplas dimensões de opressão e as articula, é uma proposta de transformação do *status quo* e de produção de justiça social [vi], que visa a desconstrução das relações de poder e violência que aprisionam e atravessam determinados grupos sociais, relegando-os ao esquecimento e invisibilidade.

## CONSIDERAÇÕES

O cenário político internacional na Organização das Nações Unidas demonstra atualmente um campo de múltiplos processos concomitantes e complementares. De um lado a atuação do Grupo de Trabalho da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos com o desenvolvimento e implementação de Planos Nacionais de Ação sobre Empresas e Direitos Humanos, e de outro lado a iniciativa para elaboração de um instrumento internacional vinculante sobre o tema.

O plano de fundo que se desenrola na América Latina com a implementação de políticas neoliberais de austeridade favorece a elaboração de Planos Nacionais

de Ação, orientações de cumprimento voluntário por parte dos Estados e das empresas, e que, na sua grande maioria, não conta com propostas legislativas efetivas ou mecanismos de fiscalização e responsabilização de empresas por violações de Direitos Humanos<sup>40</sup>. Ao mesmo tempo há também o enfraquecimento do processo de elaboração de um tratado internacional de natureza vinculante para responsabilização de empresas transnacionais.

Entende-se que, diante da conjuntura internacional, é fundamental não abandonar nenhum dos processos, visto que ambos objetivam a construção de um cenário de regulamentação da atividade empresarial e são complementares, demonstrando-se importante disputar o campo de construção de políticas públicas através dos Planos Nacionais de Ação.

E para isso, é fundamental que se busque construir uma abordagem interseccional para essas políticas, a fim de evitar que os Planos Nacionais se tornem cada vez mais políticas de legitimação de empresas e conduzindo-os ao comprometimento com uma agenda de transformação e de produção de justiça social, bem como proteção de Direitos Humanos.

Não há uma fórmula pronta a ser aplicada para a utilização ferramental da interseccionalidade. É preciso analisar o cenário social concreto, as violências e desigualdades que constituem a situação analisada, e traçar os objetivos das políticas a partir dos seis fatores de análise propostos por Hill Collins e Bilge anteriormente tratados: [i] desigualdade, [ii] poder, [iii] relacionalidade, [iv] contexto social, [v] complexidade e [vi] justiça social.

A fundamentalidade de se pensar políticas públicas em geral e também Planos Nacionais de Ação a partir de uma perspectiva interseccional está na promoção de um giro radical sobre as necessidades, interesses, sujeitos e objetivos que devem ser perseguidos, tendo a transformação social como norte e a desigualdades, violências e opressões como motores orientadores das políticas.

É tarefa possível e necessária a de disputar o campo político e ideológico para produzir diagnósticos e influenciar na metodologia e orientação teórica dos processos de elaboração dessas políticas públicas, disputando as dinâmicas institucionais e visibilizando as subjetividades e potencialidades antes massacradas pelas mais diversas opressões.

---

40 ROLAND, MANOELA C.; FARIA JR., LUIZ CARLOS S.; SOARES, ANA FIÚZA; SALLES, SARAH DE MELO; CAMPOS, RAFAEL JORDAN DE ANDRADE y ROCHA, HUGO NOGUEIRA. Planos Nacionais de Ação Sobre Direitos Humanos e Empresas: Contribuições para a Realidade Brasileira – Perspectivas Gerais. *Cadernos de Pesquisa – Homa*, vol. 1, n.º 1, 2018.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACSERALD, H. *et al.* *O que é justiça ambiental*, Rio de Janeiro, Garamond, 2009.
- ACSERALD, H. Ambientalização das lutas sociais – o caso do movimento por justiça ambiental, *Estudos Avançados*, vol. 24, n.º 68, 2010.
- ANIEVAS, ALEXANDER, MANCHANDA, NIVI y SHILLIAM, ROBBIE (eds.). *Race and Racism in International Relations: Confronting the Global Colour Line*, Nova Iorque, Routledge, 2015.
- BEAUD, MICHEL. *A História do Capitalismo: de 1500 aos Nossos Dias*, São Paulo, Editora Brasiliense, 1987.
- BULLARD, R. D. *Dumping in Dixie: race, class and environmental equality*, 3.ª ed., Colorado, Westview Press, 2000.
- BULLARD, R. D. Confronting Environmental Racism in the Twenty-First Century, *Global Dialogue*, vol. 4, n.º 11, winter, 2002.
- CARNEIRO ROLAND, MANOELA, SILVA FARIA JUNIOR, LUIZ CARLOS, CASATTI JÚLIO, KALIANDRA y MONTEIRO DE CASTRO, JOÃO LUIS LOBO. Planos Nacionais de Ação sobre Empresas e Direitos Humanos na América Latina: Análises sobre Colômbia, México e Chile, *Cadernos de Pesquisa – Homa*, vol. 1, n.º 4, 2018.
- CAVALCANTI DE ARAGÃO, DANIEL MAURÍCIO. *Responsabilidade como Legitimação: Capital Transnacional e Governança Global na Organização das Nações Unidas*. Tese (doutorado), Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Instituto de Relações Internacionais, 2010.
- COX, ROBERT W. Social Forces, States and World Orders: Beyond International Relations Theory. En KEOHANE, ROBERT O. (ed.). *Neorealism and its critics*, Nova Iorque, Columbia University Press, 1986.
- CRENSHAW, KIMBERLE. Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, *University of Chicago Legal Forum*, vol. 1989, n.º 1, 1989.
- CURIEL, OCHY. *Los aportes de las mujeres afros: de la identidad a la imbricación de opresiones. Un análisis decolonial*, Bogotá, 2014.

- DEVA, SURYA y BILCHITZ, DAVID (eds.). *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- DEVA, SURYA. Corporate Human Rights Abuses and International Law: Brief Comments. Corporate accountability, human rights. 28 jan. 2015b. Disponível em <<http://jamesgstewart.com/corporate-human-rights-abuses-and-international-law-brief-comments/>>. Acesso em 05 abr. 2015.
- DIEHL, DIEGO AUGUSTO. *A Re-invenção dos Direitos Humanos pelos Povos da América Latina: Para uma Nova História Decolonial desde a Práxis de Libertação dos Movimentos Sociais*. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2015.
- DILL, BONNIE THORNTON. Work at the Intersections of Race, Gender, Ethnicity, and Other Dimensions of Difference in Higher Education, *Connections: Newsletter of the Consortium on Race, Gender, and Ethnicity*, n.º 6, 2002.
- DOS SANTOS ALMEIDA, DANIELA. Racismo Ambiental e a Distribuição Racialmente Desigual dos Danos Ambientais no Brasil. Relatório de Pesquisa – Departamento de Direito da PUC-Rio. <[http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio\\_resumo2015/relatorios\\_pdf/ccs/DIR/DIR-Daniela\\_Almeida.pdf](http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2015/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Daniela_Almeida.pdf)>. Acesso em 10 mar. 2019.
- DUSSEL, ENRIQUE. *1492: el encubrimiento del otro. Hacia el Origen del “Mito de la Modernidad”*, La Paz, Plural, 1994.
- FANON, FRANTZ. *Pele Negra, Máscaras Brancas*, Salvador, Editora UFBA, 2008.
- FOUCAULT, MICHEL. *Em Defesa da Sociedade: Curso no Collège de France (1975-1976)*, São Paulo, Martins Fontes, 2005.
- Grupo de Trabalho sobre Métodos de Trabalho e Atividades das Corporações Transnacionais. Disponível em <<http://www1.umn.edu/humanrts/links/norms-Aug2003.html#approval>>. Acesso em 20 jul. 2018.
- GUERREIRO RAMOS, ALBERTO. *Introdução Crítica à Sociologia Brasileira*, Rio de Janeiro, Editora UFRJ, 1995.
- HILL COLLINS, PATRICIA y BILGE, SIRMA. *Intersectionality*, Cambridge, Polity, 2016.
- HILL COLLINS, PATRICIA. Towards a New Vision: Race, Class and Gender as Categories of Analysis and Connection, *Race, Sex and Class*, vol. 1, n.º 1, 1993.

HOMA. *Relatório do II Fórum em Direitos Humanos e Empresas da Organização das Nações Unidas*. 2014. Disponível em: <<https://www.dropbox.com/s/chsarsy4y1cjvzs/RELAT%C3%93RIO%20ONU%20PORTUGU%C3%8AS%20FINAL.pdf>>. Acesso em 02 ago. 2018.

MALDONADO-TORRES, NELSON. *Outline of Ten Theses on Coloniality and Decoloniality*. 2016. Disponível em <[http://caribbeanstudiesassociation.org/docs/Maldonado-Torres\\_Outline\\_Ten\\_Theses-10.23.16.pdf](http://caribbeanstudiesassociation.org/docs/Maldonado-Torres_Outline_Ten_Theses-10.23.16.pdf)>. Acesso em 10 de jul. 2018.

MBEMBE, ACHILLE. *Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte*, São Paulo, n-1 edições, 2018.

MBEMBE, ACHILLE. *Crítica da Razão Negra*, São Paulo, n-1 edições, 2018.

MIGNOLO, WALTER D. Colonialidade: O Lado Mais Escuro da Modernidade, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 32, n.º 94, junho/2017.

ONU. Normas sobre Responsabilidades das Corporações Transnacionais e Outros Empreendimentos Privados com Relação aos Direitos Humanos - U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2.

Report of the Working Group on the issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises to the Human Rights Council (A/HRC/20/29), 2012. Disponível em <[http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A.HRC.20.29\\_en.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A.HRC.20.29_en.pdf)>. Acesso em 02 ago. 2018.

Report of the Working Group on the issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises to General Assembly (A/67/285), 2012b. Disponível em <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/459/11/PDF/N1245911.pdf?OpenElement>>. Acesso em 02 ago. 2018.

Report of the Working Group on the issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises to Human Rights Council (A/HRC/26/25), 2014. Disponível em <[http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session26/Documents/A\\_HRC\\_26\\_25\\_ENG.doc](http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session26/Documents/A_HRC_26_25_ENG.doc)>. Acesso em 02 ago. 2018.

ROLAND, MANOELA C., FARIA JR., LUIZ CARLOS S., SOARES, ANA FIÚZA, SALLES, SARAH DE MELO, CAMPOS, RAFAEL JORDAN DE ANDRADE y ROCHA, HUGO NOGUEIRA. Planos Nacionais de Ação Sobre Direitos Humanos e Empresas: Contribuições para a Realidade Brasileira - Perspectivas Gerais, *Cadernos de Pesquisa – Homa*, vol. 1, n.º 1, 2018.

RUGGIE, JOHN. Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework. *U.N. Doc. A/HRC/17/31*:

*Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*. 17th Session of Human Rights Council, 2011. Disponível em <[http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A-HRC-17-31\\_AEV.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A-HRC-17-31_AEV.pdf)>. Acesso em 14 jul. 2018.

SAGGIORO GARCÍA, ANA. Hegemonia e Imperialismo: Caracterizações da Ordem Mundial Capitalista após a Segunda Guerra Mundial. In *Contexto Internacional*, vol. 32, n.º 1, Rio de Janeiro, 2010, pp. 155-177.

SASSEN, SASKIA. *Sociologia da Globalização*, Porto Alegre, Artmed, 2010.

SILVA FARIA JUNIOR, LUIZ CARLOS y CARNEIRO ROLAND, MANOELA. Empresas transnacionais/multinacionais como sujeitos de direito internacional: uma necessidade da agenda internacional em direitos humanos e empresas. In FREDYS ORLANDO SORTO y FLORISBAL DE SOUZA DEL OLMO (orgs.). *Direito internacional 1*, Florianópolis, Conpedi, 2014, vol. 1, pp. 342-362.

SILVA FARIA JUNIOR, LUIZ CARLOS, WEISS DE RESENDE, GUSTAVO y DE MELO SALLES, SARAH. A agenda internacional das nações unidas em direitos humanos e empresas: dois caminhos para o futuro, *Anais do II Seminário Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, Juiz de Fora, 2015.

Statement on behalf of a Group of Countries at the 24rd Session of the Human Rights Council: Transnational Corporations and Human Rights. Human Rights Council, 2013 Disponível em <<http://business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/statement-unhrc-legally-binding.pdf>>. Acesso em 26 jul. 2018.

U.N. Doc. E/CN.4/2006/97: 62nd Session of Human Rights Commission. *Interim Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, 2006. Disponível em <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/110/27/PDF/G0611027.pdf?OpenElement>>. Acesso em 14 jul. 2018.

Unctad. *World Investment Report 2014: Investing in the SDGs: An Action Plan*. Nova Iorque e Genebra: Editora das Nações Unidas, 2013. Disponível em <[http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014\\_overview\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2014_overview_en.pdf)>. Acesso em 18 jul. 2018.

WALLERSTEIN, IMMANUEL. *Capitalist Agriculture and the Origins of the European World-Economy in the Sixteenth Century*. Berkeley, Los Angeles, Londres, University of California Press, 2011.

WALLERSTEIN, IMMANUEL. *Universalismo europeo: el discurso del poder*, México, Siglo XXI, 2007.



CARMEN MONTESINOS PADILLA\*

CAPÍTULO 8

*El Plan de Acción español de Empresas y Derechos  
Humanos. Pautas metodológicas, análisis crítico  
y propuestas para una reforma*





## RESUMEN

A partir del análisis de los informes de evaluación de ICAR, ECCJ y DeJusticia sobre los Planes de Acción Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos (PAN), así como de algunas de las principales guías en la materia, el presente trabajo tiene por finalidad presentar al lector una crítica fundamentada del plan español que sirva de catalizador para la elaboración de propuestas para su futura revisión. Adoptando como punto de partida un cuadro comparativo en el que se identifican las principales deficiencias y algunas de las mejores prácticas de los PAN del Reino Unido, Dinamarca, los Países Bajos, Finlandia, Suecia, Francia, Suiza, Italia y Noruega, así como los retrocesos experimentados respecto del Borrador de 2014, se mostrarán los principales puntos débiles del vigente PAN del Gobierno de España tanto en lo concerniente a su proceso de elaboración como con relación a su contenido. Ello permitirá formular algunas propuestas de reforma que podrían servir de orientación para su futura revisión y, esperamos, para la elaboración de futuros planes dentro y fuera del territorio europeo.

*Palabras clave:* Derechos Humanos, empresas, Planes de Acción Nacional; Principios Ruggie.

---

\* Investigadora posdoctoral (acreditada como profesora contratada doctora) de Derecho Constitucional de la Universidad de Vigo (contrato financiado por el programa Axudas de apoio á etapa de formación posdoutoral nas universidades do SUG, nos organismos públicos de investigación de Galicia e noutras entidades do Sistema galego de I+D+i, de la Xunta de Galicia, España). Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid, Premio extraordinario de doctorado y mención especial del Premio Nicolás Pérez Serrano para tesis doctorales en Derecho del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Ha sido profesora visitante de Derecho Constitucional y vicedecana de la Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo de la Universidad de Vigo. Autora de una monografía sobre la tutela multinivel de los derechos y coordinadora de diversas obras colectivas y de más de una treintena de trabajos científicos en materia de Derecho Constitucional, Derecho de la UE, protección jurisdiccional de derechos, derechos de los inmigrantes, derecho de libertad religiosa, derechos humanos y empresas. Miembro de diversos proyectos de I+D de ámbito tanto nacional como internacional. Actualmente desarrolla una estancia de investigación en el Instituto de Ciencias Jurídicas de la Universidad Federal de Pará (Brasil) para la implementación del proyecto posdoctoral Derechos Humanos y empresas en el contexto de la globalización jurídica. De la voluntariedad al deber jurídico. Correo de contacto: <cmontesinos@uvigo.es>

SPANISH NATIONAL ACTION PLAN ON BUSINESS  
AND HUMAN RIGHTS. METHODOLOGICAL GUIDELINES,  
CRITICAL ANALYSIS AND PROPOSALS FOR A REFORM

ABSTRACT

The paper aims to present the reader with a critical approach on the Spanish National Action Plan on Business and Human Rights (NAP) based on the analysis of the evaluation reports of ICAR, ECCJ and DeJusticia, as well as using some of the leading guides on the subject. So, this analysis is intended to serve as a catalyst for the preparation of proposals for its future revision. Adopting as a starting point a comparative table identifying the main deficiencies and some of the best practices of the NAP of the United Kingdom, Denmark, the Netherlands, Finland, Sweden, France, Switzerland, Italy and Norway, as well as the experienced setbacks with respect to the 2014 Spanish Draft, the paper will show the main weaknesses of the current NAP of the Spanish Government both in regard to its development process, and in relation to its content. It will allow formulating some reform proposals that could serve as guidance for its future revision and, hopefully, for the elaboration of future NAP inside and outside the European territory.

*Keywords:* Businesses, Human Rights, National Action Plans, Ruggie's Principles.

I. OBJETO, JUSTIFICACIÓN Y METODOLOGÍA  
PARA UNA CRÍTICA CONSTRUCTIVA

Desde la década de los sesenta del pasado siglo, y en respuesta al aprovechamiento por las transnacionales de las llamadas “brechas sobre la protección de los derechos” para obtener ventajas competitivas<sup>1</sup>, han sido muchos los intentos por regular la actividad empresarial frente a sus impactos negativos sobre los derechos y libertades de las personas. Sin embargo, hoy en día podríamos decir que los Principios Rectores de Naciones Unidas (ONU) sobre las

---

I MARTÍN HERNANDO, VIDAL, CARNEIRO FREIRE, MAR, CORDERO SANZ, CARLOS y CORDERO SANZ, JUANJO. Ampliando mercado. Evolución global en empresa y derechos humanos. En: LÓPEZ CUMBRE, L. (coord.). *Autonomía y heteronomía en la responsabilidad social de la empresa*, Granada, Comares, 2012, pp. 1164-1165.

Empresas y los Derechos Humanos (Principios Rectores o Principios Ruggie)<sup>2</sup> constituyen el principal referente regulatorio en la materia. Sin olvidar las críticas suscitadas por los mismos<sup>3</sup>, lo cierto es que su incidencia en la regulación de la actividad empresarial es innegable. Por poner solo algunos ejemplos, su contenido es objeto de consideración tanto en la propia Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (párr. 67)<sup>4</sup> como en las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC)<sup>5</sup>. Por su parte, en el espacio europeo podemos referirnos ya a iniciativas de tanto interés como el Reglamento (UE) 2017/821, de 17 de mayo, en materia de diligencia debida en la cadena de suministro de los importadores de minerales procedentes de zonas de conflicto. Además, en lo que a las medidas implementadas por los Estados respecta, su adopción ha impulsado también algunos avances significativos en términos tanto legislativos como jurisdiccionales<sup>6</sup>. Pero en el ámbito doméstico resulta especialmente relevante la progresiva proliferación de los denominados Planes de Acción Nacional sobre Empresas y Derechos Humanos (en adelante, PAN o planes). Evidentemente, estos instrumentos no deberían considerarse como un fin en sí mismos. A los compromisos deben seguir las acciones, las reformas de los sistemas regulatorios internos y el desarrollo de políticas públicas. Pero los PAN se erigen como hojas de ruta que, bien trazadas y adecuadamente transitadas, pueden encauzar la actividad de los Estados y de las propias empresas hacia una efectiva protección de los derechos en el marco de un mundo intensamente globalizado. Y es precisamente en los referidos documentos que se centra el presente trabajo, cuyo objetivo no es otro que el de analizar crítica, comparativamente y con aspiraciones propositivas el vigente PAN del Gobierno de España<sup>7</sup>.

---

2 A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011.

3 BILCHITZ, DAVID. El Marco Ruggie: ¿una propuesta adecuada para las obligaciones de derechos humanos de las empresas? *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2010, vol. 7, n.º 12, pp. 209-241.

4 *Vide* MONTESINOS PADILLA, CARMEN. Los Principios Ruggie y la Agenda 2030. Un futuro de recíprocas influencias por explorar, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2018, vol. 70/2, pp. 183-208.

5 E/C.12/GC/24, de 10 de agosto de 2017, párrs. 41-59.

6 MONTESINOS PADILLA, CARMEN. La implementación de los 'Principios Ruggie': ¿nuevos avances en la conformación de un Derecho Global emergente? *Homa Publica: Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, vol. 02, n.º 02, pp. 78-103.

7 *Vide* Resolución del 1 de septiembre de 2017, de la Secretaría de Estado de Asuntos Exteriores, por la que publica el Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos.

### I. I. DEL QUÉ Y DEL POR QUÉ (O DEL OBJETO Y DE LA JUSTIFICACIÓN)

Hoy en día en Europa son ya varios los Estados que disponen de un PAN en vigor<sup>8</sup>. En el caso de España, aunque el borrador se tramitó en 2014, el Plan vigente no fue publicado hasta el 14 de septiembre de 2017. Una y otra versión ha sido y sigue siendo objeto de importantes críticas. De hecho, desde el momento mismo en que el entonces Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación (MAEC) abriera en 2013 un “proceso de diálogo con la sociedad civil” para elaborar un PAN, distintas organizaciones y movimientos sociales se han pronunciado al respecto. Así, entre otras cosas, se advirtió desde el principio sobre la urgencia de previsión de sanciones que condenasen a las empresas autoras de violaciones de derechos y la implementación de reformas legislativas que garantizaran el acceso de las víctimas a los órganos jurisdiccionales. También se criticó la preponderancia de las medidas de asesoramiento y la falta de transparencia en el proceso de elaboración<sup>9</sup>. Y nos referimos aquí a apreciaciones ampliamente compartidas no solo respecto del plan español, sino también en relación con los distintos planes adoptados en Europa.

### I. 2. DEL CÓMO (O DE LA METODOLOGÍA)

La inexistencia de una fórmula única en lo que al proceso de elaboración y la determinación del contenido de los PAN se refiere ha dado lugar a la adopción de distintas guías y documentos de orientación para la eficaz implementación de los Principios Ruggie. Herramientas que hoy se centran ya tanto en sectores específicos de actividad, como en prácticas especialmente vejatorias, la protección de grupos vulnerables o determinados aspectos de la actividad empresarial<sup>10</sup>. No obstante, la guía de referencia sigue siendo la adoptada por el Grupo de

---

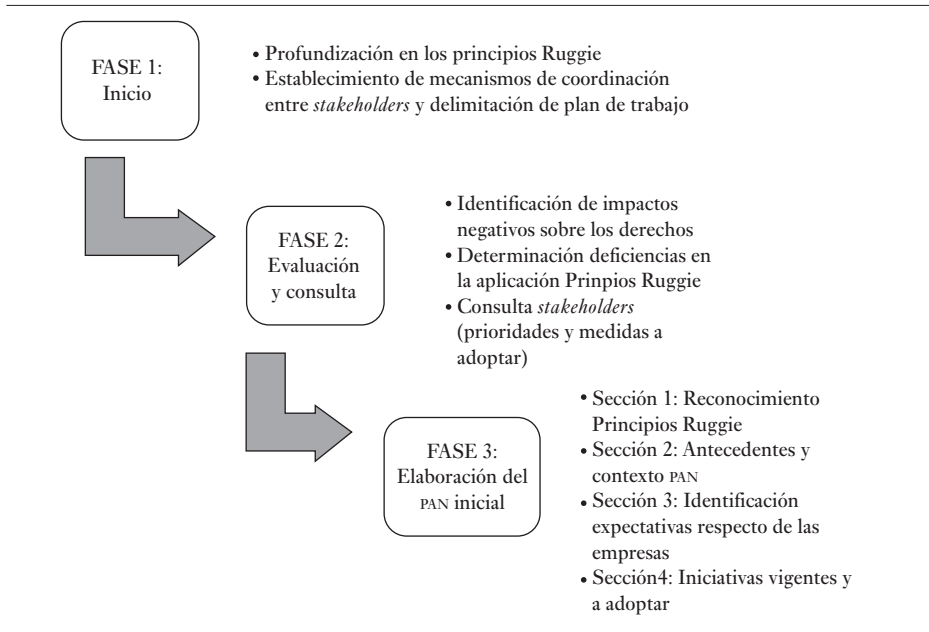
8 Los PAN en vigor y en proceso de desarrollo pueden identificarse en la herramienta National Action Plans Map [fecha de última consulta: 15/01/2019]. Disponible en <<https://humanrights.wbcsd.org/project/national-action-plans-map-the-danish-institute-for-human-rights-2017>>

9 HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, JUAN. El Derecho Corporativo Global frente a los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. En: MESEGUER SÁNCHEZ, JUAN y AVILÉS HERNÁNDEZ, MANUELA (dirs.), *Empresas, derechos humanos y RSC. Una mirada holística desde las Ciencias Sociales y Jurídicas*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 327-354.

10 Un interesante listado de materiales puede consultarse en <<https://humanrights.wbcsd.org/recommended-tools-resources>> [fecha de última consulta: 15/01/2019].

Trabajo de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos (Grupo de Trabajo)<sup>11</sup> bajo el título *Orientación para los Planes de Acción Nacionales sobre las Empresas y los Derechos Humanos*<sup>12</sup>. Y según el mencionado documento, un PAN puede definirse como una “estrategia política en evolución desarrollada por un Estado para proteger contra las consecuencias negativas de las empresas sobre los derechos, de conformidad con los Principios Rectores”. Se trata, por tanto, del producto de un proceso que podemos dividir en distintas fases.

• *Fases en el proceso de elaboración, aplicación y revisión de los PAN (i)*



En una fase inicial y una vez identificados los departamentos gubernamentales implicados, el Grupo de Trabajo advierte sobre un necesario refuerzo de los conocimientos de los Gobiernos en la materia mediante, por ejemplo, la

11 Toda la información en <<https://www.ohchr.org/SP/Issues/Business/Pages/WGHRandtransnationalcorporationsandotherbusiness.aspx>> [fecha de última consulta: 15/01/2019].

12 Grupo de trabajo de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos, *Orientación para los Planes de Acción Nacionales sobre las Empresas y los Derechos Humanos*, Ginebra, 2016 [fecha de última consulta: 15/01/2019]. Disponible en <[https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/UNWG\\_NAPGuidance\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/UNWG_NAPGuidance_SP.pdf)>

realización de debates o talleres internos. Obtenido el compromiso formal del Ejecutivo para la participación en el proceso de elaboración del plan, debería además establecerse un mecanismo de coordinación entre las distintas entidades gubernamentales y entre estas y las demás partes interesadas, correspondiendo a las primeras la elaboración y publicitación de un plan de trabajo para cuyo desarrollo se prevean los recursos necesarios. Con posterioridad, el objetivo sería establecer las prioridades de actuación, atendiendo preferiblemente a la gravedad de las vulneraciones y la capacidad del Gobierno para cambiar la situación. Así, en una segunda fase se tendrían que identificar tanto los impactos negativos sobre los derechos relacionados con actividades empresariales (dentro y fuera del territorio nacional), como las deficiencias en la aplicación de los Principios Ruggie. De este modo, identificados los impactos clave y las principales deficiencias, las partes interesadas deberían ser consultadas sobre las prioridades y acciones concretas a adoptar.

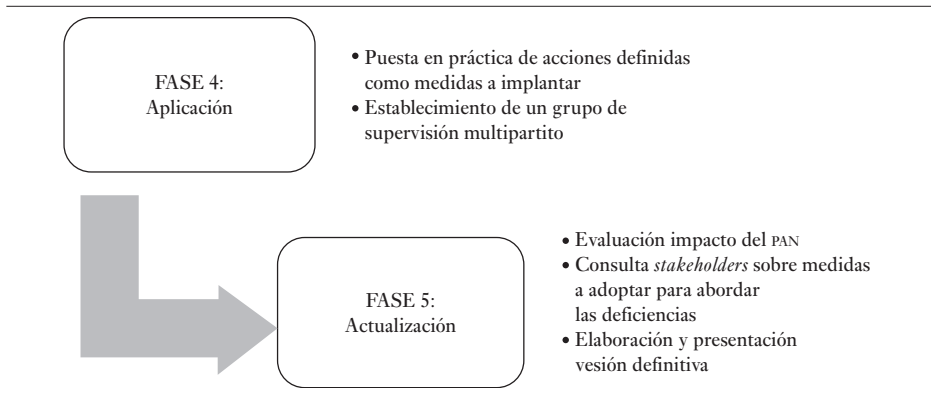
• *Contenido de los PAN*

<b>1</b>	<b>Declaración de compromiso de aplicar los principios Ruggie:</b> Reconocimiento de los Principios Ruggie como instrumento de referencia
<b>2</b>	<b>Antecedentes y contexto:</b> Descripción de los principios Ruggie/Determinación de su vinculación con otras políticas de acción gubernamental
<b>3</b>	<b>Expectativas del Gobierno:</b> Identificación de expectativas respecto de las empresas en relación tanto con los Principios Ruggie como con otras directrices en la materia
<b>4</b>	<b>Respuesta del Gobierno:</b> Identificación de áreas de prioridad y orientación estratégica/ Análisis de actividades en curso y delimitación de medidas a adoptar
<b>5</b>	<b>Supervisión y actualización:</b> Especificación de los mecanismos y procesos de revisión/ Definición de fecha de actualización

Consecuentemente con todo lo anterior, la versión preliminar del plan debería incluir, al menos, un compromiso formal de acatar los Principios Rectores; una sección dedicada a describir los antecedentes y el contexto; una presentación de las expectativas sobre el respeto de los derechos por las empresas; un apartado en el que se identifiquen las áreas prioritarias de actuación y las acciones planificadas respecto a la totalidad del contenido de los Principios Ruggie (delimitando el objetivo específico de cada acción, el órgano competente, un calendario de ejecución y los indicadores para evaluar la aplicación

y el impacto); y un último capítulo en el que se delimiten los mecanismos y plazos de supervisión y actualización. El Plan, en su versión preliminar, deberá aplicarse garantizando su supervisión por todas las partes interesadas. Así, tras la revisión, tendría que elaborarse y publicarse una versión definitiva en la que se abordaran las falencias de gestión más relevantes y los progresos realizados. Los PAN deberían, por tanto, determinar el modo en que el Estado planea implementar sus obligaciones de proteger los derechos, así como aclarar la forma en que se espera que las empresas cumplan con sus responsabilidades en la materia. Todo ello prestando especial atención a las personas que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad o en riesgo.

• *Fases en el proceso de elaboración, aplicación y revisión de los PAN (ii)*



Con tales objetivos los Estados tendrían que, entre otras cosas, desarrollar medidas de capacitación de su funcionariado e identificar las principales brechas regulatorias con fundamento en los propios Principios Ruggie. Se impone, además, que cada PAN refleje las prioridades materiales en el contexto del país en cuestión. Tanto el proceso de elaboración, como los de supervisión y actualización, deberían involucrar al mayor número posible de entidades gubernamentales, consultando y teniendo en cuenta las necesidades del resto de *stakeholders* y compartiendo periódicamente con todas las partes interesadas la información más relevante.

Los PAN deberían ser el producto de un esfuerzo continuo plasmado en un firme compromiso por desarrollar un proceso ampliamente abierto y en una clara determinación por la delimitación de acciones futuras suficientemente específicas y la actualización periódica. Y precisamente a evaluar el nivel de



consecución de estos objetivos por los distintos Planes adoptados en Europa se incardinan los informes publicados conjuntamente por *International Corporate Accountability Roundtable* (ICAR), *European Coalition for Corporate Justice* (ECCJ) y Dejusticia. Informes que nos servirán como referente para poder identificar debilidades y buenas prácticas compartidas entre los PAN del Reino Unido (RU), Dinamarca, Países Bajos (PB), Suecia, Finlandia, Noruega, Italia, Suiza y Francia. Obtendremos así un cuadro comparativo que, elaborado sobre la base de los 10 criterios de la *checklist* desarrollada por ICAR y el *Danish Institute of Human Rights* (DIHR)<sup>13</sup>, nos facilitará nuestra tarea, esto es, el análisis crítico y la formulación de las correspondientes propuestas de reforma del plan español.

• *Criterios de evaluación de los PAN según checklist ICAR y DIHR*

---

1. Identificación *órganos competentes* / 2. Diseño *términos de referencia y cronograma* / 3. Asignación de *recursos* / 4. Consulta *stakeholders*

5. Evaluación *Brechas de gobernanza*

6. Consideración *totalidad Principios Rectores* / 7. *Compromisos de actuación* específicos, realizables y mesurables.

8. *Transparencia* /

9. Identificación *órganos responsables cumplimiento*

10. Delimitación marco de *monitoreo*

---

Además, dada la especial relevancia del Tercer Pilar del Marco Proteger, Respetar y Remediar<sup>14</sup> y las graves deficiencias que, en la materia, todavía hoy muestran las legislaciones nacionales y las políticas públicas domésticas, indagaremos en el contenido de una serie de documentos de referencia sobre reparaciones

<sup>13</sup> Danish Institute for Human Rights, 10 Criteria for National Action Plans (NAPS) on Business and Human Rights [fecha de última consulta: 15/01/2019]. Disponible en <<https://static1.squarespace.com/static/583f3fca725e25fcd45aa446/t/5865d664197aea7b3834401b/1483069028506/10-Criteria-for-National-Action-Plans-NAPS.pdf>>

<sup>14</sup> A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008.

efectivas. Concretamente, en este trabajo se estudiarán las principales directrices del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU (ACNUDH), así como se desgranarán las propuestas publicadas por Amnistía Internacional (AI) y el *Business & Human Rights Resource Centre* (B&HRRC).

## 2. UN RASERO CON EL QUE MEDIR

Junto a la lectura de los textos de los diferentes PAN, para el cumplimiento de nuestros objetivos, como decíamos, nos basaremos en los informes de evaluación de ICAR, ECCJ y DeJusticia que, a su vez, encuentran respaldo en la *toolkit* publicada por la primera de estas instituciones, conjuntamente con el DIHR, en junio de 2014<sup>[15]</sup>, fecha (noviembre) en la que se publicó el primero de los mencionados documentos de referencia, relativo a los PAN del RU, los PB, Dinamarca y Finlandia. Con posterioridad, en noviembre de 2015, un segundo informe actualizó el anterior incorporando la evaluación de los Planes de Lituania y Suecia. Finalmente, este último documento fue nuevamente actualizado en agosto de 2017, cuando se añadieron los PAN de Noruega, Colombia, Italia, Suiza y Estados Unidos<sup>16</sup>. La revisión de estos documentos nos permitirá así dilucidar cuáles son los mínimos para cumplir para una efectiva implementación de los Principios Rectores, cuáles los mayores retos para su acatamiento y cuáles los logros a imitar en futuros PAN y en las convenientes revisiones de los ya vigentes.

Por poner un ejemplo que pueda orientar al lector sobre la lógica del trabajo que tiene ante sus ojos, el Informe de ICAR, ECCJ y DeJusticia de 2017 advierte que uno de los aspectos más negativos del PAN de Dinamarca en cuanto a su proceso de elaboración es la inexistencia (y/o no publicación) de una evaluación preliminar de las brechas en la protección de los derechos frente a la actividad empresarial. Efectivamente, la versión original del Plan danés se remite a diversa legislación interna de relevancia, como la *Danish Parlia-*

---

15 El texto de todos los PAN a que nos referiremos en las siguientes páginas puede encontrarse en la siguiente dirección: <<https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>> [fecha de última consulta: 15/01/2019].

16 Concretamente, European Coalition for Corporative Justice, International Corporate, Accountability Roundtable, Dejusticia, Assessments of Existing National Action Plans (NAPS) on Business and Human Rights [fecha de última consulta: 15/01/2019]. Disponible en <<https://static1.squarespace.com/static/583f3fca725e25fcd45aa446/t/5a0b94b6c83025c5ba61e51b/1510708410208/NAP+Assessment+Aug+2017+FINAL.pdf>>

*mentary Act*, que prohíbe el trato diferenciado en el mercado de trabajo o la *Working Environment Act* y la *Act on the Work of Young Persons*, que aplican la Directiva 94/33/CE, sobre la protección de los trabajadores jóvenes. Además, menciona expresamente la obligación legal de las empresas danesas de informar sobre sus estrategias de Responsabilidad Social Corporativa (RSC), impuesta por la reciente (2013) *Act Amending the Danish Financial Statements Act*<sup>17</sup>. Sin embargo, Dinamarca no realizó el así denominado *National Baseline Assessment* (NBA), es decir, un diagnóstico preliminar para la identificación de las principales brechas de gobernanza. Un análisis que resulta imprescindible de cara tanto a la delimitación del propio contenido del PAN, como al posterior seguimiento de su implementación. Por tanto, la confirmación de la inexistencia de esta evaluación preliminar en el caso del Plan español nos permitiría constatar una falla de relevancia en cuanto a su proceso de elaboración y, consiguientemente, formular una propuesta de revisión sobre la materia. En definitiva, un análisis comparado de los PAN vigentes en Europa (en sentido amplio) a partir de la lectura de su texto y de los informes de ICAR, ECCJ y DeJusticia nos proporcionará un marco de referencia, un “rasero” con el que medir el proceso de elaboración, el contenido y los mecanismos de seguimiento del Plan del Gobierno de España.

## 2. I. LOS ERRORES DEL PRINCIPIANTE

	Reino Unido	Países Bajos	Dinamarca	Finlandia	Suecia
Publicación de términos referencia/ y cronograma	No se publicó	No se publicó	No se publicó	Publicadas fechas de audiencias con los <i>stakeholders</i>	No se publicó
Asignación presupuestaria	No identificada	No identificada	No identificada	No identificada	No identificada

17 Las empresas e inversores daneses de un cierto tamaño deben informar sobre sus políticas de RSC (directrices internas, objetivos, estrategias, acciones concretas, procedimientos de implementación y evaluación de sus propias políticas); corresponde a la organización FSR – Danish Auditors publicitar anualmente el mejor informe.

	Reino Unido	Países Bajos	Dinamarca	Finlandia	Suecia
Mapeo de <i>stakeholders</i> / Consultas grupos desfa- vorecidos	No realizado No facilita/ prioriza grupos desfavorecidos	No realizado No facilita/ prioriza grupos desfavorecidos	No realizado No facilita/ prioriza grupos desfavorecidos	Desconocido No facilita/ prioriza grupos desfavorecidos	Desconocido No facilita/ prioriza grupos desfavorecidos
Trabajo de diagnóstico (NBA)	No realizado Compromiso de desarrollo	No realizado Mapeo de polí- ticas públicas	No realizado Observacio- nes clave por cada Principio Rector	No realizado Memorándum sobre Principios Ruggie	No realizado Compromiso de desarrollo
Cumplimen- to objetivos Principios Ruggie	No se abordan uno por uno / Atención priori- taria al Pilar II No se incluyen incentivos para la debida dili- gencia ni esta es requerida por ley / predomi- nio autorregu- lación <i>UK Companies Act of 2006</i>	No se abordan uno por uno Atención priori- taria al Pilar II No se incluyen incentivos para la debida dili- gencia ni esta es requerida por ley / predomi- nio medidas de capacitación, evaluación y soporte RSC	Se abordan to- dos los Pilares No se incluyen incentivos para la debida dili- gencia ni esta es requerida por ley <i>Act Amen- ding the Da- nish Financial Statements Act</i> / Propuesta inclusión por ley de cláusulas laborales en to- das las licitacio- nes públicas de construcción	Atención prioritaria a los Pilares I y II No se incluyen incentivos para la debida dili- gencia ni esta es requerida por ley	Se abordan to- dos los Pilares No se incluyen incentivos para la debida dili- gencia ni esta es requerida por ley Se incluyen dos medidas regu- latorias de la actividad em- presarial
Jurisdicción	Atención prioritaria a los abusos en el exterior	Atención prioritaria a los abusos en el exterior Rechazo expre- so extraterrito- rialidad	Atención a los abusos de dere- chos en el exte- rior y en territo- rio nacional	Atención prioritaria a los abusos en el exterior / No se discute la extra- territorialidad	No se discute la extraterritorial- idad Atención a los abusos en el ex- terior y en terri- torio nacional
Considera- ción temá- ticas y sectores específicos	No se priorizan temáticas espe- cíficas / Con- sideración de sectores concre- tos (seguridad/ inversiones)	No se priorizan temáticas específicas / Consideración de sectores concre- tos (sectores de riesgo)	No se priorizan temáticas específicas / Consideración de sectores concre- tos (mercado laboral)	No se priori- zan temáticas específicas / Consideración de sectores concre- tos (grupos vulnerables/ laboral/privaci- dad)	No se priorizan temáticas espe- cíficas / Con- sideración de sectores concre- tos (comercio de minerales/ privacidad)

	Reino Unido	Países Bajos	Dinamarca	Finlandia	Suecia
Medidas específicas y mesurables en el tiempo	No en la mayoría de las acciones planificadas	No en la mayoría de las acciones planificadas	No en la mayoría de las acciones planificadas	No en la mayoría de las acciones planificadas	No en la mayoría de las acciones planificadas
Priorización abusos más graves	No hay priorización	No hay priorización	No hay priorización	No hay priorización	No hay priorización
Consideración de grupos vulnerables	Los grupos vulnerables no son debidamente considerados	Los grupos vulnerables no son considerados	Los grupos vulnerables no son considerados	Incluye acciones de seguimiento relacionadas grupos vulnerables/ excluidos	Los grupos vulnerables no son considerados
Publicación del PAN y otros documentos relevantes	No se realizó NBA/no se publicó. Falta transparencia reuniones y debates interdepartamentales/ las discusiones no se hicieron públicas.	No se realizó NBA, y el “mapeo interno” no se hizo público. Los resúmenes de las consultas no se publicaron	No se realizó ni publicó NBA. No se realizó ningún análisis significativo ni se publicaron otros documentos de relevancia	El memorándum de antecedentes está públicamente disponible	No se realizó NBA. Sin embargo, se puso a disposición del público un borrador del PAN a través del sitio web de la Oficina del Gobierno
Delimitación de autoridades competentes	No siempre se identifican claramente los ministerios encargados de la implementación de cada medida propuesta. Se identifican las autoridades competentes para el seguimiento general del PAN	En la mayoría de los casos no se identifican los ministerios encargados de la implementación de cada medida propuesta	Se identifican los ministerios encargados de la implementación de cada medida propuesta, pero no con la suficiente especificidad	No se identifican en modo alguno los ministerios encargados de la implementación de cada medida propuesta	En la mayoría de los casos no se identifican los ministerios encargados de la implementación de cada medida propuesta. Se identifican las autoridades competentes para el seguimiento general del PAN

Una primera aproximación a los Informes de ICAR, ECCJ y Dejusticia nos permite ya adelantar que en la mayoría de los primeros PAN adoptados en territorio europeo se omitió el mencionado NBA. Así, por ejemplo, mientras que el Plan de los PB incorporó un mapeo de políticas públicas y el de Finlandia un memorándum sobre los Principios Ruggie, los PAN del RU (primera versión) y de Suecia se limitaron a expresar un compromiso de desarrollo futuro. Además, en estos primeros Planes también se detectan, aunque siempre con

alguna excepción, debilidades relativas a la ausencia de sistemas de evaluación periódica, la falta de un calendario de revisión o un insuficiente nivel de transparencia en los procesos de elaboración. De hecho, si bien el borrador del Plan sueco se publicó a través del sitio web de la Oficina del Gobierno, ni en su proceso de elaboración ni en el de los PANs del RU, los PB o de la propia Dinamarca, se publicaron ni los términos de referencia en cuanto al contenido, ni el cronograma a seguir para su desarrollo.

• *Análisis comparado: primeros PAN adoptados en Europa*

Junto a lo señalado, en ninguno de estos PAN se identifica el presupuesto asignado para su adopción e implementación. Tampoco parece poder afirmarse que, en términos generales, se garantice la efectiva participación de todos los *stakeholders* en el proceso de su elaboración, omitiéndose en todos los casos la inclusión de medidas tendentes a asegurar la participación de los grupos más desfavorecidos. Debe señalarse también que, a excepción de los casos del RU y Suecia, los primeros Planes europeos no abordaron la totalidad de los Principios Rectores. Además, solo dos países (Dinamarca y Suecia) proyectaron el contenido de sus PAN tanto dentro como fuera de su territorio nacional, siendo la extraterritorialidad expresamente rechazada por los PB. Además, los informes de ICAR, ECCJ y DeJusticia inciden en estos casos en la falta de incentivos para la adopción de la debida diligencia, destacando que ninguno de los PAN bajo consideración previó su imposición por ley. Más específicamente, respecto de los Planes de Dinamarca y el RU, se advierte que ni la mencionada enmienda a la Ley danesa de estados financieros, ni la británica *UK Companies Act* de 2006 implican un verdadero deber legal de diligencia. Y aunque en los primeros PAN adoptados en Europa se abordaron con preferencia determinados sectores de actividad, lo cierto es que en ninguno de los hasta ahora referidos se priorizaron acciones relativas a cuestiones concretas o a vulneraciones especialmente graves. Todo ello sin olvidar que, en los casos en los que se incluyeron, las propuestas de acción futura resultaron escasamente específicas y difícilmente mesurables.

## 2.2. PAUTAS PARA LA MEJORA

Algunas de las deficiencias y omisiones hasta ahora observadas se han subsanado en los Planes de más reciente adopción en el ámbito europeo, pero la cuestión de las reparaciones sigue representando uno de los mayores desafíos. Este abandono, e incluso desaire frente a un deber que se reputa de la mayor

relevancia si de lo que se trata es de garantizar la efectiva protección de los derechos frente a la actividad empresarial, ha llevado a la elaboración de importantes documentos que intentan facilitar el cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades por los Estados y las propias empresas. La relevancia de su consideración a los efectos de este trabajo no parece tener que justificarse.

• *Las directrices del Alto Comisionado para los Derechos Humanos*

En 2013, el ACNUDH puso en marcha un proceso destinado a ayudar a los Estados a fortalecer la aplicación del Tercer Pilar del Marco Proteger, Respetar y Remediar, esfuerzo que se materializó en el *Proyecto sobre Rendición de Cuentas y Acceso a Mecanismos de Reparación* (PRCMR I)<sup>18</sup>, que tiene por objeto “promover respuestas jurídicas nacionales más justas y más eficaces para las víctimas de violaciones de derechos humanos relacionados con empresas”.

• *Reparaciones jurisdiccionales efectivas*

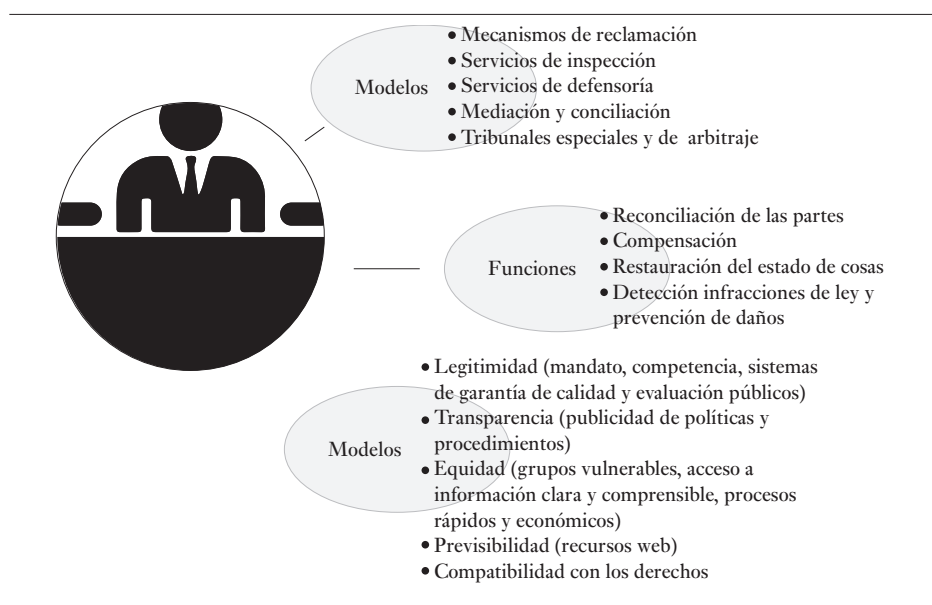


El Informe *Improving accountability and access to remedy for victims of business-related human rights abuse* (PRCMR I) distingue así entre el enjuiciamiento de delitos de Derecho público y de Derecho privado, identificando los elementos cuya previsión en el ordenamiento jurídico resulta determinante para garantizar la existencia de una reparación efectiva: responsabilidad de las empresas según el tipo y el grado de participación en la vulneración de derechos; competencias

<sup>18</sup> Toda la información en: <<https://www.business-humanrights.org/es/proyecto-sobre-la-rendición-de-cuentas-y-acceso-a-mecanismos-de-reparación-de-la-oacnudh>> [fecha de última consulta: 15/01/2019].

y recursos de los órganos encargados de enjuiciar; pronta y eficaz asistencia y cooperación por parte de órganos homólogos de otros Estados; y asistencia económica a las víctimas que favorezca su acceso a los recursos. La labor del Alto Comisionado fue así acogida en 2016 por el Consejo de Derechos Humanos, que le encargó la identificación y análisis de “las enseñanzas extraídas, las mejores prácticas, los problemas y las posibilidades de aumentar la eficacia de los mecanismos extrajudiciales”<sup>19</sup>.

• *Mecanismos no jurisdiccionales de reparación*



Consecuentemente, el objetivo del Proyecto sobre *Rendición de Cuentas y Mecanismos de Reparación II* (PRCMR II) es ayudar a los Estados a identificar maneras en que pueden mejorar la eficacia de los mecanismos de reparación no judiciales (MNJ), fin con base en el cual, en febrero de 2017, el Alto Comisionado publicó un primer documento exploratorio en el que, entre otras cuestiones, se identificaron los principales modelos institucionales de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, sus principales funciones y los requisitos considerados necesarios para garantizar su legitimidad, transparencia,

19 A/HRC/32/19, de 10 de mayo de 2016.



equidad y compatibilidad con los derechos<sup>20</sup>. Finalmente, tras un proceso de cuestionamiento abierto en junio de 2017 y la publicación ese mismo año de un documento de discusión, el Informe de esta segunda fase del Proyecto fue presentado en el Consejo de Derechos Humanos en su trigésima octava sesión en junio de 2018<sup>[21]</sup>. En el mismo se recomienda a los Estados que, entre otras cuestiones, examinen el alcance y la eficacia de los MNJ, elaboren una estrategia integral para adaptarse a las estructuras jurídicas, las necesidades y los desafíos locales y adopten las medidas necesarias a fin de aumentar la capacidad de los MNJ para actuar en los casos de violaciones de derechos ubicadas en más de una jurisdicción.

• *Las recomendaciones de Amnistía Internacional (AI) y del Business & Human Rights Resource Centre*

Por su parte, en 2014 AI publicó el monográfico *Injustice Incorporated: Corporate abuses and the human right to remedy*<sup>22</sup>, en el que se examinaron tres barreras críticas para garantizar la efectividad de los remedios frente a vulneraciones de derechos en las que se encontraran involucradas empresas transnacionales: la aplicación de la doctrina del “velo corporativo”, el recurso al criterio del *forum non conveniens* y la falta de acceso a información relevante. En diciembre de 2015 la misma organización, conjuntamente con B&HRRC, celebró un foro de expertos sobre la materia cuyo objetivo era debatir las propuestas formuladas en el mencionado monográfico. A partir de las diversas contribuciones, en septiembre de 2017, se publicó el informe *Creating a paradigm shift: Legal solutions to improve access to remedy for corporate human rights abuse*<sup>23</sup>, que presenta una

---

20 Office of the UN High Commissioner for Human Rights, Accountability and Remedy Project II, Access to remedy for business-related human rights abuses. A scoping paper on State-based non-judicial mechanisms relevant for the respect by business enterprises for human rights: current issues, practices and challenges. [Fecha de última consulta: 15/01/2019]. Disponible en <[https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/images/ARPII\\_FINAL%20Scoping%20Paper.pdf](https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/images/ARPII_FINAL%20Scoping%20Paper.pdf)>

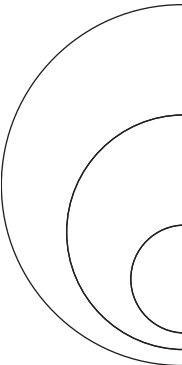
21 A/HRC/38/20, de 14 de mayo de 2018.

22 Amnistía Internacional, Injusticia, S. A. Los abusos empresariales y el derecho humano a un recurso, España, Amnistía Internacional-Reuters, 2014 [fecha de última consulta: 15/01/2019]. Disponible en <<https://www.amnesty.org/en/documents/pol30/001/2014/en>>

23 Amnesty International, Business & Human Rights Resource Centre. Creating a Paradigm Shift: Legal Solutions to Improve Access to Remedy for Corporate Human Rights Abuse, 2017 [fecha

serie de indicaciones jurídicas que se consideran clave para eliminar o mitigar las barreras anteriormente señaladas.

• *Barreras en el acceso a la reparación y medidas para superarlas*

	<p><b>Doctrina del velo corporativo</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Imposición legal de un deber de vigilancia basado en el control jurídico o factual</li> <li>• Inversión de la carga de la prueba</li> </ul>
	<p><i>Forum non conveniens</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Presunción de foro aplicable</li> </ul>
	<p><b>Falta de acceso a información relevante</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Reconocimiento legal de obligación de las empresas de generar y divulgar información relevante</li> </ul>

En opinión de AI y B&HRRC, la doctrina del “velo corporativo” constituye una importante barrera para que las compañías matrices sean legalmente responsables de los abusos cometidos por sus filiales. Consecuentemente, se recomienda a los Estados la imposición de un deber legal de cuidado. Como mínimo, las empresas matrices, o aquellas con la capacidad de controlar a los miembros de su grupo, deberían tener reconocido legalmente un deber de vigilancia (o noción jurídica equivalente) respecto de los individuos y las comunidades cuyos derechos resulten afectados por las operaciones de su grupo. Por tanto, la capacidad de controlar, y no el control real, debería ser suficiente como base para la responsabilidad. Así, por ejemplo, este informe se refiere a la *Loi 2017-399 (relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre)*<sup>24</sup>, en virtud de la cual se impone a las empresas francesas de un determinado tamaño un deber de cuidado que abarque la elaboración, publicación e implementación efectiva de un plan en el que se incluyan medidas de vigilancia para identificar los riesgos y prevenir violaciones graves de derechos.

de última consulta: 15/01/2019]. Disponible en <<https://www.amnesty.org/es/documents/pol30/7037/2017/en>>

24 Por todos, COSSART, SANDRA, CHAPLIER, JEROME y BEAU DE LOMENIE, TIPHAINE. Developments in the Field. The French Law on Duty of Care: A Historic Step Towards Making Globalization Work for All, *Business and Human Rights Journal*, 2017, vol. 2, pp. 317-323.

El deber de diligencia se extiende a subsidiarias, subcontratistas y proveedores con los que la empresa matriz mantenga una “una relación comercial estable y regular, con o sin contrato, con un cierto volumen de negocios, y bajo una expectativa razonable de duración”. Pero AI y B&HRRC consideran además que la previsión legal que en la materia se incorpore en los ordenamientos jurídicos nacionales debería presumir la responsabilidad de la empresa matriz o controladora. En otras palabras, para refutar o limitar dicha responsabilidad, las compañías controladoras deberían demostrar que adoptaron todas las medidas razonables para evitar el daño causado por la subsidiaria o compañía controlada. Por añadidura, en determinadas circunstancias, la correspondiente disposición debería prever la responsabilidad automática de las sociedades controladoras. Así podría ocurrir, por ejemplo, cuando las filiales hubieran sido liquidadas y en los casos en los que estas operasen en países que no ofrezcan vías realistas para buscar reparación.

Por su parte, en materia de *forum non conveniens* el informe de AI y el B&HRRC advierte que, si bien no se trata esta de una doctrina inherente a los sistemas jurídicos de la familia del *common law*, es improbable que su aplicación sea eliminada por completo en las jurisdicciones que la utilizan, como ocurre en Canadá o Estados Unidos. Por ello se propone la adopción por los órganos jurisdiccionales de una presunción de foro aplicable, correspondiendo a la empresa la carga de probar que el foro elegido por el demandante es “claramente inadecuado”. Finalmente, y en lo que a la recopilación y divulgación de información respecta, se sugiere el reconocimiento por ley del derecho de las personas y comunidades afectadas por las operaciones corporativas de acceder a información relacionada con el impacto real o potencial de esas actividades sobre sus derechos. En este sentido, se apunta hacia las leyes de evaluación de impacto ambiental y las que regulan la minería u otras actividades industriales, como medios apropiados para regular la generación, el mantenimiento y la divulgación de cierta información relativa a la actividad empresarial. Estas leyes existen en muchos países. Sin embargo, es frecuente que las mismas sean débiles en cuanto a su fiabilidad, utilidad y accesibilidad. Por ello, según el Informe, se impone el establecimiento legal de requisitos mínimos sobre el contenido y la forma en que la información se recopila y divulga. Debería además garantizarse la accesibilidad de la información mediante el establecimiento de procedimientos de descubrimiento flexibles.

### 2.3. LOS RESULTADOS DE LA EXPERIENCIA

Los informes de ICAR, ECCJ y DeJusticia y recomendaciones como las hasta aquí apuntadas, han repercutido sus efectos en los Planes europeos de más reciente adopción. Así, por ejemplo, los PAN de Noruega e Italia incorporan ya un diagnóstico preliminar de las brechas de gobernanza de carácter integral. Además, en el último se formulan propuestas de reforma legislativa para suprimir los obstáculos en el acceso a los medios de reparación, especialmente frente a abusos extraterritoriales. Aunque muchas de las principales debilidades siguen siendo comunes, también se ha aprendido de la experiencia, de modo que reproducen estos nuevos PAN algunas de las mejores prácticas de los primeros adoptados en Europa, e incorporan progresos de relevancia, muy notablemente en lo que a la formulación de acciones futuras se refiere.

• *Evaluación de los PAN de reciente adopción en Europa*

	Noruega	Italia	Suiza
Publicación términos de referencia y cronograma	No se publicó	No se publicó	No se publicó
Asignación presupuestaria	No hay información pública disponible	No hay información pública disponible	No hay información pública disponible
Mapeo de <i>stakeholders</i> / Consulta a grupos desfavorecidos	No hay información pública disponible Se celebraron múltiples consultas con representantes de pueblos indígenas	No hay información pública disponible No facilitada/priorizada	No hay información pública disponible No concreta qué grupos participaron en las consultas, pero no hay indicios de priorización
Trabajo de diagnóstico	Se desarrolló un mapeo para la identificación de lagunas en el deber del Estado de proteger los derechos (UGPS 1-10 y 25-28)	El informe <i>Empresas y derechos humanos: el caso italiano</i> , elaborado por académicos, examina la adecuación del marco regulatorio e institucional italiano a los UNGPs, identificando fortalezas y debilidades, y formulando recomendaciones específicas	No realizado Se incluye compromiso de revisión periódica externa (cada 4 años) del marco regulatorio nacional para la identificación de potenciales lagunas en el cumplimiento de los UNGP

	Noruega	Italia	Suiza
Cumplimiento objetivos Principios Ruggie	<p>Se abordan los tres Pilares en los que se asientan los UNGPs / Atención prioritaria al Pilar II</p> <p>No se incluyen incentivos para la debida diligencia ni esta es requerida por ley / predominio autorregulación</p> <p><i>Norwegian Accounting Act</i></p> <p>Compromiso de reformas legislativas futuras aplicables a las empresas</p>	<p>Atención prioritaria a los Pilares I y III</p> <p>Se incluyen incentivos para la debida diligencia. El PAN identifica como expectativas específicas respecto de las empresas italianas la creación y aplicación de procesos de diligencia debida y la articulación de mecanismos de reclamación para las víctimas de abusos</p> <p>Aunque la divulgación de información sobre los procesos de debida diligencia no es requerida explícitamente, el Ejecutivo se compromete a promover ampliamente los mecanismos de información, entre otras cosas, mediante la transposición de la Directiva UE 2014/95.</p> <p>Se incluye un compromiso de revisión de la legislación vigente para incorporar el deber de debida diligencia y cláusulas de derechos en la contratación pública</p>	<p>El PAN se organiza exclusivamente en torno a los Pilares I y III</p> <p>Se incluyen incentivos para la debida diligencia</p> <p>La divulgación de información sobre diligencia debida no es requerida por ley</p> <p><i>Federal Act on Private Security Services.</i></p>
Jurisdicción	<p>No se discute la extraterritorialidad</p> <p>No se profundiza en el significado del requisito de la “suficiente conexión con Noruega” para el reconocimiento de competencia jurisdiccional por delitos cometidos en el extranjero (<i>Dispute Act</i>)</p>	<p>Atención a los abusos tanto en el exterior como en territorio nacional</p> <p>Se formulan propuestas de reforma legislativa para extender la competencia de los órganos jurisdiccionales frente a delitos contra el consumidor, de publicidad engañosa y competencia desleal, así como para suprimir los o, obstáculos en el acceso a los medios de reparación, especialmente frente a abusos extraterritoriales</p>	<p>Atención exclusiva a los abusos de derechos en el exterior / Compromiso de revisión futura del PAN en relación a los remedios efectivos frente a abusos extraterritoriales</p>

	Noruega	Italia	Suiza
Consideración de temáticas y sectores específicos	Consideración de sectores específicos (áreas de conflicto/ seguridad/ corrupción/ indígenas/ inversión/ extracciones/ contratación)	Se abordan cuestiones temáticas y sectores específicos (se priorizan las formas ilegales de trabajo y la explotación laboral en los sectores agrícola, de la construcción, manufactura y de servicios / se presta especial atención al desarrollo sostenible y el medioambiente)	Se abordan cuestiones temáticas y sectores específicos (áreas de conflicto, seguridad, inversión responsable, sostenibilidad y derechos del niño)
Medidas específicas y mesurables en el tiempo	No en la mayoría de las acciones planificadas	No en la mayoría de las acciones planificadas	No en la mayoría de las acciones planificadas
Priorización de los abusos de derechos más graves	No hay priorización	Se establecen 6 prioridades en función de las brechas en la protección de derechos detectadas en el trabajo de diagnóstico: 1. Promover procesos de debida diligencia 2. Contratación ilegal y otras formas de explotación laboral con especial atención a inmigrantes y víctimas de trata 3. Promover la protección de derechos laborales en los procesos de internacionalización empresarial 4. Fortalecer el papel de Italia en una cooperación internacional para el desarrollo basada en los derechos humanos 5. Enfrentar la discriminación y la desigualdad y promover la igualdad de oportunidades 6. Promover la protección del medio ambiente y la sostenibilidad.	No hay priorización

	Noruega	Italia	Suiza
Consideración de grupos vulnerables	El PAN no presta la debida atención a los grupos vulnerables	Se analiza e incluye acciones de seguimiento relacionadas específicamente con grupos vulnerables y excluidos (mujeres, niños, personas con discapacidad, LGTBI, migrantes, solicitantes de asilo y minorías étnicas y religiosas)	Se presta atención a ciertos grupos vulnerables (niños y mujeres) y se incluyen medidas específicas relacionadas con eventos deportivos
Publicación del PAN y otros documentos relevantes	Se han publicado tanto el análisis de brechas en la protección de derechos por el Estado (mapeo), como las consultas dirigidas por el Ejecutivo noruego	Se han publicado el análisis de diagnóstico y el Borrador del PAN, así como otros documentos de interés, como la respuesta del Ejecutivo italiano a la encuesta del WGBHR a las encuestas sobre la implementación de los UNGPs	El PAN no se publicó hasta diciembre de 2016. El único informe de stakeholders publicado fue el desarrollado por Swisspeace tras la consulta con los grupos de interés externo.
Delimitación de autoridades competentes	En la mayoría de las medidas planificadas no se identifica la autoridad competente para su implementación	En la mayoría de las medidas planificadas no se identifica la autoridad competente para su implementación	Se identifican las autoridades encargadas de la implementación de las medidas propuestas, así como de la implementación y monitoreo del PAN en su conjunto

Una tendencia positiva que persiste en los PAN adoptados más recientemente es la participación de varias entidades gubernamentales durante el proceso de redacción. Además, durante dicho proceso suele haberse producido algún tipo de consulta con otros grupos de interés. Si bien algunas consultas parecen haber sido más exhaustivas e inclusivas que otras, y aunque sigue sin reflejarse el recurso a mecanismos que faciliten la participación de grupos vulnerables o en riesgo, la involucración de los distintos *stakeholders* en los procesos de elaboración de los PAN parece estar aumentando. Por ejemplo, en la elaboración de los Planes de Italia y Suiza, los grupos de interés tuvieron oportunidad de pronunciarse sobre una versión preliminar. Además, la referencia a cuestiones temáticas específicas de cada sector de actividad parece ser ya la regla, más que la excepción. Y todo ello sin olvidar los avances en cuanto a la identificación de las autoridades gubernamentales que tienen encomendada la supervisión de las medidas planeadas, como ocurre en el caso del Plan suizo.

No obstante, y a pesar de los avances en la materia (Italia y Noruega), las propuestas de acción futura siguen siendo excesivamente vagas, lo que dificulta sobremanera que los diferentes *stakeholders* puedan monitorear adecuadamente la implementación de las medidas que el Estado se ha comprometido a adoptar. Y a ello debemos añadir que dichos compromisos se centran en acciones que implican actividades de sensibilización, capacitación, investigación y otras medidas de naturaleza voluntaria, y que son muy poco habituales las iniciativas relativas a la revisión y desarrollo de medidas regulatorias. Del mismo modo, si bien se han producido mejoras en la discusión general del Pilar III, la mayoría de estos últimos PAN solo abordan de forma muy liviana el acceso a la reparación. Cuando se aproximan al Pilar de los remedios, los Planes de más reciente adopción en el espacio europeo lo hacen sin identificar las barreras internas para el acceso a los recursos judiciales, con un insuficiente grado de especificidad en cuanto a los compromisos asumidos y centrándose en iniciativas regionales o internacionales y mecanismos no judiciales. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de Noruega. No obstante, una excepción puede encontrarse en el PAN francés, aún sin evaluar (a fecha de redacción de estas líneas) por ICAR, ECCJ y DeJusticia.

El plan vigente en Francia desde mayo de 2017 no solo informa sobre la normativa doméstica aplicable vinculada a la relación entre los derechos y las empresas<sup>25</sup> y las previsiones legislativas sobre la responsabilidad de estas últimas<sup>26</sup>, sino que considera que los requisitos legales para el reconocimiento de responsabilidad penal a una empresa matriz por los actos cometidos por una filial fuera del territorio nacional (doble incriminación y la constatación del delito por un tribunal extranjero)<sup>27</sup> constituyen un obstáculo a remover para garantizar el acceso a la reparación. Consecuentemente, el Ejecutivo nacional

---

25 Entre otras, la Ley de Orientación y Programación, del 7 julio de 2014, que alienta a las empresas con sede en territorio nacional y establecidas en el extranjero a aplicar las Directrices de la OCDE para las Empresas Multinacionales y los Principios Rectores; la Ley para combatir la competencia social desleal, del 10 de julio de 2014, destinada a combatir el trabajo ilegal y el fraude en el desplazamiento de trabajadores; la Ley de Economía Social y Solidaria, del 21 de julio de 2014, que define por primera vez el ámbito de la economía social y solidaria; y la Ordenanza 2015-899, que excluye de todo contrato a cualquier operador económico condenado por fraude, corrupción, trata y explotación de seres humanos.

26 Por ejemplo, los arts. 1240 y 1241 del Código Civil obligan a las empresas a remediar las consecuencias de su responsabilidad, incluso en caso de imprudencia. Esta previsión genérica se ve además complementada con la sección 1242, relativa a la responsabilidad vicaria.

27 Artículos 113-5 y 113-8 del Código Penal.



propone una reforma del Código Penal (CP) para que la decisión del Fiscal de no iniciar una investigación a raíz de una denuncia presentada por una víctima de un delito cometido en el extranjero pueda ser objeto de recurso. Además, este PAN establece los supuestos en los que los tribunales domésticos serían competentes para determinar la responsabilidad de una empresa por los impactos negativos de su actividad sobre los derechos en función del Estado de la matriz, el Estado de nacionalidad y residencia de la persona afectada y el Estado de comisión del hecho presuntamente vulnerador de los derechos, comprometiéndose con ello a seguir avanzando para dar respuesta a los supuestos de “denegación de justicia”<sup>28</sup>. En definitiva, el Plan francés realiza un análisis integral de las brechas de gobernanza en materia de derechos y empresas y formula propuestas de actuación consecuentes con las mismas. No ocurre así, o al menos no con el mismo grado de intensidad, en el caso del PAN del Gobierno de España.

### 3. EL PLAN ESPAÑOL BAJO ESCRUTINIO

Como ya se apuntó en páginas precedentes, en enero de 2013 la Oficina de Derechos Humanos del entonces MAEC abrió un “proceso de diálogo con la sociedad civil” y convocó a representantes de las organizaciones sociales, sindicales, académicas y empresariales para desarrollar un Plan nacional para implementar en España los Principios Ruggie. Las observaciones desde la sociedad civil propugnaron cambios de calado en cuanto al contenido, vindicando modificaciones jurídicas relativas, entre otras cuestiones, al deber de vigilancia de las empresas y el acceso a las reparaciones. Unos meses después, en junio de ese mismo año, fue presentado el primer Borrador, que tras las correspondientes consultas, fue sustituido por una segunda versión, remitida en junio de 2014 al Consejo de Ministros<sup>29</sup>. Frente al primer Borrador, muchas de las organizaciones que ya se habían pronunciado respecto de la intención de adoptar un PAN en España se reafirmaron en sus comentarios advirtiendo, respecto a la segunda versión, una rebaja considerable en los compromisos de

---

28 Dicha delimitación se establece en aplicación del Reglamento UE 1215/2012, el Reglamento Bruselas I (refundición), el Convenio de Lugano II y el propio Código de Procedimiento Civil.

29 La hoja de ruta del proceso de elaboración del plan puede consultarse en: <<https://www.business-humanrights.org/es/españa-borrador-del-plan-nacional-de-empresas-y-derechos-humanos#c77710>> [fecha de última consulta: 15/01/2019].

actuación futura del Ejecutivo. A partir de ese momento, y hasta la aprobación de la versión definitiva en julio de 2017<sup>[30]</sup>, imperó el silencio. El vigente PAN del Gobierno de España ha sido así duramente criticado, y no solo en lo que a su contenido respecta.

### 3.1. LA OPACIDAD DEL PROCESO

Desde diciembre del 2012 hasta febrero del 2013 el MAEC procedió a una primera ronda de consultas informales con las administraciones públicas, las empresas y la sociedad civil. En las mismas se presentaron el plan de trabajo y la documentación relativa a los Principios Rectores. Asimismo, se procedió a pedir a los participantes el envío de sus comentarios por escrito a lo largo de febrero y marzo año 2013<sup>[31]</sup>. Alba-Sud, RETS, Ecologistas en Acción, Entrepueblos, Hegoa, VSF-Justicia AG, OMAL-Paz con Dignidad y ODG reivindicaron, entre otras cosas, el reconocimiento de la responsabilidad extraterritorial para garantizar el acceso de las víctimas a los remedios judiciales y el establecimiento de un sistema de informes periódicos de obligado cumplimiento para las empresas con participación estatal<sup>32</sup>. Con posterioridad, y bajo el asesoramiento de Business & Human Rights, se elaboró una primera versión preliminar, y en junio de ese mismo año se convocó a las administraciones públicas, empresas y sociedad civil en un acto de consulta que se organizó en tres mesas separadas y durante el que se volvió a solicitar el envío de comentarios.

En julio, tras la presentación del primer borrador, en cuya redacción participó también una comisión académica integrada por expertos independientes, las referidas organizaciones insistieron en sus apreciaciones previas e incorporaron algunos comentarios nuevos relacionados, entre otras cuestiones,

---

30 El texto del PAN del Gobierno de España se encuentra disponible en <<http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/ElMinisterioInforma/Documents/170714%20PAN%20Empresas%20y%20Derechos%20Humanos.pdf>>

31 MÁRQUEZ CARRASCO, CARMEN. El Plan Nacional de España sobre Empresas y Derechos Humanos y la implementación de los Pilares Proteger, Respetar y Remediar: oportunidades y desafíos. En MÁRQUEZ CARRASCO, CARMEN (ed.). *España y la implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos: desafíos y oportunidades*, Barcelona, Huygens, pp. 44-45.

32 El documento de las observaciones de estas organizaciones a la propuesta de elaboración de un PAN español se encuentra disponible en <<http://omal.info/spip.php?article5753>> [fecha de última consulta: 15/01/2019].

con la ratificación de tratados comerciales y de inversión. Se apelaba así al restablecimiento de la competencia territorial de los tribunales nacionales, su sometimiento al control de constitucionalidad y la suspensión de todas las negociaciones de tratados bilaterales hasta la definición de un nuevo marco normativo europeo sobre inversiones. Además, se instó a profundizar en criterios jurídicos que, más allá del domicilio, permitiesen delimitar la cadena de responsabilidades, la legislación aplicable y la jurisdicción competente ante una violación corporativa de derechos, así como se incidió en la necesidad de garantizar la independencia y de dotar de infraestructuras al Punto Nacional de Contacto de la OCDE (PNC)<sup>33</sup>. En septiembre de 2013 se inició una nueva ronda de contactos con una reunión que contó con la participación de distintas direcciones e instituciones del MAEC. A finales de octubre, sobre el texto consolidado, se mantuvo una reunión con las distintas Administraciones, a la que siguió la apertura de un periodo para recibir comentarios por escrito de las diferentes unidades ministeriales. Este segundo Borrador fue presentado en noviembre del mismo año, en reuniones separadas, a las empresas y a la sociedad civil. En diciembre, el citado grupo de organizaciones reafirmó los comentarios, enmiendas y aportaciones enviadas en fases precedentes, advirtiendo que el nuevo texto rebajaba las exigencias para controlar de manera efectiva las prácticas de las transnacionales en relación, fundamentalmente, a la regulación del acceso a subvenciones y otras ayudas estatales y a la incorporación de cláusulas sociales en los acuerdos de inversión<sup>34</sup>.

El 26 de junio de 2014, el segundo Borrador del PAN español fue remitido al Consejo de Ministros, pero muchas de las organizaciones que habían participado en las rondas de consultas se desmarcaron por considerar que sus demandas no habían sido escuchadas<sup>35</sup>. En este sentido se pronunció, por ejemplo, Ecologistas en Acción, organización que quiso dejar constancia de sus críticas al proceso advirtiendo que el mismo había “adoptado la forma de un diálogo aparente con todos los actores sociales” pero que, en la práctica, adolecía “de una falta de transparencia y de una participación real de los colectivos

---

33 Este segundo documento se encuentra disponible en <<http://omal.info/spip.php?article5921>> [fecha de última consulta: 15/01/2019].

34 Estas observaciones se encuentran en <<http://omal.info/spip.php?article6146>> [fecha de última consulta: 15/01/2019].

35 El borrador puede descargarse en la página web del Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa: <<http://observatoriorsc.org/plan-de-empresas-y-derechos-humanos>> [fecha de última consulta: 15/01/2019].

implicados”<sup>36</sup>. Y esta falta de publicidad e insuficiente participación fueron las notas características del proceso de redacción de la versión definitiva pues, como advertían Hernández Zubizarreta y Ramiro<sup>37</sup>, desde la presentación del Borrador de 2014 y hasta principios de 2017, apenas se volvió a saber nada más del Plan español.

Aunque el propio Grupo de Trabajo de la ONU ha valorado positivamente tanto la publicación inicial del plan de trabajo como la llamada al envío de comentarios escritos sobre las versiones preliminares<sup>38</sup>, mientras que la falta de atención a sus demandas ha sido fuertemente criticada por los principales movimientos sociales que intervinieron en el proceso de elaboración de los primeros borradores, la fase de relanzamiento se caracterizó por su opacidad<sup>39</sup>. De hecho, tanto la Oficina de Derechos Humanos del MAEC como el propio Consejo de Transparencia denegaron a Access Info Europe la disponibilidad de las actas de reuniones y de las aportaciones que organizaciones y empresas realizaron al Borrador de 2014 por considerar que se trataba de información “auxiliar” que no formaba parte del proceso de toma de decisiones públicas<sup>40</sup>. Además, la alianza Enlázate por la Justicia ha señalado recientemente que el vigente Plan español no afronta con la debida rotundidad la especial protección que el Derecho internacional otorga a los procesos de consulta y consentimiento de las personas vulnerables o en riesgo, carece de una necesaria propuesta de desarrollo legislativo en materia de diligencia debida y no atribuye a los mecanismos de reparación un conveniente carácter extraterritorial<sup>41</sup>. Como decíamos, las críticas son predicables tanto de la forma, como del fondo.

---

36 Toda la información en <<https://www.ecologistasenaccion.org/?p=27144>> [fecha de última consulta: 15/01/2019].

37 HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, JUAN y RAMIRO, PEDRO. *Los derechos humanos como ventaja competitiva, Paz con Dignidad, 2017* [fecha de última consulta: 15/01/2019]. Disponible en <<http://www.pazcondignidad.org/blog/los-derechos-humanos-ventaja-competitiva>>

38 Grupo de Trabajo de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos, Orientación para los Planes de Acción Nacionales sobre las Empresas y los Derechos Humanos, cit., pp. 7-10.

39 En este sentido se han pronunciado, por ejemplo, Amnistía Internacional, Coordinadora de Comercio Justo, Coordinadora de ONG para el Desarrollo, Enlázate por la Justicia, Federación de Derechos Humanos, Greenpeace y Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa.

40 La noticia fue publicada por el diario *El País* el 10 de mayo de 2016. La resolución de denegación del acceso, muy criticada por ONG como Amnistía Internacional, se encuentra disponible en <[http://www.access-info.org/wp-content/uploads/Resolucion\\_Plan\\_Empresa\\_DDHH\\_AIE.pdf](http://www.access-info.org/wp-content/uploads/Resolucion_Plan_Empresa_DDHH_AIE.pdf)> [fecha de última consulta: 15/01/2019].

41 Estas críticas pueden verse en el documento disponible en <<https://enlazateporlajusticia>>.

### 3.2. LOS AVANCES, RETROCESOS Y ANQUILOSAMIENTOS EN EL CONTENIDO

El vigente PAN del Gobierno de España ha supuesto algunos avances respecto del Borrador de 2014, por ejemplo, en materia de acceso a la información corporativa de relevancia (compromiso de transposición de la Directiva 2014/95/UE) y contratación pública. No obstante, al menos con carácter general, podemos afirmar que el Plan de 2017 ha mantenido buena parte del contenido del Borrador que lo precedió. Así ha ocurrido, por ejemplo, con el condicionamiento de su aplicación a las disponibilidades presupuestarias y el techo de gasto anual aprobado por el Gobierno, la ausencia de un diagnóstico preliminar sobre las brechas regulatorias en materia de derechos y empresas o la clara prevalencia de las medidas de asesoramiento frente a las de control.

#### • *Borrador 2014 vs. PAN 2017*

Avances	Retrocesos
<ul style="list-style-type: none"> <li>– Compromiso de transposición Directiva 2014/95/UE</li> <li>– Adaptación a los Principios Rectores de la normativa interna en materia de contratación pública e internacionalización empresarial</li> <li>– Compromiso de fomento de la aplicación de los Principios de la ONU para los contratos responsables</li> <li>– Compromiso de inclusión en el Informe Periódico Universal de información sobre las iniciativas españolas en materia de empresas y derechos humanos.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– No se identifican ejes prioritarios</li> <li>– Supresión del apartado dedicado al Pilar II</li> <li>– Menor especificidad en cuanto a los compromisos de actuación sobre la legislación vigente</li> <li>– Restricción de la incorporación de cláusulas de respeto de los derechos a la contratación de servicios (se excluye la contratación de productos)</li> <li>– Exigencia de sentencia firme para la exclusión de subvenciones y otras ventajas en la contratación pública</li> <li>– No desarrollo del contenido e implicaciones del sistema de incentivos para la adopción por las empresas de buenas prácticas</li> <li>– Inexistencia de compromisos en materia de reparaciones extrajudiciales</li> <li>– Se limita el número mínimo de reuniones de la Comisión de Seguimiento del Plan con las distintas partes interesadas</li> </ul>
Anquilosamientos	
<ul style="list-style-type: none"> <li>– Condicionamiento de la aplicación a disponibilidad presupuestaria</li> <li>– No hay referencia al proceso de elaboración y los agentes implicados</li> </ul>	

- No se desarrolla una evaluación preliminar de las brechas de gobernanza
- Prevalencia las medidas de asesoramiento sobre las acciones de control
- Inexistencia de referencia a la extraterritorialidad
- No imposición por ley de la debida diligencia

En cuanto a las medidas de asesoramiento, en el vigente Plan de 2017 el Ejecutivo apuesta por el desarrollo de campañas formativas dirigidas a funcionarios y empleados públicos, departamentos y organismos gubernamentales y otras instituciones estatales y asociaciones empresariales, así como a contribuir, mediante la cooperación al desarrollo, a la capacitación de otros Estados (Medidas relativas a los Principios 1, 2, 13, 15-21). Además, en el ámbito concreto de las vulneraciones de derechos en zonas afectadas por conflictos, se compromete a desarrollar herramientas y guías de actuación dirigidas a las empresas sobre cómo abordar los riesgos de violencia sexual y de género, promover la aplicación 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*<sup>42</sup> y participar en los esfuerzos multilaterales destinados a mejorar la prevención, mitigación y la reparación (Medidas 2, 4 y 5 en relación al Principio 7). Pero más allá de la preponderancia de este tipo de medidas, el verdadero problema es que las de acción futura son parcas en cuanto a la identificación del objetivo, el modo en que se llevarán a la práctica, la determinación de las autoridades que se responsabilizarán de su efectivo desarrollo y la concreción de los indicadores a los que se recurrirá para evaluar su implementación. Y esta parquedad del vigente PAN de España es predicable tanto de las medidas de formación y divulgación, como de las de control, suponiendo en muchas ocasiones importantes retrocesos en relación con el Borrador que lo precedió.

Así, por ejemplo, según el Borrador de 2014 (Medidas 27 y 28), el Gobierno español se comprometía a implementar un sistema de incentivos dirigido a la adopción por las empresas de políticas adecuadas en materia de derechos humanos. Este sistema permitiría reconocer formalmente, a través de una certificación u otros medios, las buenas prácticas de las empresas que se sometieran voluntariamente a procesos de evaluación externa, independiente y

---

<sup>42</sup> OCDE, *Guía de diligencia debida de la OCDE para la gestión responsable de las cadenas de suministro de minerales procedentes de zonas de conflicto y de alto riesgo*, 2.ª ed., OECD Publishing, 2013 [fecha de última consulta: 15/01/2019]. Disponible en <[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/august/tradoc\\_157249.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/august/tradoc_157249.pdf)>

de carácter bianual y confidencial (Medida 29). Pero, aunque el Plan de 2017 mantiene el mandato de implementación de un sistema de incentivos, el mismo no es desarrollado en su contenido e implicaciones (Medida 8 en relación con los Principios 2, 13 y 15-21, p. 12). Y no es este el único retroceso que aleja un poquito más al Plan en vigor de las directrices del Grupo de Trabajo de la ONU, las indicaciones de ICAR, ECCJ y Dejusticia, y las recomendaciones de AI y el B&HRRC.

El Plan del Gobierno de España ha suprimido el apartado que el Borrador de 2014 dedicaba a la estructura y metodología y en el que, entre otras cosas, el Ejecutivo advertía sobre la importancia del establecimiento de canales de comunicación con la sociedad civil, el desarrollo de consultas con diferentes *stakeholders* durante los procesos de seguimiento, revisión y reformulación del Plan, y la coordinación y colaboración de las distintas Comunidades Autónomas. En definitiva, el Borrador incidía en el compromiso por un elevado nivel de participación. Además, la versión de 2014 identificaba ejes prioritarios de actuación y, tras referirse a la triple responsabilidad de las empresas para con los derechos –respeto, debida diligencia y reparación efectiva–, incorporaba un apartado dedicado por completo a las expectativas del Estado en la materia (Apartado V. Ámbitos de actuación y medidas. Medidas 27-29). Sin embargo, este apartado es suprimido en el Plan de 2017 que, en lo que a reparaciones respecta, aunque prevé también la elaboración de un informe de diagnóstico (Medida 1 en relación con el Principio 25, p. 19), a diferencia de lo previsto en el Borrador de 2014 (Medidas 2 y 5), no se refiere ya a la posibilidad de impulsar reformas legislativas para suplir las deficiencias observadas.

Según el Principio 25, los Estados deben adoptar medidas apropiadas para garantizar el acceso de las víctimas a mecanismos de reparación eficaces por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de cualquier otro tipo que correspondan. Y el deber de los Estados a este respecto y en relación con los mecanismos jurisdiccionales, es concretado en el Principio 26, en virtud del cual las autoridades nacionales habrán de adoptar las medidas necesarias para garantizar su eficacia, considerando para ello la forma de limitar los obstáculos que puedan conducir a una denegación del acceso. Sin embargo, mientras que el Borrador de 2014 se comprometía a la elaboración de un informe anual sobre las posibilidades de desarrollar mecanismos judiciales de reparación de abusos<sup>43</sup>,

---

43 La elaboración de este informe se previó en consonancia con las medidas 2 (diagnóstico anual sobre políticas, legislación e instrumentos existentes y su relación con los Principios Rectores),

el vigente PAN del Gobierno de España limita sus compromisos de acción futura al apoyo a terceros Estados para garantizar la independencia judicial, el desarrollo de actividades de formación dirigidas a jueces y fiscales y la articulación de herramientas que garanticen el acceso a información comprensible sobre los mecanismos de reclamación existentes.

En otros términos, el Plan español parece dar a entender que los mecanismos de reparación judicial existentes en el ordenamiento interno son suficientes. Más concretamente, que la consagración constitucional del principio de independencia, el reconocimiento de responsabilidad penal a las empresas *ex art. 31.1. bis CP* y la previsión legal de la asistencia jurídica gratuita garantizan una reparación efectiva a las víctimas de violaciones de derechos con origen en la actividad empresarial. Ello sin olvidar que, en materia de recursos extrajudiciales, mientras que en el Borrador de 2014 el Gobierno se comprometía a la implementación de un mecanismo de concertación y de reclamación (Medida 33), la dotación de recursos técnicos y financieros suficientes al PNC (Medida 34) y la puesta en práctica de tareas de coordinación con las organizaciones financieras internacionales (Medida 35), el Plan de 2017 se limita a mencionar la existencia del referido PNC y la prestación de servicios de arbitraje y conciliación por la Inspección del Trabajo y la Seguridad Social, encomendando a la Comisión de Seguimiento la realización de un estudio sobre el cuerpo normativo en vigor en materia de MNJ, pero sin determinar quién atenderá y cómo se manejarán las correspondientes recomendaciones (Medida 1 respecto al Principio 27).

### 3.3. LAS MODIFICACIONES NECESARIAS

Con independencia de los retrocesos que puedan observarse al analizar comparativamente las dos versiones, el vigente Plan español presenta una multiplicidad de fallas en cuanto a su forma y su contenido, fácilmente apreciables a la luz de los estándares abordados en este trabajo y con fundamento en las cuales se impone una revisión que, entre otras cuestiones, atienda a su estructura, el deber del Estado de identificar sus expectativas respecto de las empresas, el desarrollo de un diagnóstico preliminar sobre el cumplimiento de los Principios

---

5 (promoción de iniciativas legislativas y aprobación de disposiciones reglamentarias para garantizar que las empresas cumplen con los Principios) y 6 (compromiso de los poderes públicos de mantener actualizada la regulación existente).



Ruggie, la consecuente delimitación de los ámbitos prioritarios de actuación, la necesidad de un más elevado grado de especificidad en la identificación de las acciones planificadas y de un refuerzo especialmente intenso de la participación y la transparencia en la elaboración, implementación y revisión del Plan.

Contenido del PAN 2017	
Declaración de compromiso	<p>Apartado I: Se reconocen los Principios Ruggie como punto de referencia en la actuación del Estado.</p> <p>Apartado I: El Gobierno espera que las empresas se comporten de conformidad con los Principios Ruggie, esto es, con la debida diligencia, dentro y fuera del territorio español.</p> <p>Apartado I: Se realiza una mención genérica a la incorporación por algunas empresas de su responsabilidad de respetar los derechos. Sin embargo:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Este compromiso se limita a la adhesión al Pacto Mundial;</li> <li>– El PAN vincula la relevancia de dicho compromiso a la reputación de las empresas y, por ende, a la obtención de ventajas competitivas.</li> </ul> <p>Apartado I: No hay referencia a las expectativas sobre las empresas en cuanto a reparaciones efectivas.</p> <p>Apartado I: No hay identificación de órgano firmante.</p> <p>Apartado III. El Ejecutivo reafirma su compromiso de proteger los derechos frente a la actividad empresarial.</p> <p>Apartado III. Condicionamiento presupuestario / No identificación de recursos.</p>
Antecedentes y contexto	<p>Apartado II: Se analizan brevemente el origen y evolución de los Principios Ruggie, destacando la convergencia de estándares a nivel mundial y supranacional.</p> <p>Apartado II: Se identifican algunas iniciativas del Gobierno de España (Proposición no de Ley sobre Responsabilidad Social Corporativa y Derechos Humanos y Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas).</p> <p>Apartado II: No se presentan las principales conclusiones sobre los retos identificados en fases previas.</p>
Expectativas	<p>No existe en el PAN un apartado expresamente dedicado a las expectativas sobre el Gobierno (los Principios del Pilar II son integrados en el Pilar I).</p> <p>Apartado I: Se identifican las expectativas del Gobierno respecto de las empresas con el cumplimiento por estas de su deber de vigilancia, dentro y fuera del territorio español.</p> <p>Apartado III: El Plan español se refiere expresamente a la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la OIT, la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo de la OIT y las Líneas Directrices de la OCDE para las Empresas Multinacionales.</p> <p>Apartado III: El Plan reafirma sus expectativas en cuanto al respeto de los derechos por las empresas. Reproduce el contenido de los Principios. 2, 13, 15, 16-21.</p>
Respuestas	<p>No existe en el PAN un apartado dedicado al Pilar II.</p> <p>Apartado III: No se destacan áreas de prioridad.</p> <p>Apartado III: Las medidas de acción propuestas son, en términos generales, poco específicas y difícilmente mesurables (no se incorporan indicadores para evaluar la aplicación e impacto). Solo en ocasiones muy excepcionales se incorpora un calendario y/o se identifica el departamento ministerial responsable.</p>

Contenido del PAN 2017	
Revisión	<p>Apartado IV: Se prevé la creación de una Comisión de Seguimiento de carácter interministerial.</p> <p>Apartado IV: Se prevé la colaboración de otras instituciones y expertos, pero sin capacidad decisoria.</p> <p>Apartado IV: Se prevén reuniones con miembros de la sociedad civil y empresas para debatir sobre posibles vías de acción.</p> <p>Apartado IV: Se prevén revisiones anuales sobre la ejecución del Plan para las que la Comisión de Seguimiento elaborará fichas de seguimiento en las que se incluirán: órganos competentes, indicadores de cumplimiento y calendario de ejecución.</p>

Aunque sin ánimo de exhaustividad, en lo que a las debilidades sustantivas se refiere, podríamos referirnos a algunas de las medidas previstas en el vigente Plan español que inciden o podrían incidir en el deber de vigilancia de las empresas y la conveniente elaboración y divulgación de información de sus operaciones. Es el caso, por ejemplo, del compromiso de transponer la Directiva 2014/95/UE sobre divulgación de información no financiera<sup>44</sup>. Además, el Ejecutivo se obliga a promover la inclusión de un capítulo sobre derechos en los informes de gobierno corporativo a que se refiere el art. 35.2.a de la Ley de Economía Sostenible (Medidas 3 y 10 en relación con el Principio 3) y a examinar cómo aplicar criterios alineados con los Principios Rectores en relación con el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, sobre contratación pública en los ámbitos de la defensa y la seguridad y otras normas vigentes en la materia (Medida 1 respecto al Principio 6). La relevancia de estos compromisos es incuestionable. Ahora bien, varias matizaciones son necesarias.

Por un lado, debe recordarse que, si bien la mencionada Directiva ha sido considerada como un paso significativo por AI y el B&HRRC, su transposición sin el reconocimiento de un deber jurídico de diligencia es considerada insuficiente. La diligencia debida no es un requisito legal en España, donde en virtud del art. 39.3 de la referida Ley de Economía Sostenible, las sociedades

---

44 Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos. Esta directiva ha sido finalmente transpuesta en el ordenamiento español a través del Real Decreto-ley 18/2017, de 24 de noviembre, por el que se modifican el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad.

anónimas sencillamente podrán publicar sus políticas y resultados en materia de RSE a través de un informe específico basado en una serie de indicadores que, fundados en estándares internacionales, deberán atender, entre otros aspectos, al respeto de los derechos humanos<sup>45</sup>. Se trata, por tanto, de una iniciativa de adopción voluntaria más relacionada con la elaboración y difusión de información relevante. Y aunque la situación actual podría mejorar mediante la referida imposición por ley de la incorporación de un capítulo sobre derechos en los informes de gobierno corporativo, debe tenerse en cuenta tanto que la Ley de Economía Sostenible se refiere en exclusiva a “las sociedades mercantiles estatales y las entidades públicas empresariales adscritas a la Administración General del Estado” (art. 35.1), como que el PAN no se pronuncia en cuanto al contenido concreto de dicho capítulo. Pero, como decíamos, son muchos los aspectos de este Plan que pueden ser objeto de crítica al amparo de las directrices manejadas en este trabajo y, por tanto, muchas las propuestas de reforma que pueden formularse, empezando por las relacionadas con el propio proceso de revisión.

Si nos atenemos a la opacidad que ha caracterizado el proceso de relanzamiento del Plan español desde que se presentara el Borrador de 2014, no parece fuera de lugar comenzar estas propuestas instando al Ejecutivo a reforzar los objetivos de transparencia y participación. Y a este respecto debemos recordar que el órgano de revisión y actualización del Plan debería tener una composición dual que dé cabida tanto a departamentos ministeriales, como a entidades no gubernamentales. Sin embargo, en el caso del Plan español, la Comisión de Seguimiento es de composición estrictamente gubernativa, por mucho que tenga la obligación de celebrar un mínimo (insuficiente) de una reunión al año con otros *stakeholders*. La situación es bien distinta, por ejemplo, en el caso de Italia, pues para garantizar la ejecución de su Plan, coordinar el trabajo de monitoreo y proponer modificaciones, se ha instituido el Gruppo di Lavoro su Impresa e Diritti Umani, del que forman parte todas las Administraciones del Comitato Interministeriale per i Diritti Umani, pero también un grupo

---

45 Según el mencionado precepto, “(e)n el caso de sociedades anónimas de más de 1.000 asalariados, este informe anual de Responsabilidad Social Empresarial será objeto de comunicación al Consejo Estatal de Responsabilidad Social Empresarial que permita efectuar un adecuado seguimiento sobre el grado de implantación de las políticas de Responsabilidad Social Empresarial en las grandes empresas españolas. Asimismo, cualquier empresa podrá solicitar voluntariamente ser reconocida como empresa socialmente responsable, de acuerdo con las condiciones que determine el Consejo Estatal de Responsabilidad Social Empresarial”.

consultivo formado por todos los representantes no institucionales (asociaciones empresariales, sindicatos, ONG, defensores de los derechos humanos y académicos). En definitiva, para garantizar un elevado nivel de apertura y participación en los procesos de revisión se impone, cuanto menos, la articulación de un mecanismo de coordinación estable entre los departamentos ministeriales implicados y los representantes del resto de grupos de interés. Y dada la multiplicidad de intereses concurrentes no estaría de más atender a prácticas como las seguidas por los gobiernos de Dinamarca, los PB, Finlandia, Noruega o Suiza, que colaboran estrechamente con grupos de referencia permanentes y con expertos externos para realizar las entrevistas con las partes interesadas pertinentes.

Además, si bien buena parte de la legitimidad y eficacia de los PAN depende de la intervención de los distintos grupos de interés en los procesos de su elaboración y revisión, esa participación debe cumplir con una serie de requisitos. No se trata simplemente de oír, sino que hay que escuchar. Las reivindicaciones de los distintos *stakeholders* deben ser objeto de una reflexión constructiva que sienta las bases de las acciones planificadas que conforman el núcleo duro del Plan. Y estas propuestas de acción deben ser coherentes con un diagnóstico previo de carácter integral que permita identificar los principales retos a afrontar y a partir del cual delimitar las áreas prioritarias de actuación. Sirva de nuevo como referente el caso italiano, que en el informe *Empresas y derechos humanos: el caso de Italia* examina la adecuación del marco regulatorio e institucional nacional a los Principios Ruggie para, a partir de la identificación de las correspondientes fortalezas y debilidades, delimitar seis áreas de actuación prioritaria<sup>46</sup>. En definitiva, se impone un nivel de transparencia y de participación que permitan, sobre la base de unas reivindicaciones fundamentadas en la realidad de los hechos, articular medidas de acción específicas y viables. Viabilidad que, dicho sea de paso, depende de la asignación de los recursos necesarios.

Los PAN deben reflejar las prioridades materiales en el propio contexto. Para ello, el Ejecutivo debería identificar y describir con precisión las consecuencias negativas sobre los derechos de la actividad de las empresas domiciliadas en España que se producen en territorio nacional y en el extranjero y, conse-

---

46 Scuola Superiore Sant'anna, Imprese e Diritti Umani: Il caso Italia. *Analisi del Quadro Normativo e delle Politiche di Salvaguardia*, Italia, Ministero dello Sviluppo Economico, 2013 [fecha de última consulta: 15/01/2019]. Disponible en <[https://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/Imprese\\_e\\_diritti\\_umani\\_Il%20caso\\_Italia\\_FINALE\\_NOV\\_2013.pdf](https://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/Imprese_e_diritti_umani_Il%20caso_Italia_FINALE_NOV_2013.pdf)>

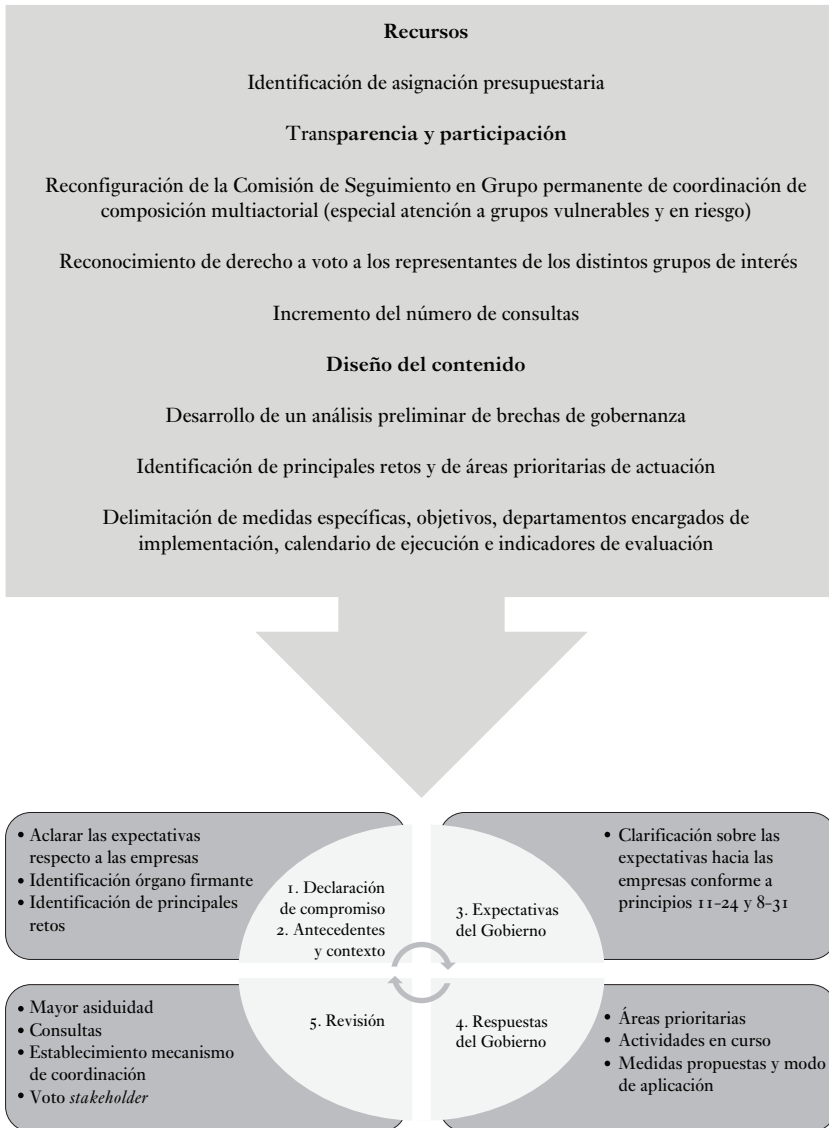
cuentemente, delimitar en detalle los principales retos a afrontar, atendiendo con preferencia a los desafíos a los que se enfrentan los individuos y grupos que pueden estar en mayor riesgo de vulnerabilidad y garantizando, en todo caso, la participación de todos los grupos de interés. Teniendo en cuenta estos retos, el Estado debería analizar de forma minuciosa las diferentes legislaciones, reglamentos y políticas adoptadas para dar cumplimiento a los Pilares II y III e identificar las principales deficiencias en el efectivo cumplimiento de los Principios que las integran.

Y para la identificación de las lagunas en la aplicación de los Principios Ruggie se recomienda el recurso al ya mencionado kit de herramientas desarrollado por ICAR y el DIHR. Así lo han hecho, por ejemplo, las instituciones que han colaborado con los gobiernos de Dinamarca, Alemania y Estados Unidos en la elaboración de sus respectivos Planes de Acción. Se recomienda, adicionalmente, establecer un mecanismo que revise periódicamente dichas deficiencias. Debe además tenerse muy presente que los PAN deben reflejar expresamente las expectativas del Estado frente a las empresas, lo que incluye la evaluación de la forma en que las mismas realizan la debida diligencia en materia de derechos y proporcionan un recurso efectivo por medio de los mecanismos de reclamación de carácter operativo. De este modo, conjuntamente con las campañas de formación y sensibilización, se considera de interés el desarrollo de materiales y herramientas de orientación que puedan ayudar a las empresas a comprender las expectativas del Estado en lo relativo a sectores y/o cuestiones específicas.

En definitiva, el Plan español debería reestructurarse atendiendo a las indicaciones de la siguiente figura, elaborada de conformidad con la Guía del Grupo de Trabajo ONU sobre Empresas y Derechos Humanos, incorporando así la identificación de las áreas de actuación prioritarias y de las expectativas respecto de las empresas en las secciones dedicadas, respectivamente, a la delimitación del contexto y los antecedentes, por un lado, y las expectativas del Gobierno, por otro. De hacerlo así, llegaríamos al núcleo duro del contenido de todo PAN, esto es, a la sección de las respuestas del Ejecutivo, en la que, en primer lugar, el Gobierno español debería desarrollar las áreas de prioridad ya identificadas para, con posterioridad, analizar las actividades en curso y a implementar. El vigente Plan español no identifica tales prioridades ni las acciones en curso con el grado de claridad requerido, ni determina con la suficiente especificidad las acciones futuras que, además, en raras ocasiones vincula a una fecha concreta de ejecución y a un departamento ministerial

responsable. Todo ello sin olvidar que la delimitación de los indicadores para evaluar la aplicación y el impacto de las medidas planificadas fue prorrogada al momento posterior de la revisión del Plan.

• Propuestas de reforma



¿Qué se está haciendo ya? ¿Qué se va a hacer? ¿Cómo, cuándo y bajo la responsabilidad de quién? ¿De qué indicadores va a depender que tales actuaciones sean mantenidas, revisadas o suprimidas? La respuesta sistemática a estos interrogantes debe dar forma al contenido del Plan revisado que, atendiendo a lo ya previsto en el de 2017, debería prestar especial atención al deber de vigilancia de las empresas y los remedios efectivos. En cuanto a lo primero, junto a medidas como la transposición de la Directiva europea sobre divulgación de información no financiera, el (nuevo) Ejecutivo español debería plantearse la definitiva imposición por ley de la debida diligencia al modo en que lo ha hecho su homólogo francés, pero, y puestos a mejorar, previendo la presunción de responsabilidad de la empresa matriz. Abogar, como se ha hecho en Suiza, por una reforma constitucional conforme a los Principios Ruggie, quizás sea demasiado pedir, así lo parecen demostrar los consabidos y tan actuales debates sobre la reforma de la vigente Constitución española. Pero como podemos deducir de la proliferación de iniciativas legislativas sobre la materia<sup>47</sup>, la imposición por ley de la debida diligencia en materia de empresas y derechos humanos no es un reto inalcanzable. Hablamos, en definitiva, de voluntad política, como lo hacemos también cuando de lo que se trata es de reducir las barreras de acceso a la reparación. Y en este último sentido, el Plan español debería ahondar en los criterios para determinar la responsabilidad jurídica de los grupos corporativos y de las cadenas de suministro, la capacidad de respuesta en los casos transfronterizos y la idoneidad y eficacia de las sanciones, para así formular compromisos de mejora que atiendan, entre otras cuestiones, a la capacidad real de reacción de los órganos jurisdiccionales y de los MNJ, la probabilidad de obtener asistencia y colaboración en casos con proyección extraterritorial y la diversificación de fuentes de financiación en las litigaciones privadas.

El Gobierno debería garantizar un adecuado equilibrio entre los mecanismos judiciales y los de resolución alternativa de conflictos, obligándose en todo caso a que los distintos órganos dispongan del mandato, la competencia y los recursos necesarios para atender las reclamaciones e imponer sanciones adecuadas, comprometiéndose, cuando ello fuera necesario, a crear nuevos mecanismos extrajudiciales de reclamación, ya sea mediante el reconocimiento

---

47 MONTESINOS PADILLA, CARMEN. Protecting Human Rights Against Globalized Business Activity. Renewed Challenges to the Legal Taxonomy, *University of Oslo Faculty of Law Legal Studies Research Paper*, Series n.º 2018-24, University of Oslo, Norway, 2018.

de las competencias correspondientes a agencias o instituciones ya existentes, ya mediante la creación de entidades alternativas independientes. Sea como fuere, se impone el efectivo cumplimiento de los requisitos establecidos en el Principio 31 y, para ello, una evaluación minuciosa del sistema estatal de reparaciones. Como ha advertido la profesora Márquez Carrasco<sup>48</sup>, no es suficiente con la actualización de la regulación existente en los ámbitos más sensibles (laboral, medio ambiente...), sino que se impone la revisión y, si fuera necesario, una reforma legislativa integral que aborde todos los órdenes jurídicos (civil, mercantil, penal...), incidiendo en la necesaria supresión de las barreras que obstaculizan el acceso de las víctimas a reparaciones efectivas.

Y precisamente a este respecto se estima de especial pertinencia la asunción por España de compromisos en materia de responsabilidad extraterritorial, pues si bien es cierto que no existe norma internacional que imponga tal tipo de obligaciones a los Estados, no lo es menos que, al menos en la esfera de la ONU, se empieza a apuntar en esta dirección. Los PAN deben ser además un catalizador a través del cual filtrar los derechos en las políticas públicas. El Derecho internacional de los derechos humanos debe ser reconocido con carácter transversal, como marco de referencia en el diseño de las actuaciones públicas, correspondiendo idealmente a los Planes reflejar su universalidad e indivisibilidad. Y a todo ello debemos añadir, como ya se advirtió, la imperante necesidad de la previsión presupuestaria y la reestructuración de la composición de la Comisión de Seguimiento del Plan español. Mientras que no se disponga de los recursos necesarios y se articule un mecanismo de colaboración permanente entre los departamentos ministeriales implicados en el monitoreo y los demás grupos de interés, la viabilidad del Plan será objeto de legítimo cuestionamiento y el diálogo entre los actores implicados un ideal a alcanzar, más que una realidad efectivamente constatable.

#### BIBLIOGRAFÍA

Amnistía Internacional, Injusticia, S. A. Los abusos empresariales y el derecho humano a un recurso, España, Amnistía Internacional-Reuters, 2014. Disponible en <<https://www.amnesty.org/en/documents/pol30/001/2014/en>>

---

48 MÁRQUEZ CARRASCO, CARMEN. *El Plan Nacional de España sobre Empresas y Derechos Humanos y la implementación de los Pilares Proteger, Respetar y Remediar: oportunidades y desafíos*, cit., pp. 48-49.



Amnesty International, Business & Human Rights Resource Centre. Creating a Paradigm Shift: Legal Solutions to Improve Access to Remedy for Corporate Human Rights Abuse, 2017. Disponible en <<https://www.amnesty.org/es/documents/pol30/7037/2017/en/Bilchitz>>

BILCHITZ, D. El marco Ruggie: ¿una propuesta adecuada para las obligaciones de derechos humanos de las empresas? *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 7, n.º 12, 2010.

Business & Human Rights Gateway. National Action Plans Map. Disponible en <<https://humanrights.wbcsd.org/project/national-action-plans-map-the-danish-institute-for-human-rights-2017>>

COSSART, SANDRA, CHAPLIER, JEROME y BEAU DE LOMENIE, TIPHAINE. Developments in the Field. The French Law on Duty of Care: A Historic Step Towards Making Globalization Work for All, *Business and Human Rights Journal*, vol. 2, 2017.

Danish Institute for Human Rights, *10 Criteria for National Action Plans (NAPs) on Business and Human Rights*. Disponible en <<https://static1.squarespace.com/static/583f3fca725e25fcd45aa446/t/5865d664197aea7b3834401b/1483069028506/10-Criteria-for-National-Action-Plans-NAPs.pdf>>

European Coalition for Corporative Justice, *International Corporate, Accountability Roundtable, Dejusticia, Assessments of Existing National Action Plans (NAPs) on Business and Human Rights*. Disponible en <<https://static1.squarespace.com/static/583f3fca725e25fcd45aa446/t/5a0b94b6c83025c5ba61e51b/1510708410208/NAP+Assessment+Aug+2017+FINAL.pdf>>

Grupo de Trabajo de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Orientación para los planes de acción nacionales sobre las empresas y los Derechos Humanos, Ginebra, 2016. Disponible en <[https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/UNWG\\_NAPGuidance\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/UNWG_NAPGuidance_SP.pdf)>

HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, JUAN. El derecho corporativo global frente a los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. En MESEGUER SÁNCHEZ, JUAN V. y AVILÉS HERNÁNDEZ, MANUELA (dirs.), *Empresas, derechos humanos y RSC. Una mirada holística desde las Ciencias Sociales y Jurídicas*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, JUAN y RAMIRO, PEDRO. *Los derechos humanos como ventaja competitiva*, Paz con Dignidad, 2017. Disponible en <<http://www.pazcondignidad.org/blog/los-derechos-humanos-ventaja-competitiva>>

- La implementación de los ‘Principios Ruggie’: ¿nuevos avances en la conformación de un Derecho Global emergente?, *Homa Publica: Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, vol. 02, n.º 02.
- MÁRQUEZ CARRASCO, CARMEN. El Plan Nacional de España sobre Empresas y Derechos Humanos y la implementación de los Pilares Proteger, Respetar y Remediar: oportunidades y desafíos. En: MÁRQUEZ CARRASCO, CARMEN (ed.), *España y la implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y Derechos Humanos: desafíos y oportunidades*, Barcelona, Huygens, 2017.
- MONTESINOS PADILLA, CARMEN. Los Principios Ruggie y la Agenda 2030. Un futuro de recíprocas influencias por explorar, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 70, n.º 2, 2018.
- OCDE. Guía de diligencia debida de la OCDE para la gestión responsable de las cadenas de suministro de minerales procedentes de zonas de conflicto y de alto riesgo, 2.ª ed., OECD Publishing, 2013. Disponible en <[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/august/tradoc\\_157249.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/august/tradoc_157249.pdf)>
- Protecting Human Rights Against Globalized Business Activity. Renewed Challenges to the Legal Taxonomy. *University of Oslo Faculty of Law Legal Studies Research Paper*, Series n.º 2018-24, University of Oslo, Norway, 2018.
- Scuola Superiore Sant’Anna, Imprese e Diritti Umani: Il caso Italia. Analisi del Quadro Normativo e delle Politiche di Salvaguardia, Italia, Ministero dello Sviluppo Economico. Disponible en <[https://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/Imprese\\_e\\_diritti\\_umani\\_II%20caso\\_Italia\\_FINALE\\_NOV\\_2013.pdf](https://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/Imprese_e_diritti_umani_II%20caso_Italia_FINALE_NOV_2013.pdf)>
- VIDAL, MARTÍN HERNANDO, CARNEIRO FREIRE, MAR, CORDERO SANZ, CARLOS y CORDERO SANZ, JUANJO. Ampliando mercado. Evolución global en empresa y derechos humanos. En LÓPEZ CUMBRE, LUIS (coord.), *Autonomía y heteronomía en la responsabilidad social de la empresa*, Granada, Comares, 2012.



WILLIAM FERNANDO MARTÍNEZ LUNA\*

NICOLÁS CARRILLO-SANTARELLI\*\*

CAPÍTULO 9

*La responsabilidad empresarial en Colombia:  
un análisis desde el derecho interno y el derecho  
internacional público y privado*



## RESUMEN

El ejercicio de la actividad empresarial puede producir impactos directos y negativos en la sociedad y el goce y ejercicio de los derechos humanos, afectando a los distintos grupos de interés (*stakeholders*), tales como trabajadores, proveedores, clientes, el medio ambiente, individuos y grupos u otros. Por tal motivo, surge la necesidad de identificar, prevenir y remediar las consecuencias negativas que causa el desarrollo de la operación empresarial, buscando, principalmente, la protección de las víctimas. Dicha protección recae, en primer lugar, en el Estado, quien debe enfocar sus esfuerzos en la prevención y en la exigencia de las responsabilidades. En segundo lugar, existe el deber, por parte de las empresas, de evitar que sus comportamientos tengan consecuencias negativas sobre los derechos humanos; y, en tercer lugar, se debe garantizar a los afectados el acceso a los mecanismos de reparación. El presente capítulo se enfoca justamente en analizar el papel que pueden tener estándares internacionales sobre empresas y derechos humanos y sobre responsabilidad social corporativa cuando son internalizados en Estados como la República de Colombia en virtud de consideraciones de derecho interno y de derecho internacional privado.

*Palabras clave:* responsabilidad social empresarial, derecho internacional privado, derecho internacional público, estándares internacionales, estándares constitucionales.

## CORPORATE RESPONSIBILITY IN COLOMBIA: AN ANALYSIS FROM NATIONAL LAW, AND PUBLIC AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW

### ABSTRACT

Corporate operations sometimes have a negative and direct impact on societal interest and the enjoyment of human rights, affecting stakeholders as workers, suppliers, clients, the environment, individuals and groups, among others. This

---

\* Profesor titular de la Universidad Jorge Tadeo Lozano. Este artículo es el resultado del proyecto “El impacto de la globalización en las relaciones privadas internacionales y su repercusión en el Derecho internacional privado colombiano”. Resolución 011 de 2014, Universidad Jorge Tadeo Lozano (Bogotá, Colombia). Correo: <williamf.martinezl@utadeo.edu.co>

\*\* Profesor de Derecho Internacional de la Universidad de la Sabana (Bogotá, Colombia). Correo: <nicolas.carrillo@unisabana.edu.co>

makes it necessary to identify, prevent and address the negative consequence of those operations, being guided by the main purpose of protecting victims. Such a protection must be carried out mainly by States, which have to strive to prevent abuses and hold businesses accountable. Secondly, corporations themselves must be diligent in order to avoid impacting human rights; and thirdly it is necessary to ensure that those who have been affected have access to remedies. This Chapter focuses on the role that social responsibility and other standards, even when having a soft legal nature, can have in the promotion of the protection and observance of human rights standards when the State of Colombia, corporations operating in it by virtue of domestic, and private international law considerations consider them.

*Key words:* Corporate social responsibility, private international law, public international law, international standards, constitutional standards.

## INTRODUCCIÓN

Hay una creciente consciencia sobre la necesidad de proteger a las víctimas de abusos e impactos originados en actuaciones corporativas. Al respecto, desarrollos internacionales han señalado que es menester abordar el desafío en cuestión con una combinación de estrategias judiciales y extrajudiciales<sup>1</sup> que respondan a las exigencias de tres pilares, según los cuales es indispensable que los Estados (deber de medio) protejan frente a los abusos empresariales, esforzándose por prevenirlos y exigir responsabilidades; que las empresas se abstengan de afectar el goce y ejercicio de los derechos humanos; y que se garantice el acceso a mecanismos de reparación. Especialmente en cuanto al primer y el tercer pilar, puede decirse que las exigencias a las que se alude ya se prevén en el derecho internacional consuetudinario y convencional y que, al menos en lo concerniente al derecho imperativo, hay deberes implícitos de las empresas que responden a la exigencia de respeto por su parte, la cual ha de seguir desarrollándose.

Siendo esto así, es inevitable preguntarse cómo puede dotarse de efectividad al conjunto de garantías y requerimientos recogidos por los tres pilares en cuestión en materia de empresas y derechos humanos, y puede decirse

---

1 Principios 25 a 27 de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 2011.

que, siempre y cuando se garantice invariablemente la posibilidad de exigir judicialmente responsabilidades cuando haya jurisdicción (considerando que los recursos judiciales suelen ser “imprescindibles para ofrecer una protección eficaz” de los derechos humanos contra abusos corporativos, razón por la cual son insustituibles)<sup>2</sup>, entre otros aspectos básicos, los Estados tienen la posibilidad de implementar e internalizar el contenido de la tríada “protección, respeto y reparación” de otras maneras, entre las cuales se incluyen la actividad legislativa<sup>3</sup> y la formulación de políticas públicas, que puede lograrse parcialmente, por ejemplo, por medio de los planes nacionales de acción (discutidos adelante). Esta aseveración incluso se desprende de lo señalado en el propio Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo artículo 2.1 establece que los Estados Parte se comprometen:

“[A] adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, *especialmente* económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, *por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas*, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (énfasis añadido).

Una de las maneras de hacer efectiva la implementación de las exigencias en cuestión se encarna, entre otras posibilidades, en la aplicación de normas internas, incluso de naturaleza privada, que les den una materialización satisfactoria, consciente o no, deliberada o coincidente. Como lo ha afirmado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas:

[C]uando [una] violación sea imputable de manera directa a una entidad empresarial, se permitirá a las víctimas demandar a esa entidad directamente sobre la base del Pacto en las jurisdicciones en que se considere que el Pacto impone obligaciones de aplicación directa a los agentes privados o sobre la base de la legislación interna de incorporación del Pacto en el ordenamiento jurídico nacional. En ese sentido, *los recursos civiles desempeñan un papel importante a la hora de*

---

2 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general n.º 24, *Sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales*, E/C.12/GC/24, 2017, párr. 53.

3 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general n.º 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, E/1991/23, 1990, párrs. 3-5.



*asegurar que las víctimas de vulneraciones de los derechos del Pacto puedan acceder a la justicia*<sup>4</sup> (énfasis añadido).

Al respecto, en el presente capítulo examinaremos cómo la legislación colombiana concreta esta posibilidad en términos de derecho constitucional y de derecho privado. Por otra parte, es indispensable indagar en qué circunstancias es posible acudir a estándares foráneos, incluso de origen privado como los de la ISO, referentes a cuestiones sobre responsabilidad social corporativa (RSC), la cual en parte puede abordar aspectos del ámbito de las empresas y los derechos humanos; y cómo puede determinarse qué autoridades tienen jurisdicción para solucionar controversias referentes a la RSC. Estos interrogantes pueden resolverse, en parte, con un estudio de derecho privado, que a su vez puede concluir en la identificación de vacíos y límites. En consecuencia, tras un estudio sobre los principales estándares internacionales que pueden ser pertinentes en la materia y cómo han sido o pueden ser internalizados<sup>5</sup> y recibidos en Colombia, efectuaremos un análisis desde la óptica del derecho internacional privado.

## I. EVOLUCIÓN Y DEFINICIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL EN COLOMBIA

La responsabilidad social empresarial (en adelante RSE) en Colombia ha tenido una evolución constante desde los primeros años del siglo XX. Su primer antecedente puede hallarse con el nacimiento de la Fundación Social en el año de 1911; posteriormente en los años cincuenta los gremios como la ANDI, Fenalco y Acopi, junto con los sindicatos y la iglesia, tuvieron un rol determinante: fueron los actores sociales más destacados en el país<sup>6</sup> y fomentaron en el sector empresarial la transparencia y las buenas prácticas<sup>7</sup>.

---

4 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general n.º 24, cit., párr. 51.

5 KOH, HAROLD H. Why Do Nations Obey International Law?, *The Yale Law Journal*, vol. 106, 1997.

6 IBARRA PADILLA, ADELAIDA. Principios de la responsabilidad social empresarial en el ordenamiento jurídico colombiano, *Revista de Derecho Universidad del Norte*, vol. 41, 2014, pp. 54-56.

7 MELAMED-VARELA, ENRIQUE; BLANCO-ARIZA, ANA BEATRIZ; MIRANDA-REDONDO, RODRIGO y ESPERANZA PINEDA, CARLOS. Normalización de la responsabilidad social empresarial: un análisis desde su obligatoriedad y voluntariedad, *Revista Espacios*, vol. 38, 2017.

En 1954 nacen las cajas de compensación, cuyo principal objetivo fue la protección y el bienestar de los trabajadores. Estas cajas de compensación fueron en un primer momento voluntarias y se tornaron obligatorias hacia 1957. Entre los años sesenta y setenta las empresas colombianas emprenden acciones de tipo social por medio de la creación de fundaciones, las cuales fueron impulsadas por la deducción de impuestos a las donaciones. Pero es solo hasta 1987 cuando en el país se comienza a tratar el tema de la RSE, pues se introduce en los informes de las empresas el denominado “balance social”, de acuerdo con la metodología propuesta por la ANDI y la OIT, la cual pretendía medir la política social implementada por las empresas<sup>8</sup>.

Otro cambio trascendental en la RSE en Colombia tuvo lugar con la incorporación como principio constitucional del Estado social de derecho en 1991. Este principio incorpora el “valor de la solidaridad y la justicia social” en las actuaciones tanto del Estado como de los ciudadanos y especialmente de las empresas, teniendo como valor principal la prevalencia del interés general y social<sup>9</sup>.

Para 1993 los catorce gremios más importantes del país conformaron el Consejo Gremial Nacional con representación de los sectores de servicios, industria, financiero, agropecuario y comercial, cuyo principal objetivo fue

---

8 *Vid.* IBARRA PADILLA, ADELAIDA. Ob. cit, MELAMED-VARELA, Enrique *et al.*, p. 19.

9 Así lo ha establecido la Corte Constitucional en varias sentencias: “i. La responsabilidad social empresarial, no obstante fruto de iniciativas voluntarias por parte de las empresas, contiene elementos que resultan definitorios en el comportamiento que deben tener los actores en el Estado social de derecho.

ii. La responsabilidad social empresarial implica prácticas que tienen íntima conexión con el principio de solidaridad –axial al Estado social– y, en esa medida, son concreción de deberes constitucionales propios de los actores con posibilidad de influir en el desarrollo en concreto de derechos fundamentales.

iii. El hecho de que una actividad sea fruto de la ejecución de un programa de responsabilidad social empresarial no obsta para que la misma involucre la concreción de derechos fundamentales y, en esa medida, deba respetar los límites de índole constitucional existentes respecto de estos aspectos en un Estado social de derecho.

iv. La responsabilidad social empresarial tiene como actores principales a las empresas, pero el compromiso social no debe entenderse agotado en este tipo de programas, que pueden –y deben– ser complementados con la participación de otros actores –*stakeholders*, en terminología de las Naciones Unidas– como la sociedad civilmente organizada, el Estado, los sindicatos, organizaciones con interés social, ONG y organizaciones comunitarias, entre otros”. Corte Constitucional de Colombia, expediente T-2220146, magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

fortalecer la función social. De esta agrupación surgieron iniciativas como el “compromiso de Guaymaral” y el Consejo Empresarial Colombiano para el Desarrollo Sostenible (Cecodes). En este mismo año, la Caja de Compensación Familiar de Antioquia junto con el Icontec fueron los pioneros en la creación de un documento que regulara la RSE en Colombia.

En 1994 nace el Comité Colombiano de Responsabilidad Social Empresarial (CCRSE), cuya misión es “promover la investigación para construir sistemas de gestión en Responsabilidad Social Empresarial y Ética de las organizaciones, que agreguen valor a estas, a sus miembros, apoyen el fortalecimiento institucional, generen beneficio a la sociedad colombiana y aporten al desarrollo del país, de tal manera que se generen cambios culturales y la construcción de una convivencia democrática”<sup>10</sup>.

En el año 2018 fue creada la Guía Técnica Colombiana (GTC) 180 de Responsabilidad Social por el Icontec, la cual contiene lineamientos sobre el desempeño responsable de las empresas<sup>11</sup>.

Como se puede apreciar, el compromiso en materia de RSE en Colombia ha ido creciendo con el paso de los años, y ha sido objeto de análisis desde las instituciones estatales, las cortes y entidades no gubernamentales. Es así como se pueden encontrar definiciones sobre la RSE desde estos diferentes organismos.

En primer lugar, la Guía Técnica Colombiana (GTC) 180 define la RSE como el “[c]ompromiso voluntario y explícito que las organizaciones asumen frente a las expectativas y acciones concertadas que se generan con las partes interesadas (*stakeholders*), en materia de desarrollo humano integral; esta permite a las organizaciones asegurar el crecimiento económico, el desarrollo social y el equilibrio ambiental, partiendo del cumplimiento de las disposiciones legales”<sup>12</sup>.

La Superintendencia de Sociedades concibe la RSE como “[...] el compromiso voluntario de las organizaciones para identificar y gestionar el impacto que su actividad genera en sus grupos de interés (trabajadores, proveedores, clientes, comunidad, etc.) con el fin de asegurar crecimiento económico, desarrollo social y equilibrio ambiental (desarrollo sostenible)”<sup>13</sup>.

---

10 Centro Colombiano de Responsabilidad Empresarial. Misión, 2018. Disponible en <<https://www.idealist.org/es/ong/25f5bff69243437ba70bd6fcf8372bb4-centro-colombiano-de-responsabilidad-empresarial-bogota>>, último acceso: 25 de febrero de 2019.

11 IBARRA PADILLA, ADELAIDA. Ob. cit.

12 Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación. Guía Técnica Colombiana n.º 180, 2008, p. 35.

13 Superintendencia de Sociedades. Gobierno Corporativo y RSE, 2018. <<https://www.super->

Por su parte, el Centro Colombiano de Responsabilidad Social Empresarial (CCRE) establece que

[I]a responsabilidad social es la capacidad de respuesta que tiene una empresa o una entidad, frente a los efectos e implicaciones de sus actividades sobre los diferentes grupos con los que se relaciona (*stakeholders* o grupos de interés). De esta forma las empresas son socialmente responsables cuando las actividades que realiza se orientan a la satisfacción de las necesidades y expectativas de sus miembros, de la sociedad y de quienes se benefician de su actividad comercial, así como también, el cuidado y preservación del entorno<sup>14</sup>.

La Corte Constitucional se ha referido en varias oportunidades a la RSE estableciendo que

[...] los programas de responsabilidad social responden a la necesidad de que la empresa, en cuanto sujeto que actúa al interior de la sociedad, sea partícipe del desarrollo y promotor del bienestar del sujeto colectivo en que se lleva a cabo su actividad. En otras palabras, al ser la empresa un actor que se involucra en una determinada comunidad; cuyas acciones pueden repercutir positiva y negativamente en dicha comunidad; cuyo poder se manifiesta en los aspectos financiero, político, social, ambiental, laboral, entre otros; y cuya capacidad de acción es de las mayores al interior de las comunidades en que se encuentra, surge una amplia variedad de posibilidades de acción con miras a que la empresa repercuta de manera positiva en la comunidad o comunidades en que desarrolla su actividad<sup>15</sup>.

De estas definiciones se puede extraer que la RSE en Colombia presenta las siguientes características: a) es un compromiso empresarial, b) voluntario, c) busca identificar y remediar el impacto de la actividad empresarial, d) centra su atención en los grupos de interés (trabajadores, clientes, comunidad, medio ambiente, etc.).

---

sociedades.gov.co/delegatura\_aec/informes\_publicaciones/responsabilidad\_social/Paginas/default.aspx>, último acceso: 25 de febrero de 2019.

14 Centro Colombiano de Responsabilidad Empresarial. *¿Qué es la Responsabilidad Social Empresarial?* Disponible en <[http://www.ccre.org.co/upload/2arto3\\_pdf](http://www.ccre.org.co/upload/2arto3_pdf)>, último acceso: 2 de febrero de 2019.

15 Corte Constitucional de Colombia, expediente T-2220146, magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

## 2. LA INCORPORACIÓN Y EL EMPLEO DE ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA Y EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA

El Estado de Colombia ha respaldado de distintas formas diversos instrumentos sobre la materia, lo que ha llevado a una internalización de sus contenidos que, a pesar de estar todavía en proceso, ha permitido pronunciamientos y desarrollos sobre aspectos como la debida diligencia o que se tengan en cuenta, cuando menos en términos de orientación, ciertos estándares relativos a la responsabilidad empresarial frente a conductas que puedan tener un impacto potencial en el goce y ejercicio de los derechos humanos.

En primer lugar, podemos referirnos a las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (en adelante, también las Directrices OCDE). Colombia fue el Estado número cuarenta y tres en adherirse a la Declaración de la OCDE sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales<sup>16</sup>, lo cual aconteció el 8 de diciembre de 2011<sup>17</sup>. Las Líneas Directrices se encuentran en el Anexo 1 de aquella Declaración y constituyen “[...] recomendaciones dirigidas conjuntamente por los gobiernos a las empresas multinacionales”<sup>18</sup>. Adicionalmente, cuestiones sobre su contenido han de ser promovidas y discutidas en Puntos Nacionales de Contacto<sup>19</sup> (en adelante, PNC) que deben establecer los Estados que han suscrito las Directrices, entre los que se incluye Colombia<sup>20</sup>. En consecuencia, es relevante indagar si Colombia ha internalizado<sup>21</sup> las nociones y criterios manejados en las Directrices. La respuesta resulta ser satisfactoria. Ciertamente, el Estado en cuestión ha aludido a las Directrices de diversas maneras, entre las que se incluyen documentos públicamente

16 OCDE. *Colombia adheres to the OECD Declaration on International Investment*, 08 de diciembre de 2011, Disponible en <<http://www.oecd.org/countries/colombia/colombiaadherestothecdddeclarationoninternationalinvestment.htm>>, último acceso: 22 de febrero de 2019.

17 Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia. *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*. Disponible en <<https://www.anm.gov.co/sites/default/files/Documentos/cartilladirectricesocde.pdf>>, último acceso: 22 de febrero de 2019.

18 *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, Revisión 2011, § I.1.

19 *Ibid.*, § I.1.1.

20 Enmienda a la Decisión del Consejo sobre las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, § I.1.

21 KOH, HAROLD. *Op. cit.*

disponibles y la facilitación (y cumplimiento) generados por la constitución de un Punto Nacional de Contacto, el cual fue creado por el Decreto 1400 de 2012, como se examina adelante.

En cuanto a los estándares ISO 26000, una investigación de 2015 concluyó que buena parte de sus objetivos ya se exigen o encuentran en el ordenamiento jurídico colombiano. Dicho esto, se evidencia que no se ha hecho de forma unificada sino fragmentada, lo que quiere decir que algunos aspectos a los que se dedica ISO 26000 se abordan en una ley y otros en otras normas codificadas o jurídicas distintas. Adicionalmente, el estudio empírico en cuestión concluyó que un 58 % de los asuntos cubiertos por los estándares ISO 26000 ya se exigen por el ordenamiento jurídico colombiano frente a las empresas privadas, mientras que el porcentaje asciende al 83 % en relación con las empresas con fondos públicos<sup>22</sup>. Por otra parte, hay empresas con oficinas en Colombia, como SGS, que prestan servicios relativos a la implementación de ISO 26000.

En cuanto a los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos de 2011 de las Naciones Unidas (en adelante, también los Principios Rectores), puede decirse que Colombia ha tomado distintas iniciativas y medidas para promover su implementación, según se detalla más adelante.

## 2.1. LAS DIRECTRICES OCDE EN COLOMBIA

Colombia ingresó como miembro de la OCDE recientemente, cuestión que puede considerarse un éxito diplomático del ex presidente Juan Manuel Santos conseguido antes de finalizar su mandato. El Estado fue invitado por los miembros a unirse a la organización el 25 de mayo de 2018, y el 30 de mayo del mismo año se firmó el Acuerdo de Adhesión en París.

Dicho esto, como se señaló líneas atrás, Colombia ya había adherido a la Declaración de la OCDE sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales y, en consecuencia, ya había asumido compromisos en el marco de las Directrices OCDE con anterioridad a su ingreso como miembro de la organización. Adicionalmente, como también se señaló, Colombia creó un Punto Nacional de Contacto en 2012. En el Preámbulo del Decreto 1400 del 29 de

---

22 MARTÍNEZ ARANGO, JUAN PABLO y CIRO RÍOS, LEÓN SIGIFREDO. Incorporación de la ISO 26000, sobre organizaciones empresariales, en la legislación colombiana, *Anfora*, vol. 22, 2015, pp. 148-162.

julio de 2012, que lo constituyó, se indica de forma expresa que Colombia tenía un compromiso de crear un PNC, al señalarse que

mediante comunicación del 8 de diciembre de 2011 el Presidente de la República de Colombia aceptó la invitación presentada por el Secretario General de la OCDE para adherir a la *Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales* y sus correspondientes decisiones, mediante su participación en el Comité de Inversiones [...] en virtud de las disposiciones de las Directrices, Colombia debe establecer el Punto Nacional de Contacto, así como el procedimiento para la puesta en práctica de este instrumento según lo establecido en la *Decisión del Consejo sobre las Directrices para Empresas Multinacionales de la OCDE*.

Él se ubica institucionalmente en el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (Dirección de Inversión Extranjera y Servicios), según se dispone en el artículo 1 del decreto que lo constituyó; y es asesorado por un Comité consultivo (art. 4 del Decreto), compuesto por cuatro miembros: un representante de los sindicatos, un representante del sector empresarial, un representante de las organizaciones no gubernamentales y un representante de la academia. Hasta el momento, se han presentado tres peticiones al PNC.

En cuanto a las reclamaciones de las personas naturales o jurídicas que se “sienta[n] afectad[os] directa o indirectamente”, se dispone que han de ser presentadas por escrito y cumplir con ciertos requisitos en cuanto a la información suministrada, tras lo cual se hará un traslado por parte del PNC “a la empresa multinacional en posible incumplimiento” (art. 16), que tendrá un término de 20 días para pronunciarse frente a la reclamación y aportar pruebas. Acto seguido, y de forma previa a la emisión de conclusiones de evaluación inicial del caso, el PNC podrá solicitar pruebas adicionales u organizar reuniones cuando lo considere pertinente. Si bien esta etapa es, en principio, confidencial, las partes pueden indicar que puede tramitarse públicamente. Si el PNC considera que posiblemente se presentó un incumplimiento de las Directrices, aceptará el caso total o parcialmente, según proceda; evento en el cual “ofrecerá sus buenos oficios para facilitar a las Partes una resolución del caso a través de la mediación” (art. 24), teniendo esta etapa de mediación un carácter confidencial, y debiéndose verificar por parte del PNC que lo negociado se refiere a “derechos renunciados a la luz de la legislación nacional, incluidos los acuerdos internacionales” (art. 26). En caso de que la mediación fracase o no haya sido aceptada por las partes, el PNC procederá a realizar una evaluación final del caso, que concluirá con una “comunicación final” que contenga

conclusiones y recomendaciones dirigidas a la empresa en cuestión (art. 33), sobre la cual las partes pueden pronunciarse y, si el PNC lo estima adecuado y pertinente, el mismo puede incorporar tales comentarios (o no) en la versión definitiva que será publicada por el mismo con posterioridad. El artículo 36 del Decreto señala que, tras la conclusión de la fase de mediación, se procurará que la etapa final dure aproximadamente 3 meses; y, además, en el Decreto se dispone que las conclusiones serán meramente recominatorias (art. 37). En resumen, puede decirse que los procedimientos ante el PNC colombiano tienen tres etapas: inicial, de mediación y de examen final. Como suele acontecer con los operadores jurídicos, la práctica del PNC (todavía escasa) terminará arrojando luces sobre cómo se interpretan su mandato y funciones.

Tal como se señaló párrafos atrás, hasta el momento hay información pública sobre tres casos que se hayan sometido al Punto Nacional de Contacto de Colombia: los casos Hoteles Decamerón, Drummond y DHL. Este último es el único del cual se dispone de una evaluación final, lo cual resulta interesante toda vez que el caso también involucró la participación del PNC alemán (el cual fue, de hecho, el que adoptó la evaluación final en 2014). Algo interesante del caso fue que en el mismo se produjo un intercambio de información entre los dos PNC mencionados y, además, con el PNC de Turquía; habiendo sido esta cooperación solicitada por el PNC alemán con fines de poder manejar la mediación<sup>23</sup>. En el caso, el PNC colombiano les recomendó a las partes intentar la mediación<sup>24</sup>.

En otro de los casos examinados por el PNC colombiano, la reclamación fue rechazada por el mismo con base en el argumento de que la solicitud del peticionario versaba sobre derechos laborales previstos en el ordenamiento jurídico interno, los cuales, se entendía, estaban por fuera del alcance de lo que es posible disponer en el marco de los buenos oficios y se refieren a cuestiones que únicamente pueden ser resueltas por la rama judicial, razón por la cual no podrían estar sujetos a la mediación. A pesar de esto, el PNC exhortó a

---

23 Declaración final conjunta del Punto Nacional de Contacto Alemán de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (PNC), UNI Global Union (UNI) y la Federación Internacional de Trabajadores del Transporte (ITF) y Deutsche Post DHL (DP-DHL) sobre la denuncia hecha por UNI/ITF contra DP-DHL/Bonn, pp. 1, 3, 6.

24 Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia. *Caso DHL-2012-Temas laborales*, disponible en <[http://www.mincit.gov.co/loader.php?lServicio=Documentos&lFuncion=verPdf&id=69750&name=Comentarios\\_iniciales\\_sobre\\_el\\_Caso\\_DHL\\_-\\_PNC\\_Colombiano\\_.pdf&prefijo=file](http://www.mincit.gov.co/loader.php?lServicio=Documentos&lFuncion=verPdf&id=69750&name=Comentarios_iniciales_sobre_el_Caso_DHL_-_PNC_Colombiano_.pdf&prefijo=file)>, último acceso: 9 de octubre de 2018.



la empresa en cuestión, Hodecol S.A.S., a crear espacios para el diálogo con la parte peticionaria<sup>25</sup>.

Por último, en el caso de una reclamación presentada contra la empresa multinacional Drummond Ltd., el PNC colombiano adoptó su evaluación inicial el mes de diciembre del año 2016. En aquella decisión el PNC consideró, entre otras cuestiones, que el incumplimiento de la legislación nacional no supone necesariamente una contravención de las Directrices OCDE; que su competencia no se ve excluida ni como consecuencia de la ausencia de una decisión judicial o administrativa sobre una cuestión, ni por la existencia de procesos paralelos, ni por el hecho de que una decisión esté pendiente ante las autoridades judiciales o administrativas. Antes, por el contrario, el PNC estimó que, antes que nada, ha de considerar si sus buenos oficios pueden, potencialmente, contribuir a la resolución positiva de una controversia. Dicho esto, el PNC terminó concluyendo que, cuando se recurra a procedimientos paralelos, los procedimientos ante el PNC no pueden conducir a desarrollos frente a peticiones y reclamaciones que específicamente se estén planteando ante las otras autoridades, toda vez que el PNC no tiene el poder para actuar como una suerte de “instancia adicional”.

En el mismo caso el PNC añadió que el ofrecer su disposición para efectos de buenos oficios no puede ser interpretado como un reconocimiento o declaración de transgresión de las Directrices; y también mencionó que el PNC anima a las partes en una controversia a pensar de forma abierta y constructiva sobre el fortalecimiento general de la política de derechos humanos de una empresa. Adicionalmente, el PNC consideró que puede desempeñar un rol positivo al mediar con miras al restablecimiento de la confianza perdida entre las partes y del diálogo entre ellas, lo cual constituye un aspecto que los PNC pueden desempeñar y es diferente a los que se presentan en quejas planteadas ante la rama judicial. El PNC estimó, igualmente, que era procedente proseguir a la próxima etapa procesal de reclamaciones ante él, y que en ella sería posible discutir cuestiones a la salud y seguridad en el trabajo, a políticas sobre derechos humanos laborales y a la responsabilidad social corporativa. Por tales razones, el PNC admitió parcialmente el caso e invitó a las partes a

---

25 Punto Nacional de Contacto de Colombia, Evaluación inicial del Punto Nacional de Contacto. Queja contra la Empresa Multinacional Hoteles Decamerón Colombia S.A.S. Hodecol S.A.S., por parte de la asociación sindical: Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Gastronómica, Hotelera y Turística de Colombia (Sinthol).

entablar un diálogo con la ayuda de su mediación, que podría ser confidencial mientras durase y concluiría con un comunicado final que se publicaría en las páginas web del PNC y de la OCDE<sup>26</sup>.

## 2.2. COLOMBIA FRENTE A LOS PRINCIPIOS RECTORES DE 2011

Como Estado miembro de las Naciones Unidas, Colombia ha tomado distintos pasos para promover los Principios Rectores. Entre otras iniciativas, Colombia fue uno de los primeros Estados en el mundo en adoptar un Plan Nacional de Acción (en adelante, también PNA) frente a ellos, lo cual sucedió en diciembre del año 2015<sup>[27]</sup>. Estudios recientes sugieren que la efectividad de este tipo de planes, si bien pueden tener importantes impactos en cuanto a transformaciones generadas por la vía de políticas públicas, es limitada y no puede considerarse como una estrategia suficiente que haga innecesarias las acciones de índole legislativa<sup>28</sup>. No obstante, también hay análisis que señalan que (reconociendo sus limitaciones, añadimos) los PNA también pueden contribuir a la facilitación y promoción del cumplimiento e implementación de los estándares declarados y desarrollados en los Principios Rectores<sup>29</sup>. El PNA colombiano constituye un instrumento de políticas públicas con un período de validez inicial de 3 años, que podía extenderse por un tiempo no superior a 10 meses adicionales<sup>30</sup>. Hasta el momento de escribir este

- 
- 26 Punto Nacional de Contacto de Colombia, Evaluación inicial del Punto Nacional de Contacto. Queja contra Drummond Ltd., por parte de las asociaciones Sintradem, CGT, Seccional Cesar, CGT Colombia.
- 27 Presidencia de la República de Colombia. *Balance y recomendaciones para la actualización del Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos y Empresa*, 1 de agosto de 2018, p. 1.
- 28 CANTÚ RIVERA, HUMBERTO. National Action Plan son Busines and Human Rights: Progress or Mirage?, *Business and Human Rights Journal*, 2019, pp. 23-25.
- 29 Foro de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos, “National action plans to implement the UN Guiding Principles on Business & Human Rights: stepping up Government commitments and action”, 2016, disponible en <<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/ForumSession5/Nov16/NationalActionPlansImplementUN.pdf>>, último acceso: 22 de febrero de 2019.
- 30 Consejería Presidencial para los Derechos Humanos. *Colombia avanza: Derechos Humanos y empresa*, Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos y Empresas, p. 25. Disponible en <[https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/PNA\\_Colombia\\_gdic.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/PNA_Colombia_gdic.pdf)>, último acceso: 22 de febrero de 2019.

texto, se habían presentado dos informes de seguimiento de la implementación del plan<sup>31</sup>.

La adopción del PNA y el seguimiento que se ha hecho a su aplicación, entre otras iniciativas, han llevado, en cierta medida, a una mayor consciencia sobre el contenido de los Principios Rectores y, en consecuencia, tienen la capacidad de desplegar un potencial de internalización de los mismos. Esto puede observarse, por ejemplo, cuando el PNA y los informes se refieren a los tres pilares de proteger, respetar y remediar en los que se basan los Principios Rectores;<sup>32</sup> cuando aluden al objetivo de fortalecer los mecanismos de reclamación judiciales y extrajudiciales<sup>33</sup>; o cuando resaltan la importancia de procurar que las empresas actúen con debida diligencia e incluso apoyan iniciativas como la llamada Guía Colombia (realizada con el apoyo de la embajada suiza), que entre otras cosas busca generar directrices prácticas sobre debida diligencia que pueden ser tenidas en cuenta por las empresas en el manejo de sus operaciones para asegurar el respeto de los derechos humanos<sup>34</sup>.

### 2.3. INTERACCIÓN ENTRE ESTÁNDARES INTERNACIONALES E INTERNOS

Con base en los desarrollos existentes, es posible afirmar que en Colombia se ha generado una sinergia interesante entre las distintas iniciativas supranacionales referentes a las empresas y los derechos humanos o a la responsabilidad social corporativa y acciones e iniciativas locales. Ciertamente, en lugar de existir referencias aisladas a los desarrollos de uno u otro ámbito, por lo general hay una alusión a los desarrollos internacionales y los locales que los

---

31 Presidencia de la República de Colombia, *Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos y Empresa: Informe de avances en la implementación*, 2017. Disponible en <<http://www.derechoshumanos.gov.co/observatorio/publicaciones/Documents/2017/170523-Informe-empresas-ac2.pdf>>; Presidencia de la República de Colombia, *Segundo Informe de seguimiento del Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos y Empresas 2017-2018*, 2018, disponible en <<http://www.derechos-humanos.gov.co/observatorio/publicaciones/Documents/2018/Informe%20seguimiento%20PNA%20E%20Y%20DDHH%202018.pdf>>, último acceso: 22 de febrero de 2019.

32 *Colombia avanza: Derechos Humanos y empresa*, Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos y Empresas, p. 3.

33 *Ibid.*, p. 11; Presidencia de la República de Colombia, *Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos y Empresa: informe de avances en la implementación*, 2017, p. 6.

34 Presidencia de la República de Colombia, *Segundo Informe de seguimiento del Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos y Empresas 2017-2018*, 2018, p. 30.

promueven de forma integrada tanto en iniciativas legislativas, de política pública y en pronunciamientos. En este sentido, por ejemplo, a las directrices OCDE se les considera tanto un trasfondo como una herramienta en el PNA y en los informes de seguimiento. El plan incluso afirma tener en cuenta los principales estándares en el campo, incluyendo a las Directrices OCDE<sup>35</sup>. De forma similar, la Resolución 40796 del 1 de agosto de 2018, adoptada por el Ministerio de Minas y Energía, se refiere en su preámbulo a las mismas Directrices, a los Principios Rectores y al Plan Nacional de Acción de 2015, entre otras iniciativas, antes de decidir adoptar una “política de derechos humanos” del sector minero energético.

También se ha presentado una recepción del contenido de los Principios Rectores y otras iniciativas en la jurisprudencia. Así, por ejemplo, la sentencia T-732 de 2016 de la Corte Constitucional menciona expresamente a aquellos y analiza el contenido de los principios 4, 15, 17 y 19, sus tres pilares y el Plan Nacional de Acción con el propósito de tomar una decisión sobre una presunta violación al derecho a la vivienda que surgiría como consecuencia del daño causado a un oleoducto. En últimas, la Corte no solo dio órdenes a las autoridades estatales sino también a una empresa, con base en la consideración de que la acción de tutela puede ser usada contra particulares cuando las víctimas se encuentren en una situación de subordinación o indefensión frente a ellos<sup>36</sup>.

Por otra parte, merece la pena resaltar el hecho de que algunas compañías que tienen operaciones en la región americana, incluyendo a Colombia, han adoptado códigos de conducta, o realizado pronunciamientos en los que aluden a los Principios Rectores, entre las que se incluyen Ericsson, Shell, Coca-Cola y Telefónica. Otras empresas también se han referido a otros estándares, tales como los que se encuentran en las propias Directrices OCDE<sup>37</sup>.

---

35 Presidencia de la República de Colombia, *Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos y Empresa: informe de avances en la implementación*, 2017, p. 37; Presidencia de la República de Colombia, *Segundo Informe de seguimiento del Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos y Empresas 2017-2018*, 2018, pp. 40-41; *Colombia Avanza: Derechos Humanos y Empresa*, Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos y Empresas, pp. 4, 9.

36 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-732 de 2016. Adicionalmente, *vid.* artículo 42.4 del Decreto 2591 de 1991, que regula la acción de tutela y en el que se dispone que tal mecanismo judicial puede proceder contra particulares, en los siguientes términos: “Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización”.

37 CARRILLO SANTARELLI, NICOLÁS y ARÉVALO, CARLOS. *The Discursive Use and Development*

## 2.4. DEBIDA DILIGENCIA

La debida diligencia es un concepto crucial en relación con el pilar de respeto por parte de las empresas que ha sido reconocido, por ejemplo, en los Principios Rectores de 2011, cuyo principio 15 señala que, con tal de “cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos”, las empresas deben, entre otras acciones, contar con políticas y procedimientos referentes a “[u]n proceso de diligencia debida [...] para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas” en lo concerniente a sus impactos sobre el goce y ejercicio de los derechos humanos.

Siendo esto así, es importante resaltar que la Corte Constitucional comunicó en 2018 que había tomado una decisión referente, entre otros aspectos, a cuestiones sobre consulta previa y diligencia debida. Sus magistrados expresaron la idea de que a pesar de que es el Estado, quien tiene obligaciones primarias de garantía, las empresas tienen deberes propios de diligencia debida, los cuales, por ejemplo, exigen a las empresas investigar si hay comunidades indígenas presentes en los territorios en los que operen<sup>38</sup>. En el texto de la sentencia en cuestión, SU-123 de 2018, aquella Corte consideró, tras analizar distintos pronunciamientos de órganos internacionales, que, en relación con la consulta previa de las comunidades indígenas (entre otras situaciones, podemos afirmar), es menester indagar:

[S]i el comportamiento de las empresas fue diligente para la protección los derechos de los pueblos tradicionales, con base en los estándares expuestos anteriormente. Una vez verificado el cumplimiento del deber de diligencia por parte de las empresas, corresponde al juez constitucional, en *segundo* lugar, verificar, a través del principio de proporcionalidad si es procedente o no adoptar determinada medida frente a las actividades de exploración y explotación, teniendo en cuenta los valores constitucionales en tensión. En otras palabras, la verificación de la debida diligencia sirve para que las autoridades, en un eventual ejercicio de ponderación, puedan determinar cuáles han sido ejercidos legítimamente [...] Es pues el justo medio entre la vulnerabilidad de la comunidad indígena, la función ecológica de la propiedad, la función social de la economía, el desarrollo sostenible y la seguridad

---

of the Guiding Principles on Business and Human Rights in Latin America, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 30, 2017, pp. 105-108.

38 Corte Constitucional de Colombia, publicación en Twitter: <<https://twitter.com/CConstitucional/status/1064595304744390661>>, último acceso: 22 de febrero de 2019.

jurídica [...] al utilizar el estándar de *debida diligencia* de las empresas en relación con el respeto de los derechos de los Pueblos Indígenas es posible determinar si se vulneró el derecho a la consulta previa de una comunidad étnicamente diferenciada para, posteriormente, valorar la posibilidad de ordenar el remedio judicial correspondiente. Los parámetros de debida diligencia permiten, además, adecuar las actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares a los principios constitucionales de buena fe (artículo 83 C.P.) y confianza legítima, pues otorgan estabilidad a los actores involucrados en relación con los lineamientos y criterios que deben seguir para cumplir con los mandatos de la consulta previa<sup>39</sup>.

## 2.5. APLICACIÓN DE LOS ESTÁNDARES ISO 26000 EN COLOMBIA

Como señalamos previamente, en Colombia se han venido implementando políticas de RSE desde los primeros años del siglo XX. Esta implementación principió siendo voluntaria, a iniciativa de las propias empresas y agremiaciones; y posteriormente, el poder legislativo fue incorporando algunos aspectos de la RSE a la legislación nacional, tornándose así en obligatoria<sup>40</sup>. Por esta razón se debe señalar que en Colombia la RSE es regulada mediante el *soft law* y el *hard law*.

Como parte del denominado *soft law* las normas ISO 26000 proporcionan una guía global que promueve la aplicación de mejores prácticas sobre responsabilidad social por parte de empresas de todo el mundo, sin importar si estas son públicas o privadas. Estas normas han tenido gran acogida en Colombia, no solamente porque han sido objeto de múltiples estudios académicos, sino porque han llegado a implementarse en un número considerable de empresas. Ejemplo de lo anterior es la compañía Ecopetrol, la cual ha integrado tanto en su misión como en su visión y en su marco estratégico las normas ISO 26000 como parte de su estrategia para el 2020<sup>[41]</sup>. La empresa Sodimac, con

39 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-123 de 2018, MM. PP. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes, párrs. 13.1-13.9.

40 Las organizaciones empresariales que más políticas de RSE implementan en Colombia son la compañía minera El Cerrejón, el grupo financiero AVAL y la cervecera Bavaria; centran su atención en temas de generación de empleo, apoyo al deporte, apoyo a la comunidad, entre otras. Fuente: <<http://agenciadenoticias.unal.edu.co/detalle/article/empresas-colombianas-lejos-de-alcanzar-la-rse.html>>, último acceso: 25 de febrero de 2019.

41 Global Compact. *Reporte de sostenibilidad de Ecopetrol*, 2010. Fuente: <<https://www.unglo->

operaciones en Chile, Perú, Argentina y Colombia, también desarrolla su política de responsabilidad social bajo las directrices ISO 26000<sup>[42]</sup>. Lo mismo sucede con Isagen<sup>43</sup>, ISA<sup>44</sup>, EPM<sup>45</sup>, entre otras.

La esencia de las normas ISO 26000 es precisamente su carácter voluntario. En efecto, estas directrices no tienen fuerza coercitiva, incluso no son objeto de certificación por parte de organismo alguno, razón por la cual su implementación atiende a la responsabilidad social que tienen las empresas, antes que a su imposición. Aunque es verdad que la norma ISO 26000 debe ubicarse como parte del *soft law*, muchas de sus líneas de acción se encuentran plasmadas en la Constitución nacional, Leyes, Decretos, e Instructivos de organismos estatales colombianos, que son –como es evidente– de obligatorio cumplimiento para las empresas. Razón por la cual se puede concluir que, aunque la implementación de la norma ISO 26000 tiene carácter voluntario, muchos de los aspectos claves de la norma son de imperativo cumplimiento, al ser parte del derecho interno colombiano. Profundizaremos sobre este aspecto.

La RSE encuentra su fundamento Constitucional en los artículos 58 y 333 de la CP<sup>46</sup>. En efecto, estas disposiciones establecen la función social y ecológica

balcompact.org/system/attachments/10166/original/ReporteSostenibilidadEcopetrol2010.pdf?1304620879>, último acceso: 25 de febrero de 2019.

- 42 Sodimac. Política de Responsabilidad Social, 2012. Fuente: <[https://www.sodimac.cl/static/site/nuestra-empresa/RS-sodimac2012/pdfs/RS/Reporte\\_Sostenibilidad\\_Sodimac\\_2012\\_politica.pdf](https://www.sodimac.cl/static/site/nuestra-empresa/RS-sodimac2012/pdfs/RS/Reporte_Sostenibilidad_Sodimac_2012_politica.pdf)>, último acceso: 16 de febrero de 2019.
- 43 Isagen. Informe de Gestión, 2007. Fuente: <<https://www.isagen.com.co/SitioWeb/delegate/documentos/nosotros/informes-de-gestion/informe-gestion-2017.pdf>>, último acceso: 25 de febrero de 2019.
- 44 ISA. Gestión de Derechos Humanos y empresa, 2013. Fuente: <<http://www.isa.co/es/sala-de-prensa/Documents/etica-y-sostenibilidad/informacion-de-actualidad/noticias/2013-04-13%20promocion-y-respeto-de-los-derechos-humanos.pdf>>, último acceso: 25 de febrero de 2019.
- 45 EPM. Gestión social y ambiental, 2015. Fuente: <<http://2015.sostenibilidadgrupoepm.com.co/gestion-social-y-ambiental/informacion-general/perfil-del-informe/>>, último acceso: 25 de enero de 2019.
- 46 Artículo 333 C. P. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

que tienen la propiedad y las empresas. Esta función social se traduce en que no solamente deben asumir como objetivo la generación de empleo y la producción de riqueza, sino que adicionalmente, tienen a su cargo una serie de obligaciones con la sociedad, procurando el bien común y el interés general. Es por eso, que aunque la carta magna no contempla de manera específica la institución de la RSE, esta tiene respaldo constitucional al instaurar en la empresa una serie de responsabilidades para con la sociedad<sup>47</sup>.

Al igual que en la Constitución colombiana, el desarrollo legislativo nacional no ha abordado de manera específica la regulación de la RSE<sup>48</sup>; sin embargo, existen una serie de normas que tratan de manera directa e indirecta algunos de sus temas claves. De acuerdo con lo anterior, la doctrina colombiana ha evidenciado que un porcentaje importante de los postulados de la ISO 26000 es tratado por disposiciones legales nacionales, lo que les permitió concluir que existe un 58 % de incorporación si la empresa es privada y un 83 % si la empresa tiene capital estatal<sup>49</sup>.

Adicionalmente, en el ordenamiento jurídico colombiano existe la obligación de presentar el informe de prácticas empresariales<sup>50</sup> conocido como el informe 42, el cual debe ser tramitado ante la Superintendencia de Sociedades por parte de las sociedades comerciales vigiladas y/o controladas, las sucursales de las sociedades extranjeras, y las empresas unipersonales. Este informe tiene como

47 ACEVEDO-GUERRERO, JAVIER ALEJANDRO, ZÁRATE-RUEDA, RUTH Y GARZÓN-RUIZ, WILLIAN FERNANDO. Estatus jurídico de la Responsabilidad Social Empresarial (RSE) en Colombia, *Dikaion*, vol. 22, 2013, pp. 51-82.

48 No obstante, el poder legislativo colombiano ha tramitado cuatro proyectos de ley sobre la RSE, que infortunadamente nunca vieron la luz. El primero de ellos es el proyecto de ley 153 de 2006 por la cual se reglamenta la Responsabilidad Social de las empresas, y se dictan otras disposiciones; este proyecto estaba compuesto por diez artículos. Posteriormente, se tramitó el proyecto de ley 031 de 2007, por la cual se definían normas sobre la Responsabilidad Social y medioambiental de las empresas y se dictaban otras disposiciones, compuesto de nueve artículos. Finalmente, los proyectos de ley 058 de 2009 y 070 de 2010, por las cuales se definen normas sobre la responsabilidad social empresarial, la protección infantil y se dictan otras disposiciones, ambos compuestos por diez artículos.

49 *Vid.* MARTÍNEZ ARANGO, JUAN PABLO Y CIRO RÍOS, LEÓN SIGIFREDO. Incorporación de la ISO 26000, sobre organizaciones empresariales, en la legislación colombiana, *Anfora*, vol. 22, 2015, pp. 148-162.

50 Superintendencia de Sociedades. Indicadores gobierno corporativo, 2016. Fuente: Superintendencia de Sociedades: <[https://www.supersociedades.gov.co/delegatura\\_aec/informes\\_publicaciones/responsabilidad\\_social/documentos\\_resocial/Indicadores%20Gobierno%20Corporativo%202016.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_aec/informes_publicaciones/responsabilidad_social/documentos_resocial/Indicadores%20Gobierno%20Corporativo%202016.pdf)>, último acceso: 24 de febrero de 2019.



objetivo principal la realización de un diagnóstico general de la implementación de prácticas de gobierno corporativo y de responsabilidad social en el país.

De acuerdo con el informe de 2016, de las 5.732 empresas que deben presentar el informe, el 86 % sí realizan acciones de RSE, el 96 % evitan ser cómplices de soborno o corrupción y el 87,9 % piensa que la mayor motivación para implementar estrategias de RSE es el mejoramiento de la relación con sus trabajadores, seguido del fortalecimiento de la imagen y reputación de la empresa.

Respecto de las acciones concretas de RSE, las empresas se enfocan en las siguientes: reducir el impacto ambiental de su operación, el 83,2 %; mejorar las condiciones laborales de los empleados o colaboradores, el 91,8 %; asegurar el respeto de los derechos humanos en todas las operaciones de la sociedad, el 95,8 %; evitar ser cómplices de soborno o corrupción, el 96,7 %; fortalecer las relaciones con los clientes y consumidores, el 93,0 %; promover las relaciones respetuosas con los vecinos o comunidades de área de influencia, el 87,7 %; y en realizar donaciones o ayudas a causas sociales, el 66,8%.

En cuanto a las acciones de RSE que fueron realizadas dentro de la cadena de suministro, la Superintendencia de Sociedades encontró las siguientes: el apoyo para la mejora de la productividad y eficiencia de sus proveedores o distribuidores, el 52,9 %; la promoción y evaluación de prácticas responsables entre grupos de proveedores o distribuidores, el 53,8 %; y en el análisis del ciclo de vida del producto/servicios y responsabilidad extendida (extender las responsabilidades), el 47,9 %<sup>51</sup>.

Como puede evidenciarse, en Colombia una porción importante de las políticas de RSE contempladas en la norma ISO 26000 se encuentran plasmadas en el ordenamiento jurídico nacional; incluso, existe la obligatoriedad de presentar el informe de prácticas empresariales para que la Superintendencia de Sociedades pueda monitorear el comportamiento social de las empresas. Sin embargo, las empresas están llenando los vacíos que dejan las disposiciones legales con acciones voluntarias, utilizando ya sea la norma ISO 26000, el Global Reporting Initiative (GRI), las líneas directrices para empresas multinacionales y el Global Compact (2000)<sup>52</sup>.

---

51 *Ibid.*

52 Por ejemplo, la empresa Aviatour tiene un código de ética basado en el Global Compact. *Vid.* Aviatour. Código de Ética, 2005. Disponible en <[http://www.grupoaviatur.com/multisites/grupoaviatur/images/pdf/cod\\_etica.pdf](http://www.grupoaviatur.com/multisites/grupoaviatur/images/pdf/cod_etica.pdf)>, último acceso: 24 de febrero de 2019.

### 3. LA ESTRUCTURA DE LA EMPRESA Y SU RESPONSABILIDAD LEGAL

#### 3.1. REGLAS DE LA RSE RELACIONADAS CON LA ESTRUCTURA EMPRESARIAL

Muchos de los aspectos de la RS son del resorte directo de la empresa, por lo tanto, es la propia organización empresarial la que debe liderar todos los lineamientos, procesos, y ejecución de las obligaciones legales y voluntarias de la RSE. A continuación, se analizarán las reglas de la RSE relacionadas directamente con la empresa, diferenciando las que tienen como fuente la norma jurídica, de aquellas que son de implementación voluntaria.

Buena parte de los temas de la RSE que están relacionados directamente con la empresa se encuentran regulados por la norma jurídica, tal es el caso de asuntos como la discriminación y grupos vulnerables, principios y derechos fundamentales en el trabajo, condiciones de trabajo y protección social, diálogo social, salud y seguridad ocupacional, conflictos de intereses, corrupción, entre otros.

El Estado colombiano ha ratificado 61 Convenios de la OIT, de los cuales 52 se encuentran actualmente en vigor, 5 han sido denunciados, y 4 instrumentos han sido abrogados<sup>53</sup>. Existen, asimismo, normas que pretenden prevenir actos de corrupción y fortalecer la moralidad de la Administración pública<sup>54</sup>; otras, por su parte, contienen una regulación concreta sobre el conflicto de interés<sup>55</sup>, la discriminación y el trato desigual<sup>56</sup>, políticas salariales y laborales<sup>57</sup>, corrupción transnacional<sup>58</sup>, contratación de personas con disminución

---

53 ILO. Ratificaciones, 2018 Fuente: [www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11200:0::NO::P11200\\_COUNTRY\\_ID:102595](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11200:0::NO::P11200_COUNTRY_ID:102595), último acceso: 24 de febrero de 2019.

54 *Vid.* Ley 1474 de 2011, “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”; Ley 190 de 1995, “Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el objeto de erradicar la corrupción administrativa”.

55 Ley 964 de 2005, arts. 44, 45; Resolución 275 de 2001, Ley 222 de 1995, Ley 1258 de 2008, art. 27; Decreto 1925 de 2009, arts. 4 y ss.; Ley 1474 de 2011, Estatuto anticorrupción.

56 Ley 1482 de 2011.

57 Ley 278 de 1996.

58 Ley 1778 de 2016.

de capacidad laboral<sup>59</sup>, entre muchas otras. Por otra parte, otras cuestiones de la RSE relacionadas exclusivamente con las normas sobre empresas no se encuentran reguladas directamente en la ley, sino que son prácticas incorporadas de manera voluntaria por las compañías. Estas tienen que ver con la debida diligencia, resolución de reclamaciones, situaciones de riesgo, etc.

En Colombia buena parte de las empresas establecen directrices sobre RSE en sus códigos de ética. Allí instituyen principios y valores a la hora de tomar las distintas decisiones de la organización. De acuerdo con el informe de prácticas empresariales de la Superintendencia de Sociedades (informe 42) de 2016, de las 5.732 empresas que deben presentar dicho informe, el 71,3 % sí tienen lineamientos éticos en sus entidades, el 89,4 % comunican a los empleados los lineamientos éticos en la inducción, el 67,0 % comunican a los empleados los lineamientos éticos en capacitaciones periódicas. Por su parte, el 59,5 % de las compañías comunican a los miembros de la junta directiva los lineamientos éticos en la inducción, y el 43,2 % comunican a los miembros de la junta directiva los lineamientos éticos en capacitaciones periódicas<sup>60</sup>.

Un ejemplo de lo anterior se puede evidenciar en el código de ética de la empresa Aviatour. Dicha empresa ha seguido los lineamientos del Global Compact y los ha plasmado en su código de ética estableciendo que todos los “colaboradores, miembros de la Junta Directiva, proveedores y contratistas del Grupo Aviatour, sin distinción de cargo o ubicación geográfica” deben actuar con “responsabilidad, integridad y respeto”, velando entre otras cosas por los derechos humanos, evitando el conflicto de interés, la corrupción, protegiendo el medio ambiente y la comunidad<sup>61</sup>.

Por su parte, la compañía minera Cerrejón cuenta con un manual de guía de conducta en el cual se establecen directrices sobre el buen comportamiento de la empresa tanto de empleados como de terceros. Por ejemplo, cuentan con políticas de ética, una guía para la prevención de la corrupción, sistema de auto control y gestión de riesgo de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, política de conflicto de intereses, derechos humanos, control de

---

59 Ley 789 de 2002, Ley Estatutaria 1618 de 2013.

60 Superintendencia de Sociedades. Indicadores Gobierno Corporativo, 2016. Disponible en <[www.supersociedades.gov.co](http://www.supersociedades.gov.co)>, último acceso: 28 de febrero de 2019.

61 Aviatour. Código de Ética, 2005. Disponible en <[http://www.grupoaviatur.com/multisites/grupoaviatur/images/pdf/cod\\_etica.pdf](http://www.grupoaviatur.com/multisites/grupoaviatur/images/pdf/cod_etica.pdf)>, último acceso: 22 de febrero de 2019.

fraude, igualdad de oportunidades, responsabilidad social laboral y promoción laboral para comunidades del área de influencia<sup>62</sup>.

Sin embargo, no es suficiente con la creación de manuales de conducta o códigos de ética, se hace también imprescindible establecer un mecanismo de control del cumplimiento de las normas establecidas en estos instrumentos. Para esto las empresas han conformado un comité que tiene el deber de vigilancia y evaluación del cumplimiento de las directrices establecidas en los códigos, de esta manera, cumplen con la labor de vigilancia y cumplimiento de las normas sobre RSE que recaen directamente en la empresa.

Otro mecanismo importante que utilizan las compañías es la creación de canales de resolución de denuncias. Estos canales permiten que tanto empleados, como terceros puedan presentar quejas, reclamaciones y denuncias en contra del comportamiento de la empresa en general, de sus empleados, contratistas entre otros. Por medio de este conducto, se reciben las denuncias garantizando el anonimato de quienes las instauran, y se inicia el procedimiento para resolver el comportamiento denunciado. De acuerdo con el informe de prácticas empresariales de la Superintendencia, de las sociedades que presentaron el informe, el 55,7% cuenta con canales de recepción de denuncias y quejas que aseguren el anonimato del denunciante y el adecuado tratamiento de las mismas<sup>63</sup>.

Un aspecto clave de la RSE que recae directamente en la estructura empresarial es la debida diligencia. En efecto, la debida diligencia es un procedimiento que deben seguir las empresas para identificar, evitar y mitigar los impactos negativos de sus decisiones y actividades en materia ambiental, social y económica. El Estado colombiano ha expedido una guía para la debida diligencia en materia de Derechos Humanos y DIH en la cadena de suministro<sup>64</sup>, cuyo principal objetivo es “ofrecer lineamientos a las empresas en el ejercicio de la debida diligencia en DDHH en sus cadenas de suministro, mediante una gestión

---

62 Cerrejón. Desarrollo sostenible, 2018. Disponible en <<https://www.cerrejon.com/index.php/ desarrollo-sostenible/estandares/politicas>>, último acceso: 13 diciembre de 2018.

63 Superintendencia de Sociedades. Indicadores Gobierno Corporativo, 2016. Fuente: <[https://www.supersociedades.gov.co/delegatura\\_aec/informes\\_publicaciones/responsabilidad\\_social/documentos\\_resocial/Indicadores%20Gobierno%20Corporativo%202016.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_aec/informes_publicaciones/responsabilidad_social/documentos_resocial/Indicadores%20Gobierno%20Corporativo%202016.pdf)>, último acceso: 13 diciembre de 2018.

64 Guía para la debida diligencia en la cadena de suministro. Fuente: <<http://www.derechos-humanos.gov.co/observatorio/publicaciones/Documents/2018/080730-Guia-para-Debida-Diligencia-DDHH-DIH-Cadena-suministro.pdf>>, último acceso: 1 de marzo de 2019.

responsable y transparente en sus relaciones con proveedores y contratistas.” Asimismo, expidió una guía para la debida diligencia en DDHH y DIH en las acciones de fortalecimiento institucional<sup>65</sup>, la cual tiene como objetivo “brindar lineamientos que orienten a las empresas en su responsabilidad de respetar los DDHH en la implementación de acciones para el fortalecimiento institucional”.

Las empresas colombianas han venido implementando estos procedimientos de debida diligencia; tal es el caso de Ecopetrol<sup>66</sup> que cuenta con una directriz en materia de derechos humanos que aborda la debida diligencia por medio de la “identificación, evaluación y gestión de riesgos e impactos de derechos humanos”, liderada por la Unidad de Responsabilidad Social empresarial.

En conclusión, la empresa, como eje central de la responsabilidad social tiene a su cargo el cumplimiento de las leyes y la implementación de estrategias voluntarias en materia de RSE; en Colombia las empresas establecen directrices a sus empleados y colaboradores en sus códigos de ética, crean mecanismos para la presentación y resolución de quejas y reclamaciones, vigilan y evalúan el comportamiento en materia de RSE de los directivos empleados y colaboradores y establecen procedimientos de debida diligencia en materia de RSE.

### 3.2. ASPECTOS DE LA RSE RELATIVOS A LA CONTRATACIÓN

En materia estrictamente contractual, las empresas pueden incluir en sus contratos con terceros cláusulas que otorguen una protección acerca de la RSE. Estas cláusulas hacen parte de una política global que cada empresa posee, y que busca prevenir y sancionar, dentro del propio contrato, distintas conductas que atenten contra RSE.

En primer lugar, existe en Colombia una marcada tendencia a establecer cláusulas anticorrupción en los contratos celebrados por empresas del sector público y privado. En efecto, en los negocios jurídicos realizados por el

---

65 Guía para la debida diligencia en materia de derechos humanos. Fuente: <<http://www.de-rechoshumanos.gov.co/observatorio/publicaciones/Documents/2018/180730-Guia-para-Debida-Diligencia-acciones-Fortalecimiento-Institucional.pdf>>, último acceso: 1 de marzo de 2019.

66 Para Ecopetrol, la debida diligencia es el “proceso exhaustivo y proactivo para identificar los impactos adversos, actuales o potenciales, en los derechos humanos, derivados de las decisiones y actividades de Ecopetrol a lo largo del ciclo de vida completo de un proyecto, con el objetivo de prevenir y mitigar dichos impactos, y reparar los daños causados de ser el caso”.

sector público es usual encontrar cláusulas o documentos anexos al contrato que contienen compromisos anticorrupción. El incumplimiento de estos compromisos por parte del contratista trae como consecuencia no solamente la responsabilidad penal o administrativa, sino una incidencia directa en materia de incumplimiento contractual. Por ejemplo, el Ministerio de Educación Nacional cuenta con un formato denominado “Compromiso anticorrupción”, en donde el contratista se compromete a no ofrecer sobornos a funcionarios públicos ni efectuar acuerdos que afecten la transparencia del proceso contractual<sup>67</sup>.

Las empresas del sector privado, por su parte, también suelen tener políticas anticorrupción<sup>68</sup>, dentro de las cuales se establecen las directrices para incluir este tipo de cláusulas en los contratos<sup>69</sup> que celebren con proveedores, agentes, distribuidores, clientes, y otros terceros. Algunas cláusulas regulan comportamientos específicos de los contratantes, por ejemplo, el soborno, mientras que otras pretenden garantizar que las partes conocen el marco regulatorio anticorrupción de orden nacional e interno de la compañía. La sanción contractual por el incumplimiento de las cláusulas anticorrupción es la terminación unilateral y anticipada del contrato y las indemnizaciones pactadas por las partes.

---

67 Ministerio de Educación. Compromiso anticorrupción, 2018. Fuente: <[https://www.mineducacion.gov.co/1759/articulos347633\\_Formato\\_N6\\_\\_Compromiso\\_anticorrupcion.docx](https://www.mineducacion.gov.co/1759/articulos347633_Formato_N6__Compromiso_anticorrupcion.docx)>, último acceso: 13 de diciembre de 2018.

68 Por ejemplo, puede verse: Manpower (2018). Políticas anticorrupción. Disponible en <[https://www.manpowergroup.com/wps/wcm/connect/cobdaoce-e88c-4f72-96fa-bef91cd3630e/mpg\\_fcpa\\_anti\\_corruption\\_policy5\\_15%2B%2Bspanish%2B%28SP%29%2Bfinal.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=cobdaoce-e88c-4f72-96fa-bef91cd3630e](https://www.manpowergroup.com/wps/wcm/connect/cobdaoce-e88c-4f72-96fa-bef91cd3630e/mpg_fcpa_anti_corruption_policy5_15%2B%2Bspanish%2B%28SP%29%2Bfinal.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=cobdaoce-e88c-4f72-96fa-bef91cd3630e)>, ultimo acceso: 13 nov. 2018; Incauca S.A.S. Políticas anticorrupción, 2018. Disponible en <<http://www.incauca.com/wp-content/uploads/2017/09/manual-anticorrupcion-prevencion-soborno-transnacional-incauca.pdf>>, último acceso: 13 de diciembre de 2018; Refocosta. Políticas anticorrupción, 2018. Disponible en <<http://www.refocosta.com/images/politicas/POLITICA-ANTICORRUPCION-Y-ANTISOBORNO-Refocosta-VF-Jul2016.pdf>>, último acceso: 13 de diciembre de 2018; Bavaria. Políticas anticorrupción, 2018. Disponible en <https://www.bavaria.co/sites/g/files/ogq8776/f/201710/AB%20InBev-Pol%C3%ADtica-Anticorrupci%C3%B3n-y-Manual-de-Cumplimiento.pdf>, último acceso: 13 de diciembre de 2018.

69 Por ejemplo, la empresa Deloitte con operación en Colombia establece una política en materia anticorrupción donde impone la suscripción de cláusulas contractuales en este sentido. *Vid.* Deloitte. Cláusula anticorrupción, 2018. Disponible en <<https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/co/Documents/about-deloitte/Politica%20No%2018%20Deloitte%20LATCO%20V3.pdf>>, último acceso: 13 de diciembre de 2018.

En segundo lugar, las empresas suelen establecer políticas de contratación acordes con las Directrices de la OCDE para empresas multinacionales<sup>70</sup>. Por ejemplo, las compañías incluyen cláusulas que obligan a los contratistas a conocer y cumplir las políticas en materia de derechos humanos, prevenir el trabajo infantil y forzado, el acoso laboral, la trata de personas y la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes. Asimismo, se pactan cláusulas que comprometen a los contratistas a respetar los derechos sindicales en sus empresas, permitiendo que los trabajadores ejerzan su derecho a sindicalizarse o a unirse a organizaciones para proteger sus intereses o negociar colectivamente; de igual forma, cláusulas que incentiven la erradicación de la violencia contra la mujer, la violencia intrafamiliar y las violencias de género. Igualmente, las empresas públicas y privadas establecen cláusulas contractuales en materia medio ambiental<sup>71</sup>. Por ejemplo, Confa incluye la siguiente cláusula en los contratos celebrados con sus proveedores: “Nos comprometemos a realizar las operaciones con el cuidado necesario para la conservación del medio ambiente en caso de ser seleccionado para contratar con la Corporación. 2.2 Minimizaremos la contaminación ambiental y efectuaremos mejoras continuas en la protección del medio ambiente. 2.3 Manifestamos obrar en concordancia con los estándares de la Ley de la República de Colombia y con las normas internacionales en relación con la protección del medio ambiente”<sup>72</sup>.

En suma, en Colombia las empresas suelen incluir en sus contratos celebrados con terceros cláusulas sobre RSE; las más comunes son las cláusulas

---

70 Tal es el caso de la empresa Isagen. *Vid.* Isagen. Informe de gestión, 2016. Disponible en <[https://www.isagen.com.co/informe-de-gestion/2016/pdf/Derechos\\_humanos.pdf](https://www.isagen.com.co/informe-de-gestion/2016/pdf/Derechos_humanos.pdf)>, último acceso: 13 nov. 2018.

71 La Alcaldía de Bogotá establece unas cláusulas específicas que deben ser incluidas en todos los contratos con los proveedores; una de ellas reza lo siguiente: “El contratista deberá tomar todas las medidas conducentes a evitar la contaminación ambiental a la entrega del producto relacionado principalmente con el manejo adecuado de los residuos que se puedan generar, asimismo cumplir con todas las leyes ambientales, de higiene y seguridad industria, y de salud ocupacional aplicables (presentar el programa). El contratista no dejará sustancias o materiales nocivos para la flora, fauna o salud humana, ni contaminará los ambientes de trabajo en la institución, el suelo o los cuerpos de agua existentes”. *Vid.* Alcaldía de Bogotá. Requisitos ambientales, 2013, clasificación de proveedores y criterios ambientales para las compras públicas sostenibles de la SDA Versión 2. Disponible en <<http://www.ambientebogota.gov.co/documents/17323/0/Criterios+Ambientales+SDA+version+2.pdf>>, último acceso: 13 nov. 2018.

72 Confa. Compromiso de integridad anticorrupción, 2018. Disponible en <<https://confa.co/wp-content/uploads/2018/03/Anexo-1.-Compromiso-Integridad-Anticorrupci%C3%B3n-y-Confidencialidad.pdf>>, último acceso: 13 nov. 2018.

anticorrupción; no obstante, existe gran variedad de cláusulas que siguen las Directrices de la OCDE para empresas multinacionales. Lo más importante es que el incumplimiento de estas cláusulas produce el incumplimiento del contrato, con las consecuencias que el propio contrato y/o la ley establecen para tal comportamiento; por ejemplo, la terminación unilateral y anticipada del negocio jurídico, e incluso la indemnización por responsabilidad contractual.

### 3.3. LA RSE Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS EMPRESAS

El incumplimiento de las obligaciones sobre RSE por parte de las compañías puede traer consecuencias de índole administrativa, penal, contractual e incluso extracontractual. Esto porque los temas que abarca la RSE son muy amplios y son regulados por muchos cuerpos legales (*v. gr.*, Código de comercio, código civil, régimen laboral, código penal, etc.). En esencia, lo que distingue el tipo de responsabilidad que ha de asumir la empresa que incumpla con las políticas de RSE, es la vinculación de esta con el afectado. Es por eso que, de acuerdo con este factor, existe en Colombia una responsabilidad diferenciada. En consecuencia, si el demandante es un empleado, cliente u otra empresa, y la conducta recae sobre un asunto que concierne a lo estipulado en el contrato, la acción que deben entablar es la acción contractual. Si por el contrario el demandante no tiene un vínculo contractual con la empresa que violó las normas sobre RSE (por ejemplo, daños a bienes muebles e inmuebles causados por accidentes, derrame de crudo, e incluso la muerte de alguna persona), necesariamente deberá demandar los perjuicios por medio de la acción extracontractual. Si la conducta desplegada por la empresa se encuentra tipificada por el código penal, adicional a la indemnización civil, se verá abocada a responder penalmente por el delito. De igual forma, si la conducta es sancionada de administrativamente, la empresa deberá responder por su conducta de acuerdo con la norma administrativa aplicable.

### 4. SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL Y LA FUNCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Uno de los aspectos fundamentales de la RSE es determinar los mecanismos judiciales y/o extrajudiciales que tienen los afectados para defender los derechos vulnerados por el comportamiento empresarial. En efecto, no es



suficiente que las empresas adopten directrices comportamentales en orden a prevenir la afectación a la sociedad, e incluso que las normas jurídicas establezcan una serie de obligaciones en materia de RSE, pues se hace necesario, adicionalmente, que la colectividad en general conozca los escenarios en los que pueden hacer valer sus derechos, e incluso conseguir la indemnización de sus perjuicios. De acuerdo con lo anterior, estudiaremos, en primer lugar, las alternativas extrajudiciales, y posteriormente las judiciales desde la óptica del derecho internacional privado.

#### 4. I. LA RSE Y LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

El Estado colombiano admite que disputas sobre RSE puedan ser solventadas mediante los mecanismos alternos de resolución de conflictos (en adelante MASC), siempre y cuando los derechos debatidos sean de aquellos que son susceptibles de transacción, desistimiento y los que expresamente decreta la ley. En efecto, el artículo 116 de la Constitución Política colombiana instituye que el Estado puede investir de manera transitoria a los particulares para que administren justicia actuando como jurados, conciliadores o árbitros por medio de la habilitación que hacen las partes y en los términos que establezca la ley. Analizaremos brevemente los más importantes.

En primer lugar, se tiene que la Conciliación es un MASC por medio del cual “dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”<sup>73</sup>. En Colombia se pueden conciliar asuntos en materia contencioso-administrativa, en materia civil, laboral, familia, competencia y consumo, de acuerdo con lo contemplado en la Ley 640 de 2001.

Por su parte el arbitraje, regulado por la Ley 1563 de 2012 determina que las partes pueden diferir a los árbitros la solución de un conflicto que recaiga sobre “asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice”. Los asuntos de libre disposición son aquellos, de acuerdo con la Corte Constitucional, “de naturaleza transigible, que pueden ser objeto de libre disposición, negociación o renuncia por las partes en conflicto y, en consecuencia, se incluyen dentro de la órbita de su voluntad. En consecuencia, existen ciertas materias que, por

---

73 Artículo 64 de la Ley 446 de 1998.

su naturaleza no transigible ni sujeta a disposición, deben necesariamente ser resueltas por los jueces de la República”<sup>74</sup>.

Finalmente, controversias sobre RSE pueden también ser objeto de mediación, así lo establece el Decreto 1400 de 2012 por medio del cual se establece el Punto Nacional de Contacto de Colombia y se adopta el procedimiento previsto en las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (“OCDE”) para Empresas Multinacionales. En efecto, el capítulo III de la ley establece la posibilidad y el procedimiento para que las partes puedan llegar a algún acuerdo por medio de la intervención del mediador, quien prestará su conocimiento y experticia en orden a lograr un acuerdo entre las partes. Los asuntos sometidos a mediación son aquellos que recaen sobre derechos renunciables “derechos renunciables a la luz de la legislación nacional, incluidos los acuerdos internacionales”.

En consecuencia, si el conflicto sobre RSE recae sobre un asunto de naturaleza transigible, es decir, de libre disposición por parte del titular del derecho (por ejemplo, una indemnización por perjuicios contractuales o extracontractuales), no hay duda que el derecho colombiano permite que este conflicto pueda ser resuelto por los mecanismos alternos de solución de controversias.

#### 4.2. DECISIONES JUDICIALES SOBRE RSE

En Colombia existen diversos fallos judiciales que han abordado el tema de la RSE. Sin embargo, el mecanismo más utilizado ha sido la acción de tutela, pues al tener la RS una relación directa con los derechos fundamentales, los accionantes han escogido este expedito mecanismo para obtener protección de sus derechos. Se expondrán algunos ejemplos:

En la Sentencia de tutela 733 de 2017, la Corte Constitucional encuentra probada la afectación del derecho a la consulta previa, y la vulneración de los derechos fundamentales a la salud y al disfrute de un ambiente sano de los integrantes de las comunidades indígenas, como producto de diversas actuaciones de la empresa Cerro Matoso. Por tal motivo la Corte concede el amparo y se imparten una serie de órdenes conducentes a hacer efectivo el goce de los derechos tutelados. Entre las disposiciones que se destacan están la de financiar y poner en funcionamiento un Fondo Especial de Etnodesarrollo, que tenga por objeto general la reparación y compensación de las víctimas desde

---

74 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-174 de 2007.

una perspectiva colectiva y étnica (etnoreparación), en razón a los perjuicios causados durante décadas por la compañía minera accionada<sup>75</sup>.

En otro caso estudia la Corte si las políticas de contratación de personal de vigilancia por parte de la empresa Ecopetrol, como parte de su programa de RSE, vulneran el principio de igualdad y no discriminación, y la prohibición de discriminación en razón de género y acceso a las oportunidades laborales. La Corte concluye que de las pruebas recaudadas en el expediente se demuestra la utilización del factor género como parámetro de decisión sin ningún tipo de legitimidad para utilizar este supuesto, se ordena realizar la evaluación de la accionante para desempeñar el cargo de vigilante; por lo tanto, se concede la tutela de sus derechos<sup>76</sup>.

La Sentencia de tutela 272 de 2017 de la Corte Constitucional, también trata el tema de la RSE. El 30 de marzo de 2016, a través de apoderado, una autoridad tradicional de la comunidad Guamachito del Resguardo Indígena Wayuu Lomamoto, interpuso acción de tutela contra el Ministerio del Interior, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales y la Empresa Transportadora de Gas Internacional S.A. E.S.P. –TGI–, al considerar vulnerados los derechos fundamentales de su grupo étnico a la consulta previa, al debido proceso administrativo, al medio ambiente y a la igualdad con ocasión de la ampliación de la estación compresora de gas de Hatonuevo. La Corte falla a su favor y ordena que dentro de las setenta y dos horas siguientes a la comunicación de la Sentencia se inicie un procedimiento administrativo con el fin de verificar y hacer seguimiento a las afirmaciones de la comunidad accionante en relación con la inadecuada operación de la estación compresora de gas de Hatonuevo. En ese sentido, en caso de evidenciarse el desconocimiento de las observaciones ambientales realizadas en el año 2009 y 2016 por la entidad, se deberá examinar también la procedencia de imponer las sanciones contempladas en la Ley 1333 de 2009.

Otras sentencias que pueden consultarse son: Sentencia C-915 de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, Sentencia T-014 de 1994. M. P. José

---

75 Entre las estrategias específicas de protección la Corte estableció las siguientes: (i) Medidas tendientes a la descontaminación del ecosistema (aire, suelo y cuerpos de agua); (ii) Adopción de métodos técnicos que impidan el levantamiento y la dispersión de material particulado; (iii) Restauración de la cuenca hídrica del Caño Zaino; (iv) Restablecimiento de la capacidad productiva de los terrenos afectados; (v) Recuperación del paisaje; y, (vi) Aislamiento del complejo minero mediante barreras artificiales y/o naturales.

76 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de tutela 247/10, 15 de abril de 2010.

Gregorio Hernández Galindo, Sentencia C-263 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Sentencia C-790 de 2011. M.P. Nilson Pinilla Pinilla, Sentencia C-915 de 2010. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, Sentencia C-608 de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, Sentencia T-129 de 2011. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, C-830 de 2010, C-851 de 2013, C-524 de 1995, C-608 de 2010, C-332 de 2000, C-915 2010, T- 781 de 2014, C-384 de 2003.

#### 4.3. LA RSE Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Las afectaciones provocadas por el comportamiento empresarial pueden, en muchos casos, tener presencia solo en el interior de un Estado (principalmente el del domicilio social); es decir, los efectos negativos de la actividad empresarial solo vulneran los derechos de interesados (*stakeholders*) ubicados en el territorio de un solo país. En este caso, y de acuerdo con la clase de afectación, serán los jueces y/o autoridades del propio Estado (según las normas de competencia interna) quienes, utilizando la ley nacional, decidirán sobre la responsabilidad civil (contractual o extracontractual), la responsabilidad penal, administrativa etc.

No obstante, en la actualidad es frecuente que los afectados se encuentren en países distintos a aquel donde se encuentra el domicilio social, por esta razón, deben utilizarse las normas de Derecho internacional privado (en adelante DIPr.) para establecer la competencia del juez que dirime el litigio, la ley con la cual dicho juez ha de fallar, y finalmente, de ser necesario, las disposiciones sobre la circulación de decisiones judiciales extranjeras (*exequatur*). Ahondaremos en cada una de ellas, desde el derecho colombiano.

#### 4.4. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNA E INTERNACIONAL

El primer asunto que se debe resolver cuando se presenta un conflicto internacional sobre RSE, es determinar el juez nacional que asumirá competencia para conocer del litigio. Lo anterior, porque no existe un tribunal supra nacional que pueda asumir competencia para dirimir los conflictos que traspasan las fronteras. Por esta razón, necesariamente se debe acudir a alguno de los jueces de los países vinculados con el conflicto sobre responsabilidad empresarial, por medio de las normas de competencia judicial internacional. Estas normas pueden provenir de fuente internacional (tratados internacionales) o de fuente interna (leyes de DIPr. o en ausencia, las normas procesales internas).

En el caso colombiano, existen distintos foros de atribución de competencia judicial, de acuerdo con lo contemplado en los Tratados internacionales y en el Código General del Proceso (en adelante CGP). Las normas aplicables en Colombia contemplan un foro general y unos foros específicos según la internacionalidad y naturaleza del vínculo, es por eso que ante una disputa sobre RSE deberá en primer lugar analizarse si la relación jurídica es nacional o internacional, y posteriormente, determinar la naturaleza misma de la situación legal. A continuación, se analizarán los diferentes foros de atribución de competencia en el ordenamiento jurídico colombiano, teniendo como base las normas de origen interno y convencional.

- *Foro general*

Tanto el Tratado de Montevideo de 1889 como el CGP establecen que el domicilio del demandado constituye el foro general. En efecto, en materia de competencia judicial internacional, el Estado Colombiano hace parte del Tratado de Montevideo de 1889, dicho Tratado instituye la competencia judicial para resolver un conflicto que traspasa las fronteras de acuerdo con la naturaleza de las acciones (personales, reales o mixtas). No obstante, el art. 56 dispone que pueden “entablarse igualmente ante los jueces del domicilio del demandado”.

Por su parte, la norma interna (el CGP) instauro, de igual manera, el domicilio del demandado como el foro general de competencia judicial para los procesos contenciosos<sup>77</sup>. En este sentido, si tan solo existe un demandado, el punto de conexión será el domicilio de ese solo demandado. Si no cuenta con domicilio en Colombia, se utilizará su residencia; si no tiene residencia en el país o dicha residencia se desconoce, conocerá del proceso el juez de domicilio o residencia del demandante. Si existe un solo demandado y este cuenta con varios domicilios en el país, será competente cualquiera de esos jueces a elección del demandante. Si fueren varios los demandados y estos estuvieren domiciliados en lugares diferentes, será competente cualquiera de esos jueces a elección, también, por el demandante.

---

77 Artículo 28 CGP: 1. En los procesos contenciosos, salvo disposición legal en contrario, es competente el juez del domicilio del demandado. Si son varios los demandados o el demandado tiene varios domicilios, el de cualquiera de ellos a elección del demandante. Cuando el demandado carezca de domicilio en el país, será competente el juez de su residencia. Cuando tampoco tenga residencia en el país o ésta se desconozca, será competente el juez del domicilio o de la residencia del demandante.

El domicilio del demandado es un foro que trae muchos beneficios para el proceso litigioso, pues en primer lugar es más garantista en cuanto al derecho de defensa y contradicción, en segundo lugar, porque en su domicilio, el demandado normalmente tiene sus activos más importantes, lo que permite ejecutar la sentencia condenatoria, y finalmente porque se evita el procedimiento de traslado de la sentencia extranjera (*exequatur*).

• *Competencia judicial en materia contractual*

Si el proceso judicial tiene como origen un contrato, y este es considerado nacional, el juez competente será el del lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones, de acuerdo con el artículo 28 del CGP<sup>78</sup>. En consecuencia, si la demanda sobre RSE tiene como origen la vulneración de una obligación contractual, el demandante podrá interponer su acción ante el juez del lugar donde se deban cumplir las obligaciones, si estas han de cumplirse en el mismo lugar. Si por el contrario las obligaciones han de cumplirse en lugares distintos, se demandará ante cualquiera de ellos a elección del accionante.

El Tratado de Montevideo establece que la acción personal debe demandarse “ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio,<sup>79</sup> por lo tanto, si el acto jurídico es contractual, se demandará ante el juez del país cuya ley lo regule. Si la acción es real o mixta, se debe demandar ante los jueces del lugar donde exista la cosa objeto de la demanda. Si la acción versa sobre cosas que están ubicadas en lugares distintos, la demanda debe promoverse ante los jueces del lugar de cada una de ellas<sup>80</sup>.”

• *Competencia judicial en materia de responsabilidad extracontractual*

La responsabilidad civil extracontractual<sup>81</sup> se encuentra establecida en el Código Civil colombiano en el artículo 2341 en los siguientes términos:

---

78 Artículo 28.3 CGP: En los procesos originados en un negocio jurídico o que involucren títulos ejecutivos es también competente el juez del lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones. La estipulación de domicilio contractual para efectos judiciales se tendrá por no escrita.

79 Artículo 56 Tratado de Montevideo 1889.

80 Artículo 67 Tratado de Montevideo 1889.

81 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia 16 sep. 2011, rad. 2005-00058-01: “A voces del artículo 2341 del Código Civil, [el] que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley le imponga

“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

El daño es definido por la Corte Suprema de Justicia como “un detrimento, menoscabo o deterioro, que afecte bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con los bienes de su personalidad, o con su esfera espiritual o afectiva”<sup>82</sup>.

De acuerdo con lo anterior, en Colombia la competencia en materia de responsabilidad civil extracontractual, es decir, aquella responsabilidad por daño ocurrido por fuera de los vínculos contractuales, se “condiciona a un fuero preferente”, en donde un tribunal específico será el encargado de dirimir esta clase de asuntos basado en el principio de territorialidad, cuyo fundamento es el *forum loci delicti (commissi o damni)*, es decir, el lugar donde se produjo el daño o donde se produjeron los perjuicios<sup>83</sup>.

Así, si en el proceso se debate la responsabilidad civil extracontractual de la empresa en materia de RSE, y el conflicto se considera interno, es decir, no cuenta con ningún elemento extranjero, es competente el juez del lugar donde ocurrieron los hechos que dieron origen a la demanda, de acuerdo con el artículo 28.6 del CGP<sup>84</sup>.

Si el conflicto recae sobre la responsabilidad civil extracontractual del demandado y contiene elementos extranjeros, debe resolverse este asunto

por la culpa o el delito cometido’. En relación con el mencionado precepto, cardinal en el régimen del derecho privado por cuanto constituye la base fundamental de la responsabilidad civil extracontractual, debe recordarse que cuando un sujeto de derecho, a través de sus acciones u omisiones, causa injustamente un daño a otro, y existe, además, un factor o criterio de atribución, subjetivo por regla general y excepcionalmente objetivo, que permita trasladar dicho resultado dañoso a quien lo ha generado –o a aquél que por este deba responder–, surge a su cargo un deber de prestación y un derecho de crédito en favor de la víctima, que tiene por objeto la reparación del daño inferido, para que quien ha sufrido el señalado detrimento quede en una situación similar a la que tendría si el hecho ilícito no se hubiera presentado, es decir, para que se le repare integralmente el perjuicio padecido”.

82 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia del 16 septiembre de 2011, rad. 2005-00058-01.

83 MARÍN FUENTES, JOSÉ LUIS. La competencia judicial en Colombia, una mirada desde el derecho internacional privado, *Revista de Derecho Privado*, n.º 9, junio 2016. Fuente: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado/article/view/10594>>, último acceso: marzo de 2019.

84 Artículo 28.6 CGP.

utilizando las normas del DIPr. Solo dos cuerpos jurídicos uniformes ratificados por Colombia contienen disposiciones en materia de responsabilidad por daños. El primero es el artículo 11 del Tratado de derecho comercial de Montevideo que establece que: “Los choques y abordajes de buques se rigen por la ley del país en cuyas aguas se producen y quedan sometidos a la jurisdicción de los tribunales del mismo”. Este precepto es desarrollo del mencionado *forum loci delicti*.

El segundo, es el Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, concluido en Basilea el diez (10) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999). El artículo 17 dispone:

1. Las demandas de indemnización en virtud del Protocolo solo podrán interponerse ante los tribunales de una Parte Contratante donde: a) Se ha sufrido el daño; o b) Ha ocurrido el incidente; o c) El demandado tiene su residencia habitual o su centro principal de operaciones comerciales.
2. Cada Parte Contratante se asegurará de que los tribunales sean competentes para conocer esas demandas de indemnización.

Esta disposición no solo contempla el *forum loci delicti commisi*, como el Tratado de Montevideo, sino que incluye también el *forum loci delicti damni* y *forum domicilium*, para determinar el Tribunal competente.

Como se aprecia, Colombia no cuenta con normas idóneas sobre competencia judicial internacional, por este motivo, se hace imperioso que el legislador entienda la importancia de expedir una ley moderna de DIPr.

## 5. LEY APLICABLE A LOS VÍNCULOS JURÍDICOS INTERNACIONALES

Después de definir, de acuerdo con las normas de competencia judicial internacional, el tribunal que conocerá del litigio sobre RSE, se hace necesario establecer ahora la ley con la cual dicho juez habrá de fallar en su sentencia. Lo anterior, porque el juez competente no necesariamente decidirá con su ley nacional, pues es perfectamente posible que lo deba hacer con la ley foránea. En materia de ley aplicable, existen dos principales tipos de normas que solucionan el denominado conflicto de leyes, las normas materiales uniformes y las normas de conflicto (internas o uniformes).



En las siguientes líneas centraremos nuestro análisis en las normas de conflicto en materia contractual y extracontractual.

- *La norma de conflicto en materia contractual*

Colombia cuenta principalmente con tres normas de conflicto que deben ser tenidas en cuenta por el juez para elegir la ley aplicable al contrato. Una de ellas de fuente internacional o uniforme, y las otras dos de fuente interna. La primera, es el Tratado de Montevideo de 1889, la segunda el artículo 20 del código civil y la tercera el artículo 869 del código de comercio.

Como la norma de conflicto uniforme desplaza a la norma de conflicto interna<sup>85</sup>, se analizará en primer lugar el Tratado de Montevideo y posteriormente las normas domésticas.

- *Tratado de Montevideo de 1889*

Los Tratados de Montevideo de 1889 versan sobre derecho civil, comercial, penal, procesal, propiedad literaria y artística, patentes de invención, marcas de comercio y de fábrica y ejercicio de profesiones liberales. Específicamente el Tratado de Derecho civil internacional contempla en sus artículos 32- 39 normas de conflicto que determinan la ley aplicable a obligaciones y contratos. Este Tratado rige para Colombia, Argentina, Bolivia, Perú, Uruguay y Paraguay. Sin embargo, como Argentina, Uruguay y Paraguay firmaron y ratificaron los Tratados de Montevideo de 1940, entre ellos rige esta norma uniforme.

Lo más destacado del Tratado de Derecho civil internacional es que contiene normas de conflicto uniformes, lo que permite que los jueces de los Estados parte utilicen la misma disposición para elegir la ley aplicable al contrato internacional. No obstante, este Tratado contiene normas de conflicto cerradas, y esto significa que solo aplican a las autoridades judiciales de los países ratificantes y a casos conectados con dichos territorios, a diferencia del Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en la Unión Europea, que tiene una aplicación universal<sup>86</sup>. Lo anterior resalta la importancia de la norma de conflicto interna de cada uno de los Estados

---

85 Esta jerarquía es trascendental y el Tribunal debe tenerla en cuenta en la designación de la ley aplicable.

86 Así lo establece el artículo 2 del Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones

parte del Tratado. En efecto, al tener el Tratado de Montevideo un ámbito de aplicación territorial bastante reducido, en buena parte de los casos, incluidos los de RSE, se debe recurrir a la norma de conflicto interna para designar la ley aplicable al contrato internacional. Esto a diferencia del Convenio de Roma de 1980 y su sucesor el Reglamento Roma I que dejó casi sin utilidad las normas de conflicto internas<sup>87</sup>.

El Tratado de Montevideo de 1889 establece normas de conflicto para designar la ley aplicable a los contratos en ausencia de elección de parte, y no contiene ninguna disposición que posibilite y regule la designación de ley por mutuo acuerdo entre los contratantes (autonomía conflictual). Situación que generó un debate doctrinal respecto de la posibilidad o no de utilizar la autonomía conflictual. No obstante, en la actualidad la interpretación que prevalece es la siguiente: si el ordenamiento jurídico elegido permite la autonomía conflictual, dicho acuerdo es perfectamente válido y, por lo tanto, el contrato deberá regularse por la ley elegida por los contratantes.

• *Normas de conflicto en ausencia de elección en el Tratado de derecho civil internacional de Montevideo 1889*

El juez que conozca de un contrato internacional regulado por el Tratado de Montevideo debe verificar, en primer lugar, si existe elección de ley por parte de los contratantes, y si esta elección es válida. De no existir una válida elección de ley aplicable, el juez deberá utilizar la norma de conflicto consagrada en el Tratado para elegir la norma que regule del contrato.

El Tratado establece como punto de conexión el lugar de cumplimiento del contrato, así lo regula su artículo 32: “La ley del lugar donde los contratos deben cumplirse, decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente”. Y lo reitera en el artículo 33: “La misma ley rige: a) Su existencia; b) Su naturaleza; c) Su validez; d) Sus efectos; e) Sus consecuencias; f) Su ejecución; g) En suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea”.

---

contractuales en la Unión Europea: “La ley designada por el presente Reglamento se aplicará, aunque no sea la de un Estado miembro”.

87 Sobre este aspecto puede verse: MARTÍNEZ, WILLIAM. Reflexiones sobre la ley aplicable al contrato internacional en defecto de elección en el derecho de la Unión Europea, *Eafit Journal of International Law*, vol. 5, 2014, pp. 25-44.

En consecuencia, un conflicto sobre RSE que tenga como fuente un contrato que se considere internacional, y el cual se circunscriba dentro de los ámbitos de aplicación del Tratado de Montevideo, se regulará por la ley del lugar de su cumplimiento. Así lo resalta la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia de 22 de mayo de 2002 (C-395 de 2002). “El Tratado sobre Derecho Civil Internacional y Derecho Comercial Internacional celebrado en Montevideo (1888-1889), al cual se adhirió Colombia mediante la ley 40 1933, consagra el principio de que los contratos se rigen por la ley de la ejecución”.

### 5.1. NORMAS DE CONFLICTO INTERNAS

Las normas de conflicto internas en Colombia se encuentran plasmadas en el código civil y en el código de comercio, separadas por la ya obsoleta distinción entre relaciones jurídicas de índole mercantil y civil. Estas normas de conflicto son unilaterales, es decir, solo determinan cuándo es aplicable la ley colombiana, y no contiene reglas para establecer la ley extranjera.

Al igual que el Tratado de Montevideo de 1889, las normas de conflicto internas no establecen una regulación sobre la autonomía conflictual, el cual debería ser el primer punto de conexión para establecer la ley del contrato, y existe –incluso en la actualidad– un debate jurídico acerca de la posibilidad o no de la validez de una cláusula en este sentido.

#### • *Autonomía conflictual en las normas de conflicto internas*

Que la norma jurídica permita que las partes designen de mutuo acuerdo la ley aplicable a un contrato internacional, se constituye en la piedra angular de las normas de conflicto modernas, así lo establece el considerando 11 del Reglamento Roma I: “La libertad de las partes de elegir la ley aplicable debe constituir una de las claves del sistema de normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales”<sup>88</sup>. Esta posibilidad se encuentra ausente en la legislación interna de Colombia, por lo que hay que recurrir a otras disposiciones jurídicas internas e internacionales, para encontrar un sustento legal que avale este Derecho.

---

88 Considerando 11 del Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en la Unión Europea.

En primer lugar, se acude a los artículos 1602, 15, 16 del código civil. El artículo 1602 reconoce que los acuerdos alcanzados mediante el contrato constituyen una ley de carácter particular, cuya invalidación tan solo se hará por los mismos contratantes o por aquellas causas legales que así lo estipulen. Así pues, las partes pueden incluir en el contrato todas las cláusulas que estimen convenientes y que no sean contrarias a la ley, la moral y las buenas costumbres, y una de estas cláusulas puede ser la elección de la ley que regulará su contrato internacional.

Justamente los artículos 15 y 16 del código civil establecen los límites de los contratantes a la hora de fijar su clausulado. El artículo 15 estipula que tan solo se podrán renunciar aquellos Derechos reconocidos por las normas jurídicas que afecten el interés particular de quién renuncia, siempre y cuando esta renuncia no se encuentre prohibida por una disposición legal, como pueden ser la obligación de alimentos, la rescisión por lesión enorme, entre otras.

Por su parte el artículo 16 del código civil afirma que no pueden derogarse por acuerdos particulares las leyes “en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres”, lo que indica que por fuera de esta restricción los particulares pueden de común acuerdo establecer cláusulas a su contrato.

De esta manera, y dentro de los límites de las anteriores disposiciones, se debe considerar que una cláusula que establezca la ley que regula un contrato internacional es perfectamente válida en el ordenamiento jurídico colombiano y debe ser obligatoriamente aplicada por el juez que conozca el asunto.

De igual forma, se podría acudir a los Tratados internacionales que han sido firmados, pero no ratificados por el Estado colombiano y que permiten la autonomía conflictual<sup>89</sup>, tal es el caso de la Convención de México de 1994<sup>[90]</sup>, que en su artículo 7 establece:

El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto.

---

89 MEDINA, H. La ley aplicable al contrato. En: MANTILLA, F. y TERNERA, F. (dirs.), *Los contratos en el derecho privado*, Bogotá, Legis, 2007, pp. 371-382.

90 Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales suscrita en México, D. F., México, el 17 de marzo de 1994, en la quinta conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado (CIDIP-V).

Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo. La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable.

También podrá recurrirse, por medio de analogía, a la norma de arbitraje internacional.

En suma, en el ordenamiento jurídico colombiano no existe norma que prohíba la autonomía conflictual, excepto el artículo 1328 del código de comercio que establece una norma imperativa para el contrato de agencia comercial: “Para todos los efectos, los contratos de agencia comercial que se ejecuten en el territorio nacional quedan sujetos a las leyes colombianas. Toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita”. Pero incluso esta disposición solo establece una restricción cuando el punto de conexión sea la ejecución del contrato dentro del territorio colombiano, lo que se traduce en la posibilidad de pactar una cláusula de elección de ley por fuera de esta restricción, por ejemplo, cuando el contrato se deba ejecutar en el extranjero.

Por lo tanto, la designación de la ley aplicable al contrato internacional por parte de los contratantes es un acuerdo válido que no va en contravía del ordenamiento jurídico colombiano.

• *Norma de conflicto en ausencia de elección en el Código Civil*

El Código Civil colombiano cuenta con una norma de conflicto en materia contractual en su artículo 20<sup>[91]</sup>. Para un buen entendimiento de esta compleja disposición se debe establecer en primer término el lugar de ejecución del contrato. Si el contrato debe ejecutarse en Colombia se aplicará la ley colombiana de acuerdo con el inciso 3 del artículo 20 del código civil. Sin embargo, si el contrato debe ejecutarse en el extranjero, en principio no se aplicaría la ley colombiana, salvo que dicho contrato afecte intereses de la nación. Para saber cuáles contratos afectan los intereses de la nación se debe atender, en

---

91 “Los bienes situados en los territorios, y aquéllos que se encuentren en los Estados, en cuya propiedad tenga interés o derecho la Nación, están sujetos a las disposiciones de este Código, aun cuando sus dueños sean extranjeros y residan fuera de Colombia. Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en país extraño. Pero los efectos de dichos contratos, para cumplirse en algún territorio, o en los casos que afecten a los derechos e intereses de la Nación, se arreglarán a este código y demás leyes civiles de la unión”.

primer lugar, aquellos contratos en que la propia ley lo manifiesta de manera expresa<sup>92</sup>. Asimismo, afectan el interés de la nación los contratos que versen sobre bienes situados en el territorio colombiano, por la soberanía estatal que se ejerce sobre el suelo. También cuando una disposición de orden público establezca la aplicación de la ley colombiana. En conclusión se aplicará la ley de Colombia a aquellos contratos internacionales que deban cumplirse dentro del territorio nacional o cuando dichos contratos afecten los Derechos o intereses de la nación<sup>93</sup>.

• *Norma de conflicto en ausencia de elección en el Código de Comercio*

El Código de Comercio tiene establecida una norma de conflicto particular para el contrato de agencia comercial en el artículo 1328: “Para todos los efectos, los contratos de agencia comercial que se ejecuten en el territorio nacional quedan sujetos a las leyes colombianas. Toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita”, y una general para los demás contratos ubicada en el artículo 869: “La ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana”.

El punto de conexión de esta norma de conflicto es el lugar de ejecución de los contratos —en este caso mercantiles—, pero al ser una norma de conflicto unilateral solo determina cuándo aplica la ley sustantiva colombiana; de esta manera, si el contrato internacional debe cumplirse dentro del territorio nacional, serán las leyes colombianas las que regularán el fondo del asunto, basados en el principio *lex loci solutionis*. La pregunta que surge aquí es: si el contrato es ejecutado en el extranjero, ¿también se aplica la ley del lugar de su ejecución? La respuesta a esta pregunta ha de ser afirmativa, puesto que “debe entenderse de manera genérica que será aplicable la ley del país de la ejecución del contrato, esta debe ser la interpretación adecuada de este artículo, ya que no se ha producido la bilateralidad de la norma por vía jurisprudencial”<sup>94</sup>. Adicionalmente, porque el juez colombiano necesariamente debe establecer

---

92 ALJURE, ANTONIO. La ley aplicable a los contratos internacionales o con elemento extranjero. En: MANTILLA, F. y TERNERA, F. (dirs.), *Los contratos en el derecho privado*, Bogotá, Legis, 2007, pp. 351-370.

93 *Ibid.*

94 MEDINA, H. La ley aplicable al contrato. En: MANTILLA F. y TERNERA, F. (dirs.), *Los contratos en el derecho privado*, Bogotá, Legis, 2007, pp. 371-382.

la norma sustantiva mediante el uso de la norma de conflicto, y al no aplicarse la ley colombiana porque el contrato no se ejecuta en el país, el operador jurídico debe usar la ley del país donde se ejecuta el contrato, y esto lo hace mediante la interpretación extensiva de la norma de conflicto unilateral.

## 5.2. LEY APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL EN COLOMBIA

El Estado colombiano no regula de manera eficiente la responsabilidad civil extracontractual en el ámbito internacional. En efecto, tan solo algunos cuerpos jurídicos internacionales tratan el tema, pero no ofrecen una regulación idónea que brinde previsibilidad de la ley aplicable a este vínculo jurídico internacional, y el derecho interno no cuenta con una norma de conflicto en este sentido.

El primero de ellos es el Tratado de Derecho civil de Montevideo 1889. Este convenio internacional utiliza la *lex civilis causae*, al contemplar en su artículo 38 que “Las obligaciones que nacen sin convención se rigen por la ley del lugar donde se produjo el hecho lícito o ilícito de que proceden”. Este tratado establece una norma de conflicto general cuyo punto de conexión es el lugar donde se produjo el hecho ilícito, lo que se traduce en que, si existe responsabilidad empresarial extracontractual, la ley que utilizará el juez para fallar de fondo será la ley del lugar donde ocurrieron los hechos. Sin embargo, este es un cuerpo jurídico con un ámbito de aplicación muy restringido, y con un desarrollo jurisprudencial incipiente.

El segundo es el del Tratado de derecho comercial de Montevideo, que cuenta con una norma de conflicto concreta sobre responsabilidad civil extracontractual en materia de accidentes marítimos cuyo artículo 11 que establece: “Los choques y abordajes de buques se rigen por la ley del país en cuyas aguas se producen y quedan sometidos a la jurisdicción de los tribunales del mismo”. Este precepto es desarrollo de la *lex loci delicti commissi*.

El Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, concluido en Basilea el 10 de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, también establece una norma de conflictos en materia de responsabilidad civil extracontractual, en este caso en materia de movimiento y eliminación de desechos tóxicos a nivel internacional.

Este protocolo establece: “Todas las cuestiones de fondo o de procedimiento relativas a reclamaciones que el tribunal competente tiene ante sí que no estén específicamente reguladas en el Protocolo se regirán por la ley de ese

tribunal, incluidas todas las disposiciones de esa ley relativas a los conflictos de leyes”. En otras palabras, establece que en estos casos rige la ley del foro, es decir que, para lo no regulado por este texto uniforme, será resuelto conforme a la ley del país del Tribunal que conoce del litigio.

Finalmente, en cuanto a las normas internas sobre designación de ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual internacional, Colombia no tiene una disposición que regule el tema de manera concreta, sin embargo, la doctrina se inclina por la aplicación de la *lex loci*, con la única excepción del orden público<sup>95</sup>.

### 5.3. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS POR PARTE DEL ESTADO COLOMBIANO

Como se ha mantenido desde antaño, el *exequatur* es una institución jurídica creada para “reconocer o convalidar” sentencias judiciales y pronunciamientos que tengan el mismo carácter, dictados en el extranjero. Esta es una herramienta excepcional, puesto que el principio de la soberanía halla sustento en que la administración de justicia es una función exclusiva del Estado, y no se encuentra subordinada a jurisdicciones extranjeras<sup>96</sup>. De acuerdo con esto, “las sentencias proferidas por jueces extranjeros no surten efectos en Colombia, a menos que, con sujeción a la legislación patria se conceda a ellas, con el lleno de los requisitos establecidos”<sup>97</sup> en el Código General del Proceso, artículos 605 y siguientes, el *exequatur* correspondiente.

Esta excepción a la regla general se encuentra justificada por los principios de cooperación internacional y reciprocidad, y en virtud de ellos, es factible que a sentencias proferidas por Tribunales foráneos se les otorgue validez en el territorio nacional, siempre y cuando a las sentencias pronunciadas por los jueces colombianos se les reconozca el mismo valor en el extranjero<sup>98</sup>.

---

95 MONROY CABRA, MARCO GERARDO. *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 5.<sup>a</sup> ed., Bogotá, Temis, 1999, p. 312.

96 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, n.º 11001-0203-000-2007-00537-00 de 22 de septiembre de 2017.

97 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 12 de agosto de 1997, radicado 6174.

98 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, n.º 110001-02-03-000-2015-01864-00 de 21 de septiembre de 2017



Por tal motivo, en primer lugar, el tribunal nacional competente atenderá a lo estipulado en el tratado celebrado entre Colombia y el Estado cuyos tribunales han proferido la sentencia que se pretende convalidar y ejecutar en el país<sup>99</sup> (reciprocidad diplomática)<sup>100</sup>. En caso de no contar con tratado internacional sobre la materia, se utilizará el principio de reciprocidad legislativa, lo que indica que en Colombia se le reconocerán los mismos efectos que en dicho país las leyes les concedan a las providencias locales<sup>101</sup>.

El Estado colombiano regula el *exequatur* de sentencias y otras providencias en normas jurídicas de origen interno y en convenios internacionales. En cuanto a las normas de origen interno, encontramos el CGP y la Ley 1563 de 2012 (Estatuto Arbitral). El CGP en su artículo 606 establece los requisitos que el tribunal nacional ha de tener en cuenta para conceder o denegar el reconocimiento de la sentencia extranjera. Estos requisitos pretenden proteger el orden público nacional, la competencia exclusiva de los jueces colombianos, la cosa juzgada, el derecho de defensa, y el debido proceso<sup>102</sup>. La demanda de

99 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, n.º 110001-02-03-000-2015-01864-00 de 21 de septiembre de 2017

100 “De la reciprocidad diplomática se ha dicho que surge ‘cuando entre Colombia y el país de donde proviene la decisión judicial objeto del *exequatur*, se ha suscrito tratado público que permita igual tratamiento en este Estado extranjero a las sentencias emitidas por jueces colombianos, de manera que como contraprestación a la fuerza que estas tengan en aquél, las suyas vinculen en nuestro territorio”. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 25 de septiembre de 1996, y Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, n.º 11001-0203-000-2007-00537-00 de 22 de septiembre de 2017.

101 La reciprocidad legislativa, según lo manifestó la Corte en el mismo pronunciamiento, tiene ocurrencia al “reconocerse efectos jurídicos a las sentencias de los jueces colombianos por la legislación del país de donde proviene la decisión materia de *exequatur*, pues igual fuerza vinculante tendrán las decisiones de sus jueces en el Territorio Nacional, siendo entendido que esta forma de reciprocidad puede ser a su vez basada en textos legales escritos o en la práctica jurisprudencial imperante en el país del fallo objeto de *exequatur*”: Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 25 de septiembre de 1996, radicado 5524, y Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, n.º 11001-0203-000-2007-00537-00 de 22 de septiembre de 2017.

102 Artículo 606. *Requisitos*. Para que la sentencia extranjera surta efectos en el país, deberá reunir los siguientes requisitos: 1. Que no verse sobre derechos reales constituidos en bienes que se encontraban en territorio colombiano en el momento de iniciarse el proceso en que la sentencia se profirió. 2. Que no se oponga a leyes u otras disposiciones colombianas de orden público, exceptuadas las de procedimiento. 3. Que se encuentre ejecutoriada de conformidad con la ley del país de origen, y se presente en copia debidamente legalizada. 4. Que el asunto sobre el cual recae no sea de competencia exclusiva de los jueces colombianos. 5. Que en Co-

*exequatur* deberá ser presentada al juez competente que no es otro que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, salvo que los tratados internacionales vigentes dispongan cosa distinta. El demandante deberá aportar todas las pruebas que considere pertinentes, debiéndose cumplir de manera restrictiva los requisitos contemplados en los numerales 1 a 4 del artículo 606.

Este procedimiento garantiza el derecho de defensa, por tal motivo, se le corre traslado de la demanda a la parte afectada y al procurador delegado. Posteriormente el trámite continúa con el decreto de pruebas, su práctica, posteriormente se presentarán los alegatos para finalmente proferir la sentencia concediéndose o desestimándose el *exequatur*. Concedido el *exequatur* de la providencia extranjera, si se requiere la ejecución, este se realizará por el juez competente y de acuerdo con el procedimiento ordinario contemplado en el CGP.

Por su parte, la ley 1563 de 2012 es el estatuto arbitral que rige dentro del territorio nacional, el cual fue tomado de la ley modelo de Uncitral. El capítulo IX establece todos los requisitos para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, los motivos de denegación, la competencia funcional, el trámite y su ejecución.

Con respecto a los convenios internacionales, el Estado colombiano ha ratificado la Convención Interamericana de Montevideo de 1979, el Tratado sobre Derecho Procesal de Montevideo de 1889, la Convención de Panamá de 1975 y el Convenio de Nueva York de 1958.

La Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros<sup>103</sup>, suscrita en Montevideo, Uruguay, el 8 de mayo de 1979<sup>104</sup>, regula el reconocimiento de sentencias y laudos arbitrales que se hayan proferido en procesos de naturaleza civil, comercial y laboral en alguno de los Estados parte de la Convención, y que pretendan ser reconocidos en otro Estado parte. Los requisitos para el reconocimiento de las providencias se hallan contemplados en el

---

lombia no exista proceso en curso ni sentencia ejecutoriada de jueces nacionales sobre el mismo asunto. 6. Que, si se hubiere dictado en proceso contencioso, se haya cumplido el requisito de la debida citación y contradicción del demandado, conforme a la ley del país de origen, lo que se presume por la ejecutoria. 7. Que se cumpla el requisito del *exequatur*.

103 Hacen parte de esta convención: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

104 En Colombia esta convención fue aprobada mediante Ley 16 de 1981 y depositado el instrumento de ratificación el 10 de septiembre de 1981, por lo que entró en vigencia a partir del 10 de octubre de ese mismo año.

artículo 2<sup>[105]</sup> de la norma y, con ellos, se busca garantizar el debido proceso, el derecho de contradicción y la preservación del orden público.

El juez competente para conocer del trámite y el respectivo procedimiento será regulado por la ley del foro, es decir, la ley del Estado en el que se solicita la eficacia de la sentencia extranjera<sup>106</sup>. Otro aspecto clave es que la Convención permite el reconocimiento parcial de la sentencia, laudo o resolución, siempre a solicitud de la parte interesada de acuerdo con el artículo 4.

Este cuerpo jurídico uniforme es de vital importancia, puesto que para la correcta administración de justicia de los Estados parte se requiere de la cooperación mutua para que las sentencias y los laudos arbitrales puedan ser reconocidos y ejecutados con mayor libertad en otro país, mucho más ahora que nos encontramos en unas relaciones privadas globalizadas.

Por su parte, el Tratado sobre Derecho Procesal del Congreso Nacional Suramericano de Montevideo de 1889, que fue ratificado por Colombia mediante la ley 68 de 1920, regula los efectos que tienen en los otros Estados signatarios las “sentencias o laudos homologados expedidos en asuntos civiles y comerciales, las escrituras públicas y demás documentos auténticos otorgados por los funcionarios de un Estado, y los exhortos y cartas rogatorias<sup>107</sup>”. El artículo quinto establece los requisitos que deben reunir las sentencias y laudos extranjeros para ser reconocidos en uno de los países parte del Convenio, dichos requisitos siguen la misma línea de la convención del Montevideo y del CGP, pues mira que la sentencia o laudo haya sido expedido por funcionario

105 Las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales extranjeros a que se refiere el artículo 1, tendrán eficacia extraterritorial en los Estados Partes si reúnen las condiciones siguientes: a. Que vengan revestidos de las formalidades externas necesarias para que sean considerados auténticos en el Estado de donde proceden; b. Que la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional y los documentos anexos que fueren necesarios según la presente Convención, estén debidamente traducidos al idioma oficial del Estado donde deban surtir efecto; c. Que se presenten debidamente legalizados de acuerdo con la ley del Estado en donde deban surtir efecto; d. Que el juez o tribunal sentenciador tenga competencia en la esfera internacional para conocer y juzgar del asunto de acuerdo con la ley del Estado donde deban surtir efecto; e. Que el demandado haya sido notificado o emplazado en debida forma legal de modo sustancialmente equivalente a la aceptada por la ley del Estado donde la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional deban surtir efecto; f. Que se haya asegurado la defensa de las partes; g. Que tengan el carácter de ejecutoriados o, en su caso, fuerza de cosa juzgada en el Estado en que fueron dictados; h. Que no contraríen manifiestamente los principios y las leyes de orden público del Estado en que se pida el reconocimiento o la ejecución.

106 Artículo 6 de la convención.

107 Artículo 3 del tratado.

competente, que esté ejecutoriado, que respete el derecho de defensa, no vulnere el orden público del país donde se pretende convalidar y cumpla con los requisitos de forma y procedimiento contemplados en el Tratado.

La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975<sup>[108]</sup> regula aspectos generales del proceso arbitral, como la cláusula compromisoria o el nombramiento de árbitros, y en su artículo quinto establece unas causales para denegar el reconocimiento del laudo arbitral que deben ser tenidas en cuenta por el juez competente del Estado parte.

Finalmente, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convenio de Nueva York 1958)<sup>109</sup> establece normas legales comunes para el reconocimiento del pacto arbitral y el reconocimiento y la ejecución laudos arbitrales extranjeros y aquellos considerados como no nacionales. El objetivo principal de este Convenio es evitar que los laudos arbitrales, tanto extranjeros como los considerados no nacionales, tengan un tratamiento diferenciado que propicie su discriminación; por esa razón, para evitarlo, obliga a los Estados parte a velar por que estos laudos tengan reconocimiento y puedan ser ejecutados en su jurisdicción en iguales condiciones que los laudos arbitrales nacionales<sup>110</sup>.

#### 5.4. RECONOCIMIENTO DE UNA SENTENCIA EXTRANJERA CONDENATORIA SOBRE RSE

El Estado colombiano reconocerá una sentencia extranjera que condene a una empresa por el incumplimiento de normas sobre la RSE siempre y cuando

---

108 De esta convención hacen parte Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

109 Colombia hace parte de este tratado desde el 24 de diciembre de 1979, y lo han ratificado 158 estados más. Sobre el estado actual de ratificaciones, *vid.* <[http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html)>

110 Otros instrumentos internacionales sobre la materia son los siguientes: Tratado de Derecho Internacional Privado entre Colombia y Ecuador, Quito, junio 18 de 1903, ratificado por Colombia mediante la Ley 13 de 1905; Convenio sobre ejecución de sentencias civiles entre Colombia y España, Ley 7 de 1908; Tratado sobre ejecución de actos extranjeros, adoptado en el Congreso Bolivariano, Caracas (Venezuela), 18 de julio de 1911; Ley 16 de 1913, Concordato y el protocolo final entre la República de Colombia y la Santa Sede, suscrito en Bogotá el 12 de julio de 1973, Ley 20 de 1974 (diciembre 18).

cumpla con el procedimiento y requisitos contemplados en los tratados internacionales, el principio de reciprocidad y el artículo 606 y ss. del CGP. Es decir, no existe ningún requisito adicional ni impedimento taxativo para que asuntos concernientes a la RSE, que fueron fallados en otro país, no puedan ser reconocidos y en su caso ejecutados en Colombia.

Ahora bien, si la sentencia extranjera que se pretende reconocer y ejecutar en Colombia fue fallada utilizando el *soft law* o normas éticas, el órgano judicial competente debe verificar que dicha normativa no se oponga al orden público nacional. En efecto, ya sea porque estas disposiciones hayan sido incorporadas a un contrato por medio de la autonomía material de los contratantes, o porque el juez haya decidido utilizarlas para fallar de fondo, existiendo o no elección por las partes, el juez nacional debe comprobar que el *soft law* o las normas éticas no se opongan a leyes u otras disposiciones colombianas de orden público, exceptuando, como es sabido, las normas de procedimiento.

Así lo ha establecido la CSJ: “[...] la homologación solo resulta posible cuando el fallo foráneo sea afín con las normas de orden público sustancial patrio, esto es, con aquellos valores que se consideran esenciales en nuestro sistema social y normativo”, y destaca que el orden público ha de entenderse como “una cláusula de reserva destinada en cuanto tal a evitar que una ley extranjera, calificada normalmente como la competente para regir determinado asunto, tenga que ser acogida no obstante que la aplicación que de ella se hizo contradice en forma manifiesta los principios fundamentales en que se inspira el ordenamiento jurídico nacional [...]”<sup>111</sup>.

## CONCLUSIONES

En Colombia el tema de la RSE se ha venido abordando desde los primeros años del siglo XX; sin embargo, desde la incorporación del Estado social de derecho en la Constitución de 1991, su evolución ha sido vertiginosa.

De acuerdo con esto, se pueden encontrar definiciones de la RSE en las altas cortes, instituciones del Estado colombiano y entidades no gubernamentales, lo que indica que es una preocupación constante en el país. Un aspecto interesante es constatar cómo el derecho colombiano ha internalizado estándares que se refieren expresamente al denominado campo de las empresas

---

111 Sentencia 080 de 5 de noviembre de 1996.

y los derechos humanos (Business and Human Rights), que trascienden en parte algunos límites de la RSE cuando esta es entendida, o bien en términos eminentemente basados en estándares voluntarios u opcionales o bien como referente a iniciativas filantrópicas, que adolecen de límites en términos de la protección que ofrecen y de las razones que las motivan, respectivamente. No obstante, también permite estándares de esta naturaleza, que en todo caso pueden contribuir a generar climas de cultura empresarial respetuosa de los derechos humanos siempre y cuando no se entiendan como reemplazo de las normas vinculantes y la posibilidad de exigir responsabilidades jurídicas<sup>112</sup>.

En Colombia los estándares ISO tienen una aplicación generalizada. En cuando a la norma ISO 26000, esta ha sido objeto de implementación por parte de gran cantidad de empresas en el país, incluso, su aplicación se ha estudiado desde la academia. Lo anterior permite concluir que, en el país, no solamente se permite, sino que se impulsa la aplicación del *soft law*. No obstante, muchos de los aspectos regulados por la ISO 26000 se encuentran incorporados a la legislación nacional interna.

En materia de *company law*, las empresas colombianas establecen las directrices de RSE para sus colaboradores y terceros en los códigos de ética y manuales de conducta. Asimismo, cuentan con canales para la presentación y resolución de reclamaciones, establecen mecanismos de vigilancia del comportamiento sobre RSE e implementan políticas y procedimiento de debida diligencia.

Las empresas incluyen cláusulas accesorias sobre RSE en sus contratos siguiendo las Directrices de la OCDE para empresas multinacionales. Las más comunes son las cláusulas anticorrupción, cláusulas que obligan a los contratistas a conocer y cumplir las políticas en materia de derechos humanos, prevenir el trabajo infantil y forzado, el acoso laboral, la trata de personas y la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, entre otras.

En Colombia la RSE no puede categorizarse de manera exclusiva en una acción extracontractual, puesto que el incumplimiento de estas obligaciones puede traer consecuencias de índole administrativa, penal y contractual civil o mercantil. Por lo tanto, lo que determinará la acción que debe interponer el afectado será el vínculo de este con la empresa responsable del daño.

---

112 CARRILLO SANTARELLI, NICOLÁS. A Defence of Direct International Human Rights Obligations of (All) Corporations. In: LETNAR CERNIC, JERNEJ and CARRILLO SANTARELLI, NICOLÁS (eds.), *The Future of Business and Human Rights: Theoretical and Practical Considerations for a UN Treaty*, Intersentia, 2018, pp. 42-44.

El Estado colombiano permite que las disputas sobre RSE sean resueltas por mecanismos alternos de solución de conflictos, siempre y cuando los derechos debatidos sean transigibles, es decir, de libre disposición por parte del afectado.

En lo que al Derecho internacional privado se refiere, Colombia carece de una regulación idónea en materia de ley aplicable y competencia judicial internacional, tan solo posee una regulación completa en el tema de *exequatur*.

En materia de competencia judicial, Colombia establece como foro general el del domicilio del demandado, aunque cuenta con otros foros de acuerdo con el vínculo legal: el foro contractual será el del cumplimiento de las obligaciones, el foro extracontractual el lugar donde ocurrieron los hechos.

Con respecto a la ley aplicable, la ley del contrato será la del país de su ejecución, y la responsabilidad extracontractual es regulada por la ley del país donde ocurrieron los hechos.

Cuando las partes y la ley permitan decidir una controversia en equidad por medio de los MASC, se puede fallar utilizando exclusivamente las normas éticas. Por el contrario, si los MASC han de fallarse en derecho, o es el juez quien conoce del litigio, se utilizará la ley para fallar de fondo, y las normas éticas servirán de criterio auxiliar.

Colombia cuenta con una regulación completa en materia de reconocimiento de sentencias y laudos extranjeros, no solamente desde su derecho interno, sino en múltiples tratados internacionales.

El Estado colombiano reconocerá una sentencia extranjera que condene a una empresa por el incumplimiento de normas sobre la RSE siempre y cuando cumpla con el procedimiento y requisitos contemplados en los tratados internacionales, el principio de reciprocidad y el artículo 606 y ss. del CGP. Ahora bien, si la sentencia extranjera que se pretende reconocer y ejecutar en Colombia fue fallada utilizando el *soft law* o normas éticas, el órgano judicial competente debe verificar que dicha normativa no se oponga al orden público nacional.

#### BIBLIOGRAFÍA

ÁCEVEDO-GUERRERO, JAVIER ALEJANDRO, ZÁRATE-RUEDA, RUTH y GARZÓN-RUIZ, WILLIAN FERNANDO. Estatus jurídico de la Responsabilidad Social Empresarial (RSE) en Colombia, *Dikaion*, vol. 22, 2013, pp. 303-332.

ALJURE, ANTONIO. La ley aplicable a los contratos internacionales o con elemento extranjero. En MANTILLA, F. y TERNERA, F. (dirs.), *Los contratos en el derecho privado*, Bogotá, Legis, 2007, pp. 351-370.

- Aviatur. Código de Ética, 2005. Disponible en: [http://www.grupoaviatur.com/multisites/grupoaviatur/images/pdf/cod\\_etica.pdf](http://www.grupoaviatur.com/multisites/grupoaviatur/images/pdf/cod_etica.pdf), último acceso: 24 de febrero de 2019.
- Bavaria. Políticas anticorrupción, 2018. Disponible en: <https://www.bavaria.co/sites/g/files/ogq8776/f/201710/AB%20InBev-Pol%C3%ADtica-Anticorrupci%C3%B3n-y-Manual-de-Cumplimiento.pdf>. último acceso: 13 de diciembre de 2018.
- CANTÚ RIVERA, HUMBERTO. National Action Plan son Business and Human Rights: Progress or Mirage? *Business and Human Rights Journal*, 2019, pp. 23-25.
- CARRILLO SANTARELLI, NICOLÁS y ARÉVALO, CARLOS. The Discursive Use and Development of the Guiding Principles on Business and Human Rights in Latin America, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 30, 2017.
- Centro Colombiano de Responsabilidad Empresarial. *¿Qué es la Responsabilidad Social Empresarial?* Disponible en [http://www.ccre.org.co/upload/2arto3\\_pdf](http://www.ccre.org.co/upload/2arto3_pdf); último acceso: 2 de febrero de 2019.
- Centro Colombiano de Responsabilidad Empresarial. Misión, 2018. Disponible en <<https://www.idealist.org/es/ong/25f5bff69243437ba70bd6fcf8372bb4-centro-colombiano-de-responsabilidad-empresarial-bogota>>; último acceso: 25 de febrero de 2019.
- Correjón. Desarrollo sostenible, 2018. Disponible en <<https://www.cerrejon.com/index.php/desarrollo-sostenible/estandares/politicas/>>; último acceso: 13 diciembre de 2018.
- Colombia Avanza: Derechos Humanos y Empresa, Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos y Empresas, p. 25. Disponible en <[https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/PNA\\_Colombia\\_gdic.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/PNA_Colombia_gdic.pdf)>; último acceso: 22 de febrero de 2019.
- Confa. Compromiso de integridad anticorrupción, 2018. Disponible en <<https://confa.co/wp-content/uploads/2018/03/Anexo-1.-Compromiso-Integridad-Anticorrupci%C3%B3n-y-Confidencialidad.pdf>>; último acceso: 13 nov. 2018.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de tutela 247/10, 15 de abril de 2010.
- Corte Constitucional de Colombia. Expediente T-2220146. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional de Colombia. Publicación en Twitter <<https://twitter.com/CConstitucional/status/1064595304744390661>>; último acceso: 22 de febrero de 2019.



Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-123/18, M. P. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-174 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-732 de 2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia 16 sep. 2011, rad. 2005-00058-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 11001-0203-000-2007-00537-00 de 22 de septiembre de 2017.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 110001-02-03-000-2015-01864-00 de 21 de septiembre de 2017.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 11001-0203-000-2007-00537-00 de 22 de septiembre de 2017.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 12 de agosto de 1997.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 25 de septiembre de 1996.

Declaración final conjunta del Punto Nacional de Contacto Alemán de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (PNC), UNI Global Union (UNI) y la Federación Internacional de Trabajadores del Transporte (ITF) y Deutsche Post DHL (DP-DHL) sobre la denuncia hecha por UNI/ITF contra DP-DHL/Bonn, pp. 1, 3, 6.

Delloite. Cláusula anticorrupción, 2018. Disponible en <<https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/co/Documents/about-deloitte/Politica%20No%2018%20Deloitte%20LATCO%20V3.pdf>>; último acceso: 13 de diciembre de 2018.

EPM. Gestión social y ambiental, 2015. Disponible en <<http://2015.sostenibilidadgru-poepm.com.co/gestion-social-y-ambiental/informacion-general/perfil-del-informe/>>; último acceso: 25 de enero de 2019.

Foro de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos. *National action plans to implement the UN Guiding Principles on Business & Human Rights: stepping up Government commitments and action*, 2016. Disponible en <<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/ForumSession5/Nov16/NationalActionPlansImplementUN.pdf>>; último acceso: 22 de febrero de 2019.

Global Compact. Reporte de sostenibilidad de Ecopetrol, 2010. Disponible en <<https://www.unglobalcompact.org/system/attachments/10166/original/ReporteSostenibilidadEcopetrol2010.pdf?1304620879>>; último acceso: 25 de febrero de 2019.

Guía para la debida diligencia en la cadena de suministro. Fuente: <<http://www.derechoshumanos.gov.co/observatorio/publicaciones/Documents/2018/080730->

Guía para la debida diligencia en materia de derechos humanos. Fuente: <<http://www.derechoshumanos.gov.co/observatorio/publicaciones/Documents/2018/180730->

<[Guía-para-Debida-Diligencia-acciones-Fortalecimiento-Institucional.pdf](#)>; último acceso: 1 de marzo de 2019.

<[Guía-para-Debida-Diligencia-DDHH-DIH-Cadena-suministro.pdf](#)>; último acceso: 1 de marzo de 2019.

IBARRA PADILLA, ADELAIDA. Principios de la responsabilidad social empresarial en el ordenamiento jurídico colombiano, *Revista de Derecho Universidad del Norte*, vol. 41, 2014, pp. 54-56.

ILO. Ratificaciones, 2018. Disponible en <[www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11200:0::NO::PI1200\\_COUNTRY\\_ID:10295](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11200:0::NO::PI1200_COUNTRY_ID:10295)>; último acceso: 24 de febrero de 2019.

Incauca S.A.S. Políticas anticorrupción, 2018. Fuente: <<http://www.incauca.com/wp-content/uploads/2017/09/manual-anticorrupcion-prevencion-soborno-transnacional-incauca.pdf>>; último acceso: 13 de diciembre de 2018.

Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación. Guía Técnica Colombiana n.º 180, 2008, p. 35.

ISA. Gestión de Derechos Humanos y empresa, 2013. Fuente: <http://www.isa.co/es/sala-de-prensa/Documents/etica-y-sostenibilidad/informacion-de-actualidad/noticias/2013-04-13%20promocion-y-respeto-de-los-derechos-humanos.pdf>; último acceso: 25 de febrero de 2019.

Isagen. Informe de gestión, 2007. Disponible en <<https://www.isagen.com.co/SitioWeb/delegate/documentos/nosotros/informes-de-gestion/informe-gestion-2017.pdf>>; último acceso: 25 de febrero de 2019.

Isagen. Informe de gestión, 2016. Fuente: <[https://www.isagen.com.co/informe-de-gestion/2016/pdf/Derechos\\_humanos.pdf](https://www.isagen.com.co/informe-de-gestion/2016/pdf/Derechos_humanos.pdf)>; último acceso: 13 nov. 2018.

KOH, HAROLD H. Why Do Nations Obey International Law?, *The Yale Law Journal*, vol. 106, 1997.

Manpower, Políticas anticorrupción 2018. Fuente: <[https://www.manpowergroup.com/wps/wcm/connect/cobdaoce-e88c-4f72-96fa-bef91cd3630e/mpg\\_fcpa\\_anti\\_corruption\\_policy5\\_15%2B%2Bspanish%2B%28SP%29%2BFinal.pdf?>](https://www.manpowergroup.com/wps/wcm/connect/cobdaoce-e88c-4f72-96fa-bef91cd3630e/mpg_fcpa_anti_corruption_policy5_15%2B%2Bspanish%2B%28SP%29%2BFinal.pdf?>); <MOD=AJPERES&CACHEID=cobdaoce-e88c-4f72-96fa-bef91cd3630e>; último acceso: 13 nov. 2018.

MARÍN FUENTES, JOSÉ LUIS. La competencia judicial en Colombia, una mirada desde el derecho internacional privado, *Revista de Derecho Privado*, n.º 9, junio 2016. Fuente: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado/article/view/10594>>; último acceso: 9 de marzo de 2019.

MARTÍNEZ ARANGO, JUAN PABLO y CIRO RÍOS, LEÓN SIGIFREDO. Incorporación de la ISO 26000, sobre organizaciones empresariales, en la legislación colombiana, *Ánfora*, vol. 22, 2015, pp. 148-162.

MARTÍNEZ, WILLIAM. Reflexiones sobre la ley aplicable al contrato internacional en defecto de elección en el derecho de la Unión Europea, *Eafit Journal of International Law*, vol. 5, 2014, pp. 25-44.

MEDINA, H. La ley aplicable al contrato. En: MANTILLA, F. y TERNERA, F. (dirs.), *Los contratos en el derecho privado*, Bogotá, Legis, 2007, pp. 371-382.

MELAMED-VARELA, ENRIQUE, BLANCO-ARIZA, ANA BEATRIZ, MIRANDA-REDONDO, RODRIGO y ESPERANZA PINEDA, CARLOS. Normalización de la responsabilidad social empresarial: un análisis desde su obligatoriedad y voluntariedad, *Revista Espacios*, vol. 38, 2017.

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia. Caso DHL-2012-Temas laborales. Disponible en <[http://www.mincit.gov.co/loader.php?lServicio=Documentos&lFuncion=verPdf&id=69750&name=Comentarios\\_iniciales\\_sobre\\_el\\_Caso\\_DHL\\_-\\_PNC\\_Colombiano\\_.pdf&prefijo=file](http://www.mincit.gov.co/loader.php?lServicio=Documentos&lFuncion=verPdf&id=69750&name=Comentarios_iniciales_sobre_el_Caso_DHL_-_PNC_Colombiano_.pdf&prefijo=file)>; último acceso: 9 de octubre de 2018.

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia. Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Disponible en <<https://www.anm.gov.co/sites/default/files/Documentos/cartilladirectricesocde.pdf>>; último acceso: 22 de febrero de 2019.

Ministerio de Educación. Compromiso anticorrupción, 2018. Fuente: <[https://www.mineducacion.gov.co/1759/articulos347633\\_Formato\\_N6\\_\\_Compromiso\\_anticorrupcion.docx](https://www.mineducacion.gov.co/1759/articulos347633_Formato_N6__Compromiso_anticorrupcion.docx)>; último acceso: 13 de diciembre de 2018.

MONROY CABRA, MARCO GERARDO. *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 5.<sup>a</sup> ed., Bogotá, Temis, 1999.

OCDE. Colombia adheres to the OECD Declaration on International Investment, 08 de diciembre de 2011. Fuente <<http://www.oecd.org/countries/colombia/colombia-adherestothecdddeclarationoninternationalinvestment.htm>>; último acceso: 22 de febrero de 2019.

Presidencia de la República de Colombia. Segundo Informe de seguimiento del Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos y Empresas 2017-2018. Disponible en <<http://www.derechoshumanos.gov.co/observatorio/publicaciones/Documents/2018/Informe%20oseguimiento%20PNA%20E%20y%20DDHH%202018.pdf>>; último acceso: 22 de febrero de 2019.

Presidencia de la República de Colombia. Balance y recomendaciones para la actualización del Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos y Empresa, 1 de agosto de 2018.

Presidencia de la República de Colombia. Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos y Empresa: Informe de avances en la implementación, 2017. Disponible en <<http://www.derechoshumanos.gov.co/observatorio/publicaciones/Documents/2017/170523-Informe-empresas-ac2.pdf>>; último acceso: 22 de febrero de 2019.

Presidencia de la República de Colombia. Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos y Empresa: Informe de avances en la implementación, 2017.

Punto Nacional de Contacto de Colombia. Evaluación inicial del Punto Nacional de Contacto. Queja contra la empresa multinacional Hoteles Decamerón Colombia S.A.S. Hodecol S.A.S., por parte de la asociación sindical: Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Gastronómica, Hotelera y Turística de Colombia (Sinthol).

Punto Nacional de Contacto de Colombia. Evaluación inicial del Punto Nacional de Contacto. Queja Drummond Ltd., por parte de las asociaciones Sintradem, CGT, Seccional Cesar, CGT Colombia.

Refocosta. Políticas anticorrupción, 2018. Disponible en <<http://www.refocosta.com/images/politicas/POLITICA-ANTICORRUPCION-Y-ANTISOBORNO-Refocosta-VF-Jul2016.pdf>>; último acceso: 13 de diciembre de 2018.

Sodimac. Política de Responsabilidad Social, 2012. Disponible en <[https://www.sodimac.cl/static/site/nuestra-empresa/RS-sodimac2012/pdfs/RS/Reporte\\_Sostenibilidad\\_Sodimac\\_2012\\_politica.pdf](https://www.sodimac.cl/static/site/nuestra-empresa/RS-sodimac2012/pdfs/RS/Reporte_Sostenibilidad_Sodimac_2012_politica.pdf)>; último acceso: 16 de febrero de 2019.

Superintendencia de Sociedades. *Gobierno Corporativo y RSE*, 2018. <[https://www.supersociedades.gov.co/delegatura\\_aec/informes\\_publicaciones/responsabilidad\\_social/Paginas/default.aspx](https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_aec/informes_publicaciones/responsabilidad_social/Paginas/default.aspx)>; último acceso: 25 de febrero de 2019.

Superintendencia de Sociedades. Indicadores Gobierno corporativo, 2016. Disponible en <[https://www.supersociedades.gov.co/delegatura\\_aec/informes\\_publicaciones/responsabilidad\\_social/documentos\\_resocial/Indicadores%20Gobierno%20Corporativo%202016.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_aec/informes_publicaciones/responsabilidad_social/documentos_resocial/Indicadores%20Gobierno%20Corporativo%202016.pdf)>; último acceso: 24 de febrero de 2019.

ANA MARIA D'ÁVILA LOPES\*  
LUCAS VIEIRA BARJUD MARQUES\*\*

CAPÍTULO 10

*Responsabilidade social da empresa:  
uma condição para a sobrevivência da atividade  
empresarial no século XXI*



## RESUMO

A necessidade de compatibilizar atividade empresarial e bem-estar social vem sendo objeto de intensos debates, especialmente diante da busca de mecanismos eficazes de proteção e promoção dos direitos humanos. Nesse contexto, o presente trabalho objetivo discutir os alcances e limites da Responsabilidade Social da Empresa (RSE) como resposta às demandas sociais derivadas da redução do Estado, diante do sobredimensionamento da atividade empresarial. Para tal, pesquisa bibliográfica e documental foi realizada na doutrina, legislação e jurisprudência nacional, estrangeira e internacional. Verificou-se, inicialmente, que a RSE é produto de um contexto socioeconômico de livre mercado e de expansão do poder nas mãos de entidades privadas direcionadas à acumulação de capital, cujos antecedentes se encontram no liberalismo e no surgimento do Estado mínimo do século XVIII. Posteriormente, demonstrou-se a diferença entre a RSE e Função Social da Empresa, evidenciando-se, especialmente, o caráter voluntário da RSE. Finalmente, constatou-se a existência de vários documentos internacionais, bem como tentativas de inserir as empresas nos polos ativo/passivo dos julgamentos das diversas cortes internacionais. Concluiu-se que até hoje não tem sido possível construir um arcabouço normativo com a suficiente imperatividade para responsabilizar as empresas pela violação de direitos humanos, constituindo a RSE um importante avanço nesse sentido.

*Palavras-chave:* responsabilidade social da empresas, função social da empresa, liberalismo, neoliberalismo, Direitos Humanos.

## SOCIAL RESPONSIBILITY OF THE COMPANY A CONDITION FOR THE SURVIVAL OF BUSINESS ACTIVITY IN THE 21ST CENTURY

### ABSTRACT

The need to reconcile business activity and social well-being has been the subject of intense debate, especially in the search for effective mechanisms

---

\* Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (Unifor). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq – PQ2. Correo: <anadavilalopes@unifor.br>. Orcid: <<https://orcid.org/0000-0001-7047-0997>>

\*\* Graduando do Curso de Direito pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Bolsista de iniciação científica PIBIC/CNPq. Correo: <[lucasbarjud@gmail.com](mailto:lucasbarjud@gmail.com)>. Orcid: <<https://orcid.org/0000-0002-7682-6306>>



for the protection and promotion of human rights. In this context, this paper aims to discuss the scope and limits of Corporate Social Responsibility (CSR) as a response to the social demands derived from the reduction of the State, due to the oversized business activity. For this, bibliographic and documentary research was carried out in national, foreign and international doctrine, legislation and jurisprudence. It was initially verified that CSR is the product of a free market socioeconomic context and the expansion of power in the hands of private entities directed to the accumulation of capital, whose antecedents are in liberalism and the emergence of the minimum state of the eighteenth century. Subsequently, the difference between the CSR and the Company's Social Function was demonstrated, evidencing, in particular, the voluntary nature of CSR. Finally, it was verified the existence of several international documents, as well as attempts to insert the companies in the active / passive poles of the judgments of international courts. It was concluded that to date it has not been possible to build a normative framework with enough imperative to hold companies accountable for human rights violations, and CSR is an important step forward in this regard.

*Keywords:* Corporate social responsibility, social function of the company, liberalism, neoliberalism, Human rights.

## INTRODUÇÃO

A estrutura econômica liberal instaurada a partir de 1776, quando Adam Smith publicou sua obra "A riqueza das Nações"<sup>1</sup>, traz consigo uma grande quebra de paradigma, consistente principalmente na reformulação do papel do Estado na economia, devendo este se abster de interferir nos assuntos econômicos, permitindo que o mercado e os mercadores se desenvolvam livremente.

Trazendo essa perspectiva para o final do século XIX e começo do século XX, com as diversas remodelações e evoluções sofridas pela ideologia liberal, o que se percebe é o surgimento de estruturas empresariais cada vez mais complexas e abrangentes, demonstrando um contexto fático de surgimento de novos sujeitos tão poderosos e influentes como os Estados, chegando algumas empresas a terem uma capacidade de influência superior à de alguns Estados.

---

1 SMITH, ADAM. *Investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. Tradução de Luiz João Baraúna, 3.º ed., São Paulo, Nova Cultura, 1988.

Esse redimensionamento do papel das empresas e seu crescente poder de influência nos mais diversos âmbitos da sociedade trouxeram consigo novas demandas sociais, que nem as empresas nem o Estados têm conseguido satisfatoriamente atender.

Nesse contexto, o objetivo do presente trabalho é demonstrar a Responsabilidade Social da Empresas como mecanismo para a superação do vácuo criado pelo ideal liberal, principalmente o neoliberal, no que se refere ao atendimento das demandas sociais, derivadas da redução do Estado e do sobredimensionamento das empresas. Com efeito, a partir do momento em que o neoliberalismo vem a combater o intervencionismo do *Welfare State*, na segunda metade do século XX, desampara-se a sociedade, exigindo a assunção dessa responsabilidade pelos agentes econômicos, razão pela qual o debate acerca da Responsabilidade Social da Empresa (RSE) vem ganhando força.

Desse modo, com base no mencionado paradigma, buscar-se-á abordar os aspectos teóricos mais relevantes acerca da RSE, destacando suas raízes históricas, suas características e seu conceito. Na mesma linha, destacar-se-á o conceito de Função Social da Empresa (FSE), estabelecendo as distinções em relação à RSE, bem como as repercussões jurídicas dessas distinções. Por fim, tratar-se-á do inter-relacionamento entre a RSE, FSE e os direitos humanos, com especial enfoque na possibilidade de os tribunais internacionais de direitos humanos exigirem o cumprimento de obrigações às empresas referentes a condutas de responsabilidade social.

#### I. A RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA COMO CONDIÇÃO DA CONTINUIDADE DO NEOLIBERALISMO: CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

Sob o ponto de vista histórico, segundo Carrol<sup>2</sup>, a Responsabilidade Social da Empresa (RSE) possui como marco para o início de sua ampla difusão o período compreendido pela década de 1950, quando se pôde perceber uma grande quantidade de publicações acerca do tema, tomando assento definitivo no campo das discussões acadêmicas. Ademais, outro traço peculiar dos anos

---

2 CARROL, ARCHIE B. A History of Corporate Social Responsibility: Concepts and Practices. In: CRANE, ANDREW *et al.* *The Oxford Handbook of corporate social responsibility*, 2008. Acesso em: 8 jan. 2019. Disponível em <[https://www.researchgate.net/publication/282746355\\_A\\_History\\_of\\_Corporate\\_Social\\_Responsibility\\_Concepts\\_and\\_Practices](https://www.researchgate.net/publication/282746355_A_History_of_Corporate_Social_Responsibility_Concepts_and_Practices)>

que sucederam à década de 50 foi o fato de que os debates sobre o emprego de ações de responsabilidade social se expandiram, deixando de ser apenas assunto nas grandes corporações, passando cada vez mais as empresas de pequeno e grande porte a incluir essas práticas em suas atividades. Ainda, abandonar-se-ia a ideia de que as ações de RSE derivariam da ética paternalista, tão cara ao período feudal da Idade Média<sup>3</sup>, mas que voltaria a ser invocada nos primórdios do desenvolvimento da responsabilidade social, e da mera filantropia<sup>4</sup>.

Em suma, a principal mudança que viria a ser percebida trata da expansão conceitual da RSE e dos elementos e sujeitos que suas ações abrangem, não sendo mais um conceito restrito somente a ações sociais e filantrópicas, mas capaz de abranger diversas áreas e grupos do domínio social, tais como meio ambiente, consumo, condições de trabalho, economia etc.

Apesar do fato de que as discussões e desenvolvimentos teóricos e práticos mais relevantes acerca da RSE se encontrem cronologicamente inseridos após o período da década de 1950, suas raízes e os eventos históricos que causaram seu nascimento são anteriores, podendo-se ter como marco acontecimentos e ações dos homens de negócios do final do século XIX. Nessa linha, Gond e Igalens apontam:

La responsabilité sociale s'est constituée en doctrine structurant les discours et pratiques des hommes d'affaires américains entre la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et le début du XX<sup>e</sup> siècle, durant la seconde révolution industrielle. Elle s'inscrit dans une tradition de philanthropie corporative que répond tout autant à une inspiration religieuse protestante (sauver son âme dans l'au-delà) qu'à des enjeux pratiques (fixer une main-d'œuvre compétente)<sup>5</sup>.

Desse modo, tem-se que a RSE é produto de um contexto socioeconômico de livre mercado e de expansão do poder nas mãos de entidades privadas direcionadas à acumulação de capital. Assim, na medida em que a história demonstra esse redimensionamento das relações econômicas, com uma participação decrescente do Estado e crescente das corporações, faz-se necessário remanejar a responsabilidade social, antes concentrada nas atribuições dos Estados.

---

3 HUNT, EMERY K.; SHERMAN, HOWARD J. *História do Pensamento Econômico*, 26.<sup>a</sup> ed., Petrópolis, RJ, Vozes, 2013.

4 CARROL. *Op. cit.*

5 GOND, JEAN-PASCAL; IGALENS, JACQUES. *La Responsabilité Sociale de L'Entreprise*, 6.<sup>a</sup> ed., Paris, Que sais-je, 2018.

Assim, pode-se perceber que, após a Guerra Civil Americana (1861-1865), com a vitória do Norte sobre o Sul, abriu-se espaço para um intenso desenvolvimento industrial, baseado no livre mercado e na consequente expansão do poder e da influência das corporações empresariais. Isso é resultado das próprias diferenças sociais e econômicas entre vencedores e vencidos: “O Norte, mais avançado em termos industriais, tinha uma classe média nascente e uma indústria de importância crescente. O Sul, embora apresentando características fundamentalmente agrícolas, baseava-se no sistema de *plantation* e escravidão, muito bem inserido no sistema capitalista; o escravo era visto como mercadora.”<sup>6</sup>

Assim, em virtude de suas próprias características, o Norte viria a impor, à nova forma de unidade que se estabelecia nos Estados Unidos, uma maior valorização da indústria e consequentemente uma concentração de poder econômico e político nas mãos de pequenos grupos. É nesse sentido que: “[...] *by the end of the Civil War, charters were available under any business pretext, and were nearly impossible to revoke. Large corporations began to dominate the economy and many of these firms had the power of governments. Concentrated economic power was drawn into the hands of a few, and this raised up a corporate ruling class with almost limitless power. Power corrupted, and many business leaders and captains of industry began holding their fellow citizens and the government in contempt. The monopolies and trusts that these leaders were able to create and cultivate frequently defied the rules of market pricing and even stockholders were sometimes cheated by these business leaders*”<sup>7</sup>.

Sob o mesmo prisma, Hunt e Lautzenheiser<sup>8</sup> relatam que o final do século XIX foi marcado pela imensa concentração de poder industrial em enormes corporações, trustes e cartéis. O resultado dessa concentração de poder foi uma anarquização do mercado, ou seja, instaurou-se o *laissez-faire* irrestrito, e a consequência disso foi a deflagração de inúmeras depressões, além de males sociais negativos, como a ausência das condições de trabalho, baixos salários e desemprego crescente. O contraste entre o período anterior e posterior à Guerra Civil e da consequente supremacia das corporações retrata bem os

---

6 KARNAL, LEANDRO *et al.* *História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI*, São Paulo, Contexto, 2007, p. 129.

7 CARROL. *Op. cit.*, p. 23.

8 HUNT, E. K.; LAUTZENHEISER, MARK. *História do Pensamento Econômico: uma perspectiva crítica*. Tradução de André Arruda Villela, Rio de Janeiro, Elsevier, 2013.

efeitos da anarquia de mercado: “Na primeira metade do século XIX, por exemplo, os Estados Unidos só tiveram duas crises econômicas graves (que começaram em 1819 e em 1837) e a Inglaterra teve quatro (que começaram em 1815, 1825, 1836 e 1847). Na última metade do século, as crises ficaram mais graves e aumentaram para cinco, nos Estados Unidos (começando em 1854, 1857, 1873, 1884 e 1893), e seis, na Inglaterra (começando em 1857, 1866, 1873, 1882, 1890 e 1900). No século XX, a situação ficou pior. Depressões cada vez mais frequentes assolaram o capitalismo, tendo culminado com a Grande Depressão dos anos 1930”<sup>9</sup>.

Gray e Hay<sup>10</sup> classificam esse período que se estende do século XIX até metade do século XX como a fase em que a RSE se consubstancia na gestão direcionada a maximização do lucro. Com efeito, os administradores das empresas tinham uma única responsabilidade: maximizar os lucros dos acionistas. Para tanto, os homens de negócio tinham que ser capazes de tolerar uma série de problemas sociais, uma vez que a mão invisível<sup>11</sup> ficaria responsável por trazer a harmonia social a partir da livre busca pelo crescimento econômico. Assim, esses autores afirmam:

In the process, employee abuses such as child labor, starvation wages, and unsafe working conditions could be tolerated. Moreover, few questions were raised with regard to expending natural resources, polluting the streams and the land. There was little concern about urban problems, unethical advertising, unsafe products, and poverty problems of minority groups<sup>12</sup>.

Essa ampla liberdade baseada na ideologia liberal neoclássica de mercados autorreguláveis, como adiantado, não manteve seu prestígio por muito mais tempo, perdendo credibilidade com o advento da Grande Depressão de 1929<sup>13</sup>.

---

9 *Ibid.*, pp. 350-351.

10 GRAY, ED; HAY, ROBERT. Social Responsibilities of Business Managers. *The Academy of Management Journal*. vol. 17, n.º 1, March 1974, pp. 135-143. Acesso em 9 jan. 2019. Disponível em <[https://www.jstor.org/stable/254777?seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/254777?seq=1#page_scan_tab_contents)>

11 SMITH. *Op. cit.*

12 HUNT; LAUTZENHEISER. *Op. cit.*, p. 136.

13 Mesmo, assim, ainda havia quem defendesse, com base no credo na ideologia neoclássica liberal que a depressão deveria seguir seu curso, independentemente de intervenção alguma, até extinguir-se por si mesma. Com efeito, a depressão surgiria pelo acúmulo de toxinas no sistema, servindo as privações e dificuldades como meio para eliminar esses males (GALBRAITH, JOHN

As causas da crise são diversas, podendo-se dizer que grande parte delas derivam de uma confiança excessiva e no otimismo em relação ao modelo neoclássico de mercado autorregulável. Tal otimismo pode ser retratado no fato de que: “[...] poucos americanos suspeitavam que uma calamidade econômica das maiores estava à espreita. Pelo contrário, quase todos estavam voltados para uma outra perspectiva econômica atraente: a grande alta do mercado de valores, alta que por volta de 1929 tinha levado à Bolsa cerca de 10.000.000 de investidores, os quais viam seu dinheiro aumentar cada vez mais, sem esforços nem dificuldades”<sup>14</sup>.

Com efeito, trata-se de uma crise de superprodução e subconsumo, tal como afirma Madureira<sup>15</sup>, destacando que os Estados Unidos, durante a década de 1920, tiveram uma brusca redução das exportações, devido ao fato de que os países que importavam os produtos americanos durante a Primeira Guerra Mundial começaram a recuperar suas economias. No entanto, os empresários americanos insistiram em manter os níveis altíssimos de produção, gerando um excesso de oferta. Quando constatada a quantidade de excedente, a reação foi diminuir a produção de forma repentina, levando ao desemprego em massa.

No entanto, o desemprego foi mais um elemento causador da Grande Depressão, uma vez que a diminuição do mercado consumidor contribuiu para aumentar mais ainda o excedente. De fato, não havendo demanda, o preço dos produtos viria a cair ainda mais, gerando mais desemprego e menos consumo<sup>16</sup>.

Outra das principais causas para o advento da Crise de 1929 foi, como adiantado, o otimismo generalizado dos americanos, gerando investimentos de risco em massa no mercado de ações. Com efeito, desde o início da década de 1920 o valor das ações começou a subir indefinidamente, produzindo um sentimento generalizado de confiança de que o valor das ações manteria seu crescimento nos anos seguintes. No entanto, a postura da população americana no mercado de valores mobiliários foi se tornando preocupante, haja vista que, segundo Rezende Filho<sup>17</sup>, até fevereiro de 1928 a alta dos preços das ações

---

KENNETH. *O pensamento econômico em perspectiva: uma história crítica*. Tradução de Carlos Afonso Malferrari, São Paulo, Pioneira, Editora da Universidade de São Paulo, 1989).

14 HEILBRONER, ROBERT L. *A formação da sociedade econômica*. Tradução de Ivo Barroso. 3.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1974, p. 349.

15 MADUREIRA, E. M. Da Grande Depressão ao Welfare State: mudanças no conceito de desenvolvimento econômico, *Thêma et Scientia*. vol. 1, n.º 1, jan./jun. 2011, pp. 72-80.

16 *Ibid.*

17 REZENDE FILHO, CYRO DE BARROS. *História econômica geral*, 4.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Contexto, 1999.

guiava-se pelo aumento do lucro das empresas, panorama que se alterou a partir de então, quando a valorização passou a ser sustentada pela pura especulação. Assim, acontecia que, pela lei da oferta e da demanda, quanto maior fosse a procura pelas ações de determinadas companhias, maiores seriam seus valores, mesmo que não correspondesse a um aumento da lucratividade. Com efeito:

Havia-se chegado a um ponto em que os compradores não mais levavam em conta o valor intrínseco dos títulos, procurando aumentar seu patrimônio pela simples posse de ações quaisquer. Isso naturalmente supervalorizava todos os papéis. Nessas condições, mesmo as ações das empresas mais sólidas encontravam-se supervalorizadas, e as de segunda linha haviam atingido preços injustificáveis, muito além de seu valor patrimonial ou de sua capacidade de remunerar, através de dividendos, os capitais aplicados. Essa situação, reflexo nítido das condições artificiais do crescimento da economia norte-americana durante a década de 1920, não poderia prolongar-se indefinidamente: seu ponto de equilíbrio rompeu-se em outubro de 1929<sup>18</sup>.

Desse modo, pode-se perceber que a Grande Depressão surge de ações econômicas irresponsáveis dos próprios homens de negócios americanos, os quais, com seus investimentos exagerados, produziram sem ter para quem vender, gerando desemprego e todas as demais consequências sociais nefastas daí advindas. Ademais, a especulação, movida precipuamente pelo anseio da maximização dos ganhos e pelo egoísmo, intoxicou o livre mercado americano, gerando a grande entropia de 1929. É nesse contexto fático que começa a segunda fase da RSE, compreendida por Gray e Hay<sup>19</sup> como a fase da “*Trusteeship Management*”, (ou gestão de tutela), emergindo principalmente na década de 30. Com efeito, essa nova fase deriva do redimensionamento do papel e do poder das corporações no âmbito social, passando a influenciar um número cada vez maior de sujeitos. Nesse contexto, principalmente após a experiência vivenciada no período da crise de 1929, os gestores das companhias perceberiam que seriam responsáveis não somente pela maximização dos dividendos dos acionistas, mas também pela manutenção do equilíbrio entre os anseios de clientes, funcionários, fornecedores, credores, e da comunidade em geral, bem como dos acionistas. Essa nova fase culminaria na grande mudança paradigmática percebida a partir da década de 1950.

---

18 *Ibid.*, p. 207.

19 GRAY; HAY. *Op. cit.*

Outra consequência da crise foi a diminuição do prestígio da teoria econômica liberal neoclássica, deflagrando a necessidade de novas bases capazes de salvar o capitalismo americano. Conforme Hunt e Lautzenheiser<sup>20</sup>, após a crise, ficou claro para muitos economistas neoclássicos que a ideia do mercado autorregulável tinha perdido sua utilidade ideológica, ameaçando o sistema capitalista como um todo. Com isso veio a constatação de que a salvação do sistema demandava medidas amplas, as quais só poderiam ser postas em prática pelo Estado. O principal expoente dessa tentativa de recuperar o capitalismo foi John Maynard Keynes.

As ideias econômicas de Keynes baseavam-se na análise de um processo denominado de fluxo circular, no qual o empresário despende valores para o público, na forma de custos dos fatores de produção (salários), os quais retornam para os empresários na forma de valores da produção, quando consumidores adquirem os bens e serviços disponibilizados pelos empresários. No entanto, em meio a esse processo existem vazamentos, por exemplo, quando os indivíduos não despendem todas as suas rendas no consumo, poupando certas quantias. À luz disso que Keynes admitiu a intervenção do Estado para estimular o equilíbrio do fluxo, compensando essas formas de vazamento<sup>21</sup>.

As ideias econômicas de Keynes foram comprovadas, conforme Hunt e Sherman<sup>22</sup>, quando, com o advento da Segunda Guerra Mundial, os governos começaram a intensificar e estimular a produção de armamentos, com a realização de enormes investimentos, levando ao fim do desemprego.

A partir desse momento, estabeleceu-se uma onda de intervencionismo estatal na economia dos Estados Unidos, principalmente após a implementação do New Deal por Roosevelt. No entanto, esse período foi interrompido por uma nova onda liberal, quando o neoliberalismo ganhou força e se estabeleceu como doutrina econômica prevalecente.

Segundo Comblin<sup>23</sup>, o surgimento do neoliberalismo, como modelo a substituir o Estado do bem-estar social, deveu-se a diversos fatores, sendo o principal deles o próprio desgaste do intervencionismo estatal. Com efeito, com o

---

20 HUNT; LAUTZENHEISER. *Op. cit.*

21 KEYNES, JOHN MAYNARD. *The general theory of employment, interest and Money*, New York, Harbinger Book, 1964.

22 HUNT, E. K.; SHERMAN, HOWARD J. *História do Pensamento Econômico*, 26.<sup>a</sup> ed., Petrópolis, RJ, Vozes, 2013.

23 COMBLIN, JOSÉ. *O neoliberalismo: ideologia dominante na virada do século*, 2.<sup>a</sup> ed., Petrópolis, RJ, Vozes, 1999.



tempo, o intervencionismo começou a sofrer o desgaste da burocratização, que acompanha a gestão dos recursos públicos, provocando que os conservadores, que ambicionavam o retorno do Estado mínimo, não tardassem em denunciar os efeitos negativos do peso da máquina estatal. Ademais, a parcela conservadora da sociedade americana se uniu contra as medidas assistencialistas e leis sociais.

Na mesma linha, a crise do petróleo de 1973 foi o estopim para a queda do *Welfare State*, uma vez que aumentou a inflação a níveis insustentáveis. Em suma: “A crise do petróleo, em 1973, seguida pela onda inflacionária, dentre outros acontecimentos, surpreende os Estados de Bem-Estar Social. Os ideólogos do neoliberalismo logo apareceram denunciando a inflação como resultado do Estado perdulário, chantageado pelos sindicatos. Responsabilizaram os impostos elevados e a regulamentação das atividades econômicas pela queda da produção. Para eles, o *welfare state* deveria ser desmontado, mediante a diminuição dos tributos, a privatização das empresas estatais e o esvaziamento dos sindicatos. Com o enfraquecimento da classe trabalhadora, haveria novas perspectivas de investimento”<sup>24</sup>.

Enfim se restabeleceria a onda liberal e a consequente recuperação do poder e da hegemonia política e social por parte das empresas. Trata-se do surgimento do neoliberalismo, condenando qualquer forma de intervenção estatal na economia, propugnando pela desregulação dos mercados, diminuição da carga tributária, redução ou supressão dos sindicatos, privatização de empresas estatais, dentre outras medidas de livre mercado. Em suma, visa o “Estado reduzido à função de polícia: o Estado que se limita a defender os direitos da propriedade e os contratos assumidos no mercado”<sup>25</sup>.

No entanto, apesar de inegável o fato de, em geral, ter o neoliberalismo trazido uma melhora econômica para os Estados em que foi implantado, são inegáveis também suas consequências sociais negativas. Com efeito, Comblin<sup>26</sup> cita que os principais prejuízos causados pelo neoliberalismo foram a desigualdade, o desemprego – movido pela competitividade –, a redução dos serviços sociais e a expansão do poder dos economistas, deflagrando a expansão do poder das grandes corporações.

---

24 ROMAN, ARTUR. Responsabilidade Social da Empresa: um pouco de história e algumas reflexões, *Revista FAE Business*, n.º 9, set. 2004, pp. 36-38. Acesso em 11 jan. 2019, disponível em <<http://img.fae.edu/galeria/getImage/1/16570179949166246.pdf>>

25 COMBLIN. *Op. cit.*, p. 22.

26 *Ibid.*

Na mesma direção, pode-se dizer que o “ideário liberal rejeita o objetivo de redução das desigualdades, em nome de um qualquer ideal de equidade e de justiça: as políticas que buscam realizar a justiça social distributiva são sempre encaradas como atentado contra a liberdade individual”<sup>27</sup>. A liberdade se sobrepõe à igualdade, sendo aquela o único meio para realizar esta, não devendo o Estado intervir com medidas assistencialistas, tendo em vista que lhe é excluída a responsabilidade social referente à justiça social, não sendo legítimas medidas de redistribuição econômica. Desse modo, os serviços sociais devem ser excluídos, e por consequência as contribuições sociais exigidas dos entes privados, sendo também reduzidos os impostos.

Percebe-se, como bem sustenta Avelãs Nunes<sup>28</sup>, que os neoliberais combatem veementemente a responsabilidade social coletiva, dentre eles o principal crítico é MILTON Friedman:

Poucas tendências poderiam solapar tão intensamente os próprios alicerces de nossa sociedade livre quanto a aceitação pelos executivos de empresas de alguma responsabilidade social que não seja a de gerar tanto lucro quanto possível para os acionistas. Essa é uma doutrina intrinsecamente subversiva. Se os executivos tiverem alguma responsabilidade social, além da de maximizar o lucro para os acionistas, como identificá-la? Poderiam indivíduos privados se autonomear representantes do interesse público? Deveriam eles decidir sobre o peso dos encargos a atribuírem a si mesmos e aos acionistas para servir a esse interesse social? Seria tolerável que as funções públicas de tributar, de gastar e de controlar sejam exercidas por quem, no momento, esteja incumbido de determinado empreendimento privado, depois de serem escolhidos para tais postos por grupos estritamente privados? Se os executivos atuarem como servidores públicos, em vez de como mandatários dos acionistas, nesse caso, nas democracias, mais cedo ou mais tarde, eles serão escolhidos pelos métodos da administração pública, de eleição e nomeação<sup>29</sup>.

Assim, na medida em que se estabeleceu o neoliberalismo como doutrina econômica prevalecente, deixou-se um vácuo de titularidade em relação à Responsabilidade Social. O problema é que, como traço marcante em todas as

---

27 NUNES, ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS. *Neoliberalismo e Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

28 *Ibid.*

29 FRIEDMAN, MILTON. *Capitalismo e Liberdade*. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra, Rio de Janeiro, LTC, 2014.

doutrinas liberais, a ausência de assunção de parcela da responsabilidade social tem-se mostrado como motor para a substituição cíclica dos períodos de não intervenção por períodos de intervenção estatal no âmbito socioeconômico.

Sobre o caráter cíclico da intervenção estatal da economia, Bresser Pereira<sup>30</sup>, bem retrata as causas da virada para a abertura do mercado, afirmando que, na medida em que a intervenção estatal se expande, ela começa a ficar disfuncional, haja vista que o excesso da regulação retarda a atividade econômica e traz déficits públicos, demonstrando que é o momento de desregular e privatizar.

Por outro lado, pode-se dizer que os fatores que levam à necessidade de intervenção estatal e à aproximação de uma política econômica de bem-estar social são de duas ordens, ambos abrangidos pela responsabilidade social da empresa. Formula-se que um primeiro fator seria de ordem social e ambiental, referente ao processo de crescimento da desigualdade social e da falta de distribuição da riqueza, além de outros desgastes sociais, como o desemprego, o aumento da criminalidade, da mortalidade etc., bem como do aumento da degradação ambiental. Outro fator seria de ordem econômica, este notável principalmente nas empresas de maior influência econômica, tais como instituições financeiras e transnacionais, referente a condutas economicamente irresponsáveis, tais como investimentos de risco, despensas em massa, superprodução, concorrência desleal, etc.

É nessa linha de pensamento que exsurge a utilidade e a importância da RSE, enquanto componente de um sistema econômico neoliberal. Com efeito, formula-se que a difusão de práticas de RSE entre os mais diversos agentes econômicos, abrandando alguns dos principais efeitos negativos do liberalismo, seria capaz de romper o ciclo de intervenção estatal e fazer perdurar esta vertente econômica. Assim, a RSE deve ser compreendida como um componente do neoliberalismo, e mais que isso, uma verdadeira condição para sua continuidade. Nesse mesmo sentido, Roman assevera:

A RS deve ser compreendida como parte da articulação das forças econômicas neoliberais que buscam amenizar os flagelos que elas mesmas criaram. RS é, portanto, em um primeiro momento, alívio para a consciência pesada das empresas. Em um segundo momento, porém, deve ser incorporada às estratégias das empresas e aos

---

30 BRESSER PEREIRA, LUIZ CARLOS. O caráter cíclico da intervenção estatal, *Revista de Economia Política*, vol. 9, n.º 3, julho-setembro 1989, pp. 115-130. Acesso em 13 jan. 2019. Disponível em <<http://www.rep.org.br/pdf/35-7.pdf>>

seus valores organizacionais, pois é uma das possibilidades de sobrevivência do capitalismo em sua versão contemporânea<sup>31</sup>.

O fundamento disso é claro: o crescimento do poder deve corresponder a assunção de novas responsabilidades sociais, conforme Davis:

To the extent that businessmen or any other group have social power, the lessons of history suggest that their social responsibility should be equated with it. Stated in the form of a general relationship, it can be said that social responsibilities of businessmen need to be commensurate with their social power<sup>32</sup>.

Com efeito, acrescenta Davis que, na medida em que os homens de negócios exercem uma forte influência sobre a sociedade e possuem um *poder social*, devem assumir a porção de responsabilidade social decorrente desse aumento de poder. De fato, Davis estabelece a relação de que quanto menor for a assunção da responsabilidade social pelos agentes privados, menor será seu poder social:

If power and responsibility are to be relatively equal, then the avoidance of social responsibility leads to gradual erosion of social power. To the extent that businessmen do not accept social-responsibility opportunities as they arise, other groups will step in to assume these responsibilities. Historically, government and labor have been most active in the role of diluting business power, and probably they will continue to be the principal challenging groups<sup>33</sup>.

Trata-se, justamente, do retrato do desenvolvimento histórico traçado nas linhas anteriores. Com efeito, a história tem mostrado que, quando os agentes privados não assumem a responsabilidade social que lhes seria devida, perdem parte do seu poder social para o Estado, cedendo a um novo período de intervençãoismo estatal, uma vez que “*la responsabilité sociale est le prix à payer pour le maintien de la liberté d’entreprise*”<sup>34</sup>.

---

31 ROMAN. *Op. cit.*, p. 37.

32 DAVIS, KEITH. Can Business Afford to Ignore Social Responsibilities?, *California Management Review*, vol. 2, n.º 3, abr. 1960, pp. 70-76. Acesso em 7 jan. 2019. Disponível em <<https://journals.sagepub.com/doi/10.2307/41166246>>

33 *Ibid.*, p. 73.

34 LÉPINEUX, FRANÇOIS *et al.* *La responsabilité sociale des entreprises*, 2.ª ed., Paris, Dunod, 2016, p. 42.

No entanto, cabe o alerta de que a RSE, enquanto condição para a perpetuação do neoliberalismo, não significa a transferência de todas as responsabilidades sociais públicas aos entes privados. Em verdade, trata-se de assumir a responsabilidade própria de um agente econômico de grande influência social, representando ações relacionadas ao desenvolvimento das atividades econômicas, ainda que não relacionadas à atividade fim da empresa. O Estado, ainda que no contexto de um sistema capitalista baseado na livre iniciativa, mantém suas responsabilidades públicas, mesmo sendo estas menos extensas do que os referentes a um sistema de bem-estar social.

Dado esse panorama, cabe adentrar nos aspectos conceituais propriamente ditos da RSE e, para tanto, cabe destacar os elementos que compõem o instituto. À primeira vista, deve-se ter em mente que os elementos da RSE são variáveis, conforme as características das empresas enfocadas, sendo diferentes os elementos das condutas de responsabilidade social de empresas que possuam maior ou menor abrangência, bem como de empresas que atuem neste ou naquele Estado ou âmbito do mercado. Ensina Oliveira que:

Devido às diferenças de contexto, a definição, a interpretação e as ações de RSC variam de acordo com o local e o setor de atividades, assim como ao longo do tempo. Em um país cujos problemas sociais sejam graves, surgirá possivelmente uma série de ações sociais como parte das ações de RSC. Em um setor de atividades com alto potencial de impacto sobre o meio ambiente, a interpretação de RSC virá com um viés ambiental mais forte<sup>35</sup>.

É justamente por essa dificuldade de precisar os elementos da RSE para cada empresa que, segundo Oliveira<sup>36</sup>, se tem a “stakeholder theory” ou teoria das partes interessadas como baliza tão importante para a delimitação do conceito de RSE. Atribui-se a teoria a Edward Freeman, o qual define tais partes interessadas como “any group or individual who can affect or is affected by the achievement of the organization’s objectives”<sup>37</sup>. Freeman defende que as empresas devem adotar um modelo de gestão que leva em conta os reflexos que as

---

35 OLIVEIRA, JOSÉ A. *Empresas na sociedade: sustentabilidade e responsabilidade social*, 2.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Elsevier, 2013.

36 *Ibid.*

37 FREEMAN, R. EDWARD. *Strategic management: A Stakeholder approach*, 2001. Acesso em 18 jan. 2019. Disponível em <<https://pt.scribd.com/document/106619083/Strategic-Management-a-Stakeholder-Approach>>.

condutas empresarias podem gerar sobre as partes interessadas, classificando as empresas conforme o nível de consideração das partes interessadas:

For instance, an organization which understands its stakeholder map and the stakes of each group, which has organizational processes to take these groups and their stakes into account routinely as part of the standard operating procedures of the organization and which implements a set of transactions or bargains to balance the interests of these stakeholders to achieve the organization's purpose, would be said to have high (or superior) stakeholder management capability. On the other hand, an organization which does not understand who its stakeholders are, has no processes for dealing with their concerns and has no set of transactions for negotiating with stakeholders would be said to have low (or inferior) stakeholder management capability<sup>38</sup>.

Desse modo, o conceito de RSE é orientado pelas partes interessadas e pela consideração da empresa como parte de um sistema, o qual envolve a própria empresa, as partes interessadas e o meio ambiente no qual se inserem, com suas peculiaridades ecológicas e culturais. Nessa perspectiva, veja-se o conceito dado pelo Livro Verde da Comissão Europeia, reformulado em 2011: “La Commission propose de redéfinir la RSE comme étant ‘la responsabilité des entreprises pour leurs impacts sur la société’. Pour assumer cette responsabilité, il faut au préalable que les entreprises respectent la législation en vigueur et les conventions collectives conclues entre partenaires sociaux”<sup>39</sup>.

Ademais, conforme o Instituto Ethos sua Carta de Princípios, a RSE deve ser reconhecida a partir dos resultados e impactos das ações das corporações no meio natural e social, compreendendo esforços no sentido de cumprir as leis e de, voluntariamente, ir além dessas obrigações legais, na medida em que seja relevante para o bem-estar da coletividade, principalmente no que diz respeito às partes interessadas.

Por sua vez, o conceito de RSE do *The World Bank* é balizado tanto pelo conceito de desenvolvimento sustentável como pelas partes interessadas:

Corporate Social Responsibility (CSR) is the commitment of business to contribute to sustainable economic development, working with employees, their families,

---

38 *Ibid.*, pp. 53-54.

39 Comissão Europeia. Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014. Acesso em 18 jan. 2019.

the local community and society at large to improve quality of life, in ways that are both good for business and good for development<sup>40</sup>.

Outro conceito bem difundido é o de Archie B. Carrol<sup>41</sup>, que o delimita na forma de uma pirâmide composta por quatro tipos de responsabilidade que uma empresa economicamente responsável deve assumir, quais sejam: econômica, legal, ética e discricionária ou filantrópica. A responsabilidade econômica é tida como o incentivo primário das empresas, movida pela noção da máxima acumulação do lucro, sendo premissa para as outras responsabilidades. A responsabilidade legal representa a expectativa de que as corporações empresariais cumpram as leis e regulamentos postos pelo Estado. Por sua vez, a responsabilidade ética comporta certos modelos de condutas que, embora não previstos em leis ou regulamentos, são esperados pelas partes interessadas, podendo o seu desrespeito trazer visões negativas sobre a empresa. Por fim, a responsabilidade discricionária (ou filantrópica) traduz a expectativa da sociedade de que as corporações se engajem em atos ou programas que promovam o bem-estar humano, tais como medidas filantrópicas, estando esta categoria no âmbito das ações voluntária dos empresários. Com efeito, diferentemente da responsabilidade ética, a discricionária não é esperada pela sociedade, nem se fundamenta em questões morais, razão pela qual o seu não cumprimento não trará como consequência a visão de que a empresa não é ética.

Pode-se perceber, assim, que, à luz do afamado modelo de Carrol, a RSE vai além das responsabilidades econômicas e jurídicas, representando um passo além das obrigações usuais e ordinárias dos empresários. Em suma, tem-se que “[...] the total corporate social responsibility of business entails the simultaneous fulfillment of the firm ‘s economic, legal, ethical and philanthropic responsibilities. Started in more pragmatic and managerial terms, the CSR firm should strive to make a profit, obey the law, be ethical, and be a good corporate citizen”<sup>42</sup>.

---

40 The World Bank. Public Policy for Corporate Social Responsibility, July 7-25, 2003. Acesso em 20 abril 2015. Disponível em: <[http://info.worldbank.org/etools/docs/library/57434/publicpolicy\\_econference.pdf](http://info.worldbank.org/etools/docs/library/57434/publicpolicy_econference.pdf)>

41 CARROL, ARCHIE B. The Pyramid of Corporate Social Responsibility: Toward the Moral Management of Organizational Stakeholders, *Business Horizons*, vol. 34, n.º 4, jul.-ago. 1991, pp. 39-48. Acesso em 12 jan. 2019.

42 *Ibid.*, p. 43.

Dados esses aspectos, pode-se dizer que a RSE representa um processo voluntário, uma vez que compreende uma série de ações coordenadas dos gestores de empresas direcionadas a um novo modelo de gestão, o qual não mais se preocupa somente com a maximização dos lucros dos acionistas, passando a levar em conta os interesses de sujeitos ligados direta ou indiretamente à empresa, criando obrigações naturais para os empresários referentes a gerar externalidades socialmente positivas não necessariamente ligadas à atividade fim da empresa, além de promover o desenvolvimento sustentável, sendo condição para a hegemonização do livre mercado.

Assim, fica claro que a adoção de práticas de RSE no contexto da gestão empresarial não afeta os interesses lucrativos dos acionistas, mas contribui para a melhor eficiência da empresa, tendo em vista que estabelece um ambiente mais favorável para o desenvolvimento das atividades:

El gobierno de la empresa es un proceso complejo de negociación que busca equilibrar los intereses de todos los grupos. La adopción de criterios de RSC permite a las empresas resolver los conflictos y distribuir el valor creado entre los distintos grupos de interés. Adicionalmente, suponen que los comportamientos socialmente responsables inducen efectos positivos a largo plazo que contribuyen a aumentar el rendimiento y el valor de las empresas, compensando la aparente “expropiación” sufrida por los accionistas. Esto es así porque las prácticas de RSC mejoran las condiciones del entorno en el que operan las empresas, reducen riesgos y aumentan su reputación<sup>43</sup>.

Na mesma linha, Kramer e Porter<sup>44</sup> demonstram que não existe dicotomia entre os objetivos econômicos e sociais no contexto empresarial. De fato, não operando as empresas de forma isolada no ambiente social, suas ações sociais podem expandir sua competitividade em relação à concorrência, na medida em que o desenvolvimento social leva, ao mesmo tempo, a benefícios econômicos. Demonstra-se que a produtividade e a eficiência da empresa aumentam com

---

43 ANTOLÍN, MARIANO; GAGO, ROBERTO. Responsabilidade social corporativa: la última innovación en management, *Universia Business Review*, vol. 5, n.º 1, jan. 2004, pp. 28-39. Acesso em 9 dez. 2018, 30. Disponível em <[https://www.researchgate.net/publication/28067649\\_Responsabilidad\\_social\\_corporativa\\_La\\_ultima\\_innovacion\\_en\\_management](https://www.researchgate.net/publication/28067649_Responsabilidad_social_corporativa_La_ultima_innovacion_en_management)>

44 KRAMER, MARK R.; PORTER, MICHAEL E. The Competitive Advantage of Corporate Philanthropy, *Harvard Business Review*, dec. 2002, pp. 1-15. Acesso em 20 jan. 2019. Disponível em <<https://hbr.org/2002/12/the-competitive-advantage-of-corporate-philanthropy>>



o emprego de mão de obra especializada, trabalhando em boas condições e motivados. Ademais, a utilização de métodos que respeitam o meio ambiente, pelo fato de reduzirem a poluição e tornar o uso dos recursos naturais mais produtivo, gerará bens mais atrativos para os consumidores.

Outro aspecto positivo da RSE, mencionado por Puppim de Oliveira<sup>45</sup>, liga-se ao fato de que a adoção de práticas de responsabilidade social influencia fortemente o valor econômico das empresas. Com efeito, destaca-se que questões sociais e ambientais atualmente refletem o valor da marca da empresa, razão pela qual tanto as atitudes socialmente irresponsáveis podem diminuir significativamente o valor da marca, como condutas socialmente responsáveis podem contribuir para a elevação do valor da empresa.

Além disso, Freeman, Harrison e Zyglidopoulos<sup>46</sup> destacam que a adoção de práticas de RSE, na gestão da atividade empresarial, a partir do diálogo com as partes interessadas, auxilia a encontrar novas formas de criar valor, além de possibilitar a inovação e o desenvolvimento econômico, gerando produtos e disponibilizando serviços em atenção às reais necessidades dos consumidores.

## 2. RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA VS. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA: DISTINÇÕES E REPERCUSSÕES JURÍDICAS

Traçados os panoramas histórico e teórico da RSE, além do destaque da sua importância no novo contexto do neoliberalismo, cabe adentrar num instituto muito próximo, mas que com aquela não se confunde: a função social da empresa (FSE). A importância da distinção dos conceitos é notável, principalmente pelas suas consequências jurídicas, mas também pelo fato da doutrina pátria, em sua maioria, tratar os conceitos como sinônimos. A razão da confusão teórica se deve ao fato de que a RSE, inobstante muito desenvolvida no direito comparado, ainda recebe pouca atenção no Brasil. Por outro lado, a FSE recebe atenção notável no direito brasileiro, sendo até legalmente reconhecida, enquanto no direito comparado não há menções diretas ao instituto, limitando-se a relacioná-la a uma visão restritiva da RSE. Veja-se:

---

45 OLIVEIRA. *Op. cit.*

46 FREEMAN, R. EDWARD; HARRISON, JEFFREY S.; ZYGLIDOPOULOS, STELIOS. *Stakeholder Theory: Concepts and Strategies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

Au niveau des principes, la notion de PSE [Performance Sociétale de l'entreprise] se veut englobante, puisqu'elle distingue et intègre quatre niveaux de responsabilité sociale : les responsabilités économiques et juridiques – qui correspondent à la vision de la RSE défendue par Milton Friedman – et les niveaux étiques et discrétionnaires – qui renvoient aux dimensions de la RSE qui vont au-delà d'une bonne gestion et du respect du cadre légal<sup>47</sup>.

A importância da distinção se mostra ainda maior quando, muitas vezes, se defende que o respeito aos direitos humanos depende de práticas de RSE, quando, na verdade, o mero respeito, entendido como a não vulneração (postura omissiva) dos valores da dignidade humana quando da exploração de atividades econômicas, está ligado ao cumprimento da FSE.

Assim, apesar da dificuldade teórica, faz-se necessário estabelecer a distinção e as consequências desta, principalmente no intuito de bem compreender a natureza das obrigações impostas às empresas e à impossibilidade ou não de impor obrigações aos empresários que vão além do desenvolvimento econômico, do respeito às leis e dos costumes, bem como aos direitos humanos.

Para tanto, faz-se necessário desenvolver o conceito de FSE. Nesse sentido, pode-se dizer que a “função social da empresa constitui o poder-dever de o empresário e os administradores da empresa harmonizarem as atividades da empresa, segundo o interesse da sociedade, mediante a obediência de determinados deveres positivos e negativos”<sup>48</sup>.

Como se percebe a FSE representa um conceito legal, ou seja, seu fundamento está nas normas jurídicas, mais especificamente, no Brasil, no art. 170 da Constituição Federal<sup>49</sup>, o qual traça os fundamentos principiológicos da ordem econômica brasileira. Com efeito, o mencionado dispositivo estabelece que cabe à ordem econômica assegurar, entre outras coisas, a função social da propriedade, a qual tem por corolário a FSE.

Assim, a FSE deriva da função social da propriedade e da concepção de que esta não é um direito absoluto, devendo o seu exercício se adequar aos

---

47 GOND, JEAN-PASCAL; IGALENS, JACQUES. *La Responsabilité Sociale de L'Entreprise*, 6.<sup>a</sup> ed., Paris, Que sais-je, 2018.

48 TOMASEVICIUS FILHO, EDUARDO. A função social da empresa, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 92, n.º 810, abr. 2003, pp. 33-50.

49 Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Acesso em 24 jan. 2019. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>

fins sociais, razão pela qual se entende que “a função das empresas é atender, prioritariamente, às necessidades básicas das pessoas, garantida a propriedade privada. Desta feita, a atividade econômica só se legitima e cumpre seu papel quando gera empregos, fomenta a sociedade, e garante uma existência digna às pessoas”<sup>50</sup>.

Desse modo, tem-se que a FSE se caracteriza por ser um poder-dever do empresário ao explorar uma atividade econômica na forma de empresa, referente ao respeito às leis, aos costumes e aos direitos humanos, não podendo as condutas referentes à perseguição da atividade fim gerarem externalidades negativas aos demais sujeitos inseridos no ambiente social no qual se insere a empresa.

Nesse sentido, apesar de haver o direito subjetivo à propriedade, o qual dá ao titular o direito de exercer o poder de usar, gozar e dispor, bem como o direito reaver o bem objeto da propriedade, também há o dever de conformar o exercício desses poderes aos direitos de terceiros, não podendo gerar prejuízos à coletividade. Nesse sentido, Tomacevicius Filho aponta que: “O direito subjetivo sempre está em contraposição a um dever jurídico. De um lado, o titular do direito subjetivo tem direito – isto é, tem um poder, uma liberdade – em face de uma pessoa, da sociedade ou do próprio Estado. Estes têm a obrigação de sujeitar-se a esse poder, de respeitar esse espaço de liberdade do titular do direito subjetivo. Porém, ao falar-se em função social, ocorre uma superposição dessa estrutura de direito-dever em ambas as direções: o titular do direito também é obrigado a cumprir com determinados deveres de ação e abstenção em face de terceiros”.<sup>51</sup>

Por outro lado, Giovanna Telles compreende a FSE à luz da Teoria da Eficiência de Pareto, na medida em que entende que a empresa estará cumprindo sua função social quando a exploração da atividade econômica não causar prejuízos a terceiros. Assim, a função social da empresa é observada quando a perseguição da atividade fim não traz externalidades negativas para a sociedade, sendo papel da empresa se abster de violar direitos de terceiros. Em suma:

Para se averiguar se uma empresa atingiu sua função social, como já mencionado anteriormente, deverá se aplicar a Teoria da Eficiência de Pareto. De acordo

---

50 TELLES, GIOVANNA FILOMENA SILVEIRA. *A função social da empresa*, 2012. Acesso em 24 jan. 2019. Disponível em <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2012/08/PDF-D13-03.pdf>>

51 TOMACEVICIUS FILHO. *Op. cit.*

com referida teoria, é necessário observar se a empresa atingiu seus objetivos, e promoveu o aumento ou a manutenção de riqueza em seu entorno, sem prejuízo a quem quer que seja. Não se pode dizer que uma empresa cumpriu a função social quando gerou prejuízo a ela, a terceiros ou à sociedade<sup>52</sup>.

No entanto, entende-se, apoiando-se no entendimento de Eros Grau<sup>53</sup>, que a função social vai além do dever de gerir a empresa sem provocar prejuízos à coletividade, sendo necessário, em verdade, que o exercício da empresa gere consequências sociais positivas, tal como desenvolvimento econômico e tecnológico, geração de empregos, oferta de produtos e serviços adequados às necessidades do consumidor etc. É, nesse sentido, que não se admite a continuação de atividades empresariais que não sejam eficientes e lucrativas, conforme o princípio da preservação da empresa. Desse modo, à luz dos resultados das medidas direcionadas ao cumprimento da função social, não basta apenas não gerar prejuízos, sendo necessário que da atividade advenham ganhos para a coletividade.

Tal entendimento, no entanto, levanta um questionamento: a FSE comportaria obrigações positivas? À vista do entendimento de Eros Grau, tem-se que “a função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer – ao detentor do poder que deflui da propriedade”<sup>54</sup>. No entanto, cabe acrescentar que todas as prestações de fazer compreendidas pela FSE estão diretamente ligadas à persecução da atividade fim da empresa, diferentemente da RSE, na qual as condutas positivas estão relacionadas a atividades que não se referem à realização do objeto social.

Dado isso, cabe passar para a análise das distinções entre a entre RSE e FSE, bem sistematizadas por Andrade<sup>55</sup>. Primeiramente, a FSE compreende exclusivamente atividades involuntárias, ou seja, independentes da vontade do empresário, enquanto a RSE trata de atividades voluntárias. Além disso, a FSE se enquadra como atividade derivada da lei, importando seu cumprimento na

---

52 TELLES. *Op. cit.*, p. 5.

53 GRAU, EROS ROBERTO. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, 3.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Malheiros, 1997.

54 *Ibid.*, p. 25.

55 ANDRADE, THIAGO PINHO DE. *Distinções e repercussões jurídicas entre a responsabilidade social e função social da empresa*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional), Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2015.

observância de um mandamento legal, enquanto o cumprimento da RSE deriva do marketing social para a empresa. Ainda, as condutas referentes à FSE se encontram no bojo da atividade-fim, significando a contenção dos efeitos sociais negativos na realização do objeto social da empresa; já as condutas da RSE decorrem das atividades meio, ou seja, das atividades que não constituem o objeto social da empresa. Por fim, destaca-se que a FSE representa um dever para os empresários, enquanto a RSE se mostra como uma conduta extra.

Ademais, ainda acerca das distinções entre os institutos, cabe acrescentar, como já mencionado em linhas anteriores, que a FSE, justamente por se tratar de atividade derivada da lei, representa sempre uma obrigação jurídica (civil), sendo, portanto, exigível juridicamente. Por outro lado, a RSE representa, pelo menos no panorama atual, uma obrigação natural, não sendo dotada de exigibilidade jurídica, restando subordinado o seu cumprimento à discricionariedade do empresário. Acerca disso, cabe a diferenciação entre as obrigações civis, obrigações morais e obrigações naturais:

A obrigação sem garantia, ou a obrigação sem sanção, sem ação para se fazer exigível, existe, e existe no campo do direito. Na vida em sociedade, o indivíduo está vinculado por obrigações perfeitas, por cujo cumprimento responde com seus bens, e são as obrigações civis. A todo momento as assume, por ato voluntário, ou a elas se vê jungido por imposição legal. Acha-se, igualmente, determinado por numerosos deveres, que não chegam a tomar corpo de obrigações juridicamente consideráveis [...]. A obrigação natural é um *tertium genus*, entidade intermediária entre o mero dever de consciência e a obrigação juridicamente exigível, [...]. É mais do que um dever moral, e menos do que uma obrigação civil [...]. Mas falta-lhe o conteúdo, o elemento intrínseco; falta-lhe o poder de exigibilidade, o que lhe esmaece o vínculo, desvirtuando-o de sua qualidade essencial, que é o poder de garantia [...]<sup>56</sup>.

Os atuais documentos internacionais de direitos humanos e empresas são considerados *soft law*, portanto, embora possuam natureza jurídica, destes derivam apenas obrigações naturais, faltando-lhes ainda exigibilidade jurídica.

Desse modo, pode-se perceber que a RSE é mais ampla e demanda ações diferenciadas quando comparada à FSE. De fato, apoiando-se na concepção da

---

56 PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA. *Instituições de direito civil/volume 2: teoria geral das obrigações*, 30 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2018, p. 28.

pirâmide de Archie B. Carrol<sup>57</sup>, pautada na conceituação da RSE como a soma das responsabilidades econômica, legal, ética e filosófica ou discricionária, poder-se-ia dizer que FSE se restringiria a obrigar as empresas em relação às três primeiras responsabilidades, quais sejam a econômica, a legal e a ética. Pode-se dizer que a responsabilidade econômica estaria ligada à exigência de eficiência e lucratividade da empresa, e que as responsabilidades legais e ética seriam representariam obrigações jurídicas, direcionadas à não prejudicialidade da atividade à terceiros.

É, nessa perspectiva, que se diz que para que as empresas implementem sua obrigação de respeitar os direitos humanos reconhecida pelo segundo pilar dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos da ONU<sup>58</sup>, basta que cumpram suas respectivas funções sociais, se omitindo de violações aos direitos humanos reconhecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) e no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), bem como na Declaração da Organização Internacional do Trabalho (1919 ou 1998).

Dado isso, pode-se perceber que o caminho para a plena efetividade de documentos internacionais direcionados às empresas passa pela compreensão da distinção entre a RSE e a FSE, uma vez que a imposição jurídica de medidas de responsabilidade social é incompatível com o próprio instituto, como se pôde perceber. Assim, apenas documentos que se limitem a impor que as empresas cumpram sua função social, ou seja, que cumpram com sua responsabilidade econômica, legal e ética, com a formulação de obrigações referentes a valores compatíveis com a natureza empresarial, poderão ser dotados de exigibilidade.

Não se nega que a RSE seja o modelo de gestão mais adequado e mais indicado num contexto de expansão do poder das empresas, representando, como dito, verdadeira condição para a não ocorrência de mais um ciclo de intervencionismo estatal. No entanto, o caminho para a implementação da RSE não está na imposição de normas jurídicas, mas no estabelecimento de mecanismo indiretos, de estímulo ao estabelecimento desse modelo, como são exemplos os selos de responsabilidade social e as normas de certificação,

---

57 CARROL. *Op. cit.*

58 ONU – Organização das Nações Unidas. *Guiding Principles on Business and Human Rights*, de 16 de junho de 2011. Acesso em 27 nov. 2018. Disponível em <<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHREN.pdf>>

que servem para avaliar o desempenho social empresarial, como a SA8000 e a ISO14000 e a ISO26000.

### 3. RESPONSABILIZAÇÃO DAS EMPRESAS POR VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

Como já ressaltado, é notável o atual papel das empresas na sociedade, atuando como verdadeiros motores do desenvolvimento econômico, e, por isso, suas ações possuem grandes repercussões sociais. Essa supremacia dos agentes econômicos privados não se limita à ordem interna dos países em que se inserem, possuindo as empresas um poder de influência enorme também no cenário internacional, principalmente em razão da atuação das transnacionais e multinacionais. Ademais, o grande poder das corporações pode levar a violações de direitos humanos internacionalmente reconhecidos, levando ao questionamento que aqui se insere acerca da possibilidade de imposição de obrigações referentes aos valores da dignidade humana.

À primeira vista, já cabe esclarecer que a extensão dos deveres a serem impostos aos empresários não é igual à extensão dos deveres impostos aos Estados. O motivo disso se deve, principalmente, a três fatores. Primeiramente, porque os direitos humanos foram formulados tendo em vista à proteção do homem contra os arbítrios e abusos do Estado, sendo estes os principais atores do direito internacional:

Constata-se que a arquitetura protetiva internacional dos direitos humanos foi delineada para responder a um padrão de conflituosidade a envolver, de um lado, o Estado, e, por outro, a vítima singularmente considerada. Estes são os atores clássicos que integram a arena protetiva internacional sob um paradigma tradicional, marcado pela lógica de deveres conferidos aos Estados e direitos conferidos ao indivíduo<sup>59</sup>.

A constatação dessa primeira afirmação se encontra na própria história dos direitos humanos, os quais tiveram seus primórdios nos documentos paradigmáticos de limitação do poder dos governantes em relação a alguns direitos naturais

---

59 PIOVESAN, FLÁVIA; GONZAGA, VICTORIANA L. In: PIOVESAN, FLÁVIA; SOARES, INÊS VIRGINIA; TORELLY, MARCELO (coords.). *Empresas e direitos humanos*, Salvador, Editora JusPodivm, 2018, p. 90.

e inerentes ao homem, e no fato de que se universalizaram após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), período de grandes violações à dignidade humana, a qual culminou na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

O segundo motivo da diferenciação entre os deveres estatais e empresariais está no fato de que os interesses que sustentam cada uma dessas atividades são opostos. Com efeito, o papel do Estado é promover o interesse público, sendo este o paradigma orientador de todas as ações estatais. Desse modo, ações de pura repercussão social, para o Estado, representam um dever, uma obrigação, enquanto para os agentes privados representam medidas filantrópicas estritamente discricionários. Isso porque o interesse informador da atividade empresarial, apesar das inegáveis repercussões sociais de suas ações, ainda é a obtenção e a maximização dos lucros. Desse modo, certas ações de puro interesse social, apesar de trazerem benefícios indiretos para os empresários, não podem ser consideradas obrigações jurídicas, mas sim ações condicionadas à mera discricionariedade.

Desse modo, à luz das quatro obrigações componentes de qualquer direito humano desenvolvidas por Craig Scott<sup>60</sup>, consistentes nos deveres de respeitar, proteger, garantir e promover, diz-se que, enquanto os Estados podem assumir qualquer dessas quatro obrigações, apenas as obrigações de respeitar e garantir são compatíveis com as empresas, em razão do fato de que, como mencionado, seu objetivo principal é a geração e expansão dos lucros a partir do desenvolvimento de uma atividade econômica. Nas palavras de Scott:

[...] the obligation to respect is the classic negative obligation of non-interference, forbidding a state to directly encroach upon a right. The other three require varying degrees of positive action or state policy. The obligation to protect means a state must prohibit non-state third parties, whether through enforced legislation or otherwise, from encroaching on a right. The obligations to ensure and promote correspond to positive obligations commonly referred to as “programmatic”<sup>61</sup>.

---

60 SCOTT, CRAIG. *The Interdependence and Permeability of Human Rights Norms: Towards a Partial Fusion of the International Covenants on Human Rights*, 1989. Acesso em 10 jan. 2019. Disponível em <[http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol27/iss3/8/?utm\\_source=digitalcommons.osgoode.yorku.ca%2Fohlj%2Fvol27%2Fiss3%2F8&utm\\_medium=PDF&utm\\_campaign=PDFCoverPages](http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol27/iss3/8/?utm_source=digitalcommons.osgoode.yorku.ca%2Fohlj%2Fvol27%2Fiss3%2F8&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages)>

61 *Ibid.*, pp. 834-835.



As obrigações de respeitar e proteger, por refletirem o próprio cumprimento da função social da empresa, o que se exige de qualquer explorador de atividade econômica organizada, podem ser consideradas deveres compatíveis com as empresas, e exigíveis à luz do direito internacional dos direitos humanos. Isso porque, além de se relacionarem com a não vulneração dos direitos humanos quando da perseguição da atividade fim, se relacionam com as responsabilidades econômica, legal e ética, componentes da função social da empresa.

Com efeito, admitir as obrigações de garantir e promover como obrigações aptas a serem juridicamente exigíveis dos empresários seria admitir a exigibilidade que as empresas fossem dotadas de RSE, o que parece incompatível com a natureza voluntária desse instituto. Desse modo, quando mencionadas em documentos internacionais ações referentes à responsabilidade empresarial, como a atuação positiva em áreas de interesse social não diretamente relacionadas às atividades da empresa e a publicação de balanços sociais, por exemplo, essas disposições teriam a natureza de meras recomendações, não sendo possível impor o cumprimento compulsório dessas medidas. Para Andrade:

[...] deve-se ter cuidado de em nome da função social da empresa, e fundamentado no regime capitalista, não transferir responsabilidades públicas à empresa. Ao mesmo passo que a livre iniciativa não é absoluta, ela não deve sofrer interferências desarrazoadas a pretexto de observância a função social da empresa. Nesse sentido, iniciativas sociais ganham espaço no âmbito empresarial e em contrapartida tem um reconhecimento global positivo. Todavia, tais iniciativas não podem ser confundidas como exercício da função social da empresa. Seriam elas albergadas pelo manto da responsabilidade empresarial<sup>62</sup>.

Por fim, o terceiro motivo para a diferenciação entre a extensão dos Estados e dos empresários se deve ao fato de alguns direitos humanos serem incompatíveis com o âmbito de atuação das corporações, aplicando-se exclusivamente aos Estados. Kinley e Tadaki, referindo-se às empresas transnacionais, assim destacam:

There are, however, certain international human rights duties which, no matter what perspective is adopted, are inappropriate, if not practically impossible, to place on TNC's. This is likely the case, for example, with protecting the right to

---

62 ANDRADE. *Op. cit.*, p. 73.

asylum, the right to take part in government, and the right to a nationality, and certainly the case with many rights concerning criminal defendants, such as the presumption of innocence, freedom from arbitrary arrest, and the right to be brought promptly to trial. These rights fall squarely within the proper province of states' responsibilities for maintaining public order and ensuring a fair trial<sup>63</sup>.

Contudo, apesar de não serem tão exigidos juridicamente quando comparadas aos Estados, o fato é que as empresas possuem sim deveres e obrigações na esfera internacional. Apesar disso, boa parte dos teóricos do direito internacional ainda são relutantes quanto à extensão da personalidade internacional às empresas, o que não se justifica, tendo em vista que, desde a década de 1970, diversos documentos impõem deveres e obrigações diretamente a agentes empresariais, ainda que sem exigibilidade jurídica plena.

Nessa perspectiva, adota-se o conceito segundo o qual, “em termos abstratos e formais, diz-se sujeito de Direito quem é suscetível de direitos e deveres, quem pode entrar em relações jurídicas, quem pode ser destinatário direto de normas jurídicas”<sup>64</sup>. Com efeito, para Jorge Miranda<sup>65</sup>, o sujeito, para ter personalidade de direito internacional, precisa observar dois requisitos, quais sejam a possibilidade de realizar atividades jurídico-internacionalmente relevantes e a virtualidade de uma relação direta com outros sujeitos. As empresas, como já ressaltado em linhas anteriores, cumprem ambos os requisitos, tendo em vista seu extenso poder de influência internacional, principalmente após a globalização, e suas relações imediatas com outros sujeitos de direito internacional.

Contudo, o jurista português entende que, apesar de possuírem personalidade internacional, as empresas de atuação internacional teriam apenas capacidade internacional limitada, ou seja, apesar de a elas poderem ser imputados direitos e obrigações, o exercício desses deveres e dessas prerrogativas seria limitado por uma série de fatores, uma vez que os únicos sujeitos de capacidade internacional plena seriam os Estados.

---

63 KINLEY, DAVID; TADAKI, JUNKO. From Talk to Walk: The Emergence of Human Rights Responsibilities for Corporations at International Law, *Virginia Journal of International Law*, vol. 44, n.º 4, 2004, pp. 931-1023. Acesso em 27 jan. 2019. Disponível em <[https://www.researchgate.net/publication/228133778\\_From\\_Talk\\_to\\_Walk\\_The\\_Emergence\\_of\\_Human\\_Rights\\_Responsibilities\\_for\\_Corporations\\_at\\_International\\_Law](https://www.researchgate.net/publication/228133778_From_Talk_to_Walk_The_Emergence_of_Human_Rights_Responsibilities_for_Corporations_at_International_Law)>

64 MIRANDA, JORGE. *Curso de direito internacional público: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias*, 4.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 144.

65 *Ibid.*

No entanto, o fator relevante para a atribuição de personalidade internacional, e a consequente colocação das empresas no polo ativo ou passivo em litígios internacional, se encontra no fato de fontes normativas de direito internacional atribuírem direitos e obrigações diretamente às corporações empresariais. Deveras, é inegável que há um corpo normativo em expansão diretamente relacionado à imputação de obrigações aos empresários, composto por documentos de *soft law*, como a Declaração Tripartida da Organização Internacional do Trabalho (1977), os Diretivos da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (1979), o Pacto Global (2000), as as Normas sobre a Responsabilidade das Corporações Transnacionais e outras Empresas em Relação a Direitos Humanos (2003) e os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos da ONU (2011).

Ademais, segundo Giannattasio *et al.*<sup>66</sup>, há dois instrumentos normativos de *hard law* no âmbito do Tribunal Internacional do Direito do Mar (ITLOS), que tornam inquestionável a atribuição de personalidade internacional aos entes privados de atuação internacional, quais sejam a Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar, de 1982, mais conhecida como Convenção de Montego Bay<sup>67</sup> e o Regimento do ITLOS<sup>68</sup>, de 2009. Ambos os documentos enfatizam o atual papel de relevância internacional das empresas, além de atribuírem expressamente personalidade judiciária para a ocupação do polo ativo às corporações.

Também há registros no âmbito das atividades do Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (ICSID) de litígios nos quais as empresas têm se encontrado no polo passivo da relação. De fato, a Convenção do ICSID, de 2006, prevê expressamente que o objetivo do Centro é facilitar a resolução de conflitos sobre investimentos entre Estados-parte e nacionais de outros Estados, independentemente se pessoa física ou jurídica<sup>69</sup>.

---

66 GIANNATTASIO, ARTHUR ROBERTO CAPELLA *et al.* (coord.). *Empresas e direitos humanos*, Salvador, Editora JusPodivm, 2018, pp. 53-82.

67 ONU – Organização das Nações Unidas. United Nations Convention on the Law of the Sea, de 10 de dezembro de 1982. Acesso em 29 jan. 2019. Disponível em <[http://www.un.org/Depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/unclos\\_e.pdf](http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf)>

68 ITLOS – International Tribunal for the Law of the Sea. Rules of the Tribunal, de 17 de março de 2009. Acesso em 29 jan. 2019. Disponível em <[https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/basic\\_texts/Itlos\\_8\\_E\\_17\\_03\\_09.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/basic_texts/Itlos_8_E_17_03_09.pdf)>

69 ICSID – International Centre for Settlement of Investment Disputes. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, de abril de 2006.

No entanto, apesar de a tendência atual ser a atribuição de personalidade internacional às empresas, essa extensão ainda esbarra num panorama jurídico no qual as normas referentes às empresas se encontram envoltas por uma estrutura jurídica de *soft law*. Sendo assim, as corporações são de fato consideradas sujeitos de direito internacional, mas não podem ser exigidas do cumprimento das obrigações por meio de mecanismos internacionais impositivos. Assim, essas normas não passariam de meras recomendações, somente podendo assumir caráter de exigibilidade plena quando incorporadas em contratos firmados pelos empresários.

Com efeito, tal panorama repercute também sobre a responsabilização das empresas no contexto dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, como bem retratam Giannattasio *et al.*<sup>70</sup>, enfatizando que, apesar de os órgãos contenciosos desses sistemas reconhecerem o crescente poder de influência social das empresas, os seus mecanismos de proteção, ao se depararem com situações de violações de direitos humanos perpetradas por entes empresariais, colidem com dois possíveis modelos jurídicos referentes às empresas: “No primeiro caso, as empresas não são percebidas como possíveis destinatárias de normas jurídicas internacionais que lhes atribuíssem deveres diretos – isto é, elas não são consideradas sujeitos de DI. Por esse motivo, sequer poderiam ser responsabilizadas internacionalmente, restando ao Estado esse papel. No segundo caso, há uma estrutura jurídico-normativa internacional que atribui de maneira expressa direitos e deveres diretamente a empresas mediante normas jurídicas (*soft law*), mas que exclui a possibilidade de elas serem responsabilizadas diretamente perante a ordem internacional. Por isso, neste segundo caso, apesar de elas serem sujeitos de DI, a própria ordem internacional modula a possibilidade de as responsabilizar, reenviando ainda uma vez tal incumbência indireta aos Estados”<sup>71</sup>.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos se insere no primeiro caso, na medida em que não considera pessoas jurídicas como sujeitos de direitos no âmbito de seu sistema. Com efeito, a Opinião Consultiva OC-22/16<sup>[72]</sup>

---

Acesso em 30 jan. 2019. Disponível em <<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>>

70 GIANNATTASIO *et al.* *Op. cit.*

71 *Ibid.*, p. 66.

72 CorteIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinião Consultiva OC-22/16, de 26 de fevereiro de 2016. Acesso em 30 jan. 2019. Disponível em <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_22\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_esp.pdf)>.

concluiu que as pessoas jurídicas não estão contempladas pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969. Por sua vez, no caso *Pueblos Kalliña y Lokono vs. Surinam*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu que os Estados são responsáveis, dentro de certas circunstâncias, pela violação de direitos humanos por parte de empresas, tendo, inclusive, feito referência aos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos da ONU<sup>73</sup>.

Por outro lado, o Sistema Europeu e o Sistema Africano de Direitos Humanos se encontram no segundo caso, na medida em que efetivamente reconhecem a possibilidade de empresas ocuparem o polo ativo em demandas relacionadas a violações de direitos humanos, possuindo, assim, personalidade internacional, ainda que apenas para peticionar no polo ativo perante os respectivos órgãos contenciosos dos sistemas.

De fato, no âmbito do sistema europeu diversos casos concentram empresas como parte ativa perante o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, tais como o caso *Sunday Times vs. United Kingdom*<sup>74</sup> e o caso *Société Colas Est et Autres c. France*<sup>75</sup>. Impende observar que a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ao utilizar o termo “pessoa” em seus artigos 1º e 34º, que regem, respectivamente, a titularidade dos direitos reconhecidos e o peticionamento individual, não faz qualquer distinção entre pessoas físicas e jurídicas<sup>76</sup>.

No que se refere ao Sistema Africano de Direitos Humanos, dois casos refletem a atribuição de personalidade de direito internacional às empresas, tanto quanto à possibilidade de ocupação do polo ativo como do passivo, quais sejam o caso *Daniel Amare and Mulugueta Amare vs. Republic of Mozambique and*

73 CorteIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso *Pueblos Kalliña y Lokono vs. Suriname*. Sentença de 25 de novembro de 2015. Acesso em 30 jan. 2019. Disponível em <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_309\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf)>

74 TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Case of the Sunday Times v. The United Kingdom*. Sentença de 26 de abril de 1979. Acesso em 30 jan. 2019. Disponível em <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"sort":\["kdate%20Ascending"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57584"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>

75 TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Affaire Société Colas Est et Autres c. France*. Sentença de 16 de abril de 2002. Acesso em 30 jan. 2019. Disponível em <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Société%20Colas%20Est"\],"sort":\["kdate%20Ascending"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-64986"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>.

76 Conselho da Europa. Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 4 de novembro de 1950. Acesso em 30 jan. 2019. Disponível em <[https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>

Mozambique Airlines<sup>77</sup> e o caso Delta International Investments vs. Republic of South Africa<sup>78</sup>. Em comum, ambos os casos não tiveram seguimento, mas nada se questionou acerca da presença de uma empresa no polo ativo e no polo passivo de uma demanda relacionada à violação de direitos humanos.

Em suma:

Perceba-se haver, assim, no SADH e no SEDH uma autorização expressa por norma jurídica internacional (*hard law*) para que agentes privados possam apresentar petições em virtude de violações de DH pelos Estados. No caso do SADH, a autorização é estabelecida por um ato vinculante de OI (Regras da Corte), enquanto que, no SEDH, ela é conferida diretamente por um Tratado Internacional (Convenção Europeia). Todavia, esses dois SIRPDH não preveem expressamente a possibilidade de agentes privados (incluindo aí, empresas) participarem do mecanismo de solução de controvérsias como polo passivo<sup>79</sup>.

Assim, constata-se que, em regra, não se admite no âmbito dos sistemas regionais de direitos humanos a imposição direta de obrigações referentes aos direitos humanos às empresas, havendo um único caso no contexto do Sistema Africano no qual uma empresa foi efetivamente colocada numa demanda. Com efeito, na visão cortes internacionais, os direitos reconhecidos em suas convenções não são compatíveis com os entes empresariais, não sendo possível, no estágio atual, demandar diretamente contra corporações, mas apenas contra os Estados nos quais ocorreram as violações, por não terem estes cumprido sua obrigação de diligenciar para a não vulneração de direitos humanos em seus territórios. Não obstante, nada impediria que os tribunais de direitos humanos impusessem aos Estados medidas para diminuir o impacto negativo que as empresas podem vir a exercer sobre os direitos humanos. Ademais, cabe aos

---

77 TADHP – Tribunal Africano dos Direitos do Homem e Dos Povos. Daniel Amare and Mulugeta Amare v. Republic of Mozambique and Mozambique Airlines. Sentença de 16 de junho de 2011. Acesso em 30 jan. 2019. Disponível em <<http://en.african-court.org/images/Cases/Decision/Decision%20&%20Erratum%20Appl.005-2011%20Daniel%20Amare%20&%20Amare%20Mulugeta%20v%20Mozambique-Engl..pdf>>

78 TADHP – Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos. Delta International Investments vs. The Republic of South Africa. Sentença de 30 de março de 2012. Acesso em 30 jan. 2019. Disponível em <[http://pt.african-court.org/images/Cases/Decision/PT\\_App%20002-2012%20Decision.pdf](http://pt.african-court.org/images/Cases/Decision/PT_App%20002-2012%20Decision.pdf)>

79 GIANNATTASIO. *Op. cit.*, p. 69.

órgãos do sistema buscar a formulação de documentos vinculantes direcionados especificamente às atividades empresariais, com obrigações compatíveis com o contexto econômico no qual se inserem as empresas e tendo em vista o estágio de desenvolvimento jurídico da proteção internacional dos direitos humanos.

## CONCLUSÃO

O surgimento do neoliberalismo, como modelo a substituir o Estado do bem-estar social, deveu-se a diversos fatores, sendo o principal deles o próprio desgaste do intervencionismo estatal. O reducionismo estatal derivado dessa situação e o sobredimensionamento empresarial deflagraram o surgimento de diversas demandas sociais não atendidas. Diante desse panorama, a Responsabilidade Social da Empresa (RSE) exsurge como uma alternativa válida para preencher o vazio provocado por esse desequilíbrio.

Contudo, há de se observar cuidadosamente os alcances e limites da RSE, definida como o processo voluntário direcionado a um novo modelo de gestão empresarial que não mais se preocupa somente com a maximização dos lucros dos acionistas, mas envolve obrigações naturais destinadas a gerar externalidades socialmente positivas, não necessariamente ligadas à atividade fim da empresa, no intuito de promover o desenvolvimento sustentável.

Nesse sentido, CARROL identifica a RSE no topo da pirâmide das responsabilidades das empresas, cuja estrutura se divide em quatro partes, estando a econômica na base, seguida pela legal, ética e, finalmente, a discricionária ou filantrópica. Este último tipo de responsabilidade traduz a expectativa da sociedade de que as corporações se engajem em atos ou programas que promovam o bem-estar humano, estando esta categoria no âmbito das ações voluntária dos empresários.

Há que se ter presente que, no contexto da gestão empresarial, a RSE não afeta os interesses lucrativos dos acionistas, mas contribui para a melhor eficiência da empresa, tendo em vista que estabelece um ambiente mais favorável para o desenvolvimento das suas atividades.

Apesar da RSE estar muito desenvolvida no direito comparado, ainda não é muito estudada no Brasil, onde a Função Social da Empresa (FSE) recebe especial atenção estando, inclusive, prevista constitucionalmente. A FSE constitui o poder-dever de o empresário de harmonizar as atividades da empresa com os interesses da sociedade, mediante a obediência de determinados deveres positivos e negativos.

As diferenças entre a RSE e FSE foram sistematizadas por Andrade, que destaca o caráter voluntário da RSE, diferentemente da FSE, que, ao estar prevista legalmente, independe da vontade do empresário. As condutas referentes à FSE se encontram no bojo da atividade-fim da empresa, significando a contenção dos efeitos sociais negativos na realização do seu objeto social; já as condutas da RSE decorrem das atividades meio, ou seja, das atividades que não constituem o objeto social da empresa. Por fim, destaca-se que a FSE representa um dever para os empresários, enquanto a RSE se mostra como uma conduta extra.

Verifica-se, portanto, que a RSE representa, pelo menos no panorama atual, uma obrigação natural, não sendo dotada de exigibilidade jurídica, restando subordinado o seu cumprimento à discricionariedade do empresário. Essa situação é constatada, inclusive, nos atuais documentos internacionais sobre direitos humanos e empresas, considerados *soft law*.

No que se refere aos direitos humanos, Scott distingue quatro tipos deveres: respeitar, proteger, garantir e promover, afirmando que, enquanto os Estados podem assumir qualquer dessas quatro obrigações, apenas as obrigações de respeitar e garantir são compatíveis com as empresas.

As obrigações de garantir e promover os direitos humanos como obrigações aptas a serem juridicamente exigíveis dos empresários não podem ser inseridas sob o conceito de RSE, na medida em que são incompatíveis com a natureza voluntária desse instituto. Desse modo, quando mencionadas em documentos internacionais ações referentes à responsabilidade empresarial, como a atuação positiva em áreas de interesse social não diretamente relacionadas às atividades da empresa e a publicação de balanços sociais, por exemplo, essas disposições devem ser consideradas meras recomendações, não sendo possível impor o cumprimento compulsório dessas medidas, que, caso existam, deverão ser incorporadas aos deveres contidos na FSE e não da RSE.

No entendimento das cortes internacionais, não é possível, no estágio atual, demandar diretamente contra corporações pelas violações de direitos humanos, mas apenas contra os Estados nos quais ocorreram as violações. Não obstante, nada impede que essas cortes imponham aos Estados medidas para diminuir o impacto negativo que as empresas podem vir a exercer sobre os direitos humanos. Todavia, cabe aos órgãos dos diversos sistemas internacionais buscar a formulação de documentos vinculantes direcionados especificamente às atividades empresariais, no intuito de conferir a tão almejada efetividade dos direitos humanos.



## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, THIAGO PINHO DE. *Distinções e repercussões jurídicas entre a responsabilidade social e função social da empresa*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional), Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2015.
- ANTOLÍN, MARIANO N. y GAGO, ROBERTO F. Responsabilidade social corporativa: la última innovación em management. *Universia Business Review*, vol. 5, n.º 1, jan. 2004, pp. 28-39. Disponível em [https://www.researchgate.net/publication/28067649\\_Responsabilidad\\_social\\_corporativa\\_La\\_ultima\\_innovacion\\_en\\_management](https://www.researchgate.net/publication/28067649_Responsabilidad_social_corporativa_La_ultima_innovacion_en_management).
- Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm).
- BRESSER PEREIRA, LUIZ CARLOS. O caráter cíclico da intervenção estatal. *Revista de Economia Política*. vol. 9, n.º 3, julho-setembro 1989, pp. 115-130. Disponível em: <http://www.rep.org.br/pdf/35-7.pdf>.
- CARROL, ARCHIE B. A History of Corporate Social Responsibility: Concepts and Practices. In: CRANE, ANDREW et al. *The Oxford Handbook of corporate social responsibility*, 2008. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/282746355\\_A\\_History\\_of\\_Corporate\\_Social\\_Responsibility\\_Concepts\\_and\\_Practices](https://www.researchgate.net/publication/282746355_A_History_of_Corporate_Social_Responsibility_Concepts_and_Practices).
- CARROL, ARCHIE B. The Pyramid of Corporate Social Responsibility: Toward the Moral Management of Organizational Stakeholders. *Business Horizons*. vol. 34, n.º 4, jul-ago. 1991, pp. 39-48. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/4883660\\_The\\_Pyramid\\_of\\_Corporate\\_Social\\_Responsibility\\_Toward\\_the\\_Moral\\_Management\\_of\\_Organizational\\_Stakeholders](https://www.researchgate.net/publication/4883660_The_Pyramid_of_Corporate_Social_Responsibility_Toward_the_Moral_Management_of_Organizational_Stakeholders).
- COMBLIN, JOSÉ. *O neoliberalismo: Ideologia dominante na virada do século*. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.
- Comissão Europeia. Responsabilité sociale des entreprises: une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014. Disponível em: [https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/Communication\\_du\\_25\\_octobre\\_2011\\_de\\_la\\_Commission\\_europeenne\\_sur\\_la\\_RSE\\_cle434613.pdf](https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/Communication_du_25_octobre_2011_de_la_Commission_europeenne_sur_la_RSE_cle434613.pdf).
- Conselho da Europa. Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 4 de novembro de 1950. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)

CorteIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblos Kalina y Lokono vs. Suriname. Sentença de 25 de novembro de 2015. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_309\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf).

CorteIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinião Consultiva OC- 22/ 16, de 26 de fevereiro de 2016. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_22\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_esp.pdf).

DAVIS, KEITH. Can Business Afford to Ignore Social Responsibilities? *California Management Review*, vol. 2, n.º 3, abr. 1960, pp. 70-76. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.2307/41166246>.

FREEMAN, R. EDWARD. *Strategic management: A Stakeholder approach*, 2001. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/106619083/Strategic-Management-a-Stakeholder-Approach>.

FREEMAN, R. EDWARD, HARRISON, JEFFREY S. y ZYGLIDOPOULOS, STELIOS. *Stakeholder Theory: Concepts and Strategies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

FRIEDMAN, MILTON. *Capitalismo e Liberdade*. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: LTC, 2014.

GALBRAITH, JOHN KENNETH. *O pensamento econômico em perspectiva: uma história crítica*. Tradução de Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Pioneira: Editora da Universidade de São Paulo, 1989.

GIANNATTASIO, ARTHUR ROBERTO CAPELLA et al. (coords.). *Empresas e direitos humanos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, pp. 53-82.

GOND, JEAN-PASCAL e IGALENS, JACQUES. *La Responsabilité Sociale de L'Entreprise*. 6. ed. Paris: Que sais-je, 2018.

GRAU, EROS ROBERTO. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GRAY, ED y HAY, ROBERT. Social Responsibilities of Business Managers. *The Academy of Management Journal*. vol. 17, n.º 1, mar. 1974, pp. 135-143. Disponível em: [https://www.jstor.org/stable/254777?seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/254777?seq=1#page_scan_tab_contents).

HEILBRONER, ROBERT L. *A formação da sociedade econômica*. Tradução de Ivo Barroso. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974.

- HUNT, E. K. y LAUTZENHEISER, MARK. *História do Pensamento Econômico: uma perspectiva crítica*. Tradução de André Arruda Villela. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- HUNT, E. K. y SHERMAN, HOWARD J. *História do Pensamento Econômico*. 26. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.
- ICSID – International Centre for Settlement of Investment Disputes. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, de abril de 2006. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>.
- Instituto Ethos. Carta de Princípios. 1998. Disponível em: <https://www.ethos.org.br/conteudo/sobre-o-instituto/carta-de-principios/#.XEYOkY3Oo6g>.
- ITLOS – International Tribunal for the Law of the Sea. Rules of the Tribunal, de 17 de março de 2009. Disponível em: [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/basic\\_texts/Itlos\\_8\\_E\\_17\\_03\\_09.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/basic_texts/Itlos_8_E_17_03_09.pdf).
- KARNAL, LEANDRO *et al.* *História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI*. São Paulo: Contexto, 2007.
- KEYNES, JOHN MAYNARD. *The general theory of employment, interest and Money*. New York: Harbinger Book, 1964.
- KINLEY, DAVID y TADAKI, JUNKO. From Talk to Walk: The Emergence of Human Rights Responsibilities for Corporations at International Law. *Virginia Journal of International Law*. vol. 44, n.º 4, 2004, pp. 931-1023. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/228133778\\_From\\_Talk\\_to\\_Walk\\_The\\_Emergence\\_of\\_Human\\_Rights\\_Responsibilities\\_for\\_Corporations\\_at\\_International\\_Law](https://www.researchgate.net/publication/228133778_From_Talk_to_Walk_The_Emergence_of_Human_Rights_Responsibilities_for_Corporations_at_International_Law).
- KRAMER, MARK R. y PORTER, MICHAEL E. The Competitive Advantage of Corporate Philanthropy. *Harvard Business Review*, dec. 2002, pp. 1-15. Disponível em: <https://hbr.org/2002/12/the-competitive-advantage-of-corporate-philanthropy>.
- LÉPINEUX, FRANÇOIS *et al.* *La responsabilité sociale des entreprises*. 2. ed. Paris: Dunod, 2016.
- MADUREIRA, E. M. P. Da Grande Depressão ao Welfare State: mudanças no conceito de desenvolvimento econômico. *Théma et Scientia*. Cascavel/PR, vol. 1, n.º 1, jan./jun. 2011, pp. 72-80.
- MIRANDA, JORGE. *Curso de direito internacional público: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

- NUNES, ANTÓNIO JOSÉ AVELÂS. *Neoliberalismo e Direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- OLIVEIRA, JOSÉ ANTONIO PUPPIM DE. *Empresas na sociedade: sustentabilidade e responsabilidade social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- ONU – Organização das Nações Unidas. Guiding Principles on Business and Human Rights, de 16 de junho de 2011. Disponível em: [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR\\_EN.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf).
- ONU – Organização das Nações Unidas. United Nations Convention on the Law of the Sea, de 10 de dezembro de 1982. Disponível em: [http://www.un.org/Depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/unclos\\_e.pdf](http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf).
- PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA. *Instituições de direito civil/volume 2: teoria geral das obrigações*. 30. ed. Rio de Janeiro, Forense: 2018.
- PIOVESAN, FLÁVIA y GONZAGA, VICTORIANA LEONORA CORTE. In: PIOVESAN, FLÁVIA, SOARES, INÊS VIRGINIA P. y TORELLY, MARCELO (coord.). *Empresas e direitos humanos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, pp. 83-110.
- REZENDE FILHO, CYRO DE BARROS. *História econômica geral*. 4. ed. São Paulo: Contexto, 1999.
- ROMAN, ARTUR. Responsabilidade Social da Empresa: um pouco de história e algumas reflexões. *Revista FAE Business*. n.º 9, set. 2004, p. 36-38. Disponível em: <http://img.fae.edu/galeria/getImage/1/16570179949166246.pdf>
- SCOTT, CRAIG. *The Interdependence and Permeability of Human Rights Norms: Towards a Partial Fusion of the International Covenants on Human Rights*, 1989. Disponível em: [http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol27/iss3/8/?utm\\_source=digitalcommons.osgoode.yorku.ca%2Fohlj%2Fvol27%2Fiss3%2F8&utm\\_medium=PDF&utm\\_campaign=PDFCoverPages](http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol27/iss3/8/?utm_source=digitalcommons.osgoode.yorku.ca%2Fohlj%2Fvol27%2Fiss3%2F8&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages).
- SMITH, ADAM. *Investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. Tradução de Luiz João Baraúna. 3. ed. São Paulo: Nova Cultura, 1988.
- TADHP – Tribunal Africano dos Direitos do Homem e Dos Povos. Daniel Amare and Mulgueta Amare v. Republic of Mozambique and Mozambique Airlines. Sentença de 16 de junho de 2011. Disponível em: <http://en.african-court.org/images/Cases/Decision/Decision%20&%20Erratum%20Appl.005-2011%20Daniel%20Amare%20&%20Amare%20Mulgueta%20v%20Mozambique-Engl..pdf>.

TADHP – Tribunal Africano dos Direitos do Homem e Dos Povos. Delta International Investments vs. The Republic of South Africa. Sentença de 30 de março de 2012. Disponível em: [http://pt.african-court.org/images/Cases/Decision/PT\\_App%20002-2012%20Decision.pdf](http://pt.african-court.org/images/Cases/Decision/PT_App%20002-2012%20Decision.pdf).

TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Affaire Societé Colas Est et Autres c. France. Sentença de 16 de abril de 2002. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Société%20Colas%20Est"\],"sort":\["kdate%20Ascending"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-64986"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Case of the Sunday Times v. The United Kingdom. Sentença de 26 de abril de 1979. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"sort":\["kdate%20Ascending"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57584"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

TELLES, GIOVANNA FILOMENA SILVEIRA. *A função social da empresa*, 2012. Disponível em: <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2012/08/PDF-DI3-03.pdf>.

The World Bank. Public Policy for Corporate Social Responsibility, de 7 a 25 de 2003. Disponível em: [http://info.worldbank.org/etools/docs/library/57434/publicpolicy\\_econference.pdf](http://info.worldbank.org/etools/docs/library/57434/publicpolicy_econference.pdf)

TOMASEVICIUS FILHO, EDUARDO. A função social da empresa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 92, n.º 810, abr. 2.

CRISTINA FIGUEIREDO TEREZO RIBEIRO\*

AIMÉE GABRIELLA TEIXEIRA MARTINS\*\*

SOFIA SEWNARINE NEGRÃO\*\*\*

CAPÍTULO I I

*A responsabilização das empresas por violações  
de direitos humanos: a linguagem dos princípios  
orientadores no Decreto n.º 9571/18,  
progresso ou retrocesso?*



## RESUMO

Diante da mobilização internacional para criação de um mecanismo que pudesse fornecer bases à responsabilização de empresas transnacionais por violações de direitos humanos, o presente artigo visa analisar a incorporação dos Princípios Orientadores de Direitos Humanos e Empresas, no ordenamento jurídico brasileiro. De forma a verificar aplicação da linguagem principiológica nos documentos normativos que regulam o tema, o estudo se funda nas referências teóricas de David Bilchitz (2010) e Henry Shue (1979), que versam sobre natureza das obrigações, a fim de demonstrar o grau de vinculação que as empresas possuem com a responsabilidade diante de violações de direitos humanos. O Decreto n. 9.571/18 possui dispositivos que têm ligação direta com os Princípios Orientadores de Empresas e Direitos Humanos e a pesquisa se aprofunda em relação à fragilidade do Decreto frente aos interesses das empresas transnacionais e defende a modificação interpretativa da obrigação de respeito para uma obrigação de caráter positivo, que prevê a atuação direta e ativa das empresas no contexto de salvaguarda de direitos humanos.

*Palavras-chave:* Princípios Orientadores, Decreto n. 9.571/18, Direitos Humanos, Responsabilização de Empresas.

## THE ACCOUNTABILITY OF COMPANIES FOR HUMAN RIGHTS VIOLATIONS: THE LANGUAGE OF THE GUIDING PRINCIPLES IN DECREE N. ° 9571/18, PROGRESS OR RETROCESS?

### ABSTRACT

In view of the international mobilization to create a mechanism that could provide bases for the accountability of transnational companies for human rights violations, this article aims to analyze the incorporation of the Guiding Principles of Human Rights and Companies, in the Brazilian legal system. In

---

\* Doutora em Direito pela Universidade Federal do Pará – UFPA, Pará (Brasil). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal do Pará – UFPA, Pará (Brasil). E-mail: <cfterez@hotmai.com>

\*\* Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Pará – UFPA, Pará (Brasil). Bolsista na Clínica de Direitos Humanos da Amazônia pela Universidade Federal do Pará – UFPA, Pará (Brasil). E-mail: <aimee.martins9@gmail.com>

\*\*\* Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Pará – UFPA, Pará (Brasil). Bolsista na Clínica de Direitos Humanos da Amazônia pela Universidade Federal do Pará – UFPA, Pará (Brasil). E-mail: <aimee.martins9@gmail.com>



order to verify the application of the principiological language in the normative documents that regulate the subject, the study is based on the theoretical references of DAVID BILCHITZ (2010) and HENRY SHUE (1979), on the nature of the obligations, in order to demonstrate the degree of companies that have responsibility for human rights violations. Decree n. 9.571 / 18 has devices that have a direct link with the Guiding Principles of Business and Human Rights and the research delves into the fragility of the Decree against the interests of transnational companies and defends the interpretative modification of the obligation of respect for a positive obligation, which provides for the direct and active performance of companies in the context of safeguarding human rights.

*Keywords:* Guiding Principles, Decree n. 9.571/18, Human Rights, Accountability Corporations.

## INTRODUÇÃO

Diante de um contexto de intensa expansão da globalização e da crescente influência das transnacionais sobre os poderes dos Estados e as disputas de áreas mais flexíveis a instalação de seus empreendimentos e, logo de investimentos para os países em desenvolvimento, intensificam-se os estudos acerca das violações aos direitos humanos decorrentes dessas atividades e a possível responsabilização dessas corporações. Na esfera global, diversas iniciativas foram estabelecidas no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), a exemplo dos Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos e do Grupo de Trabalho sobre Direitos Humanos e Empresas Transnacionais e Outros Negócios.

Nesse sentido, foi por meio da Resolução n. 26/9<sup>[1]</sup>, que o Conselho de Direitos Humanos da ONU determinou a criação do Grupo de Trabalho e atribuição do seu mandato de formular um instrumento juridicamente vinculante para regular as atividades das empresas transnacionais e outras empresas. Desse modo, foram realizadas quatro sessões, sendo a última realizada no período de 15 a 19 de outubro de 2018<sup>[2]</sup>, presididas pelo Equador para

---

1 Disponível em <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/55/PDF/G1408255.pdf?OpenElement>>. Acesso em 11 jan. 2019.

2 Disponível em <<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Session4/Pages/Session4.aspx>>. Acesso em 11 jan. 2019.

discutir sobre o tema. Durante a terceira sessão foi elaborado um documento de elementos sobre o projeto do tratado internacional, como ponto inicial das discussões consideráveis e baseado nas sessões anteriores. Assim, de acordo com as determinações da Resolução, a presidência do Grupo de Trabalho deveria apresentar um texto inicial sobre o tratado, chamado de *Draft o* publicada em 20 de julho de 2018 pelo Equador, a partir de consultas que não buscavam uma negociação entre as delegações e organizações da sociedade civil. Logo, o conteúdo do *Draft o* não traduz as orientações do documento de elementos e do posicionamento da presidência no Grupo de Trabalho<sup>3</sup>.

Em âmbito doméstico, tem-se o incentivo para criação dos Planos Nacionais de Ação (PNAs) como forma de implementar os Princípios Orientadores, embora sofrem diversas críticas quanto sua voluntariedade e estrita relação com questões políticas que influenciam em certo nível o grau de sua efetividade<sup>4</sup>. No Brasil, há certas iniciativas quanto à elaboração e impactos dessa medida no que compreende ao arcabouço normativo existente.

Dessa forma, com a crescente tentativa de estabelecer políticas de responsabilização desses atores não estatais, tanto em nível global quanto nacional, que demonstra a necessidade de analisar como o Estado brasileiro posiciona-se frente a intensas movimentações de reparação e prevenção de violações a direitos humanos e como apresenta-se na incorporação dessas iniciativas no âmbito de suas políticas internas. Logo, o Decreto n. 9571/18, que estabelece as diretrizes nacionais sobre empresas e direitos humanos, para médias e grandes empresas, incluídas as empresas multinacionais com atividades no País retrata a estratégia de responsabilização das empresas e posicionamento do governo brasileiro para tratar da temática, sendo, por essa razão, objeto do presente artigo. Cumpre destacar que por se tratar de medida recente, não há expressiva produção científica acerca das implicações desse ato normativo, o que demonstrar a importância do presente estudo.

---

3 GUAMÁN, ADORACIÓN. El Draft o del Binding Treaty: análisis crítico del contenido del texto y su adecuación con el objetivo de la Resolución 26/9. In: *Cadernos de Pesquisa Homa*, vol. 1, n.º 6, Juiz de Fora, set. 2018. Acesso em 10 jan. 2019. Disponível em <<http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2018/09/Artigo-Analisis-Draft-Zero.pdf>>

4 MONTESINOS, CARMEN. Implementação dos Princípios Ruggie. Novo progresso na conformação de um Direito Global Emergente?, *Revista Internacional de Direitos Humanos e empresas*, vol. 2, n.º 2, Juiz de Fora, 2018, pp. 85-86. Acesso em 10 jan. 2019. Disponível em <<http://ojs.homacdhe.com/index.php?journal=homapublica&page=issue&op=view&path%5B%5D=1>>

Inicialmente, tem-se a discussão sobre o conteúdo Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos e a forma com John Ruggie compreende as obrigações das empresas e dos Estados, propondo-se uma nova percepção dessas obrigações a partir das reflexões de David Bilchitz e da classificação clássica da tríplice obrigação decorrente de cada direito, apresentada por Henry Shue. Após tal contexto internacional, enfrenta-se como o Estado brasileiro vem atendendo esse chamado internacional, a partir da apresentação das iniciativas existentes desenvolvidas em seus diversos órgãos. Desta forma, é possível avaliar se houve avanços no texto da lei, a partir de todo um conjunto de discussões realizadas para elaboração de uma Política Nacional de Direitos Humanos e Empresas. Para tanto, o artigo finaliza com a análise própria do conteúdo do Decreto n. 9571/18, examinado a linguagem abordada no decorrer do texto normativo e sua incorporação da linguagem desenvolvida nos Princípios Orientadores, a base principiológica da obrigação de proteção, a incorporação de obrigações negativas de respeito e quais os mecanismos de responsabilização referentes a reparação dos danos causados por atividades empresariais.

Para a elaboração do presente artigo foi utilizada bibliografia especializada recente sobre a temática e também de fontes primárias, como documentos normativos sobre as iniciativas recentes e posicionamento de certos órgãos brasileiros.

#### I. A LINGUAGEM DOS PRINCÍPIOS ORIENTADORES E POSSÍVEIS INTERPRETAÇÕES

A partir da obscuridade acerca de quais seriam as responsabilidades das empresas frente a violações de direitos humanos, na comunidade internacional, especialmente na ONU, busca-se construir um marco normativo, que vise responder esses questionamentos, haja vista o declínio de tentativas anteriores, como as chamadas Normas da ONU sobre as Responsabilidades das Empresas Transnacionais e outros Empreendimentos, onde agentes empresariais possuem obrigações perante o Direito Internacional, ao lado dos Estados. É, neste contexto, que surge o mandato de John Ruggie, como Representante Especial da Comissão de Direitos Humanos, tendo por objetivo investigar as questões pendentes sobre o tema, superando os obstáculos enfrentados pelas Normas da ONU<sup>5</sup>.

---

5 BILCHITZ, DAVID. O Marco Ruggie: ¿Uma Proposta Adequada para as Obrigações de Direitos

Em relatório submetido à Comissão de Direitos Humanos e divulgado em 2008, RUGGIE estabelece os Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos (Princípios Orientadores ou Princípios Ruggie), um documento de caráter político e orientador das demais ações sobre a temática. Ele estrutura-se a partir de três princípios fundamentais “Proteger, Respeitar e Remediar”, relacionando-se a determinados atores.

Como explica David Bilchitz<sup>6</sup>, a obrigação de proteger dirige-se ao Estado perante aos direitos fundamentais dos indivíduos frente a violações realizadas por atores não-estatais, e caberia às empresas a obrigação de respeitar os direitos humanos, de não causar danos, de adotar a concepção de “devida diligência”. Por último, a obrigação de remediar, que se refere ao acesso à recursos de reparação e punição quando houver violações de direitos humanos, também relaciona-se ao Estado. Como sustenta Bilchitz<sup>7</sup>, o dever de proteger do Estado exige que este realize certas medidas de reparação quando os demais atores violarem direitos humanos, logo não se trata de obrigação das empresas, mas sim recursos efetivos que o Estado deve assegurar as vítimas, para que seus direitos sejam reparados.

Desse modo, é evidente que os Princípios Orientadores ocupam-se primordialmente em delimitar quais seriam as obrigações dos Estados, enquanto as determinações para as empresas encontram-se inexpressivas e desenvolvidas, de forma a limitar a responsabilização das empresas.

Essa linguagem de responsabilidade passiva das empresas e do cerne negativo da obrigação de respeitar, deriva de uma classificação clássica dos direitos em prestações positivas que exigem uma ação para seu cumprimento; e negativas em que bastaria uma omissão para realizá-los. Contudo, considerando classificações especializadas como a desenvolvida por Henry Shue, como explicita Cristina Terezo<sup>8</sup>, onde para cada direito existem três tipos de obrigações: evitar a violação, proteger da violação e garantir auxílio caso ocorra a violação.

Essa classificação, adotada amplamente na ONU, como, por exemplo no Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, inclui deveres de respeito, proteção e implementação, similar a linguagem desenvolvida por Ruggie.

Humanos das Empresas? *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol. 7, n.º 12, São Paulo, jun. 2010. Disponível em <<http://sur.conectas.org/o-marco-ruggie>>. Acesso em 10 jan. 2019.

6 *Ibidem*, p. 213.

7 *Ibidem*, p. 214

8 TEREZO, CRISTINA. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*, Curitiba, Appris, 2014, p. 72.

Entretanto, tais obrigações impõem proteção integral de um direito e implicam na adoção de diversas medidas, tanto de caráter “negativo”, quanto “positivo”. Assim, é possível inferir que os Princípios Orientadores expressam uma responsabilização limitada às empresas, além da ambiguidade em que JOHN RUGGIE infere quando afirma ser a obrigação de respeitar uma expectativa inicial para as empresas e, a depender das atividades a serem desenvolvidas<sup>9</sup>.

Logo, reconhecer uma posição passiva às empresas na promoção e proteção dos direitos humanos diante das suas potencialidades e prejudiciais atuações, é minimizar possíveis avanços na responsabilização desses atores, pois diante de todas as benesses de lucro, disponibilidade de recursos naturais e impactos na comunidade local, demandam um posicionamento mais efetivo para minimizar e reparar possíveis danos.

## 2. CONTEXTO BRASILEIRO SOBRE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS

No âmbito do Estado brasileiro, medidas de determinados órgãos vêm objetivando delimitar as obrigações e responsabilidades das empresas. Como um passo inicial do Estado brasileiro, tem-se o III Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH 3)<sup>10</sup> instituído pelo Decreto n. 7.037 de 2009, atualizado pelo Decreto n. 7.177 de 2010, que elaborado com ampla participação social, tem por escopo efetivar a temática dos direitos humanos como uma política do Estado e divide-se em eixos orientadores.

No Eixo II chamado “Desenvolvimento e Direitos Humanos” está presente o tema sobre violações de direitos humanos provocados por empresas, onde se identifica uma obrigação em adotar o desenvolvimento sustentável, social e economicamente, ambientalmente equilibrado e responsável por sua tecnologia, que torne a pessoa o elemento central do desenvolvimento, entre outras determinações. Como pondera Trentin e Lopes<sup>11</sup>, o PNDH 3 é pouco preciso e remoto ao estabelecer as necessárias determinações sobre responsabilização

---

9 BILCHITZ, DAVID. Ob. cit., p. 216.

10 Disponível em <<https://pndh3.sdh.gov.br/portal/sistema/sobre-o-pndh3>> Acesso em 11 de jan. 2019.

11 TRENTIN, MELISANDRE; LOPES, RAPHAELA. Elementos para uma Política Brasileira de Direitos Humanos e Empresas: o acúmulo do GT corporações. In: *Para uma política nacional de Direitos Humanos e Empresas no Brasil: Prevenção, Responsabilização e Reparação*, HOMA, Análise n.º 48, 2018, pp. 7-8.

das empresas, mas possui relevância por orientar que as violações perpetradas por empresas faça parte do eixo dos direitos humanos, assim, inaugura uma proteção maior ao tema.

Com o impulso da criação dos Planos Nacionais de Ação como parte da estratégia de implementação dos Princípios Orientadores sobre Direitos Humanos e Empresas, por meio de documento guia lançado pelo Grupo de Trabalho da ONU sobre Direitos Humanos e Empresas Transnacionais e Outros Negócios, que busca orientar os Estados sobre como desenvolver esses Planos, o Ministério de Direitos Humanos, mediante Portaria n. 289<sup>[12]</sup>, de 10 de agosto de 2018, criou o Comitê Empresas e Direitos Humanos (CEDH), responsável pelo recebimento de demandas de vários atores, como sociedade civil, centros de pesquisa, órgãos de controle, Ministério Público, Defensoria Pública e Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos, além de monitorar as ações das empresas e estimular medidas estratégicas.

Ainda sobre medidas do Ministério dos Direitos Humanos, a Portaria n. 350<sup>[13]</sup>, de 20 de novembro de 2018, instituiu o Código de Conduta e de Respeito aos Direitos Humanos para Fornecedores de Bens e de Serviços do Ministério dos Direitos Humanos, que regula as diretrizes éticas e de respeito aos Direitos Humanos nas relações contratuais com as empresas fornecedoras ou que prestam algum serviço ou entidades parceiras. Todas as diretrizes, princípios e responsabilidades presentes no Código de Conduta são obrigatórias para as empresas e fornecedores contratantes, apresentando-se como documento de força vinculante no âmbito do Ministério de Direitos Humanos. Entre seus pilares está o pleno respeito aos direitos humanos pautados nos Princípios Orientadores, cumprimento das políticas de ações afirmativas principalmente as instituídas pelo Decreto n. 4.228, de 2002, programa de integridade corporativa, que visa fiscalizar irregularidades e atos ilícitos como corrupção sob o enfoque da Lei n. 12.846, de 2013. Como observa-se no art. 1º do Código de Conduta, as diretrizes estabelecidas referem-se somente a contratos realizados com empresas fornecedoras de bens ou serviços no âmbito do Ministério de Direitos Humanos, o que restringe a amplitude de incidência de suas previsões.

---

12 Disponível em <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=14/08/2018&jornal=515&pagina=242>>. Acesso em 10 de jan. 2019.

13 Disponível em <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=21/11/2018&jornal=515&pagina=16>>. Acesso em 10 jan. 2019.

Dessa forma, percebe-se determinadas iniciativas do Estado brasileiro para adequar-se aos parâmetros internacionais sobre o tema. Diante de tais medidas, que se fundam nas Princípios Orientadores e visam fomentar um PNA no Brasil, o Ministério Público Federal (MPF), por meio da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, que monitora a atividade do Estado quanto à matéria de Direitos Humanos e atividades empresariais, emitiu a Nota Técnica n 7/2018<sup>14</sup> onde destaca certas críticas aos Princípios Orientadores, que acompanham os Planos Nacionais, haja vista que são instrumentos de implementação dos princípios<sup>15</sup>.

Na Nota, o MPF indica que a característica de recomendação presente nos princípios e seu caráter não vinculante, demonstram-se muito aquém do que espera-se de uma regulamentação da matéria. O uso de verbos de omissão para as empresas traduz-se em certa tolerância a violações de direitos humanos, e falta-lhes o reconhecimento da corresponsabilidade empresarial quanto a proteção dos direitos, principalmente quando percebe-se governos deficientes perante atuação de transnacionais. Soma-se, a não previsão de adoção pelos Estados de jurisdição universal ou quase-universal, a última sendo a possibilidade propor um litígio contra empresas de qualquer país que atuem direta ou indiretamente, ou possua estabelecimentos ou ativos, e falta de obrigações claras sobre a consulta livre, prévia e informada das populações afetadas. Assim, seria necessária a superação da linguagem dos Princípios Orientadores para concretização de uma política pública eficaz.

Ademais, para o MPF, a temática encontra-se em um nível mais avançado de regulamentação do que o contido nos Princípios. Logo, seria retrocesso a implementação dos Planos Nacionais que não superassem essas críticas, haja vista a existência de atos normativos e leis vinculantes sobre a atividade empresarial, a exemplo de leis ambientais, na qual exige-se estudos prévios sobre impacto ambiental de obras ou atividades empresariais, responsabilização criminal da pessoa jurídica por crimes ambientais, ratificação pelo Brasil da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre a consulta prévia, livre

---

14 Disponível em <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/notas-tecnicas/nota-tecnica-pfdc-7-2018>>. Acesso em 11 jan. 2019.

15 CANTÚ RIVERA, HUMBERTO. Planes de acción nacional sobre empresas y derechos humanos: sobre la instrumentalización del derecho internacional en el ámbito interno. Em: *Anuario mexicano de derecho internacional*, vol. 17, México, 2017, p. 123. Acesso em 10 jan. 2019. Disponível em <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/11033/13059>>.

e informada a povos e comunidades tradicionais. Somados a determinação da função social da propriedade e expropriação de terras que exploram mão de obra escrava, e demais ações públicas. Diante deste cenário, o MPF acredita ser necessária maior reflexão na discussão de patamares já consolidados de proteção de direitos humanos.

### 3. A INCORPORAÇÃO DOS PRINCÍPIOS ORIENTADORES PELO DECRETO N.º 9.571/18

O Decreto n. 9.571<sup>[16]</sup> de 21 de novembro de 18, é definido como o marco para a criação de um recurso normativo que dispõe sobre os limites referentes à atuação das empresas transnacionais em um âmbito interno, haja vista que, em consonância, seu conteúdo incorpora os elementos normativos internacionais, tais como os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, formulados por John Ruggie, para a adequação das empresas aos ditames inerentes aos conceitos de prevenção, proteção e reparação dos impactos e das violações de direitos humanos, que ocorrem a partir da instalação e atuação das empresas transnacionais. Sendo assim, torna-se relevante a análise dos conceitos e recomendações contidos no Decreto presidencial, pois o mesmo é demonstrado como um instrumento que poderá atribuir grau de responsabilização aos danos causados.

Cumprir destacar que apesar da movimentação nacional por diferentes atores, o processo de elaboração do Decreto que estabelece Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, não contou com a participação da sociedade civil e tampouco com entidades e organizações sociais, fato que negligencia o trabalho realizado por diferentes instituições, que como já explicitado, estabelece impasses, críticas e direcionamentos para o avanço efetivo frente a proteção aos direitos humanos. Além disso, a política não delineou ações governamentais desenvolvidas para preencher as lacunas legislativas e consequentemente normativas; não se trata de um projeto de política estatal voltada para a regulação da atividade das empresas transnacionais<sup>17</sup>.

Ao realizar a análise do Decreto n. 9.571/18, um dos principais aspectos similares ao disposto por John Ruggie, se designa justamente pelo grau vin-

16 Disponível em <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=22/11/2018&jornal=515&pagina=1>>. Acesso em 11 jan. 2019.

17 CANTÚ RIVERA, HUMBERTO. Ob. cit., p. 125.



culativo do mesmo, considerando-se a finalidade voluntarista dos Princípios Orientadores. Tal questão pode ser claramente observada nos mecanismos de reparação, os quais somente podem produzir o efeito reparador necessário, se assim as empresas consentirem. Logo, a empresa possui uma margem facultativa de adesão, fato que se evidencia no texto normativo do Decreto brasileiro em comento.

Nesse diapasão, a lógica sistemática da impunidade, permeada por articulações políticas, que permitem que o poder estatal seja inferior ao poder de coação das grandes corporações, refletem no grau de vinculação e força cogente do Decreto ora em análise. No contexto de um país emergente como o Brasil, a defesa dos direitos dos indivíduos e seu acesso à justiça ficam vulneráveis, pois, por meio de vários mecanismos extrajurídicos, os poderes econômicos são capazes de burlar a lei, elidir as condenações ou dificultar sua aplicação<sup>18</sup>.

A facultatividade da incorporação das normas é um dos aspectos centrais dos Princípios Orientadores e fundamenta o cumprimento das obrigações diante da escolha de cada ente sobre a adesão de regras de conduta e a posterior responsabilização pelo não cumprimento das mesmas. Isso fica refletido no artigo 1º, § 2º, do referido Decreto, onde as empresas podem decidir aderir de maneira livre, ou seja, a obrigação só é firmada caso a empresa consinta com o que está disposto nos artigos, fato que corrobora com a fragilidade imperativa da norma.

Além disso, o selo “Empresas e Direitos Humanos”, é uma política delimitada nas disposições iniciais do Decreto, que se formou com o intuito de estimular a adesão voluntária das empresas às Diretrizes do Decreto n. 9.571/18. Consiste na instituição do selo, pelo Ministro de Estado dos Direitos Humanos às empresas que se adequarem ao contexto dos Princípios Orientadores. Contudo, também se observa no documento, que não existem sanções para as empresas que não atuem de maneira condizente com as normas em questão, tendo em vista que o Decreto não versa sobre as formas de revogação do selo ou sobre as consequências da atuação indevida das empresas.

O formato de adesão opcional também se reflete no processo vinculativo do Decreto n. 9.571/18, pois ele se direciona à obtenção de um consenso entre as empresas para a adesão de formas de combate à violação de direitos humanos.

---

18 BERRÓN, GONZALO. Poder econômico, democracia e direitos humanos, *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol. 11, n.º 20, São Paulo, jun./dez 2014, p. 132. Acesso em 10 jan. 2019. Disponível em <<http://sur.conectas.org/poder-economico-democracia-e-direitos-humanos>>.

Nesse sentido, a voluntariedade se entrelaça com o conceito de responsabilidade social corporativa, haja vista que o reconhecimento das normas, também encontra como obstáculo a própria maneira de articulação interna das empresas, a incorporação dos princípios requer um planejamento que envolve a alocação de recursos e organização institucional.

### 3.1. A BASE PRINCIPIOLÓGICA DA OBRIGAÇÃO PROTETIVA INCORPORADA AO DECRETO N.º 9.571/18

A análise do Decreto n. 9.571/18 permite destacar a obrigação constante no art. 2º, I, que alude ao princípio relacionado à proteção e é disposto com a obrigação de proteger. Assim, fora definido por Ruggie, como um objetivo que deve ser alcançado pela atividade estatal. Para David Bilchitz, a entidade estatal não somente vincula-se com a obrigação protetiva, mas se encarrega de garantir sua eficácia e, conseqüentemente, assegurar a proteção dos direitos fundamentais diante da atuação de outros entes não governamentais<sup>19</sup>. Assim, o autor apresenta relevante crítica aos princípios, pois constata que a obrigação de proteger, torna o Estado um agente de execução no Direito Internacional, fator que implica também na forma de regulação que deve ser promovida e interligada ao processo de produção de mecanismos efetivos para a reparação dos possíveis danos causados, em razão da ocorrência de falhas na obrigação positiva de proteção.

Dentre as obrigações estatais estipuladas no Capítulo II do Decreto n. 9.571/18, situam-se políticas de estímulo às grandes corporações para que se submetam aos aspectos regulatórios referentes à responsabilização civil pelos danos causados; a incrementação de políticas internas que valorizem e indiquem a importância da inserção das empresas no processo de assentimento da obrigação de respeito aos direitos humanos, de maneira a estimular a elaboração de códigos de conduta, que tenham como objeto principal a finalidade de respeito aos direitos humanos.

Impende destacar, que o objetivo perpassa pelo impasse da delimitação do Estado como agente ativo no processo em questão, em que está em condições assimétricas de poder, fator que pode ser propulsor da ineficácia dos preceitos de cunho positivo estipulados no Decreto em comento, haja vista o grau de influência exercido por cada ente, sobretudo em países emergentes,

---

19 BILCHITZ, DAVID. Ob. cit., p. 213.

como o Brasil, em que o Estado recua em seu interesse de regulamentação de empresas<sup>20</sup>, pois são locais onde as grandes corporações exercem significativa influência sobre os atos de governo.

O Decreto n. 9.571/18 ilustra a influência que as grandes empresas transnacionais exercem sobre a soberania dos Estados, a corroborar com a noção de interferência sobre as políticas de regulação de Empresas, o chamado *lobby* empresarial, indica a resistência das empresas transnacionais à criação de leis que possam colocar em risco as estratégias e expectativas de lucro e negócios das empresas, de forma a realizar opressões, ainda que camufladas, para a promoção de leis capazes de defender os interesses das empresas situadas nos e Estados anfitriões<sup>21</sup>.

O Estado como garantidor da proteção dos direitos humanos retoma ao conceito de assimetria do poder, de forma que se as obrigações de salvaguarda dos direitos humanos forem atribuídas somente aos entes estatais, não será alcançada a realização dos direitos e, sim um retrocesso perante as garantias e responsabilidades existentes.

### 3.2. A INCORPORAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE RESPEITO E A CONSERVAÇÃO DO CARÁTER NEGATIVO OBRIGACIONAL

A obrigação de respeito, proposta por John Ruggie, versa sobre as condutas que devem ser evitadas pelas empresas e também sobre a atuação de acordo com a devida diligência, de maneira a buscar não violar direitos e gerenciar o risco de envolvimento nos abusos de direitos humanos. RUGGIE reduz a interferência das empresas na salvaguarda dos direitos humanos, para a tarefa de cunho “negativo” de evitar danos aos direitos<sup>22</sup>.

Em uma concepção terminológica dos conteúdos previstos no art. 6º do Decreto n. 9.571/18, que inicia o capítulo concernente à responsabilidade das empresas diante das violações de direitos humanos, o vocábulo “evitar”,

---

20 FEENEY, PATRICIA. A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das nações unidas e o futuro da agenda de advocacy. *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol. 6, n.º 11, São Paulo, dez. 2009. Acesso em 10 jan. 2019. Disponível em <<http://sur.conectas.org/empresas-e-direitos-humanos>>

21 HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, JUAN e RAMIRO, PEDRO. *Against the “Lex Mercatoria”: proposals and alternatives for controlling transnational corporations*, Madrid, Omal, 2016, p. 14. Disponível em: <[http://omal.info/IMG/pdf/against\\_lex\\_mercatoria.pdf](http://omal.info/IMG/pdf/against_lex_mercatoria.pdf)>. Acesso em 07 jan. 2019.

22 BILCHITZ, DAVID. Ob. cit., p. 210

é utilizado para definir um aspecto de isenção, não há um conteúdo proibitivo das violações e, sim noções que revelam aspecto omissivo sobre condutas que geram a violação de direitos humanos. O comprometimento se torna uma obrigação mínima e pautada no consenso sobre as definições relacionadas à transgressão de direitos humanos, perante a determinação imprecisa das verdadeiras condutas que não são permitidas, bem como a inconcretude das medidas de responsabilização caso sejam transgredidos os preceitos dispostos no Decreto em comento.

A necessidade de delimitação maior sobre as obrigações das empresas se baseia na concepção de David Bilchitz, que critica a predominância das obrigações de abstenção e entende a necessidade de teorias normativas que indiquem de forma mais precisa quais as reais obrigações direcionadas às empresas<sup>23</sup>. O autor também ressalta que a responsabilidade de respeito, não deve ser articulada apenas ressaltando o caráter negativo que confere o grau de vigilância para o não cometimento de atos violadores, mas deve ser observada a perspectiva de que as empresas são sujeitos de obrigações que envolvem a proteção direta de Direitos Humanos<sup>24</sup>, de maneira que devido a grande potencialidade econômica e as articulações internacionais das empresas, são importantes agentes capazes de promover a proteção de direitos humanos, em razão da abrangência e influência detida pelos entes não governamentais.

A visão minimalista das obrigações inerentes às empresas, funciona como um suporte para a estagnação da evolução normativa para a proteção dos direitos humanos. Como exemplo disso, tem-se o conceito de devida diligência, onde as empresas assumem uma ação direta e positiva<sup>25</sup>, ou seja, os procedimentos por meio dos quais, devem ser adotados para prevenir e solucionar os problemas que envolvem violações aos direitos humanos.

Nesse sentido, por exemplo, a empresa fica obrigada a realizar um estudo que compreenda os impactos das atividades empresariais e o potencial que estas possuem para serem instrumentos capazes de causar danos, de forma a articular a implementação de ações que auxiliem ativamente no processo de realização dos direitos, inclusive atos de terceiros (que podem ser as subsidiárias da empresa matriz).

---

23 *Ibidem*, p. 218.

24 *Ibidem*, p. 200.

25 *Ibidem*, p. 206.

O Decreto n. 9.571/18 dispõe pelo mecanismo de devida diligência, que deve ser atendido pelas empresas por meio do estímulo do Estado na integração de tais propostas, de acordo com o disposto no art. 13, VII, retirando assim, o sentido de abstenção diante da obrigação de respeito.

Ao versar sobre o âmbito dos direitos violados, tem-se a clássica classificação realizada por Henry Shue, do conteúdo das obrigações diante de um direito, onde para o autor, a realização integral de um direito depende também do desempenho de outros tipos de deveres<sup>26</sup>. O autor também advoga que não é de competência somente do Estado o cumprimento das obrigações para a efetivação de Direitos humanos; o mesmo defende a existência de obrigações intrínsecas a outros indivíduos e entes. A base teórica de Shue destaca a existência de obrigações que não se restringem à abstenção e corrobora com o entendimento de Bilchitz sobre ações diretas que devem ser implementadas pelos entes não estatais, reafirmando a insuficiência da passividade das empresas diante das questões relacionadas aos direitos humanos.

O processo de identificação e delimitação das obrigações inerentes às empresas, é passo importante para delimitar o grau de responsabilidade das mesmas diante da violação de direitos humanos, e quais ações são elementos condicionantes para que seja atribuída a quebra de compromisso entre as empresas e as disposições contidas no Decreto n. 9.571/18. O cerne obrigacional de respeito de caráter negativo indica um frágil elemento, pois como já explicitado acima, devido às relações de poder, o dever obrigacional das empresas é estimulado pelas pressões sociais externas e pela responsabilidade social corporativa que induz à obtenção de um selo de qualidade (que indica a existência da incorporação dos Princípios Orientadores na regulação nacional) em troca de abstenção sobre ações danosas.

A “arquitetura da impunidade” é baseada justamente em estratégias articuladas pelas empresas, para que as regulações estejam a seu favor. Com efeito, a incorporação dos Princípios Orientadores pelo Decreto n. 9.571/18 fomenta a conservação deste cenário, pois as empresas não recebem regulações normativas que indiquem condutas proibidas para que não ocorram violações<sup>27</sup>.

Os fatores destacados implicam na necessidade da superação da linguagem Ruggie sobre as obrigações de respeito, por ser calcada em obrigações somente negativas, para dar espaço a uma interpretação que alcance maior dimensão e

---

26 TEREZO, CRISTINA. Ob. cit., p. 73.

27 BERRÓN, GONZALO. Op. cit., p. 131.

proporcione deveres diretos para a realização dos Direitos Humanos, de forma a ultrapassar as barreiras do véu corporativo das empresas. A dificuldade para a implementação de deveres vinculantes para as empresas se compreende em razão das estratégias lucrativas das mesmas, pois em geral os lucros são alcançados por meio do desrespeito aos direitos, tendo como base o fato de que políticas destinadas a resguardar os direitos humanos, são “entraves econômicos”, motivo que determina a estabilização das empresas em países emergentes, com regulamentações frágeis.

### 3.3. O PROCESSO DE REMEDIAÇÃO E REPARAÇÃO DAS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS PELAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS

De modo a obter reparação por meio de um procedimento eficaz, as partes que sofreram violações devem ter acesso a mecanismos judiciais e não-judiciais de denúncia, pressuposto incorporado ao Decreto n. 9.571/18, em seu III Capítulo. A norma atribui ao Estado a responsabilidade em criar tais mecanismos, juntamente com as empresas, por meio de um Código de Conduta, que ao ser violado, deve conter medidas para a devida apuração da ocorrência. No entanto, tal procedimento é adotado internamente, o que torna impreciso o processo de responsabilização, haja vista que os mecanismos de apuração e sancionamento são oriundos das empresas e devem ser aplicados às mesmas. É possível empreender que, devido a fragilidade normativa não vinculante, as empresas se detêm à uma filantropia estratégica, que perpassa sobre a imagem de “responsabilidade social corporativa” e o conceito de vigilância (*due diligence*) se confunde com as atividades que geram benefícios diante da filantropia, ou as atividades que não geram impacto direto à comunidade vulnerável.

Os procedimentos contidos no art. 13, VII, oferecem obrigações centradas na reparação do dano sofrida pelas vítimas, tais como indenização pecuniária, ou não pecuniária; desculpas públicas; restituição de direitos e garantias de não repetição. Atribuições que se estendem para a garantia de uma reparação integral do dano e com o objetivo de que seja consumada a ideia de fluxos reparativos, com prazos de resposta para as pessoas que tiveram algum direito violado.

Com efeito, a criação de instrumentos de denúncia e o acesso à informações é garantia indispensável ao acesso à justiça, mas os estudos apontam para a necessidade de formas que assegurem o devido andamento dos processos relacionados à violação dos direitos humanos de populações vulneráveis, pois os

estudos relativos às formas de reparação e remediação, indicam a pouca transparência dos mecanismos relacionados à apuração do dano e da efetivação de uma reparação concreta, de maneira que as obrigações constantes no Decreto n. 9.571/18 remetem também à conservação das lacunas deixadas por Ruggie nos Princípios Orientadores, pois ambos os documentos não fomentam mecanismos verdadeiramente vinculantes de responsabilização pelos danos causados.

## CONCLUSÃO

A exigência de regulamentação específica é resultado de um contexto de violações de direitos humanos por empresas transnacionais que fixam suas filiais em países emergentes, os quais possuem um ordenamento jurídico arquitetado para atrair investimento, tal qual como se define a “corrida para o fundo do poço” eminente nos países do Sul Global, pois criam mecanismos de fomento para a implantação de grandes empresas, mediante incentivos tributários e fontes de financiamento vantajosas, bem como a flexibilização de normas inerentes à responsabilização pela violação de direitos humanos e o papel de monitoramento do Estado perante a conjuntura de condutas violadoras.

Dessa forma, as hipóteses elencadas, a incorporação dos Princípios Orientadores no Decreto n. 9.571/18, como demonstrado acima, também pode se apresentar como o transmissor dos principais impasses enfrentados para a criação de um documento vinculante para a responsabilização das transnacionais por violações aos Direitos Humanos. Por outro lado, os documentos normativos em comento apresentam-se como um exemplo da estagnação normativa, aspecto determinado pela voluntariedade dos preceitos normativos indicados no Decreto, tendo em vista que o mesmo delinea a incorporação dos Princípios Orientadores em sua forma tradicionais e perpetua mecanismos obrigacionais capazes de acarretar uma limitação ao efetivo processo de proteção, respeito e reparação dos Direitos Humanos.

O Decreto n. 9.571/18 considera que as prestações positivas continuam sendo funções atribuídas ao Estado, enquanto os principais atores da violação de direitos Humanos neste contexto, ou seja, as grandes corporações transnacionais, se isentam de aspectos formais realmente proibitivos de condutas violadoras.

O Decreto n. 9.571/18, que incorpora os Princípios Orientadores de Empresas e Direitos Humanos, ao incrustar obrigações de caráter voluntário e conceder os deveres de atuação positiva em maioria para o Estado, também falha na consideração do contexto social vigente, em razão de ter sido elaborado

com a ausência de atores sociais que pudessem representar a população para fins de sua legitimação.

## REFERÊNCIAS

- BERRÓN, GONZALO. Poder econômico, democracia e direitos humanos. *SUR Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol. 11, n. 20, São Paulo, jun./dez 2014. Disponível em: <http://sur.conectas.org/poder-economico-democracia-e-direitos-humanos/>.
- BILCHITZ, DAVID. O Marco Ruggie: ¿Uma Proposta Adequada para as Obrigações de Direitos Humanos das Empresas? *SUR Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol. 7, n. 12, São Paulo, jun. 2010. Disponível em: <http://sur.conectas.org/o-marco-ruggie/>.
- Brasil. Decreto n. 9.571 de 21 de novembro de 2018. Estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos. Diário Oficial, Brasília, DF, 21 nov. 2018. Seção 1.
- Brasil. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. Nota Técnica n. 7/2018, A proteção reparação de Direitos Humanos em relação a atividades empresariais. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/notas-tecnicas/nota-tecnica-pfdc-7-2018>.
- CANTÚ RIVERA, HUMBERTO. Planes de acción nacional sobre empresas y derechos humanos: sobre la instrumentalización del derecho internacional en el ámbito interno. *Anuario mexicano de derecho internacional*, vol. 17, México, 2017. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/11033/13059>.
- CANTÚ RIVERA, HUMBERTO. From general ‘responsibility’ to context-specific ‘duty’: the role of the state in ensuring corporate compliance with international human rights law, *Revista Mineira de Direito Internacional e Negócios Internacionais*, vol. 1, n. 1, jul./dez., 2014. Disponível em: <http://www.amidi.com.br/revista/index.php/rmdni/article/view/1>
- FEENEY, PATRICIA. A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das nações unidas e o futuro da agenda de advocacy. *SUR Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol. 6, n. 11, São Paulo, dez. 2009. Disponível em: <http://sur.conectas.org/empresas-e-direitos-humanos/>.
- GUAMÁN, ADORACIÓN. El Draft o del Binding Treaty: análisis crítico del contenido del texto y su adecuación con el objetivo de la Resolución 26/9. In: *Cadernos de Pesquisa Juiz de Fora*: Homa, vol. 1, n. 6, set. 2018. Disponível em: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2018/09/Artigo-Analisys-Draft-Zero.pdf>.



MONTESINOS, CARMEM. A implementação dos Princípios Ruggie. Novo progresso na conformação de um Direito Global Emergente? *Revista Internacional de Direitos Humanos e empresas*, vol. 2, n. 2, Juiz de Fora, 2018. Disponível em: <http://ojs.homacdhe.com/index.php?journal=homapublica&page=issue&op=view&path%5B%5D=1>.

TEREZO, CRISTINA FIGUEIREDO. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*, Curitiba: Appris, 2014.

TRENTIN, MELISANDRE; LOPES, RAPHAELA. Elementos para uma Política Brasileira de Direitos Humanos e Empresas: o acúmulo do GT corporações. In: *Para uma política nacional de Direitos Humanos e Empresas no Brasil: Prevenção, Responsabilização e Reparação*, HOMA, Análise n. 48, 2018.

ZUBIZARRETA, JUAN HERNÁNDEZ; RAMIRO, PEDRO. *Against the “Lex Mercatoria”: proposals and alternatives for controlling transnational corporations*, Madrid: OMAL, pp. 7-105, 2016. Disponível em: [http://omal.info/IMG/pdf/against\\_lex\\_mercatoria.pdf](http://omal.info/IMG/pdf/against_lex_mercatoria.pdf).

MARIE LOUISE BOSSARD\*

DANIELA ANDREA PINEDA\*\*

CAPÍTULO 12

*Análisis del marco europeo y francés de la relación  
Derechos Humanos y empresas: concomitancia  
entre el soft law y el hard law*



## RESUMEN

Difícilmente alguien dudaría en aceptar el poder que ostentan las empresas en la actualidad. En efecto, debido a la globalización de la economía y con ello de la sociedad, nos encontramos frente a un fenómeno en el cual algunas empresas concentran un dominio económico y capital más grande que el de algunos Estados.

Por esto, el margen de regulación de estos últimos ha venido disminuyendo de cara al poder de las empresas, las cuales, por medio de instrumentos como los tratados de libre comercio, han logrado hacer valer sus derechos al ser reconocidos como sujetos activos del derecho internacional. Es así como utilizan estos derechos para demandar a los Estados frente a tribunales arbitrales o frente a los propios tribunales nacionales de estos últimos y así manipular la prerrogativa de regulación con figuras como las expectativas legítimas.

Como consecuencia, los Estados se encuentran actualmente frente a un alto riesgo pecuniario que podría representar su ruina, sobre todo cuando se trata de países en vía de desarrollo. De la misma manera, las empresas no son consideradas sujetos pasivos del derecho internacional, lo cual significa que no puedan ser demandadas ante una corte internacional o regional, ya que, a pesar de tener derechos, no tienen obligaciones internacionales.

No obstante, estamos siendo testigos de un cambio de paradigma, en el que no solo se busca responsabilizar a las empresas por violaciones a derechos humanos, sino también establecer la obligación de prevenirlas. Este cambio de pauta se ha venido realizando mediante diferentes teorías, compartidas a escala mundial, pero con un papel preponderante del continente europeo. Efectivamente, Europa empezó su proceso con un gran énfasis en la Responsabilidad

---

\* Abogada colombiana de la Universidad Externado de Colombia; realiza actualmente su segundo año de máster en Derecho Internacional y Organizaciones Internacionales en la Universidad París I, Panthéon-Sorbonne. En el marco de este máster está escribiendo su tesis sobre la relación de la obligación internacional de diligencia razonable con las obligaciones nacionales de deber de vigilancia y *duty of care* para edificar un principio de derecho internacional que pueda constreñir a las empresas.

\*\* Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Máster en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Paris II, Panthéon-Assas. En el marco del desarrollo de su maestría fue practicante como jurista en Derechos Humanos y Anticorrupción en el departamento de “Integridad” del grupo empresarial de energía Total S. A. Su tesis de maestría fue “El futuro de los derechos humanos y las empresas. Un camino disputado entre compromisos voluntarios y obligaciones jurídicas”.

Social Empresarial o Corporativa y mediante diferentes instrumentos de *soft law*, el cual desembocó en leyes como la francesa sobre el deber de vigilancia.

El presente artículo se concentrará en una primera parte en describir el estado del arte del derecho europeo, para luego desarrollar en una segunda parte el análisis concreto de un Estado miembro de la Unión Europea, Francia, que a su vez es el primer país en crear la obligación legal a las empresas de un plan de vigilancia sobre el respeto de los derechos humanos.

*Palabras clave:* códigos de conducta, deber de transparencia, empresas y derechos humanos, Francia, *hard law*, jurisprudencia, obligaciones vinculantes, plan de acción nacional, plan de vigilancia, punto de contacto, responsabilidad social empresarial, *soft law*, Unión Europea.

ANALYSIS OF THE EUROPEAN AND FRENCH  
FRAMEWORK OF THE RELATIONSHIP HUMAN RIGHTS  
AND COMPANIES: CONCOMITANCY BETWEEN  
THE SOFT LAW AND THE HARD LAW

ABSTRACT

Hardly anyone would hesitate to accept the power that companies currently hold. In effect, due to the globalization of the economy and thus of society, we are currently facing a phenomenon in which some companies concentrate a greater economic and capital domain than that of some States.

Therefore, the margin of regulation of the latter has been decreasing in the face of the power of companies, who, through instruments such as free trade agreements, have managed to assert their rights by being recognized as active subjects of international law. Thus, the latter use these rights to sue the States before arbitral tribunals or before the national courts of the latter and thus manipulate the prerogative of regulation with figures such as legitimate expectations.

As a consequence, the States are currently facing a high pecuniary risk that could represent their ruin, especially when it comes to developing countries. In the same way, companies are not considered passive subjects of international law, which means that they can not be sued before an International or Regional Court since, despite having rights, they do not have international obligations.

However, we are witnessing a paradigm shift, in which not only seeks to hold companies accountable for human rights violations, but also establish the obligation to prevent them. This change of pattern has been made through different theories, shared worldwide, but with a preponderant role of the

European continent. Indeed, Europe began its process with a great emphasis on Corporate Social Responsibility or Corporate and through different soft law instruments, which led to laws such as the French on the duty of surveillance.

This article will focus on a first part in describing the state of the art of European law and then develop in a second part the concrete analysis of a Member State of the European Union, France, which in turn is the first country to create the legal obligation to companies of a surveillance plan on respect for human rights.

*Keywords:* Codes of conduct, duty of transparency, business and human rights, France, hard law, jurisprudence, binding obligations, national action plan, surveillance plan, contact point, corporate social responsibility, soft law, European Union.

## INTRODUCCIÓN

El sociólogo alemán Ulrich Beck acertó en su libro *Poder y contrapoder en la era global: la nueva economía política mundial* cuando comparó al Estado con la empresa, afirmando que el primero tiene raíces y la segunda alas<sup>1</sup>.

La empresa no está definida en ninguna regulación internacional. En realidad, la empresa tiende a definirse ella misma por la capacidad de autorregulación que los Estados le han reconocido en los diferentes instrumentos de *soft law* que la tratan, como es el caso de los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos aprobados por consenso por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (ONU) en el 2011.

Sin embargo, para fines académicos, este artículo intentará definir las empresas como una tecno-estructura e institución jurídica que realiza toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios<sup>2</sup>, que agrupa varias entidades implantadas en diferentes Estados, estas entidades

---

1 BECK, ULRICH. *Poder y contrapoder en la era global: la nueva economía política mundial*, Barcelona, Paidós, 2004, p. 155.

2 El Código de Comercio colombiano en el artículo 25 define empresa como “[...] toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio”.

están unidas ya sea por una relación social (entre sociedad madre y filial) o por una relación contractual (entre la sociedad madre y su red constituida por sus proveedores extranjeros que a su turno tendrán subcontratistas de diferentes grados)<sup>3</sup>.

La empresa como tema de estudio en el derecho internacional no es nueva. Durante los años 70, la doctrina internacionalista se preguntaba si la empresa podía ser considerada como un sujeto de derecho internacional, junto al individuo y la organización internacional.

De hecho, el Estado fue por un largo tiempo el único sujeto reconocido en el derecho internacional hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial, cuando la Corte Internacional de Justicia (CIJ) reconoció en la opinión consultativa de 1949 “Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas” que las organizaciones internacionales lo eran también<sup>4</sup>. Al mismo tiempo, el individuo empezó igualmente a ser reconocido como un sujeto activo del derecho internacional pudiendo hacer valer sus derechos frente a diferentes instancias como las cortes regionales de protección de derechos humanos y luego, como sujeto pasivo frente a tribunales penales internacionales y la Corte Penal Internacional (CPI).

Toda esta evolución influyó también a la empresa, quien también empezó a ser reconocida como sujeto activo de derecho internacional. Es decir, los Estados empezaron a reconocer derechos a las empresas. Sin embargo, este reconocimiento no fue realizado de una manera directa, pero a través de los elementos constitutivos de la empresa: sus inversionistas. En efecto, desde una visión internacional, los Estados reconocieron derechos a los inversionistas en contratos de inversión o en tratados de libre comercio (TLC). Igualmente, los inversionistas se vieron reconocida la prerrogativa exclusiva de presentar demandas contra el Estado para hacer valer sus derechos, gozando de un mecanismo privado de arreglo pacífico de controversias internacionales, como el arbitraje o la conciliación, o a través de la jurisdicción interna del Estado.

Empero, esta evolución se detuvo y no continuó como aquella de los individuos, pues la empresa nunca fue reconocida como un sujeto pasivo del

---

3 Esta definición está inspirada en la definición propuesta por el economista canadiense John Kenneth Galbraith en su libro *El nuevo Estado industrial* de 1967.

4 Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1949, p. 174, p. 9.

derecho internacional. Es decir, internacionalmente la empresa solo disfruta derechos, más no soporta ninguna obligación.

Ante esta situación, los Estados intentaron crear un instrumento internacional entre ellos para regular el comportamiento de las empresas, sin tener en cuenta sus intereses y sin incluirlas en la negociación. El proyecto, que fue animado por las Naciones Unidas en los años 70 e incluso designado a uno de sus órganos, la Comisión de empresas transnacionales<sup>5</sup>, se hundió completamente en los años noventa.

Luego de este desacierto y como resultado de una fuerte influencia neoliberal, los Estados decidieron regular de manera alternativa a las empresas dotándolas de la capacidad de autorregularse y autolimitarse con instrumentos como los códigos de conducta. Esta situación representó una rendición de los Estados ante el poder de las empresas.

Durante la misma época, el secretario general de las Naciones Unidas, Kofi Annan, tomó la iniciativa de crear el Pacto Mundial de las Naciones Unidas formalizado en el 2000, firmado por más de 13 mil entidades y 170 países con el objetivo de incorporar 10 principios en las actividades empresariales mundiales y canalizar acciones en apoyo de los objetivos más amplios de las Naciones Unidas como los objetivos de desarrollo sostenible (ODS).

Luego de esta iniciativa, los principios de la OCDE de 1976 fueron revisados en 2011 para convertirlos en principios orientadores del comportamiento de las empresas sin crear obligaciones. Al mismo tiempo, los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos, también llamados Principios de Ruggie, fueron así mismo adoptados con la misma filosofía de autorregulación.

Estos principios de autorregulación hacen parte de la llamada responsabilidad social de las empresas (RSE) que se compone también de los códigos de conducta empresariales, las etiquetas o *labels*, como el ISO 26000 y los acuerdos colectivos transnacionales entre la empresa y federaciones internacionales de sindicatos o de organizaciones no gubernamentales (ONG).

La RSE se caracteriza por no ser de naturaleza obligatoria (*soft law*). Sin embargo, se ha venido transformando en derecho duro ya sea por un reconocimiento legal del mismo, por ejemplo, la ley francesa sobre el deber de vigilancia o por un reconocimiento jurisprudencial de su carácter obligatorio,

---

5 United Nations Commission on Transnational Corporations. UIA Yearbook Profile (n. d.). Consultado el 10 de febrero de 2019 en <<https://uia.org/s/or/en/1100059616>>



como las decisiones de las jurisdicciones anglosajonas que consagran el deber de cuidado o *duty of care* de las empresas.

Con el fin de demostrar este cambio de paradigma en la relación entre los derechos humanos y las empresas, el presente artículo se concentrará en un análisis del derecho europeo y luego de un caso concreto de uno de sus Estados miembro, Francia.

## I. UNIÓN EUROPEA

La regulación de los derechos humanos y las empresas ha generado una relación de interdependencia entre el derecho internacional y el derecho interno. En efecto, el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas se empezó a tratar a partir de la creación de normas internacionales que se limitaban a tener una naturaleza de *soft law*. A partir de esta nueva necesidad y de cara a la ausencia de derecho duro a nivel internacional, los Estados se vieron obligados a legislar interna y regionalmente para poder completar de una manera efectiva la aplicación de las normas consagradas a la protección de los derechos humanos por parte de las empresas.

Esta parte tratará el ejemplo de la Unión Europea (UE) para ilustrar cómo una organización internacional de integración regional puede reglamentar el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas. A continuación, en la siguiente parte trataremos el ejemplo de Francia para demostrar cómo un Estado miembro puede hacer lo mismo.

Es necesario explicar brevemente el funcionamiento de la UE respecto a la toma de decisiones en lo que nos concierne, es decir, derechos humanos y empresas, para poder entender la naturaleza de los instrumentos jurídicos que adopta cada órgano de la organización.

Esta integración regional cuenta entonces con distintas instituciones tales como: “el Parlamento Europeo, que representa a los ciudadanos de la UE y es elegido directamente por ellos; el Consejo Europeo, compuesto por los jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros de la UE; el Consejo, que representa a los Gobiernos de los Estados miembros de la UE; y la Comisión Europea, que representa los intereses de la UE en su conjunto”<sup>6</sup>.

---

6 Unión Europea. ¿Qué es y qué hace?, 2018. Consultado el 15 de febrero en <<http://publications.europa.eu/webpub/com/eu-what-it-is/es>>

El proceso legislativo de la Unión consiste en propuestas presentadas por la Comisión al Parlamento y el Consejo, que deben ser discutidas y adoptadas por estos dos últimos órganos. Como resultado de este proceso, existen 3 tipos de actos jurídicos obligatorios: los reglamentos, las directivas y las decisiones. Dichos actos difieren entre ellos tanto por la necesidad o no de transposición en derecho interno, como por el grupo al que van dirigidos que puede ser, según el caso, a todos los Estados miembros, a un grupo de ellos o a individuos.

No obstante, su capacidad de creación de normas vinculantes, todos los órganos de la UE cuentan también con la posibilidad de producir políticas tendientes a generar recomendaciones y dictámenes que tienen una naturaleza de instrumentos de *soft law*.

Es así como, la política regional europea fue pionera en concretar varias recomendaciones que incluyen directrices que promueven el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas. Esta política se implementó a través del prisma de la Responsabilidad Social Empresarial (RSE), la cual crea un nuevo espacio normativo donde el derecho duro coexiste con el *soft law*<sup>7</sup>.

Entonces, por un lado, a partir de la publicación por la Comisión Europea en 2001 del Libro Verde *Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas* que, como su título lo indica, promueve la responsabilidad social corporativa, empieza la política europea de RSE<sup>8</sup>. Esta publicación se convirtió en una base para dar claridad y coherencia a las prácticas de responsabilidad social e inició el debate sobre cómo la UE podría fomentarla en el ámbito europeo e internacional.

---

7 En sus inicios, la RSE se concibió como un simple compromiso unilateral consistente en un conjunto de prácticas que buscaban modular el comportamiento de las empresas con el objetivo de crear un mercado ético, respetuoso de problemas sociales y medioambientales. Igualmente, resulta de suma importancia establecer claramente la diferencia entre la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos y la RSE: la primera es una imposición de los Estados hacia las empresas (heterorregulación) y la segunda es un acto de autorregulación. Ver: MOREAU, MARIE. L'originalité de la loi française du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance dans les chaînes d'approvisionnement mondiales, *Revue Droit Social*, vol. 10, 2017, pp. 782-798.

8 Ministère de L'Europe et des Affaires étrangères. "L'Union Européenne et la RSE". France Diplomatie: Ministère de L'Europe et des Affaires étrangères. Consultado el 10 de febrero de 2019 en <<https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrangere-de-la-france/diplomatie-economique-et-commerce-exterieur/peser-sur-le-cadre-de-regulation-europeen-et-international-dans-le-sens-de-nos/l-engagement-de-la-france-pour-la-responsabilite-sociale-des-entreprises/l-union-europeenne-et-la-rse>>

Diez años después, la Comisión Europea adoptó la Comunicación 681 / 25.10.2011, sobre “Responsabilidad social corporativa (RSE): Una nueva estrategia de la UE para el período 2011–2014”. Esta Comunicación especificó la inmersión de los derechos humanos en el concepto de RSE en su capítulo titulado “Implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos” y confirmó la definición de RSE como “responsabilidad de las empresas frente a los efectos que ejercen sobre la sociedad”. De la misma manera, esta guía resultó ser la primera dirigida a los Estados con el fin de que estos implementaran los Principios Rectores a través del desarrollo de planes nacionales de acción.

A continuación, en el 2012, el Consejo de la UE mediante su “Marco estratégico y plan de acción sobre derechos humanos y democracia de la UE” designó como fecha límite el año 2013 para que los Estados miembros desarrollaran sus estrategias de implementación de los Principios Rectores. Este instrumento se traduce en un apoyo a las medidas de planes de acción nacional propuestos por la Comisión Europea. Igualmente, esta cohesión entre ambos órganos se refleja en el hecho de que a inicios del 2019 de 21 países que han presentado su plan de acción, 17 son europeos<sup>9</sup>.

Luego de esto, la Comisión Europea publicó en el 2015 el “Plan de acción para los derechos humanos y la democracia 2015–2019”, el cual resalta la importancia de la aplicación de políticas públicas de la UE sobre derechos humanos en todas las actividades. Por ende, este incluye un nuevo llamado a los Estados miembros para que creen sus planes nacionales de acción tendientes a la implementación de los Principios Ruggie.

El año siguiente estuvo marcado por una fuerte iniciativa europea tendiente a la creación de diferentes mecanismos proclives al respeto de los derechos humanos de cara a las empresas, notablemente la recomendación CM/Rec del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre los Derechos Humanos y las empresas adoptada el 2 de marzo de 2016<sup>10</sup>.

Dicha recomendación se basó en los Principios Rectores de Naciones Unidas. Su principal objetivo es guiar a los Estados miembros en la prevención y reparación de afectaciones y violaciones de derechos humanos realizadas por

---

9 Planes de acción nacionales. Consultado el 10 de febrero de 2019 en <<https://www.ohchr.org/SP/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>>

10 Recomendaciones CM/Rec del Comité de Ministros de los Estados miembros, Derechos humanos y empresas, 2 de marzo de 2016.

las empresas, este instrumento de *soft law* hace hincapié en la reparación mediante vías judiciales usando como base estándares legales de responsabilidad civil y penal.

Sin embargo, la recomendación resalta que, independientemente de cualquier creación de instrumentos jurídicos vinculantes, los estándares ya existentes tanto a escala internacional como regional, por ejemplo, los planes de acción nacionales, deben continuar con una efectiva y correcta implementación.

Otra acción tendiente a favorecer el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas fue tomada el 18 de mayo del 2016 a través del mecanismo de Tarjeta verde (*Carton vert*). Este dispositivo consiste en una propuesta realizada por un parlamentario a la Comisión Europea para exhortarla a que legisle o abra un diálogo político sobre un tema en concreto. En el presente caso, fue la parlamentaria francesa Danielle Auroi quien propuso la iniciativa de legislar sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones de derechos humanos planteando así un deber de vigilancia. Este proyecto fue apoyado por 8 parlamentarios, sin embargo, este fue finalmente rechazado por la Comisión quien respondió que ya había tratado el tema anteriormente en diversas iniciativas y propuestas legislativas y, por esto, prefirió concentrarse en mecanismos ya existentes.

Finalmente, el 25 de octubre de 2016 se publicó la Resolución 2015/2315 (INI) del Parlamento titulada “La responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los derechos humanos en terceros”. Dicho instrumento realizó un estado del arte sobre la situación de los principales desafíos respecto a las empresas y los derechos humanos haciendo un llamado directo a las primeras para implementar una debida diligencia con el objetivo de prevenir el deterioro de los derechos fundamentales.

A continuación, la Resolución se dirigió a los Estados pidiéndoles “adoptar normas claras que dispongan que las empresas establecidas en su territorio o jurisdicción deben respetar los derechos humanos en todas sus operaciones y en todos los países y contextos en los que operan, así como en lo referente a sus relaciones comerciales, también fuera de la Unión [...]”.

La Resolución prosigue con una parte sobre acceso a recursos efectivos, en donde invita a la Comisión a realizar un análisis sobre los óbices para acceder a la justicia y a los Estados miembros a adoptar las medidas apropiadas para garantizar, por medios judiciales, administrativos, legislativos o de otro tipo, el acceso a vías de recurso efectivas.

Finalmente, se puede observar a través de la Resolución la vehemente voluntad de endurecer todas las medidas de *soft law* mediante la creación de

normas vinculantes, dado que, aunque reconoce la importancia de compromisos como los códigos de conducta por parte de las empresas, concluye que no son suficiente. Es por ello que, el instrumento “alienta la reflexión sobre la ampliación de las normas sobre competencia judicial del Reglamento ‘Bruselas I’ a los inculpados de terceros países en las demandas contra empresas que tengan un claro vínculo con un Estado miembro [...] o las empresas para las que la Unión es un mercado de salida esencial”.

Por otro lado, en el ámbito europeo existe igualmente un marco jurídico de derecho duro, tanto en materia de derecho internacional privado, el cual podría ser utilizado en litigios judiciales en Europa por violaciones de derechos humanos por parte de empresas europeas en otros continentes, como en materia de derecho internacional público a través de la RSE.

Respecto al marco jurídico de derecho internacional privado europeo, se compone por el reglamento de Bruselas I<sup>[11]</sup> y Roma II<sup>[12]</sup>. El primero trata la competencia, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia civil y comercial, mientras que el segundo se aplica en situaciones de conflictos de leyes sobre obligaciones extracontractuales en materia civil y comercial.

En cuanto al marco jurídico de derecho internacional público, como se sabe, el concepto de RSE ha venido evolucionando desde su primera concepción por Bowen en 1953<sup>[13]</sup>, dado que el contexto socio-económico también lo ha hecho. Los años 50 estuvieron fuertemente marcados por el neoliberalismo y el poder de autorregulación de las empresas, pero, como ya se mencionó anteriormente, el entorno ha cambiado a uno de heterorregulación<sup>14</sup>. Por esto, actualmente se observa que la RSE es tomada ya no de manera discrecional, sino de manera obligatoria.

11 Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo del 12 de diciembre de 2012.

12 Reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo del 11 de julio de 2007 (JO L 199 del 31.7.2007).

13 La noción moderna de RSE emergió de los trabajos de Bowen (1953), sobre todo de su obra titulada *Social Responsibilities of the Businessman*. Sin embargo, actualmente no existe un consenso respecto a la definición de RSE, dada su calidad proteiforme y fragmentada que hace referencia a temas como la ética, los valores, el desarrollo sostenible, etc. Ver BOWEN, H. R. *Social Responsibilities of the Businessman; with a Commentary*, New York, Harper, 1953.

14 La autorregulación de las empresas nació gracias a la política neoliberal que promulga “la desregulación por la cual el Estado deja a los profesionales el cuidado de regular su actividad y código de conducta”. RACINE, JEAN-BAPTISTE. La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l’environnement, *Revue Juridique de L’environnement*, vol. 4, 1996, pp. 409-424.

El concepto de RSE en la UE incluye actualmente varios instrumentos vinculantes dirigidos a proteger y respetar los derechos humanos. En efecto, esta noción se ha venido desarrollando mediante diferentes mecanismos tales como, la diligencia razonable (*due diligence*) que se compone por informes extrafinancieros, el mapeo de riesgos, el deber de transparencia, de remediar, de proteger, etc. Este mecanismo está incluido en varios instrumentos vinculantes de derecho europeo. Es así como se han adoptado diferentes resoluciones legislativas para no solo tomar medidas de políticas públicas compatibles con la RSE, sino además para hacerlas imperativas.

De hecho, en el año 2013, se elaboró la directiva 2013/34/UE con el objetivo de mejorar la transparencia de las empresas. Este instrumento creó la obligación para ciertas empresas<sup>15</sup> de publicar en sus informes de gestión información ambiental, social y de personal, información relacionada con los derechos humanos, la lucha contra la corrupción y la diversidad aplicada a los órganos de administración, dirección y supervisión. Estos datos cubrirán las políticas implementadas por estas compañías para identificar y administrar sus riesgos, y los resultados obtenidos en forma de indicadores de desempeño<sup>16</sup>.

Posteriormente, en el año 2014 la directiva 2014/95/UE que entró en vigor el 6 de diciembre del mismo año consolidó finalmente el marco normativo de la RSE a nivel europeo al implementar la obligación de realizar informes extrafinancieros. Vale la pena aclarar que Francia realizó la transposición de esta directa en la ley del 21 de julio de 2017<sup>[17]</sup>.

Finalmente, el 17 de mayo de 2017 se adoptó el reglamento 2017/821/EU, “por el que se establece obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo”. Este reglamento entrará en vigor en enero del 2021. El reglamento crea la obligación de respetar una diligencia debida que significa,

---

15 Sociedad anónima, sociedad comanditaria por acciones, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad colectiva y sociedad en comandita simple.

16 Deloitte (ed.). *Les droits de l'homme dans les grandes entreprises européennes. De l'engagement à la diligence raisonnable*, Paris, septembre 2015.

17 Ministère de l'Europe et des Affaires étrangères. L'Union européenne et la RSE. Consultado el 10 de enero de 2019 en <<https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrangere-de-la-france/diplomatie-economique-et-commerce-exterieur/peser-sur-le-cadre-de-regulation-europeen-et-international-dans-le-sens-de-nos/l-engagement-de-la-france-pour-la-responsabilite-sociale-des-entreprises/l-union-europeenne-et-la-rse>>

en pocas palabras, ejercer la actividad empresarial con un cuidado razonable, ponderando y previendo posibles violaciones de derechos humanos a lo largo de la cadena de suministros.

En conclusión, el desarrollo en materia de derechos humanos y empresas ha venido aumentando de una forma radical en los últimos años. Por esto, observamos políticas públicas tanto regionales como nacionales encaminadas a guiar a los Estados hacia la exigencia del respeto de estos derechos fundamentales por parte de las empresas.

Sin embargo, este proceso ha sido uno bastante reñido entre recomendaciones y obligaciones. Inicialmente, debido a la autorregulación predominante desde mediados del siglo XX hasta inicios del siglo XXI, fueron las empresas quienes mediante compromisos reflejados en documentos tales como su código de conducta, asumían como reto y responsabilidad propia el respeto de los derechos humanos. Seguidamente, y como reacción a diferentes violaciones de derechos fundamentales<sup>18</sup> empieza un movimiento internacional de *soft law* relativo a la realización de instrumentos que a pesar de ser no vinculantes, son fuertemente recomendados. Sin embargo y a causa de su falta de fuerza vinculante, estos instrumentos se vieron insuficientes, hecho que forzó a los diferentes órganos legisladores nacionales y regionales a crear obligaciones de cara tanto a las empresas como a los Estados. Notablemente, la Unión Europea, siendo una organización regional que comprende un órgano legislativo<sup>19</sup>, fue pionera en la materialización de este tipo de obligaciones jurídicas respecto de los derechos humanos y empresas. No obstante, esta organización regional también consta de órganos creadores de *soft law*, los cuales abordaron esta temática antes que el mismo órgano legislativo europeo.

Por todo lo anterior, y a pesar de no existir un claro orden cronológico de separación entre *soft law* y *hard law* en el marco europeo, apreciamos su constante evolución y celebramos su unión, ya que esto ha permitido avanzar en

---

18 Tales como las relatadas en el caso Total-Unocal en Birmania; dichas empresas fueron acusadas de complicidad en violaciones de derechos humanos en relación con la operación del sitio de construcción Yadana, en particular debido a las violaciones perpetradas por el ejército birmano a cargo de la seguridad del sitio. HENNEBEL, LUDOVIC. *Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme. L'affaire Total-Unocal en Birmanie jugée en Europe et aux États-Unis*, Université catholique de Louvain, Faculté de droit, Centre de philosophie du droit, Septembre 2006. Consultado el 15 de febrero de 2019, en <<https://sites.uclouvain.be/cridho/documents/Working.Papers/CRIDHO.WP.2006.09.pdf>>

19 Parlamento y Consejo Europeo.

esta materia. En consecuencia, el tema de derechos humanos y empresas es un claro ejemplo de concomitancia armoniosa entre *soft law* y *hard law*.

## 2. FRANCIA

### 2.1. INSTRUMENTOS DE *SOFT LAW*

#### • *Puntos de contacto*

Las Líneas directrices de la OCDE revisadas en 2011 fueron acompañadas por un acto unilateral obligatorio de la misma organización que estableció el mecanismo del “Punto de contacto nacional” (PCN). Este mecanismo tiene como objetivo promover y difundir las Líneas directrices, además de brindar una opción de queja a quien considere que estas han sido violadas. Actualmente 48 Estados se han comprometido a crear un PCN, incluida Colombia<sup>20</sup> y Francia<sup>21</sup>.

El PCN es un mecanismo de naturaleza no judicial de buenos oficios y de mediación que puede ser llamado a decidir sobre “instancias específicas”<sup>22</sup> relativas a la aplicación de las Líneas directrices por parte de las empresas. Esta instancia puede ser presentada por cualquier persona u organización como una ONG, un sindicato, etc.

A continuación, las empresas van a verse obligadas a participar en este proceso, el cual, a pesar de solo tener una naturaleza consultativa, puede acarrear consecuencias contra su reputación. En efecto, si la empresa en cuestión no está interesada en mejorar su comportamiento para respetar las Líneas directrices, el PCN tiene la competencia de imponer una sanción social a través de un comunicado de prensa que dará cuenta de la situación y tendrá como objeto dañar su reputación.

Sin embargo, es evidente que la naturaleza *soft* de la sanción es bastante limitada, debido a que esta no podría ser calificada como jurídica. No obstante, las consecuencias de un ataque contra la reputación de una empresa no deben ser subestimadas, creando así un efecto disuasivo que podrá ser muy efectivo.

---

20 Decreto 1400 de 2012.

21 National Contact Points - Organisation for Economic Co-operation and Development. Consultado el 10 de febrero del 2019 en <<https://mneguidelines.oecd.org/ncps>>

22 En el marco de los PCN los casos son llamados instancias específicas por ser de naturaleza no judicial.



El PCN es competente si alguno de estos dos criterios se cumple: primero, que la sociedad madre de la empresa acusada tenga la nacionalidad de un Estado parte y, segundo, cuando los hechos reprochados hayan sucedido en el territorio de un Estado parte.

Igualmente, el mecanismo admite una concepción bastante amplia de “empresa”. En realidad, antes del 2011 las Líneas directrices podían ser solo utilizadas si había un nexo entre la inversión de una empresa y la empresa domiciliada o realizando sus actividades en un Estado parte. El hecho de utilizar la noción de inversión hacía que el criterio fuera aún más restrictivo, ya que este excluye autores como los subcontratistas que podría tener la empresa.

Por esto, desde el 2011, las Líneas directrices se independizaron de la noción de inversión, siendo suficiente que la empresa tenga una relación de negocios con otra empresa domiciliada o realizando sus actividades en un Estado parte, para que el PCN tenga competencia. Gracias a esto, por ejemplo, el PCN francés aceptó el caso *Socapalm* contra Bolloré<sup>23</sup> a pesar de solo ser propietario del 9% de las acciones de una sociedad camerunesa de palma<sup>24</sup>.

Estos criterios de competencia y concepto amplio de inversión permiten paliar la posible incompetencia de una jurisdicción nacional que debe respetar sus normas de competencia de su derecho privado interno. Es por esto que el PCN es un mecanismo importante que no debe ser descartado por su naturaleza.

Específicamente en el caso de Francia, el PCN es un mecanismo tripartito con una participación del Gobierno a través del Ministerio de la Economía, Ministerio del trabajo, Ministerio de relaciones exteriores y Ministerio del medio ambiente, una participación de las empresas a través el Medef (movimiento de empresas de Francia) y una participación de los trabajadores a través de diferentes sindicatos como la Confederación francesa democrática del trabajo (CFDT) o Fuerza Obrera (FO), entre otros. Cada parte puede nombrar a un representante y a un suplente<sup>25</sup>. La duración de las “instancias específicas” es de más o menos un año.

El PCN francés ha sido llamado a decidir sobre 36 “instancias específicas” y en algunas de estas ocasiones, ha colaborado con el PCN de otro país. Sobre estas 36 instancias, el PCN solamente ha rechazado 6 y se ha declarado competente para conocer de su gran mayoría, 30.

---

23 Una empresa francesa de papel, energía, plantaciones y logística.

24 Circonstance spécifique Socapalm, Rapport du Point de contact national français du 3 juin 2013.

25 Reglamento interior del PCN, Règlement Intérieur du PCN, 17 de marzo de 2014, p. 2.

Este mecanismo sigue 4 fases procesales para llegar a la conclusión de una “instancia específica”. En efecto, la primera es la evaluación donde examinará los criterios formales como la identidad de la empresa acusada, la identidad del demandante, el nexos de domicilio, los detalles de los hechos, el lugar de los hechos, etc.<sup>26</sup>. Para luego continuar con una evaluación sobre la buena fe de la queja y su articulación con las Líneas directrices y así determinar la admisibilidad de la instancia<sup>27</sup>.

A continuación, en la segunda fase, si la instancia fue declarada como admisible, el PCN realizará un examen de fondo del caso donde consultará con cada parte su versión de los hechos durante audiencias separadas y luego comunes.

Luego, en la tercera fase, el PCN transmitirá su proyecto de decisión a las partes que debe ser adoptado en unanimidad de las partes<sup>28</sup>. Si hay un acuerdo entre las partes, el proyecto pasará a llamarse “reporte del PCN”<sup>29</sup>; si no, este tomará la forma de un comunicado de prensa ofensivo contra la empresa<sup>30</sup>.

Finalmente, en cuarto lugar, el PCN realizará un seguimiento para rectificar que la empresa haya adoptado las medidas incluidas en el proyecto, luego del reporte o del comunicado de prensa ofensivo. Si el PCN encuentra una resistencia o pasividad por parte de la empresa de respetar su decisión y, por ende, las Líneas directrices, este podrá hacer un segundo comunicado de prensa ofensivo.

El PCN ha revisado su reglamento interior dos veces, en el 2012 y en el 2014, con el objetivo de reforzar su capacidad de tratamiento de una instancia, por ejemplo, con la imposición de un plazo indicativo para el tratamiento de un caso, la posibilidad de seguimiento de una decisión, la posibilidad de poder apelar la intervención de un experto técnico externo, etc.<sup>31</sup>.

De la misma manera, gracias a las reformas, el PCN francés cuenta actualmente con una reunión anual de información y consultación con las organizaciones representativas de la sociedad civil, lo cual refuerza la transparencia del mecanismo<sup>32</sup>.

---

26 *Ibid.*, p. 3.

27 *Ibid.*, p. 4.

28 *Ibid.*, p. 2.

29 *Ibid.*, p. 5.

30 *Ibid.*, p. 6.

31 Plan National d’Action pour la mise en œuvre des Principes Directeurs des Nations Unies relatifs aux droits de l’Homme, Ministère des affaires étrangères et du développement international, p. 59.

32 *Ibid.*, p. 59.

Sin embargo, el mecanismo francés aún tiene bastantes fallas y es por esto que varias ONG lo han criticado y exigido su mejora. Específicamente, las ONG alegan que el mecanismo sufre de fallas estructurales o procesales, falta de respuestas concretas respecto una violación, etc.<sup>33</sup>.

• *Plan nacional de acción francés para la realización de los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos de las Naciones Unidas*

Francia es un Estado parte de los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos de las Naciones Unidas desde junio del 2011 y como tal, tiene la obligación de ponerlos en obra. Por esto, Francia adoptó en abril del 2017 el Plan nacional para la realización de los Principios, el cual fue elaborado sobre la base de recomendaciones de la Comisión nacional consultativa de derechos humanos (Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, CNCDH) y los trabajos realizados por la Plataforma nacional para la RSE creada por el Primer Ministro en junio del 2013<sup>[34]</sup>.

En el 2013, Francia transmitió a la Comisión Europea un documento preparatorio del Plan luego de la petición de la misma, hecha mediante la ya citada Comunicación 681 de 2011<sup>[35]</sup>, dirigida a cada uno de sus Estados miembro con el fin de elaborar dicho plan. Francia es el doceavo país europeo que adopta este tipo de instrumento<sup>36</sup>.

33 Point de Contact National français de l'OCDE: Des ONG tirent la sonnette d'alarme, abril 3 du 2018. Consultado el 10 de febrero del 2019 en <<https://www.asso-sherpa.org/point-de-contact-national-francais-de-locde-ong-tirent-sonnette-dalarme>>

34 Ministère de l'Europe et des Affaires étrangères. Plan national d'action pour la mise en œuvre des principes directeurs des Nations unies relatifs aux droits de l'Homme et aux entreprises. Consultado el 10 de febrero del 2019 en <<https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrangere-de-la-france/droits-de-l-homme/entreprises-et-droits-de-l-homme/article/plan-national-d-action-pour-la-mise-en-oeuvre-des-principes-directeurs-des>>

35 Plan National d'Action pour la mise en œuvre des Principes Directeurs des Nations Unies relatifs aux droits de l'Homme, Ministère des affaires étrangères et du développement international, p. 4.

36 Plan national d'action "Entreprises et droits de l'homme": Un nouveau mandat de Rapporteur indépendant pour la CNCDH. Consultado el 10 de febrero del 2019 en <<https://www.cncdh.fr/fr/actualite/plan-national-daction-entreprises-et-droits-de-lhomme-un-nouveau-mandat-de-rapporteur>>

Es así como, este plan es la concretización del trabajo anteriormente mencionado y responde a la trilogía propuesta por los Principios: proteger, respetar y remediar<sup>37</sup>. De la misma manera, el Plan es el fruto de un trabajo conjunto de varias partes como el ejecutivo, la sociedad francesa, las empresas, las ONG, los representantes legislativos de los poderes públicos, etc.<sup>38</sup>.

El Plan puede ser considerado como una política pública entendida como “el conjunto de acciones, medidas e instrumentos adoptados por la administración pública (excluyendo instrumentos adoptado por los órganos legislativos y judiciales) a través de procesos cíclicos de diseño, implementación y evaluación para atacar y buscar dar respuesta a una problemática social, jurídica y/o económica”.<sup>39</sup>

Respecto a su contenido, el Plan comienza por esbozar los diferentes marcos espaciales en los cuales la obligación del Estado de proteger los derechos humanos puede desarrollarse: internacional, europeo y nacional. A continuación, el plan expone la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos a través mecanismos de elaboración de estatutos, formación en el seno de las empresas, análisis de riesgos y evaluación de impactos, promoción de acuerdos marco global, el *reporting*, etc.

Finalmente, el documento termina con la presentación de las diferentes vías jurídicas que existen contra una empresa que ha violado los derechos humanos, de nuevo en los marcos internacional, europeo y nacional, incluyendo también mecanismos extrajudiciales divididos bajo los mismos niveles. Como última precisión, vale aclarar que la encargada de asegurar los resultados del Plan será la CNCDH, la cual realizará una evaluación política periódica que concluirá en un reporte<sup>40</sup>.

---

37 Plan National d’Action pour la mise en œuvre des Principes Directeurs des Nations Unies relatifs aux droits de l’Homme, Ministère des affaires étrangères et du développement international, cit., p. 3.

38 *Ibid.*, p. 5.

39 CANTÚ RIVERA, HUMBERTO. Planes de acción nacional sobre empresas y derechos humanos: Sobre la instrumentalización del derecho internacional en el ámbito interno, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 1, n.º 17, 2017, pp. 113-144. doi: 10.22201/ij.24487872e.2017.17.11033m, p. 122.

40 Plan National d’Action pour la mise en œuvre des Principes Directeurs des Nations Unies relatifs aux droits de l’Homme, Ministère des affaires étrangères et du développement international, cit., p. 6.

• *Proceso al interior de las empresas*

El desafío de tener en cuenta el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas ha sido durante algunos años objeto de interés progresivo en la comunidad internacional, emergiendo gradualmente como un problema de gobernanza y de regulación corporativa en nuestra economía globalizada.

Un llamado proveniente de la sociedad civil ha impulsado un primer despliegue de acciones por parte de las empresas en pro del respeto de los derechos humanos. Por esto, nos enfocaremos primero en un análisis general sobre la implementación voluntaria de las empresas de obligaciones autoimpuestas de respeto a los derechos humanos a través de compromisos tales como los acuerdos marco globales y declaraciones autónomas en sus reglamentos internos. Luego de esto, nos concentraremos en el fenómeno de “legalización” de dichos compromisos convertidos en obligaciones jurídicas vinculantes.

En primer lugar, los acuerdos marco global<sup>41</sup> especifican la obligación de una empresa multinacional de respetar, en más de un país y con frecuencia en todo el mundo, normas particulares en las áreas de trabajo y derechos sociales fundamentales, condiciones de trabajo, relaciones laborales, condiciones de salud y seguridad, formación y disposiciones relativas a la protección del medio ambiente<sup>42</sup>. Son iniciativas voluntarias a discreción de las multinacionales, tienen la ventaja de ser el resultado de negociaciones directas entre representantes de la gerencia y trabajadores de una empresa multinacional.

Estos acuerdos cuentan con obligaciones basadas en compromisos autónomos, algunos de ellos tratan de manera transversal los derechos humanos a través de la RSE<sup>43</sup>. Por esto, y en parte, este tipo de acuerdo compensa la falta de mecanismos globales para garantizar los derechos de los trabajadores. Son particularmente útiles en algunos países que no reconocen ningún

41 Para la Organización Internacional del Trabajo (OIT), un Acuerdo Marco Global (AMG) es “un instrumento negociado entre una empresa multinacional y una federación sindical mundial con el fin de establecer una relación continua entre las partes y asegurar que la compañía respeta los mismos estándares en todos los países donde opera”.

42 PLATZER, HANS y RUB, STEFAN. (n. d.). *Los acuerdos marco internacionales: ¿un Instrumento Para Imponer Los Derechos Humanos Sociales?*, Berlín, febrero de 2014, p. 3. ISBN 978-3-86498-786-1.

43 À quoi servent les accords-cadres mondiaux? Consultado el 28 de febrero de 2019 en <<https://www.novethic.fr/actualite/social/sous-traitance/isr-rse/a-quoi-servent-les-accords-cadres-mondiaux-144035.html>>

derecho para los empleados, pero donde las multinacionales pueden estar presentes.

Los sindicatos de trabajadores ven esto como un medio para establecer relaciones laborales más democráticas y, por lo tanto, mejores condiciones de trabajo a lo largo de las cadenas de suministro globales<sup>44</sup>.

Las multinacionales de origen francés son reconocidas por tener la voluntad de firmar un acuerdo marco global, en consecuencia, son las más numerosas<sup>45</sup>. Por ejemplo, el caso de la multinacional agroalimentaria francesa *Danone* es emblemático, ya que fueron pioneros con su acuerdo marco de 1988, el cual ha evolucionado en más acuerdos que regulan temas tan específicos como el uso durable y el acceso a derechos<sup>46</sup>.

El estudio de la asociación EDH<sup>47</sup>, “¿Cuál es el lugar de los derechos humanos y los procesos de vigilancia en los acuerdos marco globales?”<sup>48</sup>, presentado el 22 de febrero de 2019, se focaliza en 16 acuerdos renovados en el mundo entre 2017 y 2019, donde 9 son franceses. Según este estudio, en lo que concierne a los denominados instrumentos de *soft law* de RSE, las empresas se refieren en gran medida mediante sus códigos internos a los Principios Rectores de la Comisión de las Naciones Unidas y a las Líneas directivas de la OCDE para empresas multinacionales, así como los diez principios del Pacto Mundial. Todos estos textos abogan por el respeto de los derechos humanos internacionalmente reconocidos mediante el establecimiento de procedimientos de vigilancia.

No obstante, solo 5 de las 16 empresas que hacen parte del estudio desarrollan explícitamente las recomendaciones de los instrumentos anteriormente mencionados en materia de responsabilidad corporativa y procesos de *due diligence* relacionados.

---

44 *Ibid.*

45 *Ibid.*

46 *Ibid.*

47 EDH es una asociación francesa de empresas cuyo objetivo es fortalecer la integración de los derechos humanos en políticas y prácticas corporativas, por medio de la implementación de procedimientos de vigilancia. Sus obras se centran en apoyar a sus miembros en la formalización de estos enfoques a través del intercambio de buenas prácticas o la producción de herramientas de sensibilización y formación para facilitar el diálogo con sus *stakeholders*.

48 Del francés: quelle place des droits de l’homme et des démarches de vigilance dans les accords cadres mondiaux? Disponible en <[https://e-dh.org/userfiles/Edh\\_2019\\_Etude\\_FR\\_V4.pdf](https://e-dh.org/userfiles/Edh_2019_Etude_FR_V4.pdf)>

En segundo lugar, a través de compromisos voluntarios unilaterales<sup>49</sup>, distintas empresas han declarado estar dispuestas a cumplir con los estándares del *soft law*. En efecto, estas declaraciones de adhesión fueron realizadas, en principio, a través de compromisos contenidos en los códigos de conducta de las empresas, incluidas las reglas empresariales, la misión y la visión de estas<sup>[50]</sup>. La adopción de códigos de conducta por parte de grandes empresas privadas es un fenómeno que empezó en 1930 pero se observa su gran expansión a mediados de 1950<sup>[51]</sup>; no obstante, estos se basaban en normas religiosas y contractuales. Fue hasta la década de 1970 que se vio un cambio significativo<sup>52</sup>.

A pesar de que el fenómeno existe hace más de 50 años, es recientemente que este ha adquirido una gran importancia como una forma de “transposición” del *soft law*. Por ejemplo, a través de las Líneas directivas de la OCDE y de los Principios de la ONU, varios códigos de conducta corporativos se han fortalecido con el compromiso de respetar los derechos humanos y su contenido ha evolucionado significativamente, especialmente por el Principio 16 de las Naciones Unidas llamado “compromiso político”<sup>53</sup>.

49 “La sucesión de escándalos ambientales y humanos ha traído un movimiento más global de responsabilidad corporativa. Algunos de ellos no esperaron a que el legislador tomara estos temas para enriquecer las normas legales existentes y aquellas en construcción. La estricta prevención de los riesgos de reputación engendrados por los escándalos está agregando las condiciones propicias para una economía más virtuosa. Del francés: “La succession de scandales environnementaux et humains a fait émerger un mouvement plus global de responsabilité des entreprises. Certaines d’entre elles n’ont pas attendu que le législateur se saisisse de ces sujets pour enrichir les règles juridiques existantes et celles en construction. À la stricte prévention des risques de réputation engendrés par les scandales s’ajoutent donc désormais les conditions propices à une économie plus vertueuse”. *Devoir de vigilance des entreprises: entre hard et soft law, une réponse au ‘social washing’?* Consultado el 27 de febrero de 2019 en <<http://theconversation.com/devoir-de-vigilance-des-entreprises-entre-hard-et-soft-law-une-reponse-au-social-washing-96451>>

50 RACINE, JEAN-BAPTISTE. La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l’environnement, *Revue Juridique de L’environnement*, vol. 4, 1996, pp. 409-424.

51 LAROUER, MARION et DEUMIER, PASCALE. *Les codes de conduite, sources du droit*, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 176, Paris, Dalloz, 2018, p. 2.

52 *Ibid.*

53 Principio 16: “Compromiso político: para consolidar su responsabilidad por el respeto de los derechos humanos, las empresas deben expresar su compromiso de cumplir con esta responsabilidad mediante una declaración de principio que: aprobado al más alto nivel de la empresa; (b) Se establece utilizando la experiencia interna y/o externa apropiada; (c) Indique lo que la compañía espera del personal, socios comerciales y otras partes directamente involucradas en sus actividades, productos y servicios de derechos humanos; (d) Es accesible al público y es objeto de comunicación interna y externa en beneficio de todo el personal, socios comerciales

Sin embargo, los códigos de conducta no son en sí mismos un cuerpo legal que se pueda hacer cumplir porque contienen recomendaciones y reglas de conducta que no representan obligaciones en beneficio de terceros<sup>54</sup>.

No obstante, los códigos no pueden ser descartados de entrada, ya que estos pueden tener efectos extraterritoriales, a diferencia de una norma nacional, pues “los estatutos de la empresa son adoptados por las empresas matrices y exportados a sus filiales, ya sean nacionales o extranjeras”.<sup>55</sup> Además, en la práctica, las compañías tienen sus códigos de conducta incorporados en contratos con sus proveedores o socios, lo cual causa que los compromisos privados bilaterales adquieran fuerza vinculante bajo la autonomía de la voluntad<sup>56</sup>. De esta manera, las declaraciones unilaterales promulgadas por las compañías pueden estar sujetas a reclamos del reconocimiento legal de sus compromisos a través de la jurisdicción civil o comercial nacional<sup>57</sup>.

Dado el sistema jurídico de *civil law* en Francia se observa un papel mucho menos progresivo de los jueces que en otras partes del mundo, sobre todo en países del *common law*. No obstante, los jueces franceses han sido el derrotero principal al establecer responsabilidades a las empresas tales como promulgar y exigir el respeto de los derechos humanos.

Todo esto se explica debido a que el juez puede tomar decisiones basándose en normas de *soft law* como los códigos de conducta, generando así una obligación jurídica vinculante<sup>58</sup> que debe ser respetada y por ende, podría

y otras partes interesadas; e) Se incorpora a las políticas y procedimientos operacionales a ser incorporados en toda la organización”.

54 Corte de apelación de Versailles, 22 de marzo de 2013, n.º 11/05331, Assoc. France Palestine Solidarité (AFPS) y sociedades Alstom Transport SA y Veolia.

55 Del francés: “Les chartes des entreprises sont adoptées par les sociétés mères et exportées dans leurs filiales, nationales ou étrangères”. MAZIAU, NICOLAS. La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l’homme: Rapports “mère-fille” et application extraterritoriale du droit. Brève analyse de jurisprudence comparée, *Wolters Kluwer-Revue Internationale Du Droit Des Affaires*, vol. 4, n.º 120, 2016, pp. 4-17.

56 RACINE, JEAN-BAPTISTE. La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l’environnement, *Revue Juridique de L’environnement*, vol. 4, 1996, p. 417. También se puede considerar la posibilidad de otorgar a los códigos de conducta un carácter obligatorio mediante el derecho consuetudinario.

57 MAZIAU, NICOLAS. La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l’homme : Rapports “mère-fille” et application extraterritoriale du droit. Brève analyse de jurisprudence comparée, *Wolters Kluwer-Revue Internationale du Droit des Affaires*, vol. 4, n.º 120, 4-17, 2016, p. 15.

58 DESBARATS, ISABELLE. La RSE “à la française”: où en est-on?, *Droit social*, n.º 6, 2018, p. 525.



repetirse mediante el llamado precedente judicial<sup>59</sup>. Esta interpretación judicial tiende a justificar igualmente los elementos por los cuales se podría establecer la responsabilidad de gerentes de filiales francesas en el exterior o de la persona jurídica en sí, es decir, de la empresa matriz<sup>60</sup>.

En conclusión, el papel del juez es crucial en la mutación del *soft law* en *hard law*, ya que, como ya establecimos, fue a través de la jurisprudencia nacional francesa, que trataremos en el siguiente título, que esta empezó a desarrollarse.

## 2.2. TRANSFORMACIÓN DE *SOFT LAW* EN *HARD LAW*

### a. MARCO JURISPRUDENCIAL

#### • *Algunos casos relevantes de tribunales en Francia*

En su decisión del 9 de abril de 1996 (DC n.º 96-373) sobre la autonomía de la Polinesia francesa y del 23 de julio de 1999 (DC 99-416) sobre la creación de una cobertura médica universal, el Consejo Constitucional francés reconoció a particulares, y en especial a las víctimas de violaciones de derechos humanos cometidas por empresas, el derecho de comparecer ante un juez para una reparación adecuada<sup>61</sup>.

Por esto, como se estableció en el capítulo anterior, el desarrollo jurisprudencial en el tema de derechos humanos y empresas empezó a ser de gran importancia. En efecto, la jurisprudencia judicial empezó a desplegarse a través de una atribución de fuerza jurídica a sus normas de autorregulación. Esta concepción se ejemplifica a través de los dos primeros casos a analizar en este capítulo, seguidos de un tercer caso que no se centra esencialmente en dichos compromisos unilaterales, sino en el derecho penal francés.

---

59 Vale aclarar que esta regla no es aplicable en Francia sino en otros lugares, especialmente en países de *common law*. Sin embargo, por medio de la Ley Sapin II Francia ha creado la obligación a las empresas de adoptar códigos de conducta, tema que será discutido adelante.

60 Conseil national des barreaux. *Entreprises et Droits de l'Homme guide pratique à destination des avocats*, 1.ª ed., París, 2017, p. 35.

61 *Ibid.*, p. 35.

• *Caso Erika*

Erika era un barco petrolero construido en 1975 y alquilado por el grupo empresarial francés Total S. A. El 12 de diciembre de 1999 este navío naufragó y se hundió en la zona económica exclusiva del mar francés en la región de Bretaña, durante un recorrido que pretendía llegar a Livorno (Italia) y provenía de Dunkerque (Francia). Dicha embarcación cargaba 30.884 toneladas de combustible pesado<sup>62</sup>; este acontecimiento constituye uno de los más graves desastres ecológicos ocurridos en Francia<sup>63</sup>.

Este caso se concluyó el 25 de septiembre de 2012 cuando la plenaria de la Sala penal de la Corte de Casación francés no casó la decisión tomada por el Tribunal de Apelación de París el 30 de marzo de 2010. Esta es una decisión sin precedentes en el derecho francés, dado que, a pesar de que no se reconoce la responsabilidad civil de la empresa, sí se reconoce su culpa penal a través del delito de polución<sup>64</sup>.

En lo que concierne a la condena penal, el Tribunal se basó en las normas de seguridad que Total había adoptado voluntariamente. Es así como, los jueces reconocieron, por un lado, la culpa de la empresa por negligencia, al no cumplir con un compromiso autorregulatorio y por otro lado, la consolidación de un daño al medio ambiente como una lesión objetiva autónoma<sup>65</sup>.

Por todo lo anterior, queda claro el valioso papel del juez quien concede una fuerza jurídica vinculante a las reglas de seguridad adoptadas voluntaria y autónomamente por la multinacional francesa<sup>66</sup>.

62 Sentencia 3439 del 25 de septiembre de 2012 (10-82.938), Corte de Casación, Sala Penal - ECLI:FR:CCASS:2012:CR03439.

63 MATTER, ANTOINE. Affaire de l'Erika: vers la catastrophe juridique (Selon l'expression de Greenpeace.) du siècle?, *Un peu de droit* (consultado el 7 de marzo de 2019). Disponible en <[https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/chambre\\_criminelle\\_578/3439\\_25\\_24144.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_criminelle_578/3439_25_24144.html)>

64 NEYRET, LAURENT. 'Affaire Erika: moteur d'évolution des responsabilités civile et pénale', *Revue Dalloz*, 2010. Consultado el 27 de febrero de 2019 en <[https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/SEPTEMBRE\\_2012/D2010-2238.pdf](https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/SEPTEMBRE_2012/D2010-2238.pdf)>

65 *Ibid.*

66 "La Corte de Casación valida el razonamiento adoptado por el Tribunal de Apelación de París, según el cual una parte de las normas internas de seguridad de la empresa sirve como base para la responsabilidad material del delito de contaminación de empresa petrolera". Del francés: "La Cour de cassation valide ainsi le raisonnement adopté par la Cour d'appel de Paris, aux termes duquel la charte partie sert de fondement à l'imputabilité matérielle du délit de pollution à une

Este caso abre entonces la puerta a distintas discusiones jurídicas, tales como el efecto de extraterritorialidad de los códigos y reglas de conducta de una empresa, en el momento en que se vuelven obligatorias para todas sus filiales en el mundo<sup>67</sup>.

Sin embargo, es criticable el hecho de declarar a Total, por un lado, culpable del delito de polución y, por otro, inocente de una posible responsabilidad civil<sup>68</sup>. Es decir, el Tribunal de apelación cae en la paradoja de reconocer un equilibrio precario entre un enfoque extenso de negligencia criminal y un enfoque restrictivo de culpa civil<sup>69</sup>.

• *Caso tramway de Jerusalén*

La Asociación de Solidaridad Franco-palestina (AFPS) y la Organización de Liberación de Palestina (OLP) demandaron a las empresas francesas Alstom<sup>70</sup> y Veolia<sup>71</sup> ante el Tribunal de Primera Instancia en Nanterre. Los demandantes exigían la anulación del contrato firmado entre el gobierno israelí y el consorcio City Pass (conformado por Alstom, Alstom Transport, Veolia y cuatro compañías israelíes), en julio del 2005, para construir y operar una línea de tranvía en Jerusalén<sup>72</sup>.

compagnie pétrolière”. DAUD, EMMANUEL; LE CORRE, CLARISSE; CHRONIQUE, ARRET ERIKA. *Marée verte sur le droit de la responsabilité civile et pénale des compagnies pétrolières* (PDF), p. 5. Consultado el 7 de marzo de 2019 en <<http://www.vigo-avocats.com/wp-content/uploads/article/s4/id382/4b946b4561fc4a09b7202caf341fd7d7.pdf>>

67 MAZIAU, NICOLAS. L'extraterritorialité du droit entre souveraineté et mondialisation des droits, *La semaine juridique-Entreprise et affaires*, juillet 2015.

68 DAUD, EMMANUEL; LE CORRE, CLARISSE; CHRONIQUE, ARRET ERIKA. *Marée verte sur le droit de la responsabilité civile et pénale des compagnies pétrolières* (PDF), p. 5. Consultado el 7 de marzo de 2019 en <<http://www.vigo-avocats.com/wp-content/uploads/article/s4/id382/4b946b4561fc4a09b7202caf341fd7d7.pdf>>

69 NEYRET, LAURENT. 'Affaire Erika: moteur d'évolution des responsabilités civile et pénale, *Recueil Dalloz*, 2010. Consultado el 27 de febrero de 2019 en <[https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/SEPTEMBRE\\_2012/D2010-2238.pdf](https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/SEPTEMBRE_2012/D2010-2238.pdf)>

70 Alstom es una corporación francesa centrada en el negocio de la generación de electricidad y la fabricación de trenes y barcos.

71 Veolia Environnement S.A., denominada Veolia, es una empresa transnacional francesa con actividades en tres áreas principales: gestión del agua, gestión de residuos y servicios energéticos.

72 DE POOTER, HELENE. L'affaire du tramway de Jérusalem devant les tribunaux français, *Annuaire Français de Droit International*, 2014, p. 49. Consultado el 28 de febrero de 2019 en <[https://www.persee.fr/doc/ASPDF/afdi\\_0066-3085\\_2014\\_num\\_60\\_1\\_4741.pdf](https://www.persee.fr/doc/ASPDF/afdi_0066-3085_2014_num_60_1_4741.pdf)>

En efecto, la asociación y la organización utilizaban como principal argumento que el contrato violaba el derecho internacional y los códigos de ética de las empresas demandadas. Es decir, para las demandantes, el hecho de construir una línea de tranvía que estaría ubicado en territorio ocupado<sup>73</sup> violaba el derecho internacional humanitario en el sentido de que el proyecto reforzaría la ocupación israelí de Jerusalén occidental y la ayudaría a cometer crímenes de guerra.<sup>74</sup>

En mayo de 2011, el Tribunal de Nanterre se pronunció sobre el fondo y rechazó los argumentos presentados por los demandantes para anular el contrato. A continuación, la Asociación de Solidaridad Franco-palestina y la Organización de Liberación de Palestina apelaron la decisión.

Fue así como, la Corte de apelación de Versalles sentenció el 22 de marzo del 2013<sup>[75]</sup> que los códigos éticos de las empresas en cuestión no contaban con una fuerza jurídica vinculante<sup>76</sup> y por ende declaró como no admitida la apelación. Los argumentos de la Corte respecto a los códigos fueron que en el caso de la empresa Veolia, su “guía” titulada “Ética, convicción y responsabilidad” no estaba relacionada con las violaciones de derecho internacional humanitario invocadas y por lo tanto, había una imposibilidad para que terceros pudieran valerse de dichos compromisos autónomos para demandar.<sup>77</sup> Con respecto al código de ética de Alstom, la Corte señaló que entre los textos autoimpuestos por la empresa, solo los directamente relacionados con la legislación laboral tenían carácter obligatoria, ya que el Pacto Mundial de las Naciones Unidas expresa solamente valores que contienen recomendaciones y reglas de conducta

73 Una parte de la ciudad de Jerusalén es reconocida por la ONU como territorio con carácter de ocupación ilegal.

74 Business-human rights resource centre. Résumé du procès Veolia & Alstom (projet de tramway de Jérusalem). Consultado el 7 de marzo de 2019 en <<https://www.business-humanrights.org/fr/r%C3%A9sum%C3%A9-du-proc%C3%A8s-veolia-alstom-projet-de-tramway-de-j%C3%A9rusalem-o>>

75 Corte de apelación de Versalles, 22 de marzo de 2013, n.º 11/05331, Assoc. France Palestine Solidarité (AFPS) y sociedades Alstom Transport SA y Veolia.

76 MAZIAU, NICOLAS. La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'homme: Rapports “mère-fille” et application extraterritoriale du droit. Brève analyse de jurisprudence comparée, *Wolters Kluwer-Revue Internationale du Droit des Affaires*, vol. 4, n.º 120, 2016, p. 16.

77 DE POOTER, HELENE. L'affaire du tramway de Jérusalem devant les tribunaux français, *Annuaire Français de Droit International*, 2014, p. 49. Consultado el 28 de febrero de 2019 en <[https://www.persee.fr/doc/ASPDF/afdi\\_0066-3085\\_2014\\_num\\_60\\_1\\_4741.pdf](https://www.persee.fr/doc/ASPDF/afdi_0066-3085_2014_num_60_1_4741.pdf)>

(*soft law*) sin crear obligaciones o compromisos de los cuales terceros se puedan beneficiar al solicitar judicialmente su cumplimiento<sup>78</sup>.

La misma sentencia también niega el reconocimiento, a las dos empresas francesas, como sujetos de derecho internacional<sup>79</sup>. En efecto, el Tribunal de Apelación establece que las empresas francesas son “terceros en el contrato de concesión firmado por el Estado de Israel y por ende no pueden responder por violaciones de las normas internacionales las cuales crean obligaciones únicamente de cara a los Estados”<sup>80</sup>.

En el presente caso observamos un retroceso respecto al papel progresista de los jueces, en comparación con el caso *Erika*, dado que aquí el juez no concede fuerza jurídicamente vinculante a los reglamentos internos de las empresas. Además, el juez establece que las obligaciones de derecho internacional humanitario y de la costumbre internacional solo pueden crear obligaciones jurídicas frente a los Estados y en consecuencia las empresas no pueden ser un sujeto activo de derecho internacional.

• *Caso de la junta de Birmania*

Las empresas multinacionales Total y Unocal, francesa y estadounidense respectivamente, empezaron a explotar un gasoducto en Birmania inicios de

78 “La corte de casación agrega que no resulta de la adhesión de las empresas al Pacto Mundial y de su adopción de códigos de ética ninguna obligación de respetar el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario”. Del francés: “La cour d’appel ajoute qu’il ne résulte de l’adhésion des entreprises au Pacte Mondial et de leur adoption de codes d’éthique aucune obligation de respecter le droit international des droits de l’homme et le droit humanitaire”. DE POOTER, HELENE. L’affaire du tramway de Jérusalem devant les tribunaux français, *Annuaire Français de Droit International*, 2014, p. 49. Consultado el 28 de febrero de 2019 en <[https://www.persee.fr/doc/AsPDF/afdi\\_0066-3085\\_2014\\_num\\_60\\_1\\_4741.pdf](https://www.persee.fr/doc/AsPDF/afdi_0066-3085_2014_num_60_1_4741.pdf)>

79 MAZIAU, NICOLAS. La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l’homme : Rapports “mère-fille” et application extraterritoriale du droit. Brève analyse de jurisprudence comparée. *Wolters Kluwer-Revue Internationale du Droit des Affaires*, vol. 4, n.º 120, 2016, p. 16.

80 Del francés *les sociétés*, “tiers au contrat de concession signé par l’Etat d’Israël, ne peuvent répondre des violations de normes internationales qui ne font mention d’obligations qu’à la charge de la puissance occupante”. MAZIAU, NICOLAS. La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l’homme: Rapports “mère-fille” et application extraterritoriale du droit. Brève analyse de jurisprudence comparée, *Wolters Kluwer-Revue Internationale du Droit des Affaires*, vol. 4, n.º 120, 2016, p. 16.

la década noventa<sup>81</sup>. A través de los años, varias ONG acusaron a dichas transnacionales<sup>82</sup> por complicidad en violaciones de derechos humanos al apoyar económicamente la junta militar de Birmania. Particularmente, el Estado de Birmania y las empresas fueron denunciados por trabajo forzado en lo que concierne a la construcción del gasoducto<sup>83</sup> y la prestación de servicios de seguridad a ambas compañías<sup>84</sup>.

A continuación las víctimas fueron privadas de cualquier derecho a un recurso efectivo ante los jueces locales contra los militares y contra las empresas multinacionales<sup>85</sup>. Por esto, gracias a la intervención de distintas ONG, Unocal fue demandado ante un tribunal civil estadounidense a través del Alien tort Statute<sup>86</sup> y Total, fue dos procesos penales paralelos: uno ante la justicia belga

81 “Las petroleras Total (Francia) y Unocal Corp. (Estados Unidos) son los socios de la compañía petrolera birmana MOGE (Myanma Oil and Gas Empresa) en una empresa conjunta destinada a la explotación del campo de gas de Yadana, considerado un campo gigante por sus reservas estimado en casi 140 mil millones de m<sup>3</sup>”. Del francés: “Les groupes pétroliers Total (France) et Unocal Corp. (Etats-Unis) sont les partenaires de la compagnie pétrolière birmane MOGE (Myanma Oil and Gas Enterprise) dans une joint-venture ayant pour but l’exploitation du gisement gazier de Yadana (blocs M5 et M6), considéré comme un champ géant du fait de ses réserves estimées à près de 140 milliards de m<sup>3</sup>”. LAROCHE, BEATRICE y HABBARD, ANNE-CHRISTINE. *La Birmanie, Total et les droits de l’Homme: dissection d’un chantier. Rapport de situation, Fidh-Birmanie* (en ligne), octobre 1996, n.° 224, p. 48.

82 Tales como ERI: Earth Rights International, Sherpa y la asociación FIDH: Federación Internacional de los Derechos Humanos.

83 LAROCHE, BEATRICE y HABBARD, ANNE-CHRISTINE. *La Birmanie, Total et les droits de l’Homme: dissection d’un chantier. Rapport de situation, Fidh-Birmanie* (en ligne), octobre 1996, n.° 224, p. 48.

84 “Las violaciones perpetradas por las tropas del ejército a cargo de la seguridad de las empresas del sitio no fueron limitadas”. *Info-Birmanie, Total en Birmanie*. Consultado el 5 de marzo de 2019 en <<http://www.info-birmanie.org/total-en-birmanie>>

85 HENNEBEL, LUDOVIC. *Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l’homme. L’affaire Total-Unocal en Birmanie jugée en Europe et aux États-Unis*, Université catholique de Louvain, Faculté de droit, Centre de philosophie du droit, Septembre 2006. Consultado el 15 de febrero de 2019 en <<https://sites.uclouvain.be/cridho/documents/Working.Papers/CRIDHO.WP.2006.09.pdf>>

86 El Alien tort Statute es una disposición legislativa originalmente destinado a castigar la violación del derecho internacional o de algún tratado del cual haga parte Estados Unidos en detrimento de los ciudadanos extranjeros en territorio estadounidense. También llamado Alien Tort Claims Act, este instrumento legislativo fue interpretado de una manera amplia en el caso *Filartiga* dado que permitió a los jueces estadounidenses juzgar hechos de tortura cometidos en el extranjero por extranjeros. El presente caso de Unocal abrió la puerta a la aplicación del Alien tort Statute contra personas jurídicas.

con base en la competencia universal<sup>87</sup> y el otro ante la justicia francesa, sobre la base del derecho penal.

En lo que concierne al proceso penal llevado en Francia, este fue presentado por la ONG Sherpa quienes representaban a 8 denunciantes birmanos en 2002. El principal problema jurídico era la calificación jurídica de la infracción. En efecto, la denuncia se basó en hechos de trabajo forzoso, sin embargo, este delito no estaba tipificado específicamente en el Código penal francés, lo cual violaba el principio de legalidad en derecho penal<sup>88</sup>.

Igualmente, los denunciantes argumentaban la tipificación del delito de secuestro incluido en el artículo 224-1 del Código penal francés<sup>89</sup>. No obstante, el fiscal del caso argumenta ante el juez de instrucción la estricta interpretación del derecho penal y por ende aduce que los hechos de trabajo forzado no equivalen a las hipótesis del delito de secuestro, y concluyó así la imposibilidad de continuar con la investigación contra la empresa Total<sup>90</sup>.

Sin embargo, el juez de instrucción se negó a conceder la solicitud del fiscal, señalando que el trabajo forzado puede ser un elemento fáctico capaz de comprobar los actos de detención y secuestro. Por lo tanto, hay lugar de continuar con la investigación penal sobre la existencia de dicho delito<sup>91</sup>.

A continuación, el 29 de noviembre de 2005, Total firmó una transacción con los demandantes. Según los términos del acuerdo, Total acordó pagar una indemnización de 10.000 euros por reclamante si desistían de la denuncia<sup>92</sup>. Igualmente, en la transacción, Total niega ser el autor de las violaciones a los

87 La competencia o jurisdicción universal consiste en que un Estado se dota de prerrogativas legales para reclamar su competencia normativa sobre una situación con la que no tiene una conexión personal o territorial. Esta pretendía investigar y juzgar las violaciones de los derechos humanos sin un vínculo de rattachement en nombre de un objetivo de orden público basado en obligaciones que emanan del derecho internacional: “La protección de derechos humanos”. Esta tendencia fue predominantemente usada en Europa a principios de la década de 2000 y sobre todo por Bélgica y España.

88 HENNEBEL, LUDOVIC. *Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme. L'affaire Total-Unocal en Birmanie jugée en Europe et aux États-Unis*, Université catholique de Louvain, Faculté de droit, Centre de philosophie du droit, Septembre 2006. Consultado el 15 de febrero de 2019 en <<https://sites.uclouvain.be/cridho/documents/Working.Papers/CRIDHO.WP.2006.09.pdf>>

89 *Ibid.*

90 *Ibid.*

91 *Ibid.*

92 *Ibid.*

derechos humanos<sup>93</sup>. Según la empresa francesa, este acuerdo es una forma de reforzar su compromiso con los derechos humanos y compensar la situación desde una perspectiva humanitaria dado que el trabajo forzoso de haber ocurrido fue sin su conocimiento<sup>94</sup>.

Sin embargo, el anterior acuerdo fue fuertemente criticado por varias ONG quienes estimaron que “este acuerdo ignora las responsabilidades de la comisión de violaciones graves de derechos humanos en favor de una transacción financiera que permite a Total comprar un buen comportamiento”<sup>95</sup>.

## b. MARCO LEGAL

En los temas relacionados con derechos humanos y empresas, Francia ha sobrepasado sus obligaciones impuestas por la Unión Europea y se ha convertido en un ejemplo mundial<sup>96</sup>. Esto se observa mediante la tendencia nacional de privilegiar el *hard law* sobre *soft law* como forma de regular la RSE<sup>97</sup>.

A continuación, analizaremos los ejemplos concretos mediante los cuales Francia ha creado obligaciones jurídicamente vinculantes en este campo.

## c. COMPETENCIA PENAL DE LOS TRIBUNALES FRANCESES

En Francia, las personas morales son responsables por las infracciones penales que estas mismas cometen bajo la condición de que los hechos reprochables le puedan ser imputados a uno de sus órganos o representantes y que estos hayan sido cometidos por la cuenta de la persona moral<sup>98</sup>.

---

93 *Ibid.*

94 Comunicación de prensa del 29 noviembre de 2005, Total, Myanmar: Total et l'association Sherpa concluent un accord prévoyant la création d'un fonds de solidarité pour de sanctions humanitaires. Consultado el 10 de enero de 2019 en <[http://www.total.com/fr/press/press\\_releases/pr\\_2005/051128\\_myanmar\\_accord\\_sherpa\\_8204.htm](http://www.total.com/fr/press/press_releases/pr_2005/051128_myanmar_accord_sherpa_8204.htm)>

95 Del francés: “Info Birmanie, la LDH et la FIDH sont indignées par cet accord qui fait abstraction des responsabilités dans la perpétration de graves violations des droits de l’Homme au profit d’une transaction financière permettant ainsi au groupe Total de s’acheter une bonne conduite”. La Ligue des droits de l’Homme et la FIDH dénoncent l’accord intervenu entre Total et Sherp. *Info Birmanie*. Consultado el 7 de marzo de 2019 en <[https://www.fidh.org/spip.php?page=article&id\\_article=2889](https://www.fidh.org/spip.php?page=article&id_article=2889)>

96 DESBARATS, ISABELLE. La RSE “à la française”: où en est-on?, *Droit social*, n.º 6, 2018, p. 525.

97 *Ibid.*, pp. 11 y 12.

98 Plan National d’Action pour la mise en œuvre des Principes Directeurs des Nations Unies relatifs aux droits de l’Homme, Ministère des affaires étrangères et du développement international, p. 54.



El derecho penal francés se interesa particularmente en la represión de las violaciones de derechos humanos que las empresas pueden cometer contra diferentes bienes jurídicos relevantes. En efecto, este régimen protege vulneraciones contra la desigualdad, como la corrupción u obstáculo a la libertad de trabajo, contra las personas naturales, como las condiciones de trabajo contrarias a la dignidad humana o el trabajo forzado, contra el medio ambiente, como la polución o contra el dominio social, higiene y seguridad, como el obstáculo al funcionamiento de las organizaciones representativas de los trabajadores<sup>99</sup>.

Igualmente, las víctimas pueden constituirse como partes civiles de un proceso penal y pedir la reparación de un perjuicio que se les ha causado cuando la empresa cometió el crimen en cuestión<sup>100</sup>.

La empresa puede ser declarada culpable tanto como por ser el autor del crimen, como por ser el cómplice de crímenes cometidos por otras empresas, incluso ubicadas en el extranjero, por ejemplo, el blanqueamiento de activos y el encubrimiento. No obstante, para poder configurar una complicidad cuando la infracción fue cometida en el extranjero, es necesario probar dos condiciones: la doble incriminación del delito y la decisión definitiva de la infracción en el país donde se cometió<sup>101</sup>. Estas dos condiciones transforman la figura en una de difícil aplicación. Sin embargo, existe una excepción a dicha figura y aplica en materia de lucha contra la corrupción, más adelante haremos referencia a este tema en el título sobre la ley Sapin II.

• *Ordenanza del 19 de julio del 2017 relativa a la publicación de información no financiera*

El deber de transparencia se compone, según el Ministerio francés de transición ecológica y ciudadana<sup>102</sup>, por la comunicación por parte de una empresa de información social, ambiental y de gobierno, contribuyendo así a una mayor transparencia sobre sus actividades, características y organización<sup>103</sup>.

---

99 *Ibid.*, p. 55.

100 *Ibid.*

101 *Ibid.*

102 Ministerio de transición ecológica y ciudadana, Le reporting extra-financier des entreprises. Consultado el 8 de marzo de 2019 en <<https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/reporting-extra-financier-des-entreprises#eo>>

103 *Ibid.*

Como tal, es una base importante de la política de responsabilidad social corporativa de la compañía frente a sus partes interesadas, los ciudadanos y el Estado<sup>104</sup>.

Específicamente, Francia fue el primer Estado miembro de la UE en legislar sobre el reporte extra-financiero y la RSE<sup>105</sup>. Es por ello que el marco legal en este tema está bastante desarrollado. En efecto, este inicia con la ley del 15 de mayo de 2001, “relativa a las nuevas regulaciones económicas”, que establecía para las empresas del sector financiero que cotizan en bolsa la obligación de realizar un reporte de RSE general<sup>106</sup>.

No obstante, es a partir de la ley del 12 de julio de 2010, llamada ley Grenelle II, sobre el compromiso nacional con el medio ambiente, completada por el decreto del 24 de abril de 2012, que se introduce en el reporte de RSE una parte sobre el respeto de los derechos humanos<sup>107</sup>. En consecuencia, dichos instrumentos jurídicos aumentaron los temas obligatorios que las empresas debían tratar en dicho reporte, alargó su alcance a todo tipo de empresa de cierto tamaño, sin limitarla por sector económico<sup>108</sup> y la opción de no divulgación<sup>109</sup>.

En lo que concierne a la información requerida, se amplió a 42 ítems divididos en tres temas: el primero es el tema social, que incluye temas de derecho laboral, salud y seguridad, el segundo es el eje medio-ambiental que incluye temas de contaminación, gestión de residuo y consumo de energía y finalmente, el tercer tema es el compromiso con el desarrollo sostenible que incluye cuestiones en relación con el impacto social, las relaciones con grupos de interés, el respeto a los derechos humanos, entre otros.

---

104 *Ibid.*

105 DESBARATS, ISABELLE. La RSE “à la française” : où en est-on?, *Droit social*, n.º 6, 2018, p. 9.

106 Ministerio de transición ecológica y ciudadana. *Le reporting extra-financier des entreprises*. Consultado el 8 de marzo de 2019 en <<https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/reporting-extra-financier-des-entreprises#eo>>

107 MAZIAU, NICOLAS. L’extraterritorialité du droit entre souveraineté et mondialisation des droits, *La semaine juridique-Entreprise et affaires*, juillet 2015.

108 Empresas con más de 500 empleados y un volumen de negocios o balance total superior a 100 millones de euros.

109 Obligaciones codificadas en el código de comercio francés, Ministerio de transición ecológica y ciudadana, *Le reporting extra-financier des entreprises*. Consultado el 8 de marzo de 2019 en <<https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/reporting-extra-financier-des-entreprises#eo>>

Con relación a la opción de no divulgación, el decreto de 2012 introduce el concepto de cumplir o explicar. Es decir, las empresas pueden optar por omitir información sobre temas, pero deben justificar la opción de no divulgación<sup>110</sup>.

El reporte de RSE debe informar sobre las acciones tomadas por la compañía y sus subsidiarias o filiales, y debe ser presentado a un auditor externo. La anterior premisa fue pensada en relación con la compleja estructura que tienen algunas empresas<sup>111</sup> y ha sido interpretada como extraterritorialidad del derecho dado que una ley francesa genera obligaciones a filiales incluso fuera del territorio francés<sup>112</sup>.

Como habíamos visto en el capítulo anterior, la Unión Europea creó la obligación del reporte extra-financiero mediante la directiva del 22 de octubre del 2014 sobre la publicación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de ciertas grandes empresas y grupos. En efecto, la directiva exige un informe estándar sobre la política ambiental, social y de gobierno de la compañía y su resultado en forma de indicadores clave de desempeño, así como una descripción de los principales riesgos sociales y de políticas de gobierno<sup>113</sup>.

A continuación, Francia realizó la transposición de la directiva mediante la ordenanza del 19 de julio de 2017 y su decreto de implementación del 9 de agosto de 2017, los cuales derogaron la ley Grenelle II. Estos dos instrumentos cambiaron el sistema de información no financiera, ya que ahora las empresas están obligadas a formalizar una “declaración de desempeño extra-financiero”<sup>114</sup>. Según palabras del Consejo de ministros en su informe del 19 de julio de 2017: “Al final de esta transposición, el informe de rendimiento

110 *Ibid.*

111 MAZIAU, NICOLAS. L’extraterritorialité du droit entre souveraineté et mondialisation des droits, *La semaine juridique-Entreprise et affaires*, juillet 2015, p. 27.

112 “Respecto a la extraterritorialidad normativa: primer caso: la norma es una ley sustantiva. El ejemplo del artículo 225 de la llamada ley Grenelle II complementada por el Decreto n.º 2012-557 de 24 abril de 2012”.

MAZIAU, NICOLAS. L’extraterritorialité du droit entre souveraineté et mondialisation des droits, *La semaine juridique-Entreprise et affaires*, juillet 2015, cit.

113 Ministerio de transición ecológica y ciudadana, Le reporting extra-financier des entreprises. Consultado el 10 de marzo de 2019 en <<https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/reporting-extra-financier-des-entreprises#eo>>

114 Del francés: “Désormais, le rapport de responsabilité sociétale des entreprises est remplacé par une déclaration de performance extra-financière”. DESBARATS, ISABELLE. La RSE “à la française”: où en est-on?, *Droit social*, n° 6, 2018.

extra-financiero, que reemplaza al informe de Responsabilidad Social Empresarial (RSE), se convierte en una herramienta para la gestión estratégica de la empresa, tanto concisa como accesible, centrada en información relevante”<sup>115</sup>.

Además, estos textos de transposición introdujeron la noción de “pertinencia”. En efecto, las empresas deben presentar información específica relacionada a temas sociales y ambientales basada en su pertinencia según sus riesgos y sus políticas<sup>116</sup>.

La ordenanza impone el deber de transparencia a las grandes empresas con más de 500 empleados con un balance general superior a 20 millones de euros o una facturación de más de 40 millones de euros<sup>117</sup>. Para las empresas que no cotizan en bolsa la obligación es vinculante cuando aquellas cuentan con más de 500 empleados con un balance general total o una facturación de más de 100 millones de euros<sup>118</sup>.

Sin embargo, este dispositivo puede ser criticado debido a que limitó el campo de acción de la obligación. En efecto, se excluye del deber de reporte extra-financiero a las filiales francesas cuando su sociedad madre ya ha producido dicho informe para toda su estructura<sup>119</sup>. De la misma manera, las PYME que cotizan en las bolsas también quedaron exceptuadas, a pesar de que estaban incluidas en la precedente ley. Igualmente, fueron descartadas las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades por acciones simplificadas (SAS) que no cotizan en la bolsa, a pesar de que la directa las incluye a ambas<sup>120</sup>.

---

115 Del francés: “Au terme de cette transposition, la déclaration de performance extra-financière, qui remplace le rapport de responsabilité sociale des entreprises (RSE), devient un outil de pilotage stratégique de l’entreprise, à la fois concis et accessible, concentré sur les informations significatives intéressant ses parties prenantes”. Consejo de ministros en su informe del 19 de julio de 2017. Publication d’informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d’entreprises. Consultado el 20 de febrero de 2019 en <<https://www.gouvernement.fr/conseil-des-ministres/2017-07-19/publication-d-informations-non-financieres-par-certaines-gra>>

116 Ministerio de transición ecológica y ciudadana, Le reporting extra-financier des entreprises. Consultado el 10 de marzo de 2019 en <<https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/reporting-extra-financier-des-entreprises#eo>>

117 DESBARATS, ISABELLE. La RSE “à la française”: où en est-on?, *Droit social*, n.º 6, 2018, p. 10.

118 *Ibid.*

119 *Ibid.*

120 *Ibid.*

• *Ley Sapin II*

La corrupción y la violación de los derechos humanos están íntimamente ligados. Para ejemplificar la anterior afirmación podemos observar como la corrupción genera un nicho perfecto para provocar y perpetuar violaciones de derechos fundamentales afectando los siguientes escenarios: la independencia del poder judicial, la libertad de expresión de periodistas y denunciantes, la libertad de reunión, los derechos sociales, la trata de personas, etc.<sup>121</sup>.

En efecto, la anterior premisa constituye una de las razones del porqué en los últimos años los actores económicos han sido testigos de un fortalecimiento de la lucha contra la corrupción<sup>122</sup>, bajo la presión de las instituciones internacionales que tuvo como consecuencia profundas reformas de sistemas legislativos nacionales<sup>123</sup>.

En lo que concierne a Francia, antes de 1997 solamente se tipificaba penalmente la corrupción activa y pasiva de las personas naturales que ejercían el papel de autoridad pública, que estaban encargadas de una misión de servicio público o que eran representantes populares<sup>124</sup>. Por esto, en ese entonces, la legislación francesa no sancionaba el soborno de funcionarios públicos extranjeros por parte de personas naturales privadas o personas jurídicas privadas en el contexto de transacciones comerciales internacionales. Tanto así, que el sujeto activo de la acción podía pedir al Estado deducciones fiscales de los sobornos pagados a funcionarios públicos extranjeros<sup>125</sup>.

La práctica anteriormente descrita fue prohibida una vez adoptadas las recomendaciones de la OCDE del 17 de abril de 1996, donde se pedía a los

121 Group of States Against Corruption (Greco). Corruption et droits de l'homme, go zero corruption. Consultado el 10 de enero de 2019 en <<https://rm.coe.int/factsheet-corruption-et-droits-de-l-homme/16808dd7c9>>

122 Session de formation des Branch Compliance Officers Hufhes, Hubbard & Reed. GAUSTAD, ANNE et NICOLAS, MARIE-AGNES. *Retour sur les fondamentaux de la répression de la corruption (et infractions liées)*, 8 novembre 2018.

123 Medef. Guide pratique: le dispositif anticorruption de la loi Sapin II?, septembre 2017, p. 6.

124 Session de formation des Branch Compliance Officers Hufhes, Hubbard & Reed. GAUSTAD, ANNE et NICOLAS, MARIE-AGNES, *Retour sur les fondamentaux de la répression de la corruption (et infractions liées)*, 8 novembre 2018.

125 OCDE. MILLIET, MARTINE. Supprimer la déductibilité fiscale: Les pays de l'OCDE resserrent leur dispositif de lutte contre la déductibilité fiscale des pots-de-vin. Consultado el 8 de marzo de 2019 en <[http://observateurocde.org/news/archivestory.php/aid/207/Supprimer\\_la\\_d\\_Egductibilit\\_E9\\_fiscale.html](http://observateurocde.org/news/archivestory.php/aid/207/Supprimer_la_d_Egductibilit_E9_fiscale.html)>

Estados miembros suprimir dicha deducción fiscal. A partir de ese momento, la lucha contra la corrupción ha venido avanzando en Francia mediante hechos como la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. Sin embargo, el acto más relevante se dio el 9 de diciembre del 2016 con la promulgación de la ley n° 2016-1691 relativa a la transparencia, la lucha contra la corrupción y la modernización de la vida económica, llamada ley Sapin II<sup>126</sup>, la cual entró en vigor el primero de junio de 2017.

Esta ley adopta los principios comúnmente admitidos en materia de lucha contra la corrupción, como lo son los principios de debida gestión de los asuntos y los bienes públicos, equidad, responsabilidad e igualdad ante la ley, etc.<sup>127</sup>. Es así como, esta legislación hace cambios significativos en el sistema judicial francés, tales como la creación del acuerdo judicial de interés público<sup>128</sup>, obligar a las empresas a adoptar un código de conducta<sup>129</sup> e incluir un efecto de extraterritorialidad en materia penal<sup>130</sup>.

Respecto a la obligación de adoptar un código de conducta, la ley obliga a establecer específicamente los diferentes tipos de comportamientos prohibidos. Esta situación podría llevar a considerar que se está dotando al juez con una razón de más para conceder fuerza jurídica vinculante a estos códigos, ya que estas normas que provendrán ya no de la autonomía empresarial de autorregularse, sino como respuesta a la obligación impuesta por la ley<sup>131</sup>.

126 Comúnmente llamada ley Sapin II en honor al ministro de economía y finanzas Michel Sapin quien presentó el proyecto de ley.

127 Medef. Guide pratique: le dispositif anticorruption de la loi Sapin II?, septembre 2017, p. 6.

128 Transacción penal de la llamada “justicia negociada” como el principio de oportunidad.

129 Ley 2016-1691, artículo 17: “Se impone la obligación de adoptar un código de conducta que defina e ilustre los diferentes tipos de comportamiento que deben prohibirse y que pueden caracterizar la corrupción o influir en el tráfico de personas. Este código de conducta debe estar incorporado en el reglamento interno de la compañía y, por lo tanto, es el objeto del procedimiento de consulta para los representantes de los empleados previsto en el artículo L. 1321-4 del Código del Trabajo”. Del francés: “Un code de conduite définissant et illustrant les différents types de comportements à proscrire comme étant susceptibles de caractériser des faits de corruption ou de trafic d’influence. Ce code de conduite est intégré au règlement intérieur de l’entreprise et fait l’objet, à ce titre, de la procédure de consultation des représentants du personnel prévu à l’article L. 1321-4 du code du travail”.

130 Ley 2016-1691, artículo 18.

131 MAZIAU, NICOLÁS. *Op. cit.*, 2016, p. 15.

En lo que concierne a la extraterritorialidad de la ley Sapin II, en materia penal, se limita a los delitos de corrupción y tráfico de influencias<sup>132</sup>. Esta ley suprime para estos dos delitos las condiciones de la aplicación extraterritorial del derecho penal francés: la primera que los hechos también se penalicen en el país del lugar de su comisión<sup>133</sup> y la segunda que ya exista una decisión definitiva sobre el delito en el país donde se cometió. Esta exclusión nació gracias a la necesidad francesa de contar con un dispositivo anticorrupción que nivelara el régimen nacional con los estándares impuestos por las legislaciones extranjeras<sup>134</sup>.

• *Ley del 27 de marzo del 2017 relativa al deber de vigilancia en las cadenas de suministro mundiales*

El 27 de marzo de 2017 se expidió la llamada ley de vigilancia. Dicha norma fue discutida durante dos años, tiempo en el cual sufrió varias modificaciones debido al *lobby* realizado por las empresas y al argumento de una posible pérdida de competitividad por parte de las empresas francesas. Pese a las modificaciones hechas a la ley, esta conservó el tan discutido campo de aplicación extraterritorial sobre las cadenas de suministro mundiales.

En efecto, bajo la ley, las sociedades madre de las grandes empresas de más de 5 000 trabajadores en Francia o 10 000 en el mundo, incluidas sus filiales, están obligadas a respetar un deber de vigilancia elaborando, publicando y ejecutando un plan de vigilancia con medidas propias a identificar riesgos y a prevenir violaciones graves contra los derechos humanos, las libertades fundamentales, la salud y la seguridad de las personas y del medio ambiente resultantes de actividades del grupo social, de sus proveedores o de sus subcontratistas.

Esta ley fue propuesta bajo la influencia de varias ONG luego del lamentable caso de Rana Plaza donde ninguna sociedad madre pudo ser responsabilizada debido a la llamada teoría del “velo corporativo”<sup>135</sup>. Igualmente, esta ley se

---

132 En Francia la responsabilidad penal de las personas jurídicas se estableció con la reforma al código penal hecha en 1993.

133 La doble incriminación del delito.

134 Por ejemplo, la Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) de Estados Unidos y la U.K. Bribery Act de Inglaterra.

135 MARTIN-CHENUT, KATHIA. Devoir de vigilance: Internormativités et durcissement de la RSE, *Revue Droit Social*, octubre 2017, p. 803.

inscribe en la lógica internacional de responsabilizar las actividades empresariales, la cual se ha venido desarrollando en diferentes legislaciones extranjeras tales como: la ley inglesa *Modern Slavery Act* sobre la esclavitud o la ley de California *Transparency in Supply Chain Act 2010*<sup>136</sup>.

Esta ley es una excepción de las reglas clásicas de derecho privado sobre las indemnizaciones de las víctimas y de derecho societario sobre la autonomía de las personas jurídicas a través del velo corporativo. En efecto, el dispositivo francés levanta el velo corporativo generando dos obligaciones, la primera, de cara a las filiales de hacer un análisis exhaustivo de prevención de riesgos y la segunda, de cara a las sociedades madre, de indemnizar a las víctimas<sup>137</sup>. Esta última excepción trata de frenar las operaciones llamadas de *law shopping* o *forum shopping* que hacen parte de las estrategias de las empresas.

El objetivo de la ley es entonces la construcción de un círculo virtuoso a través de las grandes empresas transnacionales que están obligadas a realizar un deber de vigilancia sobre sus cadenas de producción y de suministro<sup>138</sup>. En otras palabras, este deber de vigilancia busca evitar situaciones tales como el trabajo en condiciones infra-humanas, el trabajo forzado, el trabajo infantil, etc. mediante un control más estricto realizado por las empresas matriz sobre sus cadenas de valor al respecto de sus proveedores<sup>139</sup>. Todo esto podría causar nuevas alianzas y acciones preventivas en la red comercial transnacional.

Esta ley es igualmente un desarrollo de la ya existente RSE de naturaleza no obligatoria o *soft law*. Entonces, es así como se observa una concomitancia del derecho duro con el derecho *soft*, pues la ley francesa hace referencia a estos instrumentos, por ejemplo, los Principios directores o un código de conducta interno, como medios de interpretación y como parte de su contenido para así verse beneficiada<sup>140</sup>. En este registro, ya no se habla de autorregulación, aunque la obligación del deber de vigilancia siga estando en manos de la empresa, puesto que esta está obligada a realizarlo.

---

136 CAILLET, MARIE. Du devoir de vigilance aux plans de vigilance; quelle mise en oeuvre?, *Revue Droit Social*, octobre 2017, p. 819.

137 MOREAU, MARIE. L'originalité de la loi française du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance dans les chaînes d'approvisionnement mondiales, *Revue Droit Social*, vol. 10, 2017, p. 792; HANNOUN, CLAUDE. Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi, 27 mars 2017, *Revue Droit Social*, p. 806.

138 *Ibid.*, p. 792.

139 *Ibid.*, p. 795.

140 *Ibid.*, p. 793.



Este desarrollo es una consecuencia igualmente de la evidente carencia de la RSE al ser de naturaleza voluntaria, donde las empresas continúan a ser libres de adoptar o no adoptar una visión humanista de sus actividades. Es decir, actualmente la RSE, vía privilegiada internacionalmente, representa más el síntoma de una crisis institucional, que el paliativo que llena lagunas de la regulación estatal responsable de regular la actividad empresarial<sup>141</sup>.

Este deber de vigilancia se centra en la prevención<sup>142</sup> y por eso las empresas están obligadas a identificar los posibles riesgos que sus actividades puedan causar contra los derechos humanos. Dicha identificación debe hacerse a través de un mapeo de diferentes riesgos adoptando un plan de acción con medidas claras y precisas, para así evitarlos. En efecto, estas medidas pueden ser incluidas en un código de conducta interno, un acuerdo marco global, una certificación, etc.

El plan de vigilancia y el informe de su ejecución efectiva deben ser hechos públicos e incluidos en el informe anual presentado por el consejo de administración o la junta directiva de la asamblea general de los accionarios.

El deber de vigilancia es entonces una obligación preventiva de medio y no de resultado<sup>143</sup> y como tal, la ley excluyó la posibilidad de una responsabilidad objetiva y por hecho de un tercero. Es así como, la ley incluyó tres mecanismos para responsabilizar a la empresa<sup>144</sup>, la primera es cuando se demuestra que esta no tomó las medidas razonablemente esperadas para prevenir los riesgos que podían atentar gravemente contra los derechos humanos, sociales y del medio ambiente, es decir, cuando viola el deber de vigilancia. La segunda, es cuando la empresa no publica su plan de vigilancia, situación que no solamente causará la declaración de su responsabilidad, sino también el juez podrá obligarla a hacerlo. Finalmente, el tercer mecanismo consistía en una sanción punitiva de máximo 10 millones de euros como consecuencia de la ausencia de un plan o de violación del deber de vigilancia. Sin embargo, este último mecanismo se vio cercenado por la decisión del Consejo constitucional francés quien lo

---

141 MARTIN-CHENUT, KATHIA. Devoir de vigilance: Internormativités et durcissement de la RSE, *Revue Droit Social*, octobre 2017, p. 798.

142 CAILLET, MARIE. Du devoir de vigilance aux plans de vigilance; quelle mise en oeuvre?, *Revue Droit Social*, octobre 2017, p. 821.

143 HANNOUN, CLAUDE. Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi, 27 mars 2017, *Revue Droit Social*, p. 806.

144 *Ibid.*

declaró inconstitucional por un desconocimiento del principio de la legalidad de los delitos y las penas<sup>145</sup>.

Igualmente, es necesario determinar la relación que debe tener la empresa con sus filiales para poder establecer una responsabilidad. La ley permite el control directo, el control indirecto y la actividad de los subcontratistas y proveedores.

Por un lado, en lo que concierne al control directo, la ley de vigilancia hace referencia al artículo 233-16 del Código de comercio francés el cual impone una obligación de consolidación de cuentas entre la sociedad madre y las filiales, lo cual caracteriza el control directo que la primera tiene sobre las segundas. Por otro lado, sobre el control indirecto, se hace referencia a un criterio de influencia dominante con la detención directa o indirecta de la mayoría de los derechos de voto en una empresa, la designación, durante dos ejercicios sucesivos, de la mayoría de los miembros de los órganos principales de toma de decisión social o en virtud de un contrato o cláusulas estatutarias.

Finalmente, la ley establece igualmente la responsabilidad de la sociedad madre a través de la actividad de sus subcontratistas y proveedores con los cuales esta tenga una relación comercial establecida. Esta relación se aprecia *in concreto*, en primer lugar, respecto a su duración, sin importar la cesión de un contrato o la retransmisión de la actividad según la jurisprudencia de la Sala comercial<sup>146</sup>. En segundo lugar y teniendo en cuenta que este instrumento busca proteger a terceros y al medio ambiente, más no a un subcontratista o proveedor de una ruptura brutal de la relación comercial, también respecto a la importancia de las actividades, donde una relación puntual pero substancial podría configurar la exigencia<sup>147</sup>.

Esta ley suscitó bastante resistencia por parte de los sectores económicos quienes temían la creación de un obstáculo para la competitividad de las empresas francesas, quien hasta ahora es el único Estado del mundo que ha desarrollado una norma de este tipo<sup>148</sup>. Por esto, el texto original de la ley, el cual tenía grandes ambiciones, fue cambiado en varias ocasiones para atenuar las posibles consecuencias que esta podía acarrearles a las empresas. En efecto,

---

145 Décision n.° 2017-750 DC du 23 mars 2017, disponible en <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2017/2017750DC.htm>>

146 HANNOUN, CLAUDE. Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi, 27 mars 2017, *Revue Droit Social*, p. 809.

147 *Ibid.*

148 MARTIN-CHENUT, KATHIA. *Op. cit.*, p. 802.

el proyecto de ley original contenía una presunción de culpa que causaba una inversión de la carga de la prueba donde la empresa estaba obligada a demostrar su inocencia para evitar una declaración de responsabilidad, ya que la prueba de la culpabilidad de esta última podría ser de difícil acceso para la víctima<sup>149</sup>. Igualmente, el proyecto incluía un título penal que sancionaba la falta de un deber de vigilancia<sup>150</sup>. Finalmente, el proyecto estaba dirigido a toda empresa sin ningún tipo de umbral, posición que contradecía los Principios Ruggie que establece en su Principio 14 que el respecto a los derechos humanos por parte de las empresas va a depender de la magnitud y complejidad de los medios dispuestos por estas que podrán variar según de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura<sup>151</sup>.

Con base en los anteriores argumentos, el resultado de la ley es calificado por algunos como paradójico, pues, a pesar de ser un gran avance en el difícil campo de la responsabilidad de las empresas, esta parece ofrecer a las víctimas un régimen especial menos favorable al que existe en el derecho común, pues como ya se explicó, se limita solamente a la responsabilidad por culpa, excluyendo otros tipos de responsabilidad que existen en la legislación y jurisprudencia francesa y principios como el de precaución<sup>152</sup>.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, resulta muy difícil para la víctima poder probar de una manera hipotética que, si una empresa hubiera ejecutado su plan de cierta manera, hubiera evitado el daño que causó. Sobre todo porque los daños causados al medio ambiente o a la salud son algunas veces inciertos y, por esto, su nexo de causalidad debe ser establecido mediante presunciones<sup>153</sup>.

Otra crítica a la ley es que no hay certitud respecto a cuáles son exactamente las sociedades que deben respetar el deber de vigilancia. En efecto, la ley es tan poco clara que no existe actualmente una lista que pueda establecer exactamente cuáles son las empresas que deben respetar la ley<sup>154</sup>.

149 *Ibid.*, p. 807.

150 *Ibid.*, p. 802.

151 Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, HR/PUB/11/04, 2011, p. 17; HANNOUN, CLAUDE. Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi, 27 mars 2017, *Revue Droit Social*, p. 809.

152 *Ibid.*, pp. 806-811.

153 *Ibid.*, p. 808.

154 COSSARD, S., BRABANT, S., MICHON, C. et OUNIS, S. Conférence sur la place des droits de l'homme dans l'entreprise en Universidad Paris 1, Panthéon-Sorbonne, Paris, enero 29 de 2019.

Asimismo, no hay claridad de si la ley aplica sobre todos los tipos de sociedades por acciones, en particular sobre la sociedad por acciones simplificada (SAS) por la referencia que está hace al artículo 225-102 del Código de comercio que las excluye. Sin embargo, la exclusión de este tipo de sociedades de la ley no sería coherente, pues solo la sociedad por acciones (SA) estaría obligada a respetar el deber de vigilancia. Esta interpretación iría contra las Líneas Directivas de la OCDE y los Principios Ruggie que hablan solamente de “empresa” independiente de las formas que esta pueda adoptar<sup>155</sup>.

Otra duda que no queda resuelta es como se podrá obligar a una sociedad madre domiciliada en un país diferente a Francia a respetar el deber de vigilancia por tener una filial en territorio francés y alcanzar el umbral establecido por la ley. En otras palabras, no queda claro como la ley podría tener alcances extraterritoriales de una manera efectiva.

Es así como la efectividad y alcance de la ley dependerá ampliamente de la interpretación del juez, quien con su jurisprudencia podrá ampliarla o reducirla, por ejemplo, permitiendo cierto tipo de presunciones para poner establecer el nexo de causalidad<sup>156</sup>. Es decir, esta ley podría abrir la puerta a una nueva forma de reparación de daños si el juez francés juega bien sus cartas y utiliza sabiamente su ya establecida jurisprudencia, con el fin de cumplir con los objetivos de la ley.

De la misma manera, la ley también dependerá ampliamente de la interpretación que se le haga a la noción “razonable”, que es el adjetivo usado para calificar la vigilancia que la empresa debe ejercer y de la noción de “grave”, que es el adjetivo usado para calificar el tipo de violaciones que las empresas deben prevenir. Igualmente, la aplicación de esta ley también dependerá de saber cómo se efectúa la evaluación del plan y según qué criterios, donde una evaluación periódica de un tercero pudo haber sido prevista por la ley, como los agentes de notación extrafinancieros<sup>157</sup>. Sin embargo, esta posibilidad fue rechazada por la ley, y por eso las empresas son libres de adoptar los métodos de evaluación y de *compliance* que estas deseen, sin embargo, se les recomienda este tipo de evaluación<sup>158</sup>.

---

155 HANNOUN, CLAUDE. *Op. cit.*, p. 810.

156 *Ibid.*, p. 813.

157 *Ibid.*, p. 812.

158 *Ibid.*, p. 821.

En febrero del 2019, las ONG Actionaid, les Amis de la Terre, Amnesty international, Terre solidaire, Collecte ethique sur l'étiquette y Sherpa, todas miembros del Foro ciudadano para la RSE, realizaron el primer reporte sobre el primer año de aplicación de la ley. En este reporte, las ONG resaltaron que algunas sociedades, como Lactalis, Zara, H&M, todavía no han publicado su plan de vigilancia, a pesar de la obligación legal que pesa sobre ellas<sup>159</sup>. Igualmente, el reporte constató que los objetivos de la ley han sido parcialmente respetados, ya que los planes que sí han sido publicados son demasiado heterogéneos, ya que cada empresa aplicó la ley como la entendía<sup>160</sup>. Además, la mayoría de los planes presentados se siguen centrado en los riesgos para la empresa, no respecto a terceros o el medio ambiente<sup>161</sup>.

En otras palabras, el esfuerzo que las empresas están realizando para elaborar sus planes de vigilancia y analizar los posibles riesgos que su actividad pueda causar, no es suficiente.

Finalmente, hay que decir que esta ley, al ser la primera de su tipo, podrá ser usada como ejemplo a nivel europeo e incluso global, ya que los demás Estados podrán inspirarse en ella para desarrollar una responsabilidad social fundada en un deber de vigilancia. Es decir, esta ley se inscribe no solo en la ola mundial de legislaciones internas que responsabilizan las empresas por sus actividades violatorias de derechos humanos y del medio ambiente, sino que además la impulsa, imponiendo un ejemplo mundial. Actualmente, países como Alemania, Suiza, Australia y Estados Unidos están tramitando proyectos de ley al respecto<sup>162</sup>.

• *Ley sobre el plan de acción para el crecimiento y la transformación de la empresa (Pacte)*

La ley Pacte tiene como objetivo dotar a las empresas de medios para innovar, transformarse, crecer y crear nuevos empleos<sup>163</sup>. Esta ley es relevante respecto

---

159 RENAUD, JULIETTE, QUAIREL, FRANCOIS, GAGNIER, SABINE, ELLUIN, AYMERIC, BOMMIER, SWANN, BURLET, CAMILLE et AJALTOUNI, NAYLA. *Loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre Année 1 : Les entreprises doivent mieux faire*, février 2019, p. 10.

160 *Ibid.*

161 *Ibid.*

162 CAILLET, MARIE. Du devoir de vigilance aux plans de vigilance; quelle mise en oeuvre ? *Revue Droit Social*, octobre 2017, p. 819.

163 FAQ Loi Pacte. Consultado el 10 de febrero del 2019 en <<https://www.economie.gouv.fr/faq-loi-pacte>>

al tema de empresas y derechos humanos, ya que uno de sus apartados modifica el artículo 1833 del Código Civil francés que trata el objeto social de las empresas<sup>164</sup>.

En efecto, la modificación introduce la obligación para todas las empresas de tomar en consideración en su objeto social los desafíos sociales y medioambientales inherentes a su actividad.<sup>165</sup> En otras palabras, el nuevo artículo consagra los compromisos tomados por las empresas en materia de RSE en su objeto social.

Este proyecto de ley fue adoptado el 11 de abril del 2019 por la Asamblea nacional francesa<sup>166</sup> (el equivalente a la Cámara en Colombia) luego de arduas discusiones y un camino legislativo más largo de lo acostumbrado<sup>167</sup>.

No obstante, esta ley ha sido criticada por ser artificiosa al no imponer una verdadera obligación sobre las empresas que pueda llevar a una declaración de responsabilidad, porque solo se limita a establecer una “toma en consideración”<sup>168</sup>. De la misma manera, esta modificación está por debajo de la nueva ley de vigilancia, ya que, además de no imponer una nueva obligación, tampoco se refiere a la cadena de valor de las empresas dentro de la consideración que estas deben tomar<sup>169</sup>.

## CONCLUSIONES

En conclusión, vemos como el *soft law*, proveniente de diferentes sujetos como las organizaciones internacionales, los Estados y las mismas empresas, requiere del apoyo del *hard law*, ya sea a través de leyes nacionales o de la jurisprudencia para poder ser vinculante. No obstante, y paradójicamente, una vez legislado a nivel estatal, y dado el carácter transnacional de la actividad empresarial,

---

164 *Ibid.*

165 *Ibid.*

166 Assemblée Nationale. Entreprises: Croissance et transformation. Consultado el 12 de abril del 2019 en <[http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/dossiers/Croissance\\_transformation\\_des\\_entreprises](http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/dossiers/Croissance_transformation_des_entreprises)>

167 *Batiactu*. La loi Pacte a été votée, ce qui va changer pour le BTP. Consultado el 15 de abril del 2019 en <<https://www.batiactu.com/edito/loi-pacte-a-ete-votee-ce-qui-va-changer-btp-56130.php>>

168 Le projet de loi Pacte ne réconcilie pas l'entreprise avec les citoyens (2018, 21 de septiembre). Consultado el 10 de febrero del 2019 en <<https://www.asso-sherpa.org/projet-de-loi-pacte-ne-reconcilie-lentreprise-citoyens>>

169 *Ibid.*

estamos frente a una nueva carencia: la falta de extraterritorialidad de estas leyes nacionales, lo cual condiciona su real eficacia. Por esto, se necesita de la cooperación de la comunidad internacional para que dichas normas puedan cumplir con su objetivo.

Todavía más, se necesitaría un tratado internacional para que los Estados estén obligados a cooperar entre sí y juzgar a una empresa responsable de violaciones a derechos humanos, como es el caso del *Draft optional protocol to the legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*, el cual no tiene su futuro asegurado dada a la posición negativa de algunos Estados como la mayoría de los que componen la Unión Europea<sup>170</sup>.

#### BIBLIOGRAFÍA

- BECK, U. *Poder y contrapoder en la era global: la nueva economía política mundial*, Barcelona, Paidós, 2004.
- BOWEN, HOWORD R. *Social Responsibilities of the Businessman; with a Commentary*, New York, Harper, 1953.
- CAILLET, M. C. Du devoir de vigilance aux plans de vigilance ; quelle mise en oeuvre?, *Revue Droit Social*, 2017.
- CANTÚ RIVERA, H. C. Planes de acción nacional sobre empresas y derechos humanos: sobre la instrumentalización del derecho internacional en el ámbito interno, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 1, n.º 17, 2017.
- Conseil national des barreaux. *Entreprises et Droits de l'Homme guide pratique à destination des avocats*, París.
- Deloitte (ed.). *Les droits de l'homme dans les grandes entreprises européennes. De l'engagement à la diligence raisonnable* (Publication), París, 2015.
- DESBARATS, I. La RSE “à la française”: où en est-on?, *Revue Droit Social*, 2018.
- GALBRAITH, J. K. *El nuevo estado industrial*, Barcelona, Orbis, 1986.

---

170 Francia, por su lado, apoya el proyecto.

H. P. & S. R. *Los acuerdos marco internacionales: ¿un instrumento para imponer los Derechos Humanos Sociales?* Lectura presentada en Berlín, Alemania, febrero 2014.

HANNOUN, C. Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017, *Revue Droit Social*, 2017.

HENNEBEL, L. Université catholique de Louvain, Faculté de droit, Centre de philosophie du droit, Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme. *L'affaire Total-Unocal en Birmanie jugée en Europe et aux États-Unis*, September 2006.

LAROCHE BÉATRICE y HABBARD, ANNE-CHRISTINE. Fidh-Birmanie La Birmanie, Total et les droits de l'Homme: dissection d'un chantier. Rapport de situation, n.º 224, octobre 1996.

LAROUER M., DEUMIER y PASCALE, DEUMIER. *Les codes de conduite, sources du droit*, Nouvelle bibliothèque de thèses, volume 176, Paris, Dalloz, 2018.

MARTIN-CHENUT, K. Devoir de vigilance: internormativités et durcissement de la RSE, *Revue Droit Social*, 2017, pp. 798-805.

MAZIAU, N. L'extraterritorialité du droit entre souveraineté et mondialisation des droits, Etude droit économique, La semaine juridique-Entreprise et affaires, *Études et commentaires affaires*, n.º 28, 9 de julio de 2015, pp. 23-32.

MAZIAU, N. La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'homme: Rapports "mère-fille" et application extraterritoriale du droit. Brève analyse de jurisprudence comparée, *Wolters Kluwer-Revue Internationale Du Droit Des Affaires*, vol. 4, n.º 120, 2016.

MOREAU, M. A. L'originalité de la loi française du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance dans les chaînes d'approvisionnement mondiales, *Revue Droit Social*, n.º 10, 2017, pp. 782-798.

RENAUD, J., QUAIREL, F., GAGNIER, S., ELLUIN, A., BOMMIER, S., BURLET, C. y AJAL-TOUNI, N. *Loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre Année 1: Les entreprises doivent mieux faire* (pp. 1-51, Rep. n.º 1), 2019. Forum citoyen pour la RSE.

#### SITIOS WEB

Assemblée Nationale. Entreprises: Croissance et transformation. Consultado el 12 de abril del 2019 en <[http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/dossiers/Croissance\\_transformation\\_des\\_entreprises](http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/dossiers/Croissance_transformation_des_entreprises)>



À quoi servent les accords-cadres mondiaux? Consultado el 28 de febrero de 2019 en <<https://www.novethic.fr/actualite/social/sous-traitance/isr-rse/a-quoi-servent-les-accords-cadres-mondiaux-144035.html>>

Batiactu. La loi Pacte a été votée, ce qui va changer pour le BTP. Consultado el 15 de abril del 2019 en <<https://www.batiactu.com/edito/loi-pacte-a-ete-votee-ce-qui-va-changer-btp-56130.php>>

Business-human rights resource centre, résumé du procès Veolia & Alstom (projet de tramway de Jérusalem). Consultado el 7 de marzo de 2019 en <<https://www.business-humanrights.org/fr/r%C3%A9sum%C3%A9-du-proc%C3%A8s-veolia-alstom-projet-de-tramway-de-j%C3%A9rusalem-o>>

Comunicación de prensa del 29 noviembre de 2005. Myanmar: Total et l'association Sherpa concluent un accord prévoyant la création d'un fonds de solidarité pour de sactions humanitaires. Consultado el 10 de enero de 2019 en <[http://www.total.com/fr/press/press\\_releases/pr\\_2005/051128\\_myanmar\\_accord\\_sherpa\\_8204.htm](http://www.total.com/fr/press/press_releases/pr_2005/051128_myanmar_accord_sherpa_8204.htm)>

Consejo de Ministros en su informe del 19 de julio de 2017, Publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises. Consultado el 20 de febrero de 2019 en <<https://www.gouvernement.fr/conseil-des-ministres/2017-07-19/publication-d-informations-non-financieres-par-certaines-gra>>

Corruption et droits de l'homme, go zero corruption. Consultado el 10 de enero de 2019 en <<https://rm.coe.int/factsheet-corruption-et-droits-de-l-homme/16808dd7c9>>

DE POOTER, H. L'affaire du tramway de Jérusalem devant les tribunaux français, *Annuaire Français de Droit International*, 2014. Consultado el 28 de febrero de 2019 en <[https://www.persee.fr/doc/AsPDF/afdi\\_0066-3085\\_2014\\_num\\_60\\_1\\_4741.pdf](https://www.persee.fr/doc/AsPDF/afdi_0066-3085_2014_num_60_1_4741.pdf)>

Devoir de vigilance des entreprises: entre hard et soft law, une réponse au "social washing"? Consultado el 27 de febrero de 2019 en <<http://theconversation.com/devoir-de-vigilance-des-entreprises-entre-hard-et-soft-law-une-reponse-au-social-washing-96451>>

EMMANUEL, D. y LE CORRE, C. Chronique Arrêt *Erika*: marée verte sur le droit de la responsabilité civile et pénale des compagnies pétrolières (pdf). Consultado el 7 de marzo de 2019 en <<http://www.vigo-avocats.com/wp-content/uploads/article/s4/id382/4b946b4561fc4a09b7202caf341fd7d7.pdf>>

HENNEBEL, L. Université catholique de Louvain, Faculté de droit, Centre de philosophie du droit, Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'Homme. L'affaire Total-Unocal en Birmanie jugée en Europe et aux États-Unis. (2006, September)

- (pdf). Consultado el 15 de febrero de 2019 en <<https://sites.uclouvain.be/cridho/documents/Working.Papers/CRIDHO.WP.2006.09.pdf>>, p. 4.
- Info Birmanie. La Ligue des droits de l'Homme et la FIDH dénoncent l'accord intervenu entre Total et Sherpa. Consultado el 7 de marzo de 2019 en <[https://www.fidh.org/spip.php?page=article&id\\_article=2889](https://www.fidh.org/spip.php?page=article&id_article=2889)>
- Info-Birmanie. Total en Birmanie. Consultado el 5 de marzo de 2019 en <<http://www.info-birmanie.org/total-en-birmanie>>
- Jérusalem devant les tribunaux français, *Annuaire Français de Droit International*. Consultado el 28 de febrero de 2019 en <[https://www.persee.fr/doc/AsPDF/afdi\\_0066-3085\\_2014\\_num\\_60\\_1\\_4741.pdf](https://www.persee.fr/doc/AsPDF/afdi_0066-3085_2014_num_60_1_4741.pdf)> p 49>
- La Unión Europea: ¿qué es y qué hace?, 2018. Consultado el 15 de febrero en <<http://publications.europa.eu/webpub/com/eu-what-it-is/es>>
- LAROCHE, B. y HABBARD, A. Fidh-Birmanie. Total et les droits de l'Homme: dissection d'un chantier. Rapport de situation, n.º 224, octobre 1996, p. 17.
- Loi Pacte. Consultado el 10 de febrero de 2019 en <<https://www.economie.gouv.fr/faq-loi-pacte>>
- MILLIET, MARTINE. Supprimer la déductibilité fiscale Les pays de l'OCDE resserrent leur dispositif de lutte contre la déductibilité fiscale des pots-de-vin. Consultado el 8 de marzo de 2019 en <[http://observateurocde.org/news/archivestory.php/aid/207/Supprimer\\_la\\_d\\_Egductibilit\\_Eg\\_fiscale.html](http://observateurocde.org/news/archivestory.php/aid/207/Supprimer_la_d_Egductibilit_Eg_fiscale.html)>
- MATTER, A. Affaire de l'Erika: vers la catastrophe juridique (selon l'expression de Greenpeace) du siècle? Consultado el 7 de marzo de 2019 en <[https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/chambre\\_criminelle\\_578/3439\\_25\\_24144.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_criminelle_578/3439_25_24144.html)>
- Medef. Guide pratique, le dispositif anticorruption de la loi sapin II?, p. 6.
- Ministère de L'Europe et des Affaires étrangères. *L'Union Européenne et la RSE*. Consultado el 10 de febrero de 2019 en <<https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrangere-de-la-france/diplomatie-economique-et-commerce-exterieur/peser-sur-le-cadre-de-regulation-europeen-et-international-dans-le-sens-de-nos/l-engagement-de-la-france-pour-la-responsabilite-sociale-des-entreprises/l-union-europeenne-et-la-rse>>
- Ministère de l'Europe et des Affaires étrangères. *L'Union européenne et la RSE*. Consultado el 10 de enero de 2019, en: <https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrangere->

de-la-france/diplomatie-economique-et-commerce-exterieur/peser-sur-le-cadre-de-regulation-europeen-et-international-dans-le-sens-de-nos/l-engagement-de-la-france-pour-la-responsabilite-sociale-des-entreprises/l-union-europeenne-et-la-rse/

Ministerio de transición ecológica y ciudadana. Le reporting extra-financier des entreprises. Consultado el 8 de marzo de 2019 en <<https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/reporting-extra-financier-des-entreprises#eo>>

Ministerio de transición ecológica y ciudadana. Le reporting extra-financier des entreprises. Consultado el 10 de marzo de 2019 en <<https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/reporting-extra-financier-des-entreprises#eo>>

National Contact Points – Organisation for Economic Co-operation and Development. Consultado el 10 de febrero del 2019 en <<https://mneguidelines.oecd.org/ncps>>

Obligaciones codificadas en el Código de Comercio Francés, Ministerio de transición ecológica y ciudadana, Le reporting extra-financier des entreprises. Consultado el 8 de marzo de 2019 en <<https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/reporting-extra-financier-des-entreprises#eo>>

Plan national d’action “Entreprises et droits de l’homme”: un nouveau mandat de Rapporteur indépendant pour la CNCDH. Consultado el 10 de febrero del 2019 en <<https://www.cncdh.fr/fr/actualite/plan-national-daction-entreprises-et-droits-de-lhomme-un-nouveau-mandat-de-rapporteur>>

Plan National d’Action pour la mise en œuvre des Principes Directeurs des Nations Unies relatifs aux droits de l’Homme, Ministère des affaires étrangères et du développement international.

Planes de acción nacionales. Consultado el 10 de febrero de 2019 en <<https://www.ohchr.org/SP/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>>

Point de Contact National français de l’OCDE: Des ONG tirent la sonnette d’alarme, abril 3, 2018. Consultado el 10 de febrero del 2019 en <<https://www.asso-sherpa.org/point-de-contact-national-francais-de-locde-ong-tirent-sonnette-dalarme>>

Quelle place des droits de l’homme et des démarches de vigilance dans les accords cadres mondiaux? En <[https://e-dh.org/userfiles/Edh\\_2019\\_Etude\\_FR\\_V4.pdf](https://e-dh.org/userfiles/Edh_2019_Etude_FR_V4.pdf)>

RACINE, J. La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l’environnement. *Revue Juridique de L’environnement*, n.º 4, 1996, pp. 409-424.

Recueil Dalloz. 2010. Consultado el 27 de febrero de 2019 en <[https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/SEPTEMBRE\\_2012/D2010-2238.pdf](https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/SEPTEMBRE_2012/D2010-2238.pdf)>

United Nations Commission on Transnational Corporations. UIA Yearbook Profile. Consultado el 10 de febrero de 2019 en <<https://uia.org/s/or/en/1100059616>>

## INSTRUMENTOS JURÍDICOS

Código de Comercio colombiano.

Corte de apelación de Versalles, 22 de marzo de 2013, n.º 11/05331, Assoc. France Palestine Solidarité “AFPS” y sociedades Alstom Transport S. A. y Veolia.

Decisión del 23 de julio de 1999 (DC 99-416) del Consejo Constitucional.

Decisión del 9 de abril de 1996 (DC n.º 96-373) del Consejo Constitucional.

Decisión n.º 2017-750 DC del 23 de marzo de 2017.

Decreto 1400 de 2012.

Directiva 2013/34/UE.

Directiva 2014/95/UE.

Ley del 27 de marzo del 2017 relativa al deber de vigilancia en las cadenas de suministro mundiales.

Ley 2016-1691 relativa a la transparencia, la lucha contra la corrupción y la modernización de la vida económica.

Libro Verde “Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas”.

“Loi Pacte”, Francia, 11 de abril 2019.

“Marco estratégico y plan de acción sobre derechos humanos y democracia de la UE”.

Ordenanza del 19 de julio del 2017 relativa a la publicación de información no financiera.

Plan de acción para los derechos humanos y la democracia 2015-2019.

Plan national d'action "Entreprises et droits de l'homme": Un nouveau mandat de Rapporteur indépendant pour la CNCDH.

Plan National d'Action pour la mise en œuvre des Principes Directeurs des Nations Unies relatifs aux droits de l'Homme, Ministère des affaires étrangères et du développement international.

Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, HR/PUB/11/04, 2011, p. 17.

Recomendación CM/Rec (2016)3 del Comité de Ministros a los Estados: Derechos Humanos y empresas.

Reglamento 2017/821/EU.

Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo del 11 de julio de 2007 (JO L 199 del 31.7.2007).

Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo del 12 de diciembre de 2012.

Règlement Intérieur du PCN, 17 de marzo de 2014.

Resolución 2015/2315 (INI) del Parlamento titulada "La responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los derechos humanos en terceros".

Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1949.

Sentencia 3439 del 25 de septiembre de 2012 (10-82.938), Corte de Casación, Sala Penal, ECLI:FR:CCASS:2012:CR03439.

Comunicación 681/25.10.2011, sobre "Responsabilidad social corporativa (RSE): una nueva estrategia de la UE para el período 2011-2014".

Corte de apelación de Versailles, 22 de marzo de 2013, n.º 11/05331, Assoc. France Palestine Solidarité "AFPS" y sociedades Alstom Transport SA y Veolia.

## MISCELÁNEA

COSSARD, S., BRABANT, S., MICHON, C. y OUNIS, S. Conferencia en la Conférence sur la place des droits de l'homme dans l'entreprise en Universidad París I Panthéon-Sorbonne, París, enero 29, 2019.

Session de formation des Branch Compliance Officers (8 de noviembre de 2018), Hufhes Hubbard & Reed, GAUSTAD ANNE, NICOLAS MARIE-AGNES, Retour sur les fondamentaux de la répression de la corruption (et infractions liées).



Editado por el Departamento de Publicaciones  
de la Universidad Externado de Colombia  
en septiembre de 2019

Se compuso en caracteres Ehrhardt Regular de 11,5 puntos  
y se imprimió sobre Holmen Book Cream de 60 gramos  
Bogotá (Colombia)

*Post tenebras spero lucem*