

**DERECHOS HUMANOS Y RESPONSABILIDAD CORPORATIVA:**  
**Un análisis sobre el marco de Los Principios Rectores como instrumento para  
garantizar el respeto a los Derechos humanos y el despliegue de acciones positivas  
para su cumplimiento**

**Presentado por:**

Alejandro Díez Rugeles y Camila Pérez Mejía

Trabajo de tesis para optar por el título de abogados

Asesor:

José Alberto Toro Valencia

UNIVERSIDAD EAFIT

Escuela de Derecho

Medellín

2021

## Tabla de contenido

RESUMEN .....	5
ABSTRACT .....	6
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPITULO I: Empresas y Derechos Humanos.....	10
1.1. Marco histórico: antecedentes de la relación entre empresas y derechos humanos, y el surgimiento de Los principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas .....	10
1.2. El marco actual de los principios rectores sobre las empresas y derechos humanos..	15
1.2.1. Los principios generales .....	15
1.2.2. El ámbito y alcance de aplicación de los principios generales.....	16
1.2.3. El deber del Estado de Proteger los Derechos Humanos.....	17
1.2.3.1. Del principio fundacional del deber de proteger que tienen los Estados....	19
1.2.3.2. Enunciación sobre conductas esperadas por las Empresas. ....	20
1.2.3.3. Del principio operativo de las funciones reglamentarias y normativas del Estado .....	21
1.2.3.4. Nexo entre Empresas y Estados.....	23
1.2.3.5. Principios relativos a empresas, derechos humanos y los conflictos armados.....	24
1.2.3.6. Cohesión estatal y coherencia política .....	27
1.2.4. La Responsabilidad de las Empresas de respetar los derechos humanos .....	28
1.2.4.1. El crecimiento de los entes corporativos ha planteado una problemática dirigida por su alta esfera de influencia.....	28
1.2.4.2. Principios Operativos.....	29
a. La debida diligencia.....	29
b. Compromiso político .....	31
c. Recurrir a expertos en derechos humanos internos y/o independientes	32
d. Incluir consultas sustantivas con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas .....	33

e.	Investigar e incorporar los resultados de la evaluación sobre afectaciones a derechos humanos .....	33
f.	La transparencia y la comunicación efectiva.....	34
1.2.5.	El Acceso a Mecanismos de Reparación.....	35
1.2.5.1.	Mecanismo judiciales y extrajudiciales del Estado .....	36
1.2.5.2.	Mecanismos de reparación no estatales .....	37
1.2.5.3.	Eficacia de los mecanismos de reclamación extrajudiciales.....	39
CAPITULO II: Los límites de Los Principios Rectores en el contexto contemporáneo.....		41
2.1.	El marco actual y sus falencias .....	41
2.2.	Análisis sobre una posible interpretación extensiva del deber positivo de las empresas de proteger y garantizar los derechos humanos .....	44
2.2.1.	Obligaciones empresariales que sobrepasan el deber negativo de respeto.....	44
2.2.2.	Diferenciación de las responsabilidades y obligaciones entre Estado y empresas .....	47
2.2.3.	El rol de las empresas en la sociedad: la potestad de realizar actividades económicas como justificación para la imposición de deberes adicionales....	48
2.2.3.1.	Responsabilidad limitada e independencia jurídica.....	49
2.2.3.2.	Obligaciones derivadas de la personería jurídica y de la función social de la empresa como órgano económico especializado.....	49
2.2.3.3.	¿Por qué no deberían existir únicamente obligaciones negativas y de respeto?.....	51
2.2.3.4.	Los derechos de propiedad como límites a la consecución de fines de orden social.....	53
2.2.3.5.	Beneficios sociales y por qué estos contribuyen a que las empresas tengan deberes especiales frente a los derechos humanos .....	55
2.3.	Conclusiones.....	59
CAPITULO III: La necesidad de un nuevo instrumento normativo .....		61
3.1.	Avance del marco actual de soft law a hard law .....	61
3.2.	La necesidad de un nuevo instrumento. Retos y oportunidades de un nuevo marco jurídico sobre la materia .....	68
3.2.1.	Antecedentes y marco histórico del nuevo instrumento internacional.....	68

3.2.2.	La necesidad de un nuevo tratado o marco jurídico y su relación con Los Principios Rectores.....	69
3.2.3.	Retos y oportunidades .....	72
3.2.3.1.	Ventajas y oportunidades.....	72
a.	Fuerza vinculante.....	72
b.	Crearía obligaciones y normas internacionales de derechos humanos para todo tipo de empresas (nacionales e internacionales) y para los Estados.....	75
c.	El acceso a remedios y herramientas de reparación.....	77
d.	Aclara las obligaciones de las empresas y los derechos humanos, en un marco dónde existen obligaciones mercantiles.....	78
3.2.3.2.	Retos y desventajas.....	79
a.	La ratificación como límite y medio para el establecimiento de las obligaciones contenidas en el tratado .....	79
b.	Las empresas pueden ver en el instrumento un desincentivo a los fines económicos de las empresas y rechazar el tratado.....	81
c.	El tratado aún no ha sido aprobado y está sujeto a cambios.....	83
3.3.	Conclusiones.....	84
	Conclusiones.....	88
	BIBLIOGRAFIA .....	91

## RESUMEN

A medida que el poder de las compañías crece, también aumenta la preocupación internacional por establecer obligaciones positivas a las compañías con el fin de proteger los derechos humanos. Por medio de este trabajo se busca analizar el alcance del actual marco normativo desde los Principios Rectores de las Naciones Unidas y plantear si, bajo el objetivo de plantear normas imperativas y responsabilidades a las compañías por las violaciones a derechos humanos, son suficiente o, por el contrario, se requiere de un nuevo instrumento jurídico internacional que logre dicho objetivo. Para esto se analizan dos corrientes que, aunque no presentan dicotomía, si plantean caminos diferentes. En primer lugar, se examina como los Principios Rectores, como normas de *soft law*, lograrían adquirir características de *hard law*, con el fin de suministrar medios para ligar a las compañías en la violación de derechos humanos. Por otro lado, se analiza el potencial de un nuevo instrumento jurídico internacional, como un tratado, que logre vincular a las empresas de los daños que su actividad económica genera, y además logre establecer obligaciones positivas para prevenir violaciones a derechos humanos.

**Palabras clave:** derechos humanos, tratado internacional, responsabilidad empresarial, principios rectores, obligaciones internacionales.

## **ABSTRACT**

As the power of companies grows, the international concern about establishing positive obligations on companies to protect human rights increases. This investigation project intends to analyze the scope of the current regulatory framework from the United Nations Guiding Principles and to consider if, with the objective of proposing imperative norms and responsibilities to companies for human rights violations, they are sufficient or if a new international legal instrument is required to achieve this purpose. The two approaches taken do not present a dichotomy but do present different paths. First, the Guiding Principles, as soft law norms, are examined on their ability achieve the characteristics of hard law, in order to provide methods to bind companies in violation of human rights. Second, is analyzed a new international legal instrument centered on binding companies to damages their economic activity generates, and establishing positive obligations to prevent human rights violations, such as a treaty.

**Keywords:** human rights, international treaty, corporate responsibility, guiding principles, international obligations.

## INTRODUCCIÓN

El vínculo entre las empresas y la sociedad es estrecho; es claro que las primeras son las encargadas de crear empleo, capital y beneficios que impulsan a una mejor calidad de vida. Mientras que, la segunda es el pilar de la sociedad. Es indudable que a lo largo de los años los abusos sobre los derechos humanos (DD.HH.), los trabajadores y el medio ambiente, por parte de las compañías, fueron creciendo exponencialmente debido a los beneficios económicos que representan el no cumplir con los estándares mínimos de protección. En los años 60 y 70 la sociedad empezó a manifestar sus inquietudes frente al comportamiento del sector productivo, cuestionando si la responsabilidad social de las compañías debía ser un acto voluntario de filantropía o un principio de administración para toda empresa (López, A. F., 2020).

Si bien los Estados tienen un deber positivo en la sociedad de garantizar los derechos humanos y de proteger a la población de los posibles abusos de terceros, incluidas las empresas; la relación entre las compañías y la ciudadanía, por el contrario, se ha basado, por regla general, en la voluntariedad y el deber negativo de respeto consagrado en Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (PPR o Los Principios). Aunque estos han tenido un impacto positivo en el actuar del sector productivo, es evidente que no sustituyen una normatividad estricta para la protección de los DD.HH.. De igual forma, el conjunto de otro tipo de fuentes internacionales, como la legislación de la Unión Europea sobre comercio de minerales que provienen de zonas en conflicto, la Guía de la OCDE para empresas multinacionales y el Marco de sostenibilidad de la Corporación Financiera Internacional, han sido iniciativas para fortalecer el cumplimiento de las empresas frente a los derechos humanos, pero también han demostrado ser normativas blandas o de difícil implementación territorial, por lo que su efectividad no es muy alta.

Asimismo, la iniciativa de los PPR ha sido implementada por diferentes compañías a través de la Responsabilidad Social Corporativa (RSC), pero estas han preferido concentrarse solo en aquellos temas que cumplen una doble función. Por un lado, las compañías se sujetan

a los estándares propuestos por los PPR para respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos (DD.HH.); pero, por otra parte, solo adoptan aquellas normativas que, a su vez, permiten generar una imagen de confianza ante el mercado para atraer inversionistas y clientes, que buscan empresas con altos niveles de responsabilidad social, medio ambiental, ética y normativa.

Desde una perspectiva jurídica, los PPR presentan una problemática de alcance. Por un lado, Ruggie (2012) plantea que dichos principios constituyen una base normativa, es decir, que en el futuro deberá expandirse e interpretarse como punto de partida para nuevas resoluciones y normas sobre la materia; sin embargo, las empresas y algunos Estados no han tenido la misma interpretación y sugieren que dichos principios constituyen la totalidad de la materia, especialmente por su carácter de respeto y la posición de pasividad o de no acción frente a los DD.HH..

En este sentido, es posible observar que no existen, o son limitados, los medios e instrumentos para exigir a las compañías el cumplimiento y el efectivo respeto y protección de los DD.HH.. Aunque existe un deber general a cargo del Estado frente a los DD.HH., en la práctica no es raro visualizar que los Estados los ignoran e incumplen, sobre todo, cuando reciben réditos o beneficios propios de la actividad empresarial. Las empresas multinacionales y comerciales son actualmente agentes económicos de proporciones significativas, tanto así que, en la mayoría de los casos ejercen una influencia directa sobre los programas legislativos y de gobierno, así como sobre las condiciones sociales, medio ambientales y económicas de los lugares en donde ejercen su actividad.

Por todo lo anterior, en el presente trabajo se busca abarcar e interpretar el alcance jurídico del actual marco normativo de la ONU que regula la relación entre las empresas y los derechos humanos con el objetivo de identificar si solo incentiva pasividad y respeto por parte de las empresas o, por el contrario, plantea obligaciones directas positivas para las compañías, principalmente desde el marco normativo de los PPR de la ONU. Lo anterior, además, con el objetivo de analizar la pertinencia y necesidad de una nueva iniciativa internacional, claramente vinculante hacia las compañías, con el fin de enfrentar los retos que

supone un desarrollo sostenible y equilibrado entre la obtención de beneficios económicos y la seguridad jurídica de los DD.HH..

Con el fin de abarcar los objetivos planteados, el presente proyecto investigativo en un primer capítulo traza el marco histórico en la relación entre empresas y DD.HH., y, por otro lado, observa el marco actual de los PPR planteados por Ruggie y adoptados por las Naciones Unidas; En un segundo capítulo se busca hacer un análisis más profundo sobre el marco actual, sus falencias y una posible interpretación extensiva de los deberes de las compañías frente a la protección de los DD.HH.; En un tercer capítulo, estudia como las normas actuales relativas a empresas y derechos humanos de *soft law* pueden ir transformándose a *hard law*, como una forma de buscar la responsabilidad de las compañías y afianzar un modelo vinculante, y, posteriormente, se estudia la necesidad de un nuevo instrumento internacional, sus retos, ventajas e incluso sus antecedentes. Finalmente, se plantean las conclusiones del presente proyecto investigativo, teniendo en cuenta lo planteado en los demás capítulos.

## CAPITULO I

### Empresas y Derechos Humanos

#### 1.1. Marco histórico: antecedentes de la relación entre empresas y derechos humanos, y el surgimiento de Los principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas

El final de la Segunda Guerra Mundial dio lugar a severos cambios y novedades en el ámbito del derecho internacional: impulso la Declaración Universal de Derechos Humanos, la creación de diversos tratados regulatorios de guerra, el establecimiento de tribunales temporales con el fin de investigar, juzgar y sancionar los crímenes cometidos, de la mano con la idea del Derecho Internacional Penal moderno, y abrió la discusión sobre el papel de las empresas en la protección o en la violación de los derechos humanos (DD.HH.).

En los juicios de Núremberg por primera vez se discutió y judicializo a directores de compañías por cometer o participar en la comisión de actividades violatorias de los derechos humanos. Los empresarios Alfred Krupp<sup>1</sup> y otros nueve oficiales de las Industrias Krupp fueron investigados por el uso de judíos en campos de concentración, incluidos menores, y de prisioneros de guerra como obra de mano esclava y por el saqueo y depredación de los territorios ocupados por la Alemania Nazi<sup>2</sup>.

Un caso paralelo fue el juicio de los veintitrés directores y oficiales del conglomerado alemán I.G. Farben quienes fueron acusados por la planeación, preparación, iniciación y

---

<sup>1</sup> Gustav Krupp, también responsable de la esclavitud a la que eran sometidos tanto judíos como prisioneros de guerra, al fin de la Segunda Guerra Mundial fue capturado junto a su hijo para ser juzgado en Núremberg, aunque no pudo ser procesado por su estado de salud debido al derrame cerebral que sufrió en 1941 que lo obligo pasar la dirección de la compañía a su hijo, Alfred Krupp.

<sup>2</sup> Industrias Krupp fue una ficha clave para Alemania tanto en la Primera como en la Segunda Guerra Mundial, con la innovación de armas y apoyo económico, pero aún más importante con la constante manufacturación de armamento después de la primera Guerra Mundial aún cuando el Tratado Versalles lo había prohibido. Al final, Alfred Krupp solo cumplió tres de los doce años de prisión a los que fue condenado debido a la amnistía concedida por Estados Unidos en 1951 y gracias a esta también se le devolvió una gran parte de los bienes que le fueron confiscados Taylor, T. (1953). Krupp trial: Fact v. fiction, the Columbia Law Review, 53(2), 197-210.

libramiento de guerras e invasiones a otros países, el uso de judíos y prisioneros de guerra como obra de mano esclava, la producción y suministro del gas venenoso y drogas con fines experimentales y de exterminio de los reclusos en los campos de concentración, entre otros crímenes de guerra y lesa humanidad<sup>3</sup>.

Aunque, en ambos casos se buscó la responsabilidad de los directores y empleados mas no de las corporaciones como tal, los juicios de Núremberg se consideran el primer precedente en la aplicabilidad del derecho internacional a corporaciones y donde se reconoció el papel de las compañías en la violación de derechos humanos:

Si bien la organización Farben, como corporación, no está acusada en la acusación de cometer un delito y no es objeto de enjuiciamiento en este caso, la teoría de la acusación es que los acusados utilizaron individual y colectivamente a la organización Farben como instrumento y por medio del cual cometieron el crimen enumerado en la acusación. Todos los miembros del Vorstand u organismo de gobierno de Farben que lo eran en el momento del colapso de Alemania fueron acusados y llevados a juicio. (Como se citó en Weissbrodt, 2005, pp. 55-56)<sup>4</sup>

Las compañías con el paso de los años han adquirido más funciones y un papel más activo en la sociedad, son fuentes de empleo, tecnología, prosperidad, etc. y es inevitable su impacto en la calidad de vida de la sociedad que la acoge. En varios casos hemos visto como las

---

<sup>3</sup> Solo trece de los veintitrés fueron encontrados culpables de ciertos crímenes y sentenciados a penas de prisión. Véase United Nations War Crimes Commission, (1949). Law Reports of Trials of War Criminals. London, Published for the United Nations War Crimes Commission by H.M.S.O

<sup>4</sup> El texto original es: “While the Farben organisation, as a corporation, is not charged under the indictment with committing a crime and is not the subject of prosecution in this case, it is the theory of the prosecution that the defendants individually and collectively used the Farben organisation as an instrument by and through which they committed the crime enumerated in the indictment. All the members of the Vorstand or governing body of Farben who were such at the time of the collapse of Germany were indicted and brought to trial.” United States v. Krauch, 8 Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10 (1952) citado en Weissbrodt, D. (2005). Business and human rights. University of Cincinnati Law Review, 74(1).

ganancias de una compañía logra superar el PIB de uno o varios países. Aun así, es claro que el poder de las compañías y su influencia en la comunidad puede ser potencialmente positivo como negativo. Una de las razones que nos llevaron a la realización de este trabajo investigativo es que, en la actualidad, el papel y el impacto de las empresas en la sociedad es dejado al azar y en la presunta buena fe de los empresarios, esa buena fe que los incentivaría a escoger la protección de los DD.HH. sobre mayores ganancias económicas. Lo cual es cuestionable en un mundo donde la globalización ha hecho del mercado un lugar ferozmente competitivo.

En el 2002 el Grupo de Expertos de la ONU encargado de examinar la cuestión de la explotación ilegal de los recursos naturales y otras riquezas de la República Democrática del Congo identificó numerosas compañías, provenientes de países desarrollados, que usaron mano de obra forzada para la recolección de recursos naturales y suministraron armamento a grupos rebeldes implicados en la comisión de diversos crímenes de guerra y lesa humanidad.

Además, el papel de las empresas en la violación de DD.HH. no solo se ha dado durante la presión de conflictos armados o guerras. El trabajo infantil y las condiciones deplorables de los empleados en fábricas de confección son cada vez más conocidas. Por ejemplo, el derrumbe del Rana Plaza, fábrica textil ubicada en Bangladesh, generó más conciencia en el mercado y en el mundo de la moda sobre las condiciones en las que las fábricas y prendas eran manufacturadas, pero además dicho accidente puso, una vez más, en el ojo del huracán la siguiente pregunta: ¿las compañías ubicadas en otro lugar del mundo deberían ser solidariamente responsables por los daños y acciones de las compañías en Bangladesh, Japón, India, etc. que menoscaban derechos humanos en el proceso de fabricación de sus productos? En el caso de la fábrica textil en Bangladesh, marcas como Mango, Walmart, Carrefour, etc. ¿deberían responder por los daños causados a las víctimas del derrumbe de Rana Plaza?

Por otro lado, el uso descuidado y sin garantías de las compañías químicas sobre los residuos de sus productos y/o las instalaciones de sus fábricas, han generado grandes consecuencias en poblaciones que por uno u otro medio terminan consumiendo o siendo afectadas por los residuos o emisiones provenientes de estas. Los casos de Bhopal, India o

Dupont vs. Barlett en Parkersburg, Ohio, reflejan el poder que tienen las compañías en el menoscabo masivo de los DD.HH.. En el primer caso debido a un accidente en la planta se generó el envenenamiento de más de 500.000 personas, de las cuales un gran número aún no ha recibido compensación o indemnización alguna; y en el segundo caso, a causa del derrame, accidental o voluntario, de los residuos químicos en la fuente de agua potable causó mal formaciones y otras enfermedades en los habitantes y animales del lugar (Weissbrodt, 2005, pp. 56-57).

Entretanto los abusos hacia los DD.HH. por parte del sector productivo aumentan también los varios esfuerzos por definir las responsabilidades directas de las compañías. La Declaración de los Derechos Humanos de 1948 marca una fecha hito en el ámbito jurídico. El reconocimiento intrínseco de la dignidad humana, la libertad y la igualdad en los derechos de todos los seres humanos representó uno de los grandes avances jurídicos de la humanidad. Es a través de esta declaración que los Estados comenzaron a generar obligaciones vinculantes para la protección, el respeto, la garantía, la prevención y la reparación de los DD.HH. de las posibles violaciones y afectaciones que estos pudieran enfrentar en cualquier momento y lugar del mundo. Además, a partir de los eventos mencionados anteriormente se produjeron los primeros instrumentos internacionales que extendían los deberes sobre los DD.HH. a actores no estatales.

Las Naciones Unidas en los años 70 y 80 trató de redactar un código de conducta para las compañías transnacionales, sin tener éxito. Asimismo, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo económico (OCDE) tuvo un similar esfuerzo en 1976 y en el año 2000, cuando estableció directrices para las empresas multinacionales para promover la conducta responsable de las compañías en el desarrollo de sus actividades, pero los DD.HH. fueron mencionados una sola vez en todo el documento. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1977 desarrollo la llamada Declaración Tripartita de Principios sobre las empresas Multinacionales y la Política Social, un instrumento de orientación directa que urge a las empresas a seguir las convenciones y recomendaciones laborales. En el Foro Económico Mundial de 1999 el Secretario General de la ONU, Kofi Anna, propuso la creación de un ‘impacto global’ de valores y principios compartidos para tratar temas como los derechos

humanos, los estándares laborales y la protección al medio ambiente, posteriormente, en el 2010 se creó el Pacto Mundial de las Naciones Unidas como un llamamiento a las empresas para que incorporasen los 10 principios universales relacionados con los DD.HH., el trabajo, el medio ambiente y la lucha contra la corrupción (Kingo, L., 2015).

En el 2003, la Comisión de las Naciones Unidas para la Protección de Derechos Humanos aprobó las Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos, las cuales en su momento se consideraban la primera iniciativa no voluntaria con mayor aceptación a nivel internacional, a pesar de no ser un documento vinculante.

En adición, desde 1980 cientos de empresas e industrias han adoptado voluntariamente los llamados Códigos de Conducta o normas de comportamiento (en términos de Responsabilidad Social Corporativa) como un medio de autorregulación, de forma que la misma compañía establece las normas y parámetros que deberá cumplir con el fin de respetar y proteger los DD.HH.. Aunque estos códigos voluntarios son de gran importancia, en la mayoría de los casos sus implicaciones son vagas, pues hay quienes consideran que la implementación de estas normas son una estrategia de mercado, más no la expresión de una verdadera preocupación.

En marzo de 2011 John Ruggie, el Representante Especial del secretario general de las Naciones Unidas para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, elaboró los ‘Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos’ (PPR) basados en tres pilares: proteger, respetar y remediar. Es importante anotar que, aunque hay diferentes mecanismos internacionales que han buscado regular la relación entre empresas y DD.HH., para el presente trabajo nos enfocaremos en los PPR de Ruggie ya que se consideran el más reciente y amplio documento sobre el tema, pero si este se considera vinculante o no, si su campo de acción es insuficiente o si, por otro lado, se requiere un nuevo instrumento normativo internacional, son algunas de las preguntas que serán analizadas a lo largo de este trabajo.

## **1.2. El marco actual de los principios rectores sobre las empresas y derechos humanos**

Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos son el instrumento principal bajo el cual se reglamenta la relación entre entes corporativos y DD.HH.. A su vez, estos se cimentan sobre una serie de principios generales o fundamentales, que igualmente se dividen en principios fundacionales y operativos, a partir de 3 ejes principales o pilares fundamentales, los cuales serán abordados con mayor profundidad en el presente capítulo.

### **1.2.1. Los principios generales**

El marco actual de obligaciones se divide en 3 pilares fundamentales, a saber:

- a) Las actuales obligaciones de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos y las libertades fundamentales;
- b) El papel de las empresas como órganos especializados de la sociedad que desempeñan funciones especializadas y que deben cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos;
- c) La necesidad de que los derechos y obligaciones vayan acompañados de recursos adecuados y efectivos en caso de incumplimiento. (PRNU, 2011)

Los principios generales, que son transversales a la estructura de la relación contenida en los PR, tienen como fin establecer los 3 pilares fundamentales en los que se cimienta el modelo actual de protección y respeto a los DD.HH.. Siendo estos las obligaciones de los Estados, el papel de las empresas como órganos especializados de la sociedad y la necesidad de implementación de mecanismos de control y reparación en los casos en que los primeros dos incumplan sus responsabilidades.

### **1.2.2. El ámbito y alcance de aplicación de los principios generales**

La importancia de la parte introductoria de los PPR radica en la explicación su ámbito de aplicación, así pues, el documento establece que estos principios son universales y atemporales. Lo anterior significa que, deben aplicarse a todos los Estados y empresas, sin importar su tamaño, ubicación, época, sector, personal y estructura, entre otros, con el fin de propender por una globalización sostenible en donde todos los actores involucrados en la economía y sociedad conozcan y fomenten tanto sus derechos como obligaciones frente a los derechos humanos (OHCHR, 2013).

Los PPR establecen el marco jurídico y político bajo el cual operan los diferentes actores relacionados con los derechos humanos, pero, sobre todo, distribuyen cargas y hacen una distinción entre la naturaleza jurídica de estos. Al establecer una clara diferenciación entre los deberes de los Estados y las empresas se respeta la naturaleza jurídica propia de cada uno de estos actores, lo que permite diferenciar cuáles son las funciones y los deberes de cada uno en particular. Los Estados, por ejemplo, tienen obligaciones y compromisos mucho más amplios<sup>5</sup> tanto a nivel jurídico como a nivel político, como lo son la protección, el respeto, la vigilancia, la persecución de infractores, así como la reparación y la garantía en el cumplimiento de los DD.HH. y las libertades.

Estos deberes resultan ser mucho más rigurosos que los establecidos para otro tipo actores, pues implican una obligación de resultado y vigilancia que no tienen las empresas, cuyos deberes se encuentran más limitados por la actividad especializada que desarrollan en la sociedad, así como el deber negativo que se les impone de respetar los DD.HH.. Este deber genera una tendencia a una conducta de abstención más que de protección, y, en últimas, termina por ser un deber que implica un menor grado de implicación frente a los DD.HH.. Frente a lo anterior, es importante resaltar que, los PPR no generan nuevas obligaciones de derecho internacional ni para los Estados, ni para las empresas. Los PR, en general, recopilan las obligaciones preexistentes de los Estados, contenidas en diferentes Tratados, mientras que,

---

<sup>5</sup> “Encontramos en la doctrina esfuerzos por desarrollar una tipología de obligaciones generales de los Estados en materia de derechos humanos, entre los que se destaca el esquema de tres niveles de obligación formulado por Eide y receptado tanto por otros autores como por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y que se refiere a las obligaciones de «respetar», «proteger», y «realizar» los derechos humanos.” (Pezzano, L., 2014).

las empresas son objeto de una regulación no vinculante que establece un modelo de conducta para garantizar el respeto a los derechos humanos.

A pesar de lo anterior, el marco actual contiene una serie de vacíos y deficiencias que no aseguran que, bajo ciertos parámetros, existan obligaciones adicionales que se desprendan de ese deber de respeto<sup>6</sup>. Si bien estamos, en principio, ante un marco que indica un deber de no hacer, esto es, de no menoscabar o poner en riesgo los derechos humanos, lo cierto es que en la práctica existen diferentes razones, de orden legal, éticas, prácticas y políticas para que las empresas no solo eviten estas situaciones, sino que, además, de forma proactiva, protejan y garanticen el reconocimiento y la protección a derechos humanos.

Finalmente, como parte de estos principios generales, encontramos que existe un acápite sobre el deber de implementar mecanismos que propicien la reparación y el acceso a la justicia de aquellos sujetos afectados por las infracciones de los actores que fundamentan los primeros dos pilares. Este deber implica que, bajo el marco de Los Principios, se pongan a disposición de las víctimas todo tipo de medios judiciales y extrajudiciales que permitan disminuir y reparar los perjuicios ocasionados en detrimento de los derechos humanos de individuos y comunidades.

### **1.2.3. El deber del Estado de Proteger los Derechos Humanos**

Los Estados son entes territoriales altamente complejizados, los cuales tienen diversas potestades y obligaciones de todas las índoles. Estas entidades son actores protagónicos y centrales en la protección, garantía, promoción, respeto y vigilancia de los DD.HH.. De lo anterior que, el sistema internacional haya regulado instrumentos jurídicos<sup>7</sup> que propicien el

---

<sup>6</sup> Existen algunas posturas que establecen que, la distinción entre deberes positivos o negativos es improcedente, puesto que la unidad, no jerarquización y, sobre todo, la concurrencia de diversas obligaciones derivadas de un mismo deber termina por desdibujar los límites entre unos y otros. Véase Serrano, S., (2013) Obligaciones del Estado frente a los derechos humanos y sus principios rectores: una realacion para la interpretacion y aplicación de los derechos. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3567/9.pdf>

<sup>7</sup> Algunos de ellos son: La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; La Convención sobre los Derechos del Niño; La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares; La Convención sobre los derechos de las

deber y las obligaciones de los Estados de proteger a los individuos de violaciones contra sus derechos humanos. Estos deberes también han extendido el grado de vigilancia sobre los terceros que se relacionan con las infracciones a DD.HH.,<sup>8</sup> incluidas las empresas. Los primeros diez principios se dedican a esta cuestión y ahondan en las obligaciones de los Estados en relación con los DD.HH., sin embargo, antes de entrar en este apartado se analizarán de manera breve los antecedentes de estas obligaciones.

Entonces, ¿de dónde proviene esta relación entre DD.HH. y Estado, y en qué consiste? Esta relación se remonta a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en ella se establece que se considera esencial que los DD.HH. sean protegidos por un régimen de Derecho. Mientras que, más adelante en la Declaración, se hace un pronunciamiento expreso respecto del deber de los Estados miembros frente a la promoción y protección de los DD.HH.:

Todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción. (DUDH, 1948)

---

personas con discapacidad; La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

<sup>8</sup> “El desafío para los estados no se traduce solo en proteger los derechos humanos frente a interferencias indebidas por parte de los propios agentes estatales, sino también de terceros lo que supone una obligación fundada en el derecho internacional. Cuando se trata de hechos no atribuibles a los estados sino a agentes privados, como las empresas, el Estado tiene el deber de actuar con la “debida diligencia” para prevenir o responder ante los actos que supongan una violación de los derechos humanos con mecanismos de remediación o restitución de los mismos. Se trata, pues, de “organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público” con la finalidad de “prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos (...) y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos” (Lucena, I. V., 2017, p. 77). De este modo, en palabras de López Hurtado “se ha asentado en el derecho internacional de los derechos humanos que hechos o actos perpetrados por particulares, no imputables directamente al Estado, pueden atribuir responsabilidad al Estado cuando este ha omitido o no ha desplegado su conducta con el objeto de prevenir, investigar, sancionar o reparar un hecho constitutivo de una lesión o puesta en peligro de un derecho amparado por el derecho internacional” (2016).

### **1.2.3.1. Del principio fundacional del deber de proteger que tienen los Estados**

El derecho interno de los países debe garantizar este deber de “proteger”, el cual tiene que contemplar medidas para prevenir, investigar, castigar y reparar abusos de terceros mediante el uso de leyes, políticas internas, órganos encargados y agentes del Estado, tal y como lo establece el primer principio. La transición de los DD.HH. de principios a políticas y realidades tangibles está mediada por la existencia de un Estado de Derecho que incorpore en su constitución, leyes y órganos una consciencia y una política efectiva de armonización con el régimen internacional de protección a los DD.HH..

Esta estructura de protección, que mana de los tratados internacionales y de la normatividad internacional hace que:

Los Estados asuman una responsabilidad primaria de asegurar – a través de todas sus instancias y niveles de gobierno, así como del conjunto de los poderes públicos que lo integran – que estos derechos sean respetados, protegidos y cumplidos plenamente. Y esa responsabilidad alcanza también a todos los componentes de la sociedad en general, lo que incluye a las instituciones internacionales, los individuos, las familias, las empresas y la comunidad. (Mujica, P. J., 2010, p. 64)

Ahora bien, los PPR reiteran este deber de protección. Sin embargo, como queda explícitamente referenciado en Los Principios, no se extiende a todos los casos de violaciones a DD.HH.. La responsabilidad de los Estados solo puede ser enmarcada en aquellas situaciones en donde sea el Estado mismo el que haya incurrido en una violación o afectación de los derechos humanos o cuando se demuestre que este actuó en detrimento de sus obligaciones de protección en las circunstancias en que, aunque el daño sea por una acción u omisión de un tercero, el Estado no hubiera cumplido con prevenir el daño<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Lucena Cid, I. V., (2017). La implementación de los Principios Rectores sobre las Empresas y los derechos humanos. Implicaciones para los Estados. Universidad Carlos III de Madrid. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/UNIV/article/view/3557/2173>

### **1.2.3.2. Enunciación sobre conductas esperadas por las Empresas**

Como parte de esta estructura y atendiendo a lo establecido en el segundo principio, los Estados tienen mayoritariamente un deber de prevención y supervisión en lo referente a su relación con las empresas. Por un lado, el marco jurídico que el Estado debe desarrollar y hacer cumplir debe estar encaminado a que todas las empresas que desarrollen sus actividades comerciales en su territorio deberán dar estricto cumplimiento en lo que respecta al respeto por los DD.HH.. El deber de respeto constituye la esencia de la relación entre empresas, derechos humanos y Estados.

La potestad que otorga el Estado de desarrollar una determinada actividad económica debe estar limitada por una serie de elementos normativos que permitan conocer, en virtud del principio de tipicidad, las conductas contrarias a derecho que menoscaben los DD.HH.. Asimismo, este principio incita a establecer claramente una delimitación de las conductas tanto a nivel nacional como transnacional, puesto que, las empresas que tengan un origen en un determinado Estado no pueden aprovecharse de la extraterritorialidad de sus actividades económicas con el objetivo de caer en una laguna jurídica o evitar la aplicación de las normas propias de su Estado de origen. Este principio vincula las razones políticas y jurídicas para que las empresas no evadan y conozcan las obligaciones legales que tienen en materia de DD.HH..<sup>10</sup>

Tal y como lo mencionan los PPR, este tipo de medidas se estructuran con el fin de garantizar una conducta previsible por parte de las empresas, especialmente cuando estas obtienen beneficios del Estado Social de Derecho, como el reconocimiento de una personería jurídica, la posibilidad de explotación de recursos y de realizar actividades mercantiles e

---

<sup>10</sup> Como plantea Carlos López Hurtado (2016), la globalización económica ha presentado ciertas barreras para establecer mecanismos e instituciones de gobernanza global que permitan a los Estados y a la sociedad hacer un control desde una perspectiva de DD.HH. o, por lo menos, más social, por lo que Los Principios encaminan esta discusión: “la distancia creciente entre el impacto y alcance de los actores económicos y la capacidad de las sociedades para gerenciar o manejar las consecuencias de esos fenómenos.<sup>6</sup> Se trata de la paradoja entre una creciente globalización o internacionalización de los intercambios económicos en los que las empresas transnacionales son las grandes protagonistas, y la capacidad y los instrumentos a disposición de la sociedad y los gobiernos para manejarlos y direccionarlos hacia el bien común. En la práctica, la globalización económica no viene aparejada de normas e instituciones sociales y medioambientales. Los Principios Rectores se presentan como una respuesta a ello, aunque no la única o más comprensiva, pero como un ejemplo de lo que se puede lograr si se construyen normas e instituciones desde una perspectiva de la ‘nueva gobernanza’” (pp. 3-4).

incluso, en ocasiones, la participación del Estado en dichas actividades empresariales y en las ganancias que se derivan de dicha actividad empresarial.

### **1.2.3.3. Del principio operativo de las funciones reglamentarias y normativas del Estado**

Los PPR también hacen mención expresa de las conductas y acciones que debe promover el Estado, especialmente en lo relativo a su deber de proteger, las cuales se resumen en: i) hacer cumplir las leyes relativas a empresas y DD.HH., y evaluar su impacto; ii) Asegurar que el derecho mercantil o corporativo propicien el deber de respeto y no solo la ganancia económica; iii) Asesorar a las empresas sobre cómo deben respetar los derechos humanos; iv) Exigir a las empresas que den a conocer como relacionan su actividad con el impacto a derechos humanos, y alentar la promoción del marco legal correspondiente.

Si bien se explora la posibilidad de que las empresas participen activamente en el respeto por los DD.HH., los PPR siguen reconociendo un deber más amplio de los Estados, cobijado por la obligación de protección de estos. Lo anterior, realza que las obligaciones en materia de protección y garantía de los DD.HH. siguen principalmente en cabeza del Estado. Siendo así que la supervisión del cumplimiento de las obligaciones en materia de DD.HH., la incidencia de otras esferas del derecho en estas, la asesoría sobre cómo se deben respetar, la promoción y la exigencia de rendición de cuentas siguen siendo deberes puntuales del Estado.

Frente a esta situación, es necesario resaltar el poco compromiso que han tenido los Estados con el cumplimiento de sus deberes en materia de DD.HH.,<sup>11</sup> así como la tremenda carga administrativa que supone velar por el cumplimiento propio y el de terceros. Si bien el control judicial, orgánico y legislativo es necesario para garantizar una adecuada protección de los DD.HH. y debe ser un eje central de dicha misión, no debería ser el único,

---

<sup>11</sup> La Deutsche Welle (2019) ha señalado algunas de las violaciones más recientes de los últimos años: La situación de guerra de Libia, Yemen y Siria, las represiones contra protestas pacíficas en Egipto, Hong Kong e Irán, o la constante afectación de derechos de refugiados, migrantes y personas LGBTIQ.

especialmente porque empresas y Estados se han beneficiado de, y han promovido en diferentes escenarios, la violación a DD.HH..<sup>12</sup>

Los mismos PPR reconocen esta limitante y en esta sección se menciona de forma expresa la laguna jurídica que existe al respecto:

El incumplimiento de las leyes en vigor que directa o indirectamente regulan la observancia de los derechos humanos por las empresas constituye una laguna legal frecuente en la práctica de los Estados. Puede tratarse tanto de leyes de no discriminación como de leyes laborales, ambientales, relativas a la propiedad, a la privacidad y al soborno. Por consiguiente, es importante que los Estados examinen si se están aplicando eficazmente esas leyes y que se pregunten, de no ser así, por qué motivos se incumplen y qué medidas podrían razonablemente corregir la situación.

(PRNU, 2011)

---

<sup>12</sup> Una ampliación de esta idea se encuentra en el reporte Corrupción y Derechos Humanos de la CIDH (2019): “En el caso Ramírez Escobar contra Guatemala (2018) relacionado con la adopción irregular de la víctima del caso y su hermano, la Corte Interamericana formuló algunas apreciaciones generales sobre el tema de corrupción que son inéditas en su jurisprudencia, así como el impacto que esta tiene en los derechos humanos. El Tribunal expresó que: (...) la Corte reitera que estas adopciones se dieron en el marco de un contexto en el cual la debilidad institucional y la flexibilidad normativa facilitó la formación de redes y estructuras de delincuencia organizada dedicadas al negocio de las adopciones irregulares. Como fue resaltado por varios peritos ante esta Corte y por la CICIG, en Guatemala las adopciones no respondían al interés superior del niño, sino que casas de abrigo, notarios y autoridades judiciales respondían en gran medida a intereses económicos. Además, este Tribunal destaca cómo estas redes de adopciones ilegales engranadas dentro de las estructuras del Estado no solo se aprovecharon de las debilidades institucionales y legales del Estado guatemalteco sino también de la situación de vulnerabilidad de las madres y familias viviendo en situación de pobreza en Guatemala. Al respecto, este Tribunal destaca las consecuencias negativas de la corrupción y los obstáculos que representa para el goce y disfrute efectivo de los derechos humanos, así como el hecho de que la corrupción de autoridades estatales o prestadores privados de servicios públicos afecta de una manera particular a grupos vulnerables. Además, la corrupción no solo afecta los derechos de los particulares individualmente afectados, sino que repercute negativamente en toda la sociedad, en la medida en que “se resquebraja la confianza de la población en el gobierno y, con el tiempo, en el orden democrático y el estado de derecho”. En este sentido, la Convención Interamericana contra la Corrupción establece en su preámbulo que “la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio” (pp. 35 – 36).

El problema que surge a partir de esto es que los Estados, si bien deben prestar un servicio de asesoría e información como lo dicta este principio, en la práctica los Estados no tienen la estructura institucional necesaria o la capacidad administrativa para hacerlo, o, en el peor de los casos, el interés.

Ahora bien, no es coherente que, frente al incumplimiento de terceros, que además están siendo legitimados por el Estado para ejercer una actividad económica, el Estado deba dar solución o corregir las situaciones que provengan de las acciones u omisiones de estos agentes, las cuales estén atentando contra los DD.HH., especialmente por las razones que hemos expuesto sobre la relevancia e influencia social que ejercen este tipo de personas jurídicas, que van desde tener influencia en las agendas legislativas de los países, hasta ostentar activos superiores a los de los Estados.

#### **1.2.3.4. Nexo entre Empresas y Estados**

Es indudable la existencia de vínculos que desdibujan hasta cierto punto los deberes de respeto (empresas) y protección (Estados), en virtud de la cercanía de los órganos y capital públicos con la actividad empresarial. Este es precisamente el punto del que trata el principio en mención y otro de los puntos en donde no existe una claridad en cuanto a la diferenciación entre deberes de empresas y Estados, si bien, los PPR mencionan que cuanto más próximo esté el Estado de una actividad empresarial mayor es la exigencia de respeto y supervisión, esto no resuelve realmente el problema de la categorización de las responsabilidades por violaciones a DD.HH..

Las empresas pueden ostentar un capital estatal o incluso estar dirigidas directamente por entes del Estado y esto no genera deberes adicionales para la administración corporativa. Los PPR únicamente hacen mención de que las entidades gubernamentales involucradas deberán tener una supervisión especial de estas, así como aumentar el deber de debida diligencia en dichas empresas y reforzar el sistema de respeto por los DD.HH. en la medida en que el Estado tiene una mayor incidencia en los órganos y políticas de dicha empresa<sup>13</sup>. Aun cuando

---

<sup>13</sup> Algunos Estados han adoptado medidas tendientes a cumplir con este principio, por ejemplo, en Colombia se expidió el documento CONPES 3851 de 2015, que establece la Política General de Propiedad Estatal en donde se tratan temas empresas del Estado y DD.HH..

existan estas condiciones no se reconocen en los PPR deberes u obligaciones especiales relacionadas con el deber de protección a los DD.HH. por parte de las empresas, ni siquiera cuando estas hacen parte del Estado o tienen una estrecha relación con este.

En contraposición con lo anterior, los PPR siguen una concepción tradicional y relacionan la responsabilidad estatal de aquellos Estados que participen directamente de la actividad empresarial o tengan nexos con estas, pudiendo incurrir en una violación a sus deberes de protección. Sin embargo, de manera contraria, no se estableció un deber adicional por parte de este tipo de empresas, y únicamente se estableció que la vigilancia y el control que ejercen los Estados debe ser especialmente estricto a la hora de establecer mecanismos de debida diligencia en este tipo de empresas o en aquellas que estén estrechamente relacionadas con la actividad estatal. En todo caso, bajo el actual régimen jurídico, los Estados siguen ostentando un deber protagónico de propender en su totalidad por la protección de los derechos humanos y por velar que las empresas, proveedores y demás organismos asociados cumplan con su deber de respeto.

#### **1.2.3.5. Principios relativos a empresas, derechos humanos y los conflictos armados**

En esta parte de los PPR también se hace alusión a las graves violaciones a DD.HH. en el contexto de los conflictos armados, estos se encaminan a una función de prevención y restricción de las conductas que puedan resultar contrarias a DD.HH. en el marco de los conflictos armados. Ya que en el marco de dichos conflictos las violaciones a DD.HH. son frecuentes y cotidianas, sin que por esto pueda desconocerse la responsabilidad estatal y privada de prestar especial atención a la prevención de actividades que puedan menoscabar los derechos humanos en el desarrollo de dichos conflictos armados.

---

Asimismo, en México, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2018) estableció que: “Para la CNDH, el estándar internacional en materia de empresas y derechos humanos exige al Estado que tome medidas adicionales de protección contra violaciones a derechos humanos producidas por: a) empresas de su propiedad, b) empresas bajo su control y c) empresa que reciban importantes apoyos y servicios de organismos estatales.” (pp.28-29).

Por otra parte, en Argentina se realizó la iniciativa “Empresas de propiedad estatal y derechos humanos” (2020) en cumplimiento de Los Principios Rectores, en donde se reconoció que “los derechos humanos no son un obstáculo para el desarrollo, son el punto de partida. Los Principios Rectores se han consolidado como un piso mínimo para saber desde dónde estamos hablando”.

De lo anterior, se desprenden una serie de obligaciones a cargo del Estado con el fin de colaborar y asistir a las empresas que desarrollen actividades económicas en el marco de un conflicto armado, especialmente atendiendo a la prevención y la educación de conductas irregulares que puedan resultar en afectaciones a los DD.HH. de la población. Dicho proceso deberá realizarse por medio de políticas, leyes y mecanismos legales eficaces que mitiguen el impacto del conflicto en la población.

Ahora bien, el marco actual presenta una deficiencia en este apartado por lo que, en diferentes ocasiones, las empresas no solo han contribuido a menoscabar y afectar los DD.HH. en medio de los conflictos armados, sino que además han sido beneficiadas de estas situaciones al obtener mejores ingresos por la inexistencia territorial del Estado. Estas zonas de conflicto favorecen y posibilitan la aparición de zonas grises en lo que respecta a la legalidad, un territorio sin Estado en cuyo margen se permiten las más inescrupulosas realidades, y que, por ende, facilitan la proliferación de grandes capitales que surgen del provecho de esa inexistencia estatal que no regula prácticas contrarias al derecho, como la esclavitud, el desplazamiento forzoso, el cultivo de droga, la minería ilegal, entre otras.

Un ejemplo de lo anterior es visible en el contexto del conflicto armado en Colombia, allí donde el control territorial era débil y rico en recursos naturales, los grupos al margen de la ley y las empresas privadas tomaron ventaja de la situación de inestabilidad para apropiarse y adueñarse de las tierras de los campesinos y grupos indígenas con el fin de explotarlos.

Es así como el Informe del Representante Especial del secretario general de las Naciones Unidas sobre la cuestión de los desplazados internos de la Misión de seguimiento enviada a Colombia (2000) estableció que:

el desplazamiento constituye con frecuencia un medio para adquirir tierras en beneficio de los grandes terratenientes, narcotraficantes y empresas privadas que elaboran proyectos en gran escala para la explotación de los recursos naturales. El hecho de que la mayoría de los campesinos no posean título legal sobre la tierra los convierte en blancos fáciles para llevar a cabo ese proceso, que el Defensor del pueblo define como

‘reforma agraria realizada a punta de pistola’. La OACDH ha recibido testimonios de granjeros pequeños y medianos "que se han visto despojados de sus tierras por paramilitares al servicio de narcotraficantes o de terratenientes locales, o que han tenido que venderlas a bajo precio antes de abandonar la región bajo amenazas de muerte". También se ha manifestado una pauta análoga de desplazamiento por lo que respecta a la exploración y explotación de los recursos naturales y la ejecución de proyectos de desarrollo en gran escala, que en algunos casos no sólo afecta estrictamente a los intereses económicos del país sino también a los objetivos de las empresas multinacionales. (pp.13-14)

Lo precedente, sitúa a los Estados en una relación compleja ante las empresas que realizan actividades económicas en su territorio. Por un lado, deben garantizar, según los Principios, un deber de vigilancia, colaboración y asesoría para que estas puedan respetar los DD.HH. en el marco de un conflicto armado, por otra parte, también deben disponer de mecanismos civiles, penales y administrativos para perseguir y sancionar aquellas empresas que incurran en violaciones a estos derechos.

Los PPR no establecieron un alcance real de las obligaciones de las empresas frente a los conflictos armados y su deber de respetar, ya que la carga principal de garantizar la protección de los derechos humanos sigue recayendo sobre los Estados. Evitándose así un mayor despliegue de responsabilidad empresarial, especialmente en aquellos casos en los que las empresas son las que tienen el contacto estrecho con los grupos al margen de la ley o la sociedad por la poca o inexistente presencia estatal en determinados lugares.

Los Principios reconocen que algunas de las violaciones más graves a DD.HH. que han cometido las empresas lo han hecho bajo el marco de conflictos armados. Aún así, la propuesta de respeto se mantiene como una obligación negativa de no hacer que implica una especie de estado de pasividad. Mientras que los Estados deben seguir evitando que las empresas incurran en violaciones a DD.HH., a pesar de ser los que otorgan la potestad para

ejercer la actividad económica. Como es evidente, el modelo actual restringe en gran medida la participación de las empresas en cuanto a la garantías que deben ofrecer a los DD.HH., y resulta insuficiente para solucionar todos los aspectos y circunstancias que rodean la actividad empresarial en contextos de conflicto armado.

#### **1.2.3.6. Cohesión estatal y coherencia política**

Finalmente, dentro del marco jurídico de los Principios y las obligaciones del Estado dentro de este, se encuentra la necesidad de coordinar a los diferentes agentes, órganos, departamentos, funcionarios, entidades y demás aparatos estatales que participen de la organización nacional, municipal o departamental en materia de DD.HH.. Ello implica tener la capacidad para que los diferentes agentes y órganos del aparato estatal conozcan y sean asesorados sobre los deberes del Estado en materia de derechos humanos. Igualmente, este principio exige la existencia de una jerarquización normativa clara que permita un desarrollo legal de conformidad con la protección y el respeto por los DD.HH..<sup>14</sup>

El Estado debe adoptar medidas internas respecto de sus propios deberes, pero también del manejo de las empresas y los derechos humanos con el fin de distribuir cargas y brindar claridad sobre lo pertinente a las obligaciones horizontales (entre entes estatales) y verticales (entre Estado, empresas, ciudadanos y demás). Lo anterior, con el fin de que exista una divulgación de la información y normatividad aplicable en materia de DD.HH. y exista una coherencia política y social respecto a este compromiso con los derechos humanos desde cada una de sus posiciones sociales.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Por ejemplo, La CIDH ha establecido una guía llamada Políticas públicas con enfoque de Derechos Humanos (2018) en la que se menciona que: “La Comisión afirma que el establecimiento de políticas públicas requiere que los Estados realicen un análisis exhaustivo y permanente de sus obligaciones en materia de derechos humanos con el objetivo de generar las políticas necesarias para cumplir con la debida diligencia de promoverlos, protegerlos y garantizarlos. Como lo señaló la CIDH al inicio de este capítulo, los derechos humanos no son elementos complementarios de las políticas públicas sino el núcleo y razón de ser de la acción estatal. Esto supone que los Estados tienen la obligación no sólo de adoptar medidas, a partir de la formulación e implementación de políticas públicas, cuando se identifica una situación de vulneración de derechos sino que también deben actuar de manera de evitar que dichas situaciones se produzcan. La Comisión señala que el análisis exhaustivo y permanente de las obligaciones internacionales de derechos humanos fortalece la capacidad de los Estados para desarrollar políticas públicas de naturaleza preventiva.” (pp.47-48).

<sup>15</sup> Esta discusión es bastante amplia, algunos autores piensan que esa distribución vertical debería ser mucho más estricta y dura, asimismo, se ha planteado el apoyo general del que han gozado Los Principios en materia política para visibilizar y el replantear otros instrumentos sobre la materia: “Cinco años después de la

Este acápite también hace un énfasis respecto de la coherencia que debe existir en el marco de la inversión y del comercio. No debe perderse de vista que, en la celebración de Convenios o Tratados, el marco regulatorio de un Estado puede verse modificado según los términos en que estos se pacten, por lo que es necesario que no se otorguen dádivas significativas que permitan luego a los inversionistas buscar una indemnización cuando los Estados, en aras de materializar sus compromisos con los DD.HH., impidan o restrinjan la actividad económica de dichos agentes. Los Estados deben velar porque en el cumplimiento de estos acuerdos no se limite su capacidad de proteger los derechos humanos, y, de igual forma, deben procurar que este tipo de instituciones u organismos de carácter internacional propendan por la garantía y protección de los derechos humanos en los escenarios de posibles violaciones por parte de las empresas.

#### **1.2.4. La Responsabilidad de las Empresas de respetar los derechos humanos**

##### **1.2.4.1. El crecimiento de los entes corporativos ha planteado una problemática dirigida por su alta esfera de influencia**

Las empresas han sido agentes que han afectado de diferentes formas los DD.HH. y, por el alcance que han tenido sus actividades, el principio de respeto se ha planteado como un punto de partida para una obligación que conforme al paso del tiempo, se hará cada vez más extensiva y relevante en virtud del crecimiento económico, la influencia política y la presencia global de ciertas empresas.<sup>16</sup> Respetar implica también la implementación de

---

aprobación de los Principios Rectores la atención gira ahora hacia lo que el Estado debe y puede hacer para incentivar, u obligar, a las empresas a que operen un proceso de debida diligencia o para que se asegure el acceso a los recursos y reparaciones efectivas. Esto se traduce en un esfuerzo para ir más allá de las declaraciones políticas y tratar de lograr impactos, y mejorar de manera concreta el acceso a los recursos y reparaciones. Un elemento fundamental que ha impulsado la atención creciente sobre las medidas legislativas y políticas ha sido la iniciación del proceso intergubernamental hacia un instrumento jurídico vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas de negocios. En efecto, con su énfasis en el elemento jurídico y coercitivo además de su acento en el derecho a un recurso efectivo y reparaciones por parte de las víctimas de abusos empresariales, la campaña en favor de un tratado ha desencadenado un proceso positivo y transformador, independientemente del éxito final que se pueda obtener con la conclusión del tratado. El proceso de aplicación de los Principios Rectores ha puesto especial acento en las declaraciones de apoyo político y la adopción de planes de acción nacionales. El apoyo político se ha expresado a través de declaraciones regionales o internacionales en las que se reafirma, menciona o reiteran los Principios Rectores y la incorporación de los mismos en el proceso de revisión de instrumentos existentes.” (López, C., 2016, p. 10).

<sup>16</sup> Como lo menciona Mehra, A. (2017) “Los PR no son un techo, sino un umbral mínimo a partir del cual crecer hacia arriba y hacia los lados. Los activistas deben “construir” a partir de los PR para continuar esclareciendo

medidas y políticas internas. Los PPR ahondan en esta cuestión y disponen una serie de artículos llamados “principios operativos” que desarrollan dicha idea y contribuyen a especificar cómo debe aplicarse el respeto a los derechos humanos desde una perspectiva corporativa.

#### **1.2.4.2. Principios Operativos**

##### **a. La debida diligencia**

El deber de respeto constituye el núcleo central de la relación entre empresas y DD.HH.. El deber de respeto se traduce en una estructura de debida diligencia que se compone de cuatro directrices fundamentales que deben seguir las empresas: i) la identificación de prácticas de la empresa contrarias a DD.HH.; ii) la prevención de las afectaciones a derechos humanos que estén relacionadas con su actividad; iii) La capacidad de mitigar los impactos negativos de la actividad empresarial relacionados con los DD.HH.; iv) Remediar los daños a los DD.HH. que produzcan en el desarrollo de sus actividades, así como rendir cuentas ante los terceros interesados y el Estado. Estos compromisos enmarcan de manera precisa el deber de respeto que tienen las empresas frente a los DD.HH. y abarcan su totalidad en la actualidad.

Esta estructura representa el eje temático central de los PPR y su verdadera innovación. A pesar de ello, es necesario aclarar que funge como una responsabilidad más que una obligación. Esto indica que, el régimen actual es una norma de *soft law* que no permite generar una vinculación o consciencia de obligatoriedad de las empresas con los DD.HH.. Aun cuando se relacionan con un proceso relativamente sencillo de identificación y corrección, los PPR, así como las demás normas que se relacionan con esta temática, no logran establecer un fin u objetivo claro que permita una eficiencia del modelo jurídico

---

las formas en que los Estados pueden y deben cumplir su deber de proteger, y las maneras en que las empresas pueden y deben cumplir con su responsabilidad de respetar. Construir a partir de los PR implica que los interesados delimiten sectores concretos de actividad o daños específicos y profundicen el contenido de lo que significa que las empresas respeten los derechos humanos y que los Estados los protejan en contextos particulares. Sin bien los PR son un buen punto de partida para la discusión, no deberían ser el único foco de atención. Los PR son un marco a partir del cual “construir” porque los vacíos existentes pueden ser llenados. Como señala Ruggie, entre esos vacíos están los de gobernanza generados por la globalización, que habría que llenar para garantizar la solución jurídica de problemas como las violaciones graves de derechos humanos o incluso la aplicación extraterritorial del derecho.” (pp. 208-209).

actual. Como norma de *soft law* no tienen ninguna exigibilidad y como responsabilidad no genera consecuencias jurídicas por su desacato.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que, si bien este deber de respeto puede combinarse con otras prácticas empresariales como la RSC, Los Principios constituyen un fin en sí mismos y un deber independiente. Por ello, las empresas deben implementar un proceso de debida diligencia como núcleo del deber de respeto, que logre establecer en sus órganos directivos y su administración una consciencia de respeto por los DD.HH.. La debida diligencia, es definida por la ISO 26000 (2010) así:

proceso exhaustivo y proactivo para identificar los impactos negativos reales y potenciales de carácter social, ambiental y económico de las decisiones y actividades de una organización a lo largo del ciclo de vida completo de un proyecto o de una actividad de la organización, con el objetivo de evitar y mitigar dichos impactos negativo. (sección 2.4)

Mientras que, el Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos (2012) define la debida diligencia de la siguiente manera:

La medida de prudencia, actividad o asiduidad que cabe razonablemente esperar, y con la que normalmente actúa, una [persona] prudente y razonable en unas circunstancias determinadas; no se mide por una norma absoluta, sino dependiendo de los hechos relativos del caso en cuestión”. En el contexto de los Principios Rectores, la diligencia debida en materia de derechos humanos constituye un proceso continuo de gestión que una empresa prudente y razonable debe llevar a cabo, a la luz de sus circunstancias (como el sector en el que opera, el contexto en que realiza su actividad, su tamaño y otros factores) para hacer frente a su responsabilidad de respetar los derechos humanos. (p.7)

Como lo señalan Ibáñez & Ordóñez (2014) la debida diligencia es un proceso de gestión de riesgo permanente y razonable que tiene por objeto prevenir las prácticas de riesgo en DD.HH.. Lo anterior, independientemente de la capacidad, el contexto y las particularidades propias de cada industria o empresa, según lo señala el principio 17.<sup>17</sup>

#### **b. Compromiso político**

Las empresas deben asumir un compromiso político con el respeto por los DD.HH., y dicho compromiso, deberá verse reflejado en algún instrumento interno o política de la compañía. Este compromiso tiene que cumplir con una serie de características que contemplan Los Principios: la aprobación del más alto órgano directivo, así como de los miembros de dicho estamento, recibir asesoramiento interno y externo sobre la materia, su visión y misión en relación con los derechos humanos, especialmente en lo referente a qué se espera de los miembros y directivos de la empresa y de sus proveedores, asimismo, dicha política deberá ser comunicada a todas las personas interesadas y deberá ser pública y de fácil acceso, y,

---

<sup>17</sup> Respecto a la debida diligencia en materia de derechos humanos, los Principios Rectores en la sección 17 (2012) menciona lo siguiente “Con el fin de identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos, las empresas deben proceder con la diligencia debida en materia de derechos humanos. Este proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas.

La diligencia debida en materia de derechos humanos:

- a) Debe abarcar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa haya provocado o contribuido a provocar a través de sus propias actividades, o que guarden relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales;
- b) Variará de complejidad en función del tamaño de la empresa, el riesgo de graves consecuencias negativas sobre los derechos humanos y la naturaleza y el contexto de sus operaciones;
- c) Debe ser un proceso continuo, ya que los riesgos para los derechos humanos pueden cambiar con el tiempo, en función de la evolución de las operaciones y el contexto operacional de las empresas” (pp.20-21).

finalmente, debe estar reflejada en el sistema operacional o en el procedimiento de producción de la empresa.<sup>18</sup>

En la Guía para la Interpretación de la Responsabilidad de las Empresas de Respetar los Derechos Humanos (2012), se hace un especial énfasis en esta cuestión:

La expresión ‘compromiso político’ se utiliza aquí para designar una declaración pública y de alto nivel formulada por una empresa para exponer su intención de hacer frente a su responsabilidad de respetar los derechos humanos. El compromiso hace que esa intención se convierta en una política clara, de carácter general, que será determinante en la forma de llevar a cabo sus actividades. (p.30)

Este compromiso, que deberá ser adoptado como política por las empresas, deberá contener, a rasgos generales, qué es lo que espera la empresa de sus empleados, directivos y colaboradores en materia de DD.HH.. Asimismo, el compromiso deberá abarcar todo el proceso productivo de la empresa y deberá tener en cuenta los principales derechos humanos que puede afectar la empresa en el desarrollo de sus actividades, para evitar realizar una política que caiga en el vacío y sea inaplicable.

### **c. Recurrir a expertos en derechos humanos internos y/o independientes**

Para cumplir con los principios operativos, las empresas tendrán que obtener la debida capacitación interna y externa que permita adquirir la experiencia y el conocimiento necesario para poder implementar una política y un proceso de debida diligencia en materia de DD.HH.. En este sentido, la aplicación de auditorías, controles y asesorías constantes pueden contrastar con la creencia común de que Los Principios se enmarcan como

---

<sup>18</sup> Sobre la importancia de incorporar este tipo de compromiso político puede consultarse la Guía para la Interpretación de la Responsabilidad de las Empresas de Respetar los Derechos Humanos establece que, “Respetar los derechos humanos no es una responsabilidad pasiva: exige acción por parte de las empresas. Es relativamente fácil para una empresa decir que respeta los derechos humanos, e incluso puede creer genuinamente que lo hace. Sin embargo, para que esa afirmación tenga legitimidad es necesario que la empresa sepa, y pueda demostrar, que respeta los derechos humanos en la práctica. Para eso es necesario, a su vez, que la empresa haya adoptado determinados procesos y políticas. En los Principios Rectores se definen como: una declaración de compromiso político” (p.32).

obligaciones de no hacer, o lo que es igual en el imaginario colectivo de las empresas, el no tener que efectuar o ejecutar algún tipo de acción tendiente a respetar los derechos humanos.

**d. Incluir consultas sustantivas con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas**

Este aspecto tiene que ver con la inclusión de las opiniones consultivas con las que debería contar la empresa de los grupos potencialmente afectados y las partes interesadas en su actividad económica. Aquí, nuevamente se encuentra con que, contrario a la actitud pasiva y enfocada al no hacer, las empresas deben contar con conductas activas para garantizar el deber de respeto. Al actuar, las empresas tienen que contar con cierta legitimación o, por lo menos, con una comunicación previa con aquellos actores interesados o afectados por su actividad económica, lo que encaja perfectamente con figuras de derecho internacional como la consulta previa.<sup>19</sup>

**e. Investigar e incorporar los resultados de la evaluación sobre afectaciones a derechos humanos**

Si bien no se establece que deba alcanzarse un consenso sobre la actividad empresarial y las posibles afectaciones, en el marco actual si se evidencia un interés porque las empresas tomen alternativas y medidas para evaluar las posibles consecuencias negativas de su presencia o actividad, y que tomen medidas para garantizar que este impacto se prevenga o en su defecto se mitigue o se repare. Los Principios poco ahondan en la cuestión del equilibrio o análisis que debe existir entre la persecución de fines económicos y el respeto por los DD.HH.. Pero, en todo caso, procuran que las empresas integren en sus procesos cuestiones relativas a derechos humanos, especialmente aquellas que sean conocidas a partir del proceso de debida diligencia que estas adelanten sobre su propia actividad empresarial.

---

<sup>19</sup> La Guía para la Interpretación de la Responsabilidad de las Empresas de Respetar los Derechos Humanos menciona sobre este principio en particular que: “Para cualquier empresa, evaluar sus riesgos relacionados con los derechos humanos es el punto de partida para comprender cómo llevar a la práctica su declaración de política con respecto a los derechos humanos y, por tanto, su responsabilidad de respetarlos. Es el requisito previo para saber cómo prevenir o mitigar las consecuencias negativas potenciales y cómo reparar cualquier consecuencia negativa real que pueda causar o contribuir a causar. Por tanto, es el primer paso fundamental en la gestión del riesgo relacionado con los derechos humanos.” (p.47).

Este proceso de investigación e incorporación debe adoptar medidas tanto cualitativas como cuantitativas sobre los impactos negativos y positivos que generen las empresas en el daño o protección de los DD.HH.. En general, este principio ahonda en la medición interna y externa de los impactos de la empresa en su entorno, aprovechando las diferentes fuentes y herramientas que tenga a su disposición para calificar el desempeño de su gestión de riesgos en materia de derechos humanos.<sup>20</sup>

#### **f. La transparencia y la comunicación efectiva**

En el marco actual de los PPR se requiere que las empresas cuenten con mecanismos para una comunicación directa, efectiva, eficiente y transparente de la información necesaria sobre su responsabilidad de respeto y debida diligencia. Como parte de este proceso, la política de respeto deberá ser pública y accesible para los interesados, como también deberán serlo los resultados de la evaluación de impactos negativos y las gestiones corporativas para mitigar, prevenir o reparar su impacto. Las empresas que quieran realmente surtir un proceso integral de respeto conforme a los PPR deben transmitir a los interesados los resultados de dicha política, así como la información que, sin ser confidencial, permita establecer que la empresa está cumpliendo con su responsabilidad de respetar.

Este mecanismo de comunicación no debe tener una determinada forma<sup>21</sup>, pero, tradicionalmente, esta información ha sido elevada junto con el informe o reporte anual de

---

<sup>20</sup> La Guía para la Interpretación de la Responsabilidad de las Empresas de Respetar los Derechos Humanos (2012) menciona sobre este principio en particular que: “Es un axioma generalmente reconocido que “lo que se puede cuantificar se gestiona”. Hacer un seguimiento de la forma en que una empresa ha respondido ante las consecuencias negativas, tanto reales como potenciales, sobre los derechos humanos es esencial para que su personal pueda recibir crédito por sus éxitos en el respeto de los derechos humanos, bien a nivel interno ante la administración, bien a nivel externo ante los accionistas y otros interesados” (p.66).

<sup>21</sup> Sobre la forma de comunicación y lo mencionado en este apartado, la Guía (2012) establece que, “Si el propósito es comunicar a los interesados que pueden verse afectados de qué forma está abordando la empresa un riesgo relacionado con los derechos humanos que ha detectado, la comunicación podría limitarse a ese grupo y se deberían tener presentes las barreras relacionadas con la alfabetización, el idioma y la cultura (por ejemplo si la comunicación verbal se considera más respetuosa que la comunicación por escrito). La organización de reuniones con el grupo o sus representantes legítimos puede ser la forma de comunicación más apropiada y satisfactoria. Si el objetivo es responder también ante los accionistas y otras partes interesadas, incluida la sociedad civil, por la forma en que la empresa está haciendo frente a un riesgo específico o a los riesgos en general, quizá sean apropiados los documentos y las exposiciones en una reunión anual general, las actualizaciones a través del sitio web, el envío de mensajes a listas de correo electrónico de quienes se identifiquen como partes interesadas u otros medios de comunicación similares” (p. 68-69).

las empresas. Sin embargo, dicho reporte no suele contener detalles acerca del cómo las empresas están logrando respetar y cumplir con el marco normativo de los PPR. En el mejor de los casos, las empresas afirman cumplir con los estándares sobre la materia, las mejores prácticas y con el presente marco normativo, pero en la realidad resulta imposible saber hasta qué punto esto resulta ser cierto. La rendición de cuentas es, sobre todo, un mecanismo idóneo, periódico y eficaz para certificar ante terceros y ante los miembros de la empresa que se está cumpliendo con sus compromisos y deberes en materia de DD.HH..

### **1.2.5. El Acceso a Mecanismos de Reparación**

El pilar tres habla sobre mecanismos eficaces para reparar y remediar las afectaciones a DD.HH.. Este pilar se encarga de desarrollar los mecanismos de reparación y acceso a la justicia que deben garantizar tanto los Estados como las empresas cuando afectan los DD.HH.. Los Principios desarrollan la idea de que deberán existir diferentes mecanismos de protección los cuales deben ser armónicos y podrán ser de naturaleza oficial (judiciales), como de naturaleza complementaria (extrajudiciales). A pesar de que los PPR establezcan este modelo dualista, reconocen a su vez que, el Estado deberá tener mecanismos más amplios y eficientes en materia de reparación, y que estos son la base para un marco de reparación mucho más amplio y, de manera subsidiaria o complementaria, las empresas deberán ofrecer mecanismos de reparación conforme a la estructura de debida diligencia del punto anterior<sup>22</sup>.

Los Estados, como se observó en el primer pilar, tienen deberes de investigar, castigar y reparar las violaciones a DD.HH.<sup>23</sup>. En este sentido, se justifica la exigencia de Los Principios

---

<sup>22</sup> En general, el tercer pilar reconoce distintos medios para acceder a la reparación, El Cuaderno Guía De los Principios Rectores ONU sobre Empresa y Derechos Humanos (2013) ahonda en esta idea, “El objetivo, por tanto, de los PR se centró en proveer instrumentos prácticos para un remedio efectivo con el fin de poder sortear los habituales obstáculos existentes en el acceso al remedio por los afectados y, de esta manera, dotarles de unos mecanismos eficaces de reclamación de los derechos vulnerados. Con el fin de sortear los problemas anteriormente mencionados, los Principios Rectores categorizan los mecanismos de reclamación por su naturaleza, diferenciando por una parte entre estatales y no estatales -que pueden ser paralelos y no excluyentes y, por otra, entre judiciales y no judiciales, que pueden ser de iniciativa pública o privada. Además incluyó los mecanismos de arbitraje y otros basados en el diálogo.” (p. 38).

<sup>23</sup> El Cuaderno Guía De los Principios Rectores ONU sobre Empresa y Derechos Humanos (2013) menciona que, “La obligación del Estado va desde prevenir que ocurran los impactos hasta asegurar su reparación, en el caso de que lleguen a ocurrir. Cada Estado debe establecer qué tipo de políticas, leyes, reglamentos y medidas

de establecer diferentes medios de reparación y acceso a la justicia por parte de estos, bien sea a través de medios penales, administrativos, laborales, civiles, entre otros. Dichos mecanismos, en virtud de las obligaciones que se recopilaron en el primer pilar, deberán comunicarse al público para que estas puedan ser accesibles, asimismo, deberá informarse sobre su funcionamiento, finalidad y modo de acceso/operación. Los Principios, establecen que, esta responsabilidad tiene un carácter doble; de forma y de fondo. Como se estableció, el Estado y los demás actores que ofrezcan medios de reparación tienen un deber de estructurar mecanismo de reparación efectiva que pueden variar en su naturaleza, sin embargo, esto solo garantiza el requerimiento formal. Mientras que, desde la perspectiva de fondo, los mecanismos de reparación deben aportar medidas de protección y reparación efectivas que, según Los Principios podrán variar en sus formas y alcances.<sup>24</sup>

#### **1.2.5.1. Mecanismo judiciales y extrajudiciales del Estado**

Los Estados deben establecer tribunales que ofrezcan mecanismo de reparación efectivos en casos de violaciones a DD.HH.. Dichos tribunales deben garantizar los derechos procesales de los individuos, así como la independencia e imparcialidad de estos con el fin de efectuar procesos transparentes y garantistas. Los Principios hacen sobre todo una advertencia sobre el deber de garantizar el acceso a la justicia, es decir, a los medios judiciales propios del Estado con el fin de obtener una reparación. En esta medida, se insta a los Estados para que eviten incurrir en medidas dilatorias, exigencias desproporcionadas y demás obstáculos legales que puedan impedir el efectivo goce de este derecho y el acceso a sus tribunales. En

---

judiciales son las más adecuadas, teniendo en cuenta su propio contexto (PR 1). Las problemáticas en el ámbito de las empresas y los DDHH que requieren la respuesta de cada Estado son específicas en cada caso: riesgos de vulneración de distintos derechos, diferentes estadios de madurez, contexto legal y normativo, recursos naturales disponibles, sectores de actividad predominantes, presencia de empresas extranjeras, presencia de sus empresas en el extranjero, relación con otros Estados, etc. No hay una receta única y cada Estado debe encontrar la suya”. (p. 22).

<sup>24</sup> Los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos (2012) establece que, “los mecanismos de reclamación examinados en este capítulo pueden revestir diversas formas sustantivas destinadas, en términos generales, a contrarrestar o reparar cualquier daño a los derechos humanos que se haya producido. La reparación puede incluir disculpas, restitución, rehabilitación, compensaciones económicas o no económicas y sanciones punitivas (ya sean penales o administrativas, por ejemplo multas), así como medidas de prevención de nuevos daños como, por ejemplo, los requerimientos o las garantías de no repetición”. (p. 33).

general, Los Principios velan por el adecuado funcionamiento de los mecanismos judiciales y, al mismo tiempo, reconocen que, en la práctica, existen desigualdades inherentes al modelo actual, en virtud de la comparación de recursos económicos, técnicos, jurídicos y políticos entre las empresas y los afectados. En este sentido, el marco actual invita a prestar especial atención a los grupos marginados o a las personas vulnerables dentro de todo el proceso de reparación, desde el acceso hasta su resolución final.<sup>25</sup>

Los Principios reconocen que no toda solución de violaciones a los DD.HH. debe provenir de una instancia judicial. Ello, en virtud de que los Estados pueden promover, crear o fomentar soluciones extrajudiciales que, en todo caso, faciliten la vía de reparación para los afectados. Los procesos judiciales pueden ser un mecanismo más demorado y sujeto a ciertos obstáculos, lo que insta a los Estados a que busquen mecanismos de mediación que tengan en cuenta diferencias culturales y de desigualdad entre las partes, asimismo, estos métodos pueden facilitar el acceso a la reparación en cuanto pueden poner a las partes en un dialogo donde tengan un peso similar, más que en un conflicto donde medien capacidad económica, técnica o política, como suele ser el escenario judicial.

#### **1.2.5.2. Mecanismos de reparación no estatales**

Como parte de la propuesta de los PPR, se exhorta a las empresas a propiciar métodos alternativos de solución de conflictos y mecanismos de reparación a nivel operacional para

---

<sup>25</sup> El Cuaderno-guía de los principios Rectores ONU sobre empresas y derechos humanos (2013) menciona al respecto: “Por esa razón, los PR realizan un diagnóstico e identifican aspectos específicos de mejora para los Estados tanto en el momento del acceso como durante la investigación y sanción de actividades empresariales (PR 26) y que afectan tanto a obstáculos judiciales, como a la existencia de corrupción y a los obstáculos y persecución a defensores de DDHH. Tanto legales como prácticos, los obstáculos identificados son: Falta de recursos económicos y técnicos (públicos y privados); Desincentivos (financieros, sociales y políticos) para el ofrecimiento de asistencia jurídica, y de otro tipo, a las víctimas; Distinto nivel de protección para grupos especialmente vulnerables; Necesidad de conocimientos especializados, recursos y voluntad política para la investigación de las grandes empresas por los fiscales estatales; Ausencia de herramientas adecuadas para presentar reclamaciones grupales; Especiales dificultades en el acceso al remedio por migrantes (casos de doble denegación de justicia, acogida y origen); Comportamientos empresariales que limitan el acceso (directos o indirectos); La atribución de responsabilidad entre los miembros de un grupo empresarial; Problemas en la responsabilidad penal de las empresas transnacionales: Razones de admisibilidad para la jurisdicción extraterritorial Necesidad de respuestas nacionales y regionales La posibilidad de crear una autoridad penal global para Empresa y DDHH.” (pp. 38-39).

remediar las consecuencias negativas de sus actos<sup>26</sup>. Estos mecanismos deben ser implementados directamente por las empresas y tienen como fin facilitar el acceso a una reparación directa por parte del agente infractor. Igualmente, estos métodos alternativos ofrecen ventajas considerables para ambas partes involucradas, ya que, de un lado, disminuyen los costos de reclamación y permiten tener un alcance transnacional que, como vimos, representa una de las principales críticas de los mecanismos judiciales. Mientras que, por otra parte, este tipo de soluciones brindarían celeridad y reparaciones que pueden estar mejor enfocadas, al provenir de una fuente directa que conoció la afectación (la empresa).

El método judicial brinda a un tercero la posibilidad de resolver el conflicto, pero no garantiza que realmente exista una reparación conforme a la violación o tenga una garantía de no repetición. La cercanía entre comunidades, víctimas y empresas, por el contrario, puede beneficiar en gran medida la cooperación necesaria para establecer límites, controles, acuerdos y modificaciones en los procesos operativos que afecten derechos humanos. En una cuestión aparte, los mecanismos alternativos también pueden ser provistos por organismos internacionales, organizaciones sociales y órganos internacionales de derechos humanos. En todo caso, los PPR contemplan que las empresas deben participar de estos mecanismos bien sea como parte o como proveedores de estos servicios.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> “Los Principios Rectores hablan de ‘remediar’, como los procesos que proporcionan una remediación frente a una consecuencia negativa para los DD. HH. o como los resultados que pueden contrarrestar o compensar esa consecuencia. De esta forma, las empresas deben contribuir directamente a remediar el daño de manera puntual y eficaz. En función de la naturaleza del daño causado, la remediación puede adoptar varias formas: una disculpa, una indemnización, el cese de alguna actividad. No obstante, antes de realizar cualquier tipo de remediación, las empresas deben crear mecanismos de reclamación a nivel operacional, como lo mencionan los Principios Rectores, como una vía formal a través de la cual los grupos de interés plantean sus inquietudes con respecto a agravios de los DD. HH. En los Principios Rectores, el término “mecanismo de reclamación de nivel operacional” abarca los mecanismos situados al nivel de la empresa, como sobre el terreno, y al nivel de los proyectos de la empresa. Las personas que han visto vulnerados sus DD. HH. frente a la actividad empresarial deben conocer estos mecanismos y conocer el protocolo para utilizarlos. El acceso según los Principios Rectores se entiende como proporcionar una vía de recurso temprana que permita identificar o atender las quejas de los interesados afectados antes de que las consecuencias negativas se agraven o de que se produzca un daño mayor”. (Sánchez, K., 2018, p. 52).

<sup>27</sup> La Guía para la interpretación de la Responsabilidad de las Empresas de Respetar los Derechos Humanos (2012) explicó esta cuestión, los beneficios que podría aportar las empresas y las formas de aplicación de este tipo de medidas: “Lo normal es que, para una empresa grande o que plantee riesgos importantes en relación con los derechos humanos, sea más apropiado establecer su propio mecanismo de reclamación. Las empresas pequeñas y medianas con riesgos limitados en relación con los derechos humanos pueden establecer también mecanismos de reclamación que, aunque sean sencillos, puedan satisfacer los criterios de eficacia establecidos

Estos mecanismos, además, no deben centrarse únicamente en reparar a los afectados, sino que, de igual forma y como se observó en el punto anterior, estos pueden fungir como métodos y vías de comunicación directa con las partes interesadas con el fin de realizar consultas previas, diálogos, búsqueda de soluciones conjuntas o de acuerdos programáticos entre la sociedad y la empresa. No obstante, estos mecanismos no pueden, ni deben sustituir a los mecanismos estatales, judiciales o extrajudiciales. Si bien pueden ser útiles para mejorar el proceso de debida diligencia, así como el deber de respeto, en ningún caso debe obviarse el hecho de que los interesados o afectados pueden hacer uso de los mecanismos tradicionales, los cuales, de por sí, son un derecho, en contraposición con las sugerencias de los PPR.

### **1.2.5.3. Eficacia de los mecanismos de reclamación extrajudiciales**

Los procesos extrajudiciales que sean ofrecidos tanto por agentes estatales como no estatales deben contar con una serie de garantías para su correcta implementación, pues de lo contrario podría existir un abuso por parte de las autoridades que los brinden.<sup>28</sup> Estos mecanismos, por lo tanto, deben generar confianza en su uso y velar porque las partes que hagan uso de él

---

en el Principio Rector 31. No obstante, las empresas pueden considerar también la posibilidad de participar en un mecanismo de reclamación dependiente de una organización externa, siempre que ofrezca probabilidades similares para la identificación y reparación tempranas de las consecuencias negativas. Pueden mencionarse, a modo de ejemplo, una línea telefónica dedicada o un servicio de reparación facilitados por una organización externa, gubernamental, empresarial, gestionada por una ONG o de múltiples interesados, o un mecanismo tradicional que la administración o las comunidades locales mantengan como parte de sus prácticas. Es necesario examinar esos mecanismos para verificar que satisfacen los criterios de eficacia y poder corregir las deficiencias que se detecten. Otra cosa que puede hacer una empresa es establecer su propio mecanismo y utilizar recursos externos y compartidos para ayudar a reducir sus costos o potenciar su capacidad y su eficacia. Pueden citarse como ejemplos permitir que una ONG que goce de la confianza de los interesados actúe como centro de acceso y mantenga una relación con la empresa para encontrar solución a las reclamaciones legítimas. Una ONG de ese tipo puede desempeñar esa función para más de una empresa, bien sea sobre la base de una financiación independiente o con cargo a un fondo conjunto de las distintas empresas, siempre que eso no menoscabe su credibilidad. Los sindicatos legítimos deben desempeñar ese tipo de función con respecto, como mínimo, a los trabajadores que representan. Varias empresas pueden también aportar pequeñas contribuciones financieras en apoyo de una institución local para que preste asesoramiento experto a los autores de las reclamaciones o facilite el recurso a la mediación si resultara necesario.” (p. 83 y 94).

<sup>28</sup> El Cuaderno Guía de los Principios Rectores ONU sobre Empresa y Derechos Humanos (2013), establece que: “Teniendo en cuenta los obstáculos que soportan los mecanismos judiciales, es necesario emplear mecanismos alternativos a la justicia para la solución de conflictos y el acceso a remedio. Es preciso que estos mecanismos alternativos se articulen adecuadamente con los judiciales (tanto en su forma sancionadora como indemnizatoria) y formen un todo que responda a los mismos criterios. Así, el Estado debe potenciar los mecanismos no judiciales de reclamación como un complemento o suplemento básico a los judiciales, tanto estatales como por parte de terceros, y así tratar de evitar los obstáculos judiciales identificados.” (p. 40-41).

comprendan su proceso, alcance y efectos. Los Principios, en esta apartado, crean una lista taxativa de los requisitos mínimos que deben cumplir estos métodos para cumplir con esta garantía, a saber: i) la legitimidad, para que generen confianza y sean desarrollados en un marco de legalidad; ii) la accesibilidad, especialmente cuando se trata de personas vulnerables o a las que se les dificulte el acceso a la información; iii) la previsibilidad, para que se conozcan las etapas procesales y las consecuencias del proceso; iv) Que sea equitativo, para que se superen las asimetrías y las partes tengan igualdad de condiciones respecto a la información, el conocimiento y la asesoría necesaria; v) la transparencia, para garantizar la seguridad y confianza en el proceso se deben dar a conocer las reglas de juego y las normas procesales aplicables; vi) la conformidad jurídica con los derechos humanos, debe propiciar realmente una reparación que satisfaga los DH.HH; vii) la progresividad del mecanismo, en tanto este debe incluir y mejorar continuamente, reconociendo sus falencias y buscando superarlas.

Los Principios advierten que la eficacia de estos mecanismos y el respeto por estos elementos son fundamentales para su éxito. De lo contrario, de la proliferación de mecanismos mal diseñados o implementados podrían agravarse las consecuencias negativas de las afectaciones a los derechos humanos, o distanciar aún más a las partes interesadas, lo que iría en detrimento de lo pretendido por el deber de respeto y la estructura de debida diligencia. Para concluir esta sección y el marco de Los Principios, los mecanismos de reparación y/o reclamaciones extrajudiciales deben cumplir, en general, con condiciones que permitan su real eficacia. Es de vital importancia que se respeten estas medidas de transparencia, debido proceso, solución de asimetrías, legalidad y publicidad del trámite, así como cualquier otra cuestión que propenda por el dialogo y el mutuo entendimiento de las partes, en aras de garantizar el respeto y la protección a los DD.HH..

## CAPITULO II

### Los límites de Los Principios Rectores en el contexto contemporáneo

#### 2.1.El marco actual y sus falencias

Los Principios Rectores no tienen tanto un fin de evitar conductas contrarias a los derechos humanos, sino, en palabras del propio Ruggie (2011) de “sencillamente no violarlos”. El marco jurídico de Los Principios no tiene una contribución normativa propia, en cuanto no crea obligaciones internacionales nuevas, sin embargo, su aporte consiste en elaborar una guía diferenciada que permite a los actores involucrados conocer las implicaciones normativas de las ya existentes prácticas internacionales de protección, respeto y reparación en materia de DD.HH..

Este modelo retrata de manera sumaria cuáles son las prácticas y responsabilidades propias de cada actor, y sirve como recopilación y aclaración de las obligaciones y deberes propios de dichos actores. Como marco jurídico unificado, los PPR dan claridad sobre las cuestiones más importantes a tenerse en cuenta en lo referente a las empresas y los derechos humanos.

Ahora bien, aunque los PPR son considerados por muchos como una gran herramienta de guía para las corporaciones, existen dos cuestiones que Los Principios no han logrado alcanzar. De una parte, y como se ha abordado a lo largo del presente documento, Los Principios siguen siendo una norma no vinculante que no genera obligaciones propias en la protección de los DD.HH.. Como su nombre lo indica se trata de principios; mandatos impersonales y generales que contienen sistemáticamente conceptos indeterminados<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho Ramón Ruiz Ruiz plantea “El concepto de «principio jurídico» puede ser usado en diversos sentidos o acepciones, entre las cuales, a juicio de Atienza y Ruiz Manero (1991, p. 103), los más significativos son los siguientes: en el sentido de norma muy general, entendiendo por tal la que regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales; en el de norma redactada en términos particularmente vagos, como consecuencia de la incorporación en la misma de un número de conceptos jurídicos indeterminados en el sentido de norma programática o directriz, esto es, de norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines; en el sentido de norma que expresa los valores superiores del ordenamiento jurídico; en el de una norma especialmente importante, aunque su grado de generalidad sea relativamente bajo; en el sentido de norma de elevada jerarquía; en el sentido de norma

En este sentido, Los Principios tampoco han fungido como un instrumento taxativo que permita conocer con exactitud cuáles son las responsabilidades de las empresas frente a los DD.HH., en especial porque de su redacción se entiende que los deberes o responsabilidades de las empresas pueden variar en un espectro bastante amplio. Como se trató en el punto dos de este capítulo, Los Principios establecen que las acciones de las empresas dependerán de su tamaño, capacidad, influencia, capital y nivel de afectación, así como también establecen que, dentro de los DD.HH. a respetar se encuentran, como mínimo, La Carta Internacional de los Derechos Humanos y las declaraciones de la OIT, pero, al mismo tiempo, establecen que, de forma general, existe un deber de respetar todo el espectro de derechos humanos reconocidos a nivel internacional (Blitt, 2017).

Por otra parte, el marco actual de respeto se basa en tres responsabilidades, a saber; el compromiso político, la debida diligencia y los mecanismos de reparación. En atención a este modelo, es claro que existe una deficiencia del modelo en cuanto dicta un marco completamente cerrado, esto significa que, las empresas tienen una serie de “deberes” que no pueden ser verificados por autoridades externas, ni siquiera por los Estados.

El compromiso político no aporta ningún beneficio explícito a la empresa y puede quedar fácilmente en una disposición de papel, mientras que la debida diligencia se encamina únicamente a las disposiciones internas de la compañía (que podría ser perfectamente una empresa infractora que saqué réditos o beneficios de su actuar ilícito) y en auditorías externas (que son contratadas y pagadas a título individual por la empresa). Asimismo, el deber de implementar mecanismo de reparación es etéreo y no existen en los Principios métodos que ayuden a implementarlo, las medidas de reparación judiciales no corresponden a las empresas como tal, y las medidas de reparación extrajudiciales suelen estar supeditadas a la buena fe y voluntad de las empresas de tratar con los afectados por sus prácticas, proceso que, además, pueden no ser efectivos frente al desconocimiento jurídico de las personas o grupos que son

---

dirigida a los órganos de aplicación jurídicos y que señala, con carácter general, como se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc.; y, en fin, en el sentido de regula iuris, esto es, de enunciado o máxima de la ciencia jurídica que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo.” (2012, pp. 146-147).

afectadas, lo que de forma indudable no garantiza de ningún modo una correcta implementación de los PPR.

Al igual que sucedía con el Pacto Global, Los Principios podrán caer en la crítica que el mismo Ruggie (2011) hizo de este "Al parecer, [las empresas] simplemente querrán inscribirse y asociarse a esta iniciativa de la ONU y obtener una marca conjunta, pero no pretendan hacer nada".

Los PPR tienen una estructura débil que no permite generar ni siquiera una conciencia real de su operatividad en el desarrollo de las actividades comerciales. Las empresas, en la actualidad, pueden decir que cumplen con los estándares de Los Principios, que ostentan un compromiso público y una debida diligencia para posar de garantistas, aunque en la práctica esto no tenga ninguna eficacia.

Igualmente, como se mencionó con anterioridad, Los Principios faltan a la coherencia necesaria para estructurar un verdadero modelo de respeto y compromiso con los derechos humanos.

Los Principios fomentan tres etapas que, a todas luces, resultan contrarias y contradictorias. Si se busca prevenir, no puede mitigarse, y si se busca mitigar, no puede repararse. La prevención tiene por objeto que una determinada conducta no se despliegue, si los principios realmente tuvieran un compromiso por el respeto y dicha prevención, no establecerán luego medidas para mitigar y reparar. De cierta manera, Los Principios están contemplando que, las empresas pueden dañar o menoscabar los derechos humanos y que, como parte de esas conductas se deberá mitigar y reparar a los afectados. Sin embargo, esta posición actúa en contravía de los derechos humanos, pues, hasta cierto punto, legitima a las empresas para que estas cometan abusos o violaciones a DD.HH. y puedan seguir respetando los PPR si utilizan medios para mitigar o reparar el daño. Por último, en la debida diligencia no se contempla como tal una responsabilidad o deber de "no repetición", esto es que, las empresas pueden de alguna forma continuar con su actividad siempre y cuando terminen por mitigarse o repararse los daños.

Finalmente, como parte de la crítica al sistema actual, diversos grupos y organizaciones sin ánimo de lucro han advertido que Los Principios fallan en su claridad para definir obligaciones reales de "proteger, respetar y remediar" en cuanto no generaron ningún mandato real o reconocimiento adicional de derechos, como podría serlo el derecho fundamental al acceso de mecanismos judiciales. En general, existe una inconformidad con la poca habilidad que tienen los Estados para hacer que las empresas apliquen estos principios, y con el poco interés que tienen las empresas en su implementación.

## **2.2. Análisis sobre una posible interpretación extensiva del deber positivo de las empresas de proteger y garantizar los derechos humanos**

### **2.2.1. Obligaciones empresariales que sobrepasan el deber negativo de respeto**

La naturaleza jurídica de los PPR, así como su finalidad parecen indicar que estos obedecen particularmente a lo que tradicionalmente en derecho se conoce como una obligación negativa de no hacer. Asimismo, aunque pueden surgir responsabilidades adicionales u obligaciones futuras, lo cierto es que la única responsabilidad universal es la del deber de respeto.

Ruggie (2012), a su vez, estableció esta premisa e hizo una aclaración sobre el deber de respeto como norma de conducta predominantemente pasiva, así pues:

55. La responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos existe independientemente de los deberes de los Estados. Por tanto, no es necesario una distinción confusa entre obligaciones "primarias" de los Estados y obligaciones "secundarias" de las empresas, porque lo único que provocaría es una discusión estratégica interminable sobre el tema de quién es responsable por qué. Además, como la obligación de respetar los derechos es una expectativa básica, una empresa no puede compensar el perjuicio causado a los derechos humanos realizando actos de

beneficencia en otra parte. Por último, el "no causar perjuicio" no es simplemente una obligación pasiva de las empresas, sino que puede conllevar medidas positivas, por ejemplo: una política contra la discriminación en el lugar de trabajo requiere que la empresa adopte programas específicos de contratación y formación de personal. (A/HRC/8/5, 2008)

Si se analiza la presente disposición se encuentra que, a primera vista, la responsabilidad principal de no causar daños o violaciones podría incluir obligaciones positivas. En el caso concreto, el autor menciona que al establecer una política contra la discriminación sería necesario que existiera previamente una contratación, formación o asesoría sobre la materia para evitar el daño. Sin embargo, de lo anterior no necesariamente se puede concluir o pensar que se desprendan actuaciones positivas, el deber de respetar sigue siendo predominantemente negativo, en la medida en que las acciones a ejecutar tienen como fin evitar o menoscabar un derecho humano y la acción positiva como tal no está encaminada a respetar los DD.HH., más bien está estableciendo el parámetro para que se respete el derecho en cuestión.

Por lo menos, la acción de respetar no puede ser entendida como una acción por omisión, esto es que, las empresas no pueden simplemente afirmar que, por no evidenciar que prima facie que violan algún derecho humano, entonces consecuentemente se entiende surtida la responsabilidad de respeto. El marco actual sí deriva en que, por un lado, las empresas deben movilizarse a nivel interno para cumplir con el deber de respeto, puesto que, como se observó en el segundo pilar, estas deben incorporar un sistema de diagnóstico para identificar, prevenir, mitigar y reparar las violaciones a derechos humanos. Mientras que, por otro, como se observó en el ejemplo, ese trabajo de diagnóstico puede conducir a una corrección o modificación en el sistema operativo de la empresa que obligue a realizar actos positivos, aunque estos se encaminen en todo caso a evitar o "no hacer" en contra de los DD.HH..

Aunado a lo anterior, tampoco es claro que las empresas solamente tengan deberes positivos con el fin de respetar. Por el contrario,

Para Ruggie, las obligaciones de las empresas tampoco se limitan simplemente a tomar medidas positivas para evitar que se violen derechos por sus propios actos. En la exploración de la debida diligencia que propone, Ruggie apoya la posición que sostiene que una empresa también debe considerar cómo contribuir a evitar la violación de los derechos humanos por abusos de terceros. (Bilchitz, D., 2010, p. 2017)

Lo anterior en virtud de lo dispuesto por el propio Ruggie en la Asamblea general de Las Naciones Unidas:

81. En suma, la relación entre la complicidad y la debida diligencia es clara y terminante: las empresas deben evitar la complicidad ejerciendo la debida diligencia descrita anteriormente la cual, como indicamos, se aplica no sólo a sus propias actividades sino también a las relaciones vinculadas con ellas. (2008)

En este caso, la responsabilidad de respetar se traduce también en una disposición para evitar que se participe con una complicidad indirecta en las violaciones a derechos humanos que perpetúen terceros. Algunos autores, como Bilchitz (2010), consideran que esta obligación se asemeja de forma considerable con la obligación de proteger (acción positiva) que tienen los Estados, ello en virtud de que la conducta busca evitar que terceros dañen los DD.HH., lo que conlleva a un análisis sobre las posibles causas de estas violaciones, la creación de una política, medida u órgano que vele por este cumplimiento e incluso la asesoría a terceros sobre cómo evitar incurrir en este tipo de ilícitos. Lo que inevitablemente nos conduce al primer pilar de los PPR en donde los Estado tienen un deber de dar a conocer sus políticas y normas, así como asesorar a terceros (compañías) sobre cómo evitar el incumplimiento de las mismas.

Como se vio en el punto anterior, una de las críticas principales del sistema es el poco compromiso de crear un instrumento que genere obligaciones concretas y claras. Las

empresas pueden ser objeto de medidas positivas, pero no solo eso, estas medidas pueden parecerse con facilidad a obligaciones de protección como se explicó.

El deber de respeto, como se observó en el presente acápite, puede acarrear con justa causa obligaciones positivas de hacer. Las empresas no pueden desconocer que, correlativamente a su responsabilidad pasiva de no dañar, esta conducta requiera del despliegue de acciones positivas para su cumplimiento. En sí misma, la debida diligencia construye una serie de acciones necesarias para cumplir con ese deber de respeto, entre ellas, la identificación de conductas contrarias a derechos humanos, la asesoría interna y externa, la toma de decisiones y políticas de gobierno corporativo encaminadas a la protección de un amplio espectro de derechos humanos, y más importante aún, el deber de ajustar sus prácticas comerciales y ofrecer remedios a los afectados.

Todas estas conductas, si se analizan con cuidado, revelan que, contrariamente a la percepción generalizada del deber de respeto como una obligación predominantemente negativa, las empresas que deseen adoptar el modelo de los PPR deberán implementar en su proceso operativo una serie de acciones positivas para garantizar el respeto por los DD.HH.. Especialmente, en lo referente a la debida diligencia que implica la adopción de un proceso interno de análisis, diagnóstico y corrección, así como el deber de reparación que se establece en los principios requiere que las empresas, hasta cierto punto, adopten medidas para facilitar el acceso a medios judiciales o creen e incorporen medios extrajudiciales a su propio gobierno corporativo.

### **2.2.2. Diferenciación de las responsabilidades y obligaciones entre Estado y empresas**

Los Estados y las empresas cuentan con obligaciones y funciones distintas. Uno de los principales aciertos que se rescatan de Los principios es de manera precisa que estos establecen claramente que la naturaleza de ambos es distinta y, por ende, deben tener un grado diferente de acercamiento a los compromisos con los DD.HH., mientras participan activamente en su esfera de dominio.

Además del apoyo gubernamental e intergubernamental, numerosas empresas han aplaudido los Principios Rectores por, entre otras cosas, ‘aclarar las funciones y

responsabilidades distintas e interrelacionadas de los Estados y las empresas’ y por ayudar a ‘poner en práctica los respectivos enfoques de los derechos humanos en el contexto empresarial’. (Blitt, 2017, p. 52)

Las empresas deben tener una función social distinta a la de los Estados en materia de DD.HH.. Igualar la responsabilidad de proteger, por lo menos en el mismo nivel de los Estados, desconocería por completo el hecho de que estas son organizaciones con una función específica y una finalidad económica. Pero, de igual forma, no puede pretenderse que las empresas desconozcan los impactos, buenos o malos, que generen en la sociedad, específicamente en lo relativo a DD.HH..

Las empresas tienen un deber de respetar, pero esto no obsta para que, en el marco de su actividad económica, y atendiendo al grado de impacto social que está pueda tener, se desprendan otras obligaciones y/o responsabilidades para garantizar el marco internacional de los DD.HH.. Para ello, es necesario desarrollar una teoría normativa que se cimiente en Los Principios, pero que atienda a los diferentes contextos y situaciones de las empresas, para determinar el alcance y la naturaleza jurídica de sus responsabilidades.

Sobre esta teoría normativa, se tomará la postura de Bilchitz (2017) como fundamentó principal para desarrollar una posible interpretación extensiva del deber actual de respeto, en aras de justificar la existencia de deberes positivos que impliquen proteger y cumplir con los DD.HH. por parte de las empresas.

### **2.2.3. El rol de las empresas en la sociedad: la potestad de realizar actividades económicas como justificación para la imposición de deberes adicionales**

Las empresas deben cumplir una función especial en la sociedad, de allí que sus obligaciones en materia de DD.HH. no puedan igualarse a la función de carácter general que tienen los Estados. Las empresas, sin embargo, no pueden desconocer que, su actividad económica representa una serie de beneficios que se tratan en el presente acápite, los cuales, hasta cierto punto, permiten reconocer que las empresas tienen una posición privilegiada en derecho que debería repercutir en sus obligaciones frente a los derechos humanos.

### **2.2.3.1. Responsabilidad limitada e independencia jurídica**

Las empresas, de manera general, otorgan a los individuos que la componen una serie de ventajas para realizar sus actividades como comerciantes. En primer lugar, cuando los Estados reconocen una personalidad jurídica independiente de sus colaboradores para dichas organizaciones, lo que está sucediendo es que dicha entidad es acreedora en cabeza propia de derechos y deberes. Esta forma de existencia independiente tiene como consecuencia jurídica que, los accionistas o dueños de la empresa, no respondan sino con el capital que aportaron a la misma, y, en casos extraordinarios, a título personal por las defraudaciones, delitos o conductas contrarias a derecho.

Esta estructura social permite a los empresarios correr mayores riesgos, apostar por ser más competitivos, realizar actividades económicas de mayor envergadura, abarcar un terreno más amplio en el ámbito social y económico del que podrían hacerlo una simple comunidad de individuos, acceder a mayores líneas de financiación y crédito, así como estimular un crecimiento continuo de una operación sin la necesidad de realizar trámites jurídicos demasiado complejos.

Igualmente, en esta misma línea de pensamiento, las empresas tienen una capacidad de supervivencia en el tiempo con la que no cuentan las personas naturales con personería jurídica. Lo que resulta ser especialmente beneficioso para la continuidad de actividades comerciales sin que exista un riesgo de terminación por el fallecimiento de sus miembros. Estas características son las que promueven y alientan la creación de empresas en las sociedades contemporáneas e, indudablemente, crean órganos altamente especializados y poderosos que conducen, como se mencionó en la parte introductoria a este trabajo, al impacto y la relevancia social de las empresas que se observa en la actualidad.

### **2.2.3.2. Obligaciones derivadas de la personería jurídica y de la función social de la empresa como órgano económico especializado**

Ahora bien, a pesar de dichas ventajas, las empresas, en múltiples ocasiones, han utilizado esos derechos y esa independencia otorgado por derecho para realizar conductas contrarias a derecho y aprovecharse. De allí que, Bilchitz (2010) considere que, aunado a esas ventajas

sociales que acompañan a las empresas, estas, si son contemporáneas con perjuicios sociales deberían repercutir en las obligaciones propias de las empresas:

si las ventajas de la personería jurídica fueran acompañadas de graves daños sociales, existiría la necesidad de imponer restricciones legales a las empresas para protegerse de ellos. Tales daños pueden surgir, en realidad, del hecho de que el foco de la actividad comercial ha estado en obtener ganancias para sus accionistas sin imponerles plena responsabilidad por sus actos: algunos sostienen que “esto crea una estructura patológica en la búsqueda de la rentabilidad. (p. 219)

Conforme a esta cuestión, resulta imperante la necesidad de establecer, por lo menos, una obligación efectiva y vinculante de no dañar o de respetar los derechos humanos. Si la actividad comercial goza de amplios derechos en la esfera social, también, correlativo a esos derechos, deberían existir obligaciones y responsabilidades adicionales que protejan de los abusos en la esfera social.

Las empresas contribuyen de manera general a la provisión de ciertos bienes sociales; trabajo, crecimiento económico de los países, bienes y servicios, abastecimiento de necesidades básicas y complejas, al igual que a bienes particulares como el aumento patrimonial de sus accionistas. Ahora, aunque ello es así, las empresas aún no tienen como tales obligaciones propias en cuanto a la provisión específica de otro tipo de bienes sociales y jurídicos. Si las empresas gozan de un tratamiento social especial y de unos beneficios tan singulares como los que se abordaron ¿por qué no debería esperarse también que contribuyan a alcanzar estos bienes sociales y jurídicos?, ¿a qué corresponde que, las empresas puedan beneficiarse de la explotación y las ventajas sociales de recursos, comunidades y Estados, mientras que estas no tienen deberes u obligaciones especiales en materia de DD.HH.?

Lo anterior, no quiere decir, como se explicó con anterioridad, que deban equipararse las obligaciones propias de los Estados con las de las organizaciones sociales, sino que, por el contrario, es precisamente en virtud de la función social empresarial y el desarrollo de sus actividades que estas deban tener una obligación vinculante para proteger y garantizar los

DD.HH., por lo menos de aquellos que entren en su esfera de influencia o dominio. Ello en virtud de lo dispuesto por el propio Bilchitz (2010) en relación con los derechos fundamentales como bienes sociales centrales en todo ordenamiento jurídico.

La realización de los derechos fundamentales no se refiere simplemente cualquier tipo de bien social. Esto es (o debería ser) una norma central del ordenamiento jurídico internacional y de los sistemas jurídicos nacionales en los cuales se registran las empresas. Esto juega un papel tan importante en los sistemas jurídicos por una muy buena razón: los derechos fundamentales tienen que ver con la protección de los intereses más vitales de los individuos, sin los cuales la posibilidad de vivir una vida decente no tiene sentido. (p. 220-221)

### **2.2.3.3. ¿Por qué no deberían existir únicamente obligaciones negativas y de respeto?**

Las empresas no solo deberían limitarse a la protección “negativa” o “pasiva” de respeto. Existen argumentos a favor de que las empresas tengan deberes positivos de conducta que las obliguen a hacer en favor de los derechos humanos. En el presente apartado se explorará esta cuestión.

Ciertos autores, como Henry Shue (1996), han pensado en la posibilidad de que la distinción entre obligaciones positivas y negativas no tiene realmente una relevancia en el campo jurídico, puesto que “el pleno cumplimiento de cada tipo de derechos implica la realización de múltiples tipos de obligaciones” (p. 52). Esta distinción, como sugiere Shue, no es efectiva en virtud de que las obligaciones negativas, muchos casos, exigen el cumplimiento de obligaciones positivas.

En este apartado, veíamos que, por ejemplo, para evitar actos discriminatorios en un proceso de selección y contratación (no hacer), se necesitaba primero un proceso de capacitación y entrenamiento para que este tipo de situaciones no se presentaran.

Shue (1996), en su libro *Derechos Básicos*, establece una correlación entre el cumplimiento de un derecho (de forma general) y, por lo menos, dos conductas que se desprenden de ese cumplimiento.

Primero, estableció un deber negativo de evitar privar a los individuos de ese derecho, así pues, si, por ejemplo, hablamos del derecho a la vida, una consecuencia necesaria de afirmar que se está cumpliendo con este es que no se está atentando o privando de este derecho a los individuos (deber negativo general). En segundo lugar, se habla de la necesidad de protección de los individuos de estas privaciones, que tiene un carácter mixto en virtud de que, por una parte, se exige un deber positivo de ayudar en los casos en los que se prive a estos de sus derechos, mientras que, al mismo tiempo, contempla como obligación negativa la de evitar privar a los individuos de sus derechos.

La teoría de Shue (1996), además, contempla una crítica moral que deriva en una teoría sobre que sujetos están obligados a realizar obligaciones positivas frente a los derechos. Conforme a las dos conductas anteriores, la teoría de las acciones positivas parte de que, primero, debe establecerse una relación de fines-medios, esto es que, para lograr la protección de un derecho debemos observar qué debe hacerse en aras de proteger dicho derecho, y de acuerdo con la acción a realizar, determinar quién es el sujeto social que pueda desarrollar con una mayor facilidad dicha acción.

En este sentido, lo que Shue está proponiendo se traduce en una teoría de la proximidad del derecho. Si una corporación, por ejemplo, tiene una mayor conexión con un derecho humano, podría entonces pensarse que esta dispone de más medios, o que estos son más inmediatos, para ofrecer una protección y garantía real de ese derecho. Por ejemplo, si una empresa realiza actividades mineras, esa función económicamente especializada, podría tener mayores instrumentos para proteger y saber cómo evitar daños al medio ambiente, a las aguas alledañas o a las comunidades indígenas o grupos afectados.

Aunado a este argumento, también es necesario pensar que existe un argumento moral para establecer que las compañías que tienen una proximidad con los derechos humanos tengan deberes positivos a su cargo, siendo así que, esta proximidad también está relacionada

con el mayor grado de aprovechamiento y daño a los derechos humanos. Como lo menciona Bilchitz (2010):

En primer lugar, no está claro por qué evitar los daños causados por el sistema de propiedad privada debería ser responsabilidad exclusiva del Estado. Los individuos y las empresas se benefician de este sistema que les permite adquirir y amasar grandes cantidades de riqueza. Parece injusto que los beneficiarios de dicho sistema puedan externalizar la mejora de los daños causados por el mismo al Estado sin asumir ellos mismos alguna responsabilidad. (p.16)

Esta aseveración es acorde con el segundo planteamiento de Shue (1996) para justificar la imposición de deberes positivos en las corporaciones y otros agentes no estatales, a saber, la distribución justa y razonable de cargas u obligaciones. De acuerdo con esta medida, las empresas, sin desconocer sus fines económicos, podrían ser objeto de obligaciones positivas en la medida en que los Estados no deberían ser los únicos responsables de los daños a derechos humanos, máxime cuando aquellos que más se benefician de las afectaciones a derechos humanos son las corporaciones. La distribución de cargas pretende a su vez un modelo equitativo que tenga en cuenta las capacidades y la naturaleza propia de cada actor. Al igual que lo hacen Los Principios, cuando establecen que la debida diligencia deberá respetar las circunstancias propias de cada empresa en atención a su tamaño, actividad y capacidad.

En este mismo orden de ideas, observamos que existen otro tipo de razones para justificar la imposición vinculante de obligaciones respecto de los derechos humanos a las empresas. Entre ellas, razones de orden político filosófico que, aunque excedan lo pretendido en el presenta trabajo, se mencionarán sumariamente.

#### **2.2.3.4. Los derechos de propiedad como límites a la consecución de fines de orden social**

Bajo una perspectiva libertaria, las empresas solamente tendrían como fin la maximización del beneficio económico. Friedman (1962), por ejemplo, argumentaba que

“Sólo hay una y única responsabilidad social de las empresas: usar sus recursos para participar en actividades diseñadas para incrementar sus beneficios, siempre y cuando se mantenga dentro de las reglas del juego, es decir, se dedica a la competencia libre y abierta, sin engaño o fraude” (p. 133). Esta aceptación, refleja principalmente el faro económico que persigue toda empresa, pero desconoce el contexto en el que se desarrolla la actividad empresarial.

Hoy en día, podríamos pensar que las finalidades de las empresas son más amplias. Si bien, el aumento de riqueza y de la capacidad productiva son los ejes centrales de la actividad empresarial, no está de más recordar que las empresas, en ocasiones, brindan servicios públicos indispensables, crean comunidades a su alrededor y fungen como proveedoras de servicios y bienes para suplir necesidades de la sociedad. Pero, por ahora solo nos concentraremos en esta primera función económica.

Las empresas están íntimamente relacionadas con los derechos de propiedad en tanto acaparan unos recursos para su actividad, mientras que, al mismo tiempo proveen bienes y servicios con la misma. Igualmente, no debemos perder de vista que las corporaciones son agentes económicos de gran relevancia y tienen, en muchos casos, operaciones y capitales que superan a los de los Estados donde están domiciliadas.

Las empresas, entonces, utilizan y acumulan una riqueza que, bajo la teoría política de Nozick contribuyen a una desproporción por la apropiación de unos recursos. Esta desproporción que termina generando un daño social, es abordada a su vez por el propio Bilchitz (2010), el cual menciona que:

El punto importante de la salvedad nozickiana y del ejemplo que proporciona es que encarna el reconocimiento del daño que pueden causar los derechos de propiedad. Los derechos de propiedad en manos de algunos pueden privar a otros de la oportunidad de beneficiarse de un recurso; de hecho, crean la posibilidad real de que se impida a los individuos satisfacer sus necesidades más básicas. (p.14)

Lo anterior, encarna un argumento político referente a la concepción distributiva de la justicia. En este sentido, se entiende que, para solucionar un problema proveniente de las relaciones y del derecho de propiedad, debe limitarse a través del derecho el uso de esta con el fin de que llegue a todos los que la necesitan en virtud de sus derechos fundamentales, o, en caso contrario, propender por su redistribución, bien sea por medios indirectos (como los impuestos) o por medios directos (como la imposición de deberes positivos a las empresas que las obliguen a proteger y entregar directamente algún tipo de bien jurídico o social que estén acaparando).

#### **2.2.3.5. Beneficios sociales y por qué estos contribuyen a que las empresas tengan deberes especiales frente a los derechos humanos**

Como parte de los argumentos que permitirían establecer obligaciones positivas a las empresas, encontramos que, la perspectiva social puede aportar un peso significativo para que las empresas se comprometen y actúan de forma amplia en favor de la protección a los derechos humanos.

Este argumento, consiste en que los legisladores no pueden legislar en favor de unos ciudadanos particulares, privilegiándolos con beneficios sociales injustificados. Las leyes de una sociedad tienen que propender por redistribuir tanto las cargas como los beneficios que existen. De hecho, este argumento se cimenta sobre todo en la importancia individual de cada persona, y establece que, en virtud de que los individuos son igualmente importantes, el derecho debe propender por un trato equitativo y justo para garantizar que a todos se les dará un tratamiento de conformidad.

Como parte de esta noción, es importante resaltar el principio de igual importancia en el que han trabajado teóricos como Dworkin. Este principio, retoma un esquema básico del imperativo categórico de Kant y de sus principios, en este sentido, Dworkin argumenta que la vida debe ser bien vivida (Santos, 2005). De lo anterior que, esta idea constituya un núcleo de la filosofía política, en donde, de atribuirle esa valía a vivir bien como individuo se desprenda el vivir bien de todos los demás.

Este principio, a su vez, está soportado por una idea de la responsabilidad que desarrolla Dworkin en su libro *Virtud Soberana*, explorado por Clayton y Stemplowska (2014) bajo la cual, pueden existir diferentes manifestaciones de dicha responsabilidad. Una de ellas, por ejemplo, es la responsabilidad asignada que se explica cómo:

“Se tiene una responsabilidad de asignación cuando se tiene el deber de realizar una determinada tarea o de garantizar un determinado resultado, como cuando los padres son responsables de educar a sus hijos de acuerdo con alguna norma. Se tiene responsabilidad asignada cuando se tiene el deber de soportar los costes que se derivan de un determinado estado de cosas: por ejemplo, (a) tener el deber de compensar a otra persona por una pérdida que la acción negligente de uno le ha hecho sufrir, o (b) tener que aceptar sin peros que el propio bienestar pueda verse afectado si se cultivan gustos que son más caros de satisfacer que otras preferencias disponibles.” (p.10-12)

La asignación de responsabilidad y la obligación de asumir los costes de ciertos estados de cosas son características importantes de la moralidad, argumentan Clayton y Stemplowska (2014) a través de la idea de Dworkin, porque una vida humana digna es una vida auténtica. Es, en otras palabras, una vida llevada de forma independiente sobre la base de una reflexión seria acerca de los proyectos y las relaciones que un individuo encuentra apropiados a la luz de sus ambiciones y circunstancias. Una persona que se supedita irremediabilmente a los demás a la hora de decidir cómo vivir, no lleva una vida auténtica: vivir bien es una actuación, un logro que requiere que uno asuma la tarea de vivir bien (asignación de responsabilidad) y aceptar que la vida de uno puede ir mejor o peor en función de lo que uno elija (responsabilidad de obligarse). Además, dado el principio de igualdad de importancia, los autores afirman que todo el

mundo debería tener la oportunidad de asumir esta responsabilidad por su propia vida.  
(pp. 10-12)

Ahora bien, como parte del principio de igual importancia, es importante resaltar la cuestión referente al “buen vivir” o al “vivir bien” al ser este un concepto abstracto. Para no interferir con el objeto de este capítulo, simplemente se señalará que, estos conceptos pueden hacer básicamente una referencia a que “hay ciertas condiciones y recursos que son necesarios para que todos los individuos vivan una buena vida, independientemente de cómo perciban en qué consiste esta vida. Hay, por ejemplo, ciertos recursos que son necesarios para sostener la vida misma, sin los cuales ningún valor puede ser alcanzado en la vida humana” (Bilchitz, 2010, p. 21).<sup>30</sup>

Conforme a lo anterior, podemos concluir que, bajo esta perspectiva, las sociedades que pretenden garantizar o aplicar dicho principio deben propender por alcanzar y proteger ciertos estándares de vida que garanticen ese ‘buen vivir’ o esa igual importancia de los individuos.

Pero ¿qué tiene que ver esto con las obligaciones positivas de las corporaciones? Bajo el principio de igual importancia, el legislador debe comprometerse a que las leyes que emita cumplan y promuevan este principio, respetando y garantizando la importancia del individuo, así como el acceso a ciertas condiciones y recursos que le son necesarios, como lo son, por ejemplo, los derechos. En este sentido, podríamos pensar que el principio de igual importancia está profundamente ligado a los derechos fundamentales de los individuos, en cuanto, de la protección y garantía de estos, se sigue consecuentemente el fin de otorgar esas condiciones de vida mínimas que garanticen ‘vivir bien’.

De alguna manera, las normas que promueven y permiten la creación de empresas ya están cumpliendo con este deber de una forma indirecta, pues, de la generación de riqueza y de medios productivos se pueden cumplir ciertos derechos o adquirir ciertos recursos para obtener esas condiciones mínimas de subsistencia en dignidad. Asimismo, la actividad

---

<sup>30</sup> Este apartado hace referencia a una idea de Rawls que se encuentra en el texto original.

empresarial, a través de su innovación y búsqueda de recursos, puede desarrollar productos y servicios que ayuden a garantizar estas condiciones mínimas.

A pesar de lo anterior, el modelo actual, si bien genera estos beneficios indirectamente, tiene un problema en cuanto restringe o puede llegar a restringir, hasta cierto punto, el acceso a estos bienes necesarios para “vivir bien”. Así pues, bajo las reglas del mercado y de los derechos de propiedad intelectual, los accesos a ciertos servicios o bienes médicos, de primera necesidad o indispensables pueden caer en una situación de inaccesibilidad por los altos precios o por la protección que el Estado le concede a los mismos. En este sentido, el argumento de los beneficios sociales recae sobre el hecho de que, una sociedad verdaderamente comprometida con garantizar el principio de igual importancia tendría que imponer obligaciones positivas a los agentes no estatales para ayudar a garantizar el cumplimiento de estos estándares y condiciones mínimas, a través del legislador.

Este argumento, como se especificó, tiene sobre todo una dimensión filosófica y ética, dirigida especialmente al utilitarismo, en donde, al garantizar a la mayor cantidad de personas estas condiciones y recursos mínimos, la sociedad en su conjunto gana por el bienestar colectivo, aunque eso suponga una carga financiera para algún agente en especial. En este sentido, se premiaría el beneficio social que tendría la imposición de deberes positivos, frente al detrimento económico de agentes corporativos que deberían suplir necesidades básicas, especialmente en aquellos casos en los que puedan hacerlo con cierta facilidad en contraposición con un Estado débil e incipiente.

Este argumento favorece, sobre todo, la función de redistribución del legislador en cuanto a las cargas y los beneficios del sistema social. A pesar de ello, algunos contradictores podrían sostener que este tipo de argumento no diferencia la naturaleza jurídica de las empresas y los Estados e impondría cargas similares. Bilchitz (2010), por ejemplo, piensa que ello efectivamente es así. Sin embargo, el autor argumenta que, en últimas, las empresas son órganos sociales creados por el Estado a través de su legislador, y que, al provenir de un poder estatal, no es necesariamente contrario suponer que estas deben estar motivadas a propender por los fines del Estado, lo que, inevitablemente, conduce a la garantía y protección activa de derechos fundamentales, como lo son los DD.HH.

Este argumento, sin embargo, deja por fuera un análisis financiero y comercial de las posibles afectaciones que estos deberes positivos pudieran llegar a tener en la empresa. Si bien es claro que bajo este argumento las empresas sufrirían un detrimento en sus ganancias o en su modelo financiero, también lo es el hecho de que las empresas deberían tener un límite de sostenibilidad para que, en el cumplimiento de un deber de esta naturaleza, no se convierta en un negocio inviable. El hecho de que se pretenda obtener beneficios sociales de este tipo de obligaciones no puede desconocer el hecho de que las corporaciones, de por sí, ya crean ciertas condiciones de riqueza, trabajo y creación de bienes y servicios para suplir necesidades básicas. El objetivo de una empresa es siempre la obtención de dividendos para sus partes interesadas, pero ello tampoco obsta para que estas tengan deberes con las sociedades donde operan, en virtud de las ventajas sociales, económicas y políticas que puedan tener en virtud de la permisión de su actividad económica por parte del Estado.

### **2.3. Conclusiones**

A modo de conclusión sobre este apartado se tiene que, las empresas, bajo el modelo actual pueden y deben incurrir en deberes tanto positivos como negativos, si aceptamos que, en el cumplimiento de cualquier tipo de responsabilidades se siguen correlativamente deberes de ambas naturalezas. El deber de respeto no funge únicamente como una actitud pasiva que requiera de las empresas simplemente evitar que se menoscaben o dañen los derechos humanos.

Por el contrario, el deber de respeto implica modificar profundamente el gobierno corporativo de las compañías, así como el ajuste del modelo operativo de esta, en caso de que la actividad comercial desplegada esté directamente relacionada con afectaciones y daños inevitables a los derechos humanos. La debida diligencia y la incorporación de las correcciones derivadas del diagnóstico de esta, implica que las empresas deberán asesorarse y ejecutar medidas que garanticen la prevención, mitigación o reparación de daños, lo que inevitablemente conlleva obligaciones positivas para corregir estas situaciones. Igualmente, encontramos que los mecanismos de reparación y reclamación poseen diferentes obligaciones y estándares que requieren el despliegue de acciones positivas.

Aunque podamos pensar que las obligaciones positivas son inherentes al modelo actual de respeto, no podemos desconocer de ninguna manera que el instrumento de Los Principios aún es débil y tiene diversos problemas que los son inherentes. En mayor medida, encontramos que, a pesar de que existan obligaciones positivas de hacer, en todo caso el instrumento internacional no es vinculante y sigue sometido a la buena voluntad de las empresas, a pesar de que los derechos humanos son un eje fundamental de los Estados, la comunidad internacional y, en general de las sociedades.

Como vimos, también existen buenos argumentos para que las empresas tengan y sean responsabilizadas con deberes positivos más garantistas que permitan la protección de los derechos humanos, al igual que el Estado. Estos argumentos se centran en valores y teorías éticas y filosóficas, pero contienen, a su vez, una dimensión jurídica que es imposible de ignorar, esto es, las finalidades del Estado y el ejercicio legislativo en aras de proteger y garantizar el verdadero respeto y cumplimiento de los derechos humanos, tanto por los actores estatales como por los no estatales.

Estas teorías requieren de una mayor ampliación y el presente documento buscó ahondar en ellas para contribuir al alcance de estas en aras de procurar por el adecuado entendimiento del marco jurídico actual y de las posibles interpretaciones, consecuencias y críticas que se desprenden de este.

El próximo capítulo versará sobre la necesidad y posibilidad de un nuevo instrumento jurídico vinculante en materia de empresas y derechos humanos, así como las posibles consecuencias que se desprendan de su éxito o fracaso como tratado.

## CAPITULO III

### La necesidad de un nuevo instrumento normativo

#### 3.1. Avance del marco actual de *soft law* a *hard law*

Aunque tradicionalmente había una división clara entre derechos humanos, con un enfoque en las obligaciones del estado, y los derechos y obligaciones de las empresas, desde un aspecto económico. Poco a poco, esa división es más difícil de identificar, de tal forma que tanto el uno como el otro han impactado en los aspectos legales de la responsabilidad civil, el derecho penal, los contratos, e incluso en las inversiones y arbitrajes comerciales. Lo anterior debido a que, las empresas pueden ser partícipes en las violaciones de derechos humanos por actuaciones directas o como cómplices al ignorar o alentar los abusos por parte de terceros que participan de su cadena productiva o benefician su actividad económica, creando así un vínculo visible entre los derechos humanos y las empresas (Zerk,2016).

A pesar de que, los diferentes instrumentos jurídicos creados hasta el momento para regular la relación entre las empresas y los derechos humanos, incluido Los Principios Rectores, han sido una importante contribución al debate de la responsabilidad de las empresas en la transgresión de derechos humanos, su contribución ha sido criticada por muchos, puesto que las responsabilidades en este ámbito no se encuentran enmarcadas en disposiciones normativas obligatorias. En la mayoría de los casos la aplicación de las responsabilidades impuestas de forma voluntaria tienden a ser débiles o, incluso inexistentes, por esta razón las responsabilidades de las compañías respecto de los DD.HH. se han caracterizado por ser *soft law*, como se explica en los puntos anteriores. Lo anterior ha suscitado diferentes discusiones respecto a qué tipo de instrumento jurídico debería ser el usado para regular dicha relación.

Un primer grupo considera que no existe instrumento legal internacional que logre imponer obligaciones directas a las corporaciones y por tanto la única solución posible se encuentra en la autorregulación, es decir, en el campo de la Responsabilidad Social Corporativa y el *soft law* ya que, para este grupo, el derecho internacional es un campo de

acción donde los únicos sujetos involucrados pueden ser las organizaciones internacionales y los Estados y nunca las compañías. Aunque este primer grupo hace referencia al papel fundamental de los Estados en las relaciones internacionales, que no podemos ignorar, consideramos que este punto de vista tradicional del derecho internacional se aleja de la realidad, generando incapacidad para transformarse y adaptarse a las necesidades y cambios del derecho internacional, donde interactúan tanto Estados como actores no-estatales (organizaciones internacionales, civiles, compañías, etc.) cuyo papel es cada vez más relevante por sus efectos positivos y/o negativos en la sociedad.

En un segundo grupo están los descontentos con los instrumentos jurídicos de *soft law* que hasta el momento han existido para regular dicha relación, pues piensan que el debate no es sobre si hay o no algún instrumento que pueda vincular a las empresas, sino sobre el *cómo* y *cuáles* instrumentos lograrían el propósito buscado, y en caso de no haberlo, crearlo. Este grupo a pesar de ser una posición optimista ignora las dificultades del desarrollo de un tratado internacional que permita regular la relación empresas y DD.HH. efectivamente, la influencia de las empresas y del sector económico en el desarrollo y adopción de instrumentos imperativos, y los posibles efectos negativos de un tratado que sea adoptado únicamente por ciertos países y no por todos, desembocando un espacio de desigualdades en el mercado.

Por último, está un tercer grupo que considera la normatividad de los derechos humanos como una herramienta dinámica que puede ser adaptada para abarcar la necesidad de hacer responsables directos a las compañías en el ámbito del derecho internacional. Este tercer grupo ha considerado que no se requiere estrictamente un instrumento jurídico de *hard law* que permita vincular a las compañías (aunque sí es deseable), pues se ha visto en diferentes momentos como en el ámbito del derecho internacional se ha logrado ejercer responsabilidad en individuos por la violación de derechos humanos con las herramientas ya existentes.<sup>31</sup> Este trabajo busca una mediación de la teoría del grupo número dos y tres, con el fin de llegar a los resultados buscados por el número dos, sin ignorar o pasar por alto la influencia del sector productivo.

---

<sup>31</sup> El principio de responsabilidad individual por crímenes internacionales introducido en los juicios de Núremberg ha sido reiterado por la Corte Penal Internacional y por los tribunales de Ruanda y Yugoslavia que la antecedieron.

Para poder analizar estas teorías y un posible acercamiento a una regulación de BHR, es necesario hacer una diferenciación entre *soft law* y *hard law*. Es así como el *hard law* a grandes rasgos consistente en obligaciones legalmente vinculantes, y esta definición es aceptada universalmente, mientras que, por otro lado, en el campo del *Soft Law* no encontramos un único concepto. Hay quienes se refieren al *soft law* como principios, normas o estándares internacionales que no crean obligaciones exigibles por la ley, y hay otros quienes lo observan como un instrumento jurídico al que le falta contenido normativo, estatus legal o aplicabilidad. Por lo anterior el mecanismo normalmente usado para diferenciar ambos conceptos es un examen de consecuencias y autoridad: si el incumplimiento desata una serie de consecuencias legales estaríamos en el área de *hard law*, en cambio si el incumplimiento no desata ninguna consecuencia estaríamos en el campo del *soft law*, por otro lado, si la autoridad que expide las disposiciones tiene la capacidad legal de imponer y sancionar.

La falta de una definición clara respecto del *soft law* ha llevado a un sector de la doctrina a cuestionar si realmente el *soft law* y el *hard law* son conceptos dicotómicos, cuya observación no es posible en un solo instrumento jurídico o si por el contrario son una continuación donde hay un inicio (*soft law*) y un final (*hard law*) y por tanto hay instrumentos jurídicos que cuentan con características de ambos o que, incluso, un instrumento que nace como *soft law* podría verse transformado en *hard law*, esencialmente por el carácter flexible de las disposiciones de *soft law*. Por ejemplo, la iniciativa de la OIT al delegar la interpretación de la Declaración Tripartita de Principios en el Comité sobre Empresas Multinacionales y solicitar la realización de reportes de cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los gobiernos, destaca ciertas características de *hard law*. Lo anterior no quiere decir que pueda ser llamado aun como una disposición normativa vinculante, pues al realizar el examen de consecuencias todas las iniciativas se quedarían enmarcadas en *soft law*, pero tampoco podría ser llamada una iniciativa de *soft law* pura como sí lo son los Principios Rectores de la ONU. No obstante, al adoptar ciertas características tradicionalmente asociadas con *hard law*, las iniciativas de compañías y DD.HH. pueden acercarse a dicho extremo del camino, demostrando así que las iniciativas ya existentes

pueden fortalecerse acercándose a obligaciones vinculantes sin la necesidad de iniciar un nuevo tratado internacional vinculante que, a pesar de ser lo deseado, no sabremos cuando y de qué forma se materializará (Gold,1983).

Asimismo, las características de los instrumentos *soft law* permiten esa transición: (i) es flexible, permitiéndole a los gobiernos modificarlo y acomodarlo a las necesidades de su población, economía, etc. además permitiendo que su adopción al igual que su modificación sea más rápida y amable llegando así a Estados que tienden a ser renuentes en la ratificación de tratados vinculantes, superando el estancamiento interestatal e incluso la influencia del sector productivo; (ii) no está sujeto al trámite legislativo normal de una Ley, pero aun así puede lograr generar influencia en las conductas de los jueces en la toma de decisiones a pesar de su estatus no legal, creando valores y estándares generales que pretenden ser cumplidos tanto por el gobierno como por las compañías; (iii) puede ser una herramienta complementaria de instrumentos *hard law*, al resolver ambigüedades, proporcionando detalle a las normas imperativas ya existentes. Las características del *soft law* son ventajas que permiten el encaminamiento de estas normas a ser vinculantes por medio de procesos, aunque más lentos, con mayores posibilidades de adhesión de diferentes actores estatales y no estatales, asimismo con menos probabilidades de falla y abandono a causa de la influencia del sector productivo. Es con base a estas características que el tercer grupo fundamenta su teoría, pues se ha visto como gracias a la flexibilidad de las normas del *soft law* estas se han visto aplicadas y han adquirido fuerza de acuerdo con las necesidades del momento. Sin desconocer en ningún momento las ventajas y las mejoras que podría tener un instrumento vinculante, como un tratado.

Es claro que la relación empresas y DD.HH. debería ser regulada por obligaciones de *hard law*. Con un instrumento internacional de *hard law* las compañías directas y aquellas que hacen parte de la cadena de producción tendrían obligaciones positivas claras para con la sociedad donde desarrollan sus actividades comerciales, siendo útil también a la hora de determinar un incumplimiento, sobre todo porque en situaciones donde las víctimas temen del poder de las grandes compañías el incumplimiento sin una norma *hard law* se hace difícil de determinar. Sin embargo, dicha relación genera gran inquietud no solo en la población,

que cada vez más está más interesada por la protección efectiva de los derechos humanos, sino también en el sector económico y la política. A pesar de que varias compañías alrededor del mundo se han comprometido con la protección de los derechos humanos y ahora son más comunes las cláusulas contractuales donde las partes se obligan a ser responsables por las actuaciones que menoscaban los derechos humanos, las corporaciones no tienen un acuerdo respecto del alcance de sus responsabilidades sobre este tema, y los gobiernos que tengan relación o deudas con el sector empresarial frecuentemente buscan saldarlas por medio de favores políticos.

Además, es importante tener en cuenta que un tratado internacional de esta naturaleza solo podría ser totalmente efectivo si la mayoría de los estados participa en las negociaciones y ciertamente deciden ratificarlo, pues de lo contrario la mayoría de las grandes multinacionales – infractoras de los derechos humanos – no se verían cobijadas por dichas obligaciones y, en caso de hacerlo, buscarían maneras de mover operaciones en estados no parte con el fin de evadirlas. Esto no solo generaría mayores costos en las compañías cobijadas por dichas obligaciones, sino también una gran brecha al tratar de competir con compañías que no se encuentran en las mismas condiciones. El incorporar características de *hard law* en las iniciativas *soft law* existentes también lograría eliminar dicha brecha, por lo que estas disposiciones en la mayoría de los casos serían aplicables a los países parte de la organización que los emite, por ejemplo, en el caso de los Principios Rectores de la ONU a los 193 estados miembros. Sin embargo, también es claro que, la ratificación de un instrumento vinculante, sobre todo por los países del Sur Global que han sido los más interesados, podría generar un estándar o unas mejores prácticas que deban ser implementadas como norma de *soft law*, incluyendo los países del Norte Global, desdibujando así las críticas de este apartado y entremezclando así tanto el *hard law*, como el *soft law* en una estrategia conjunta.

### **De *soft law* a *hard law***

Como se mencionó anteriormente el *soft law* y el *hard law* no son categorías dicotómicas cuya relación y encuentro es imposible, sino por el contrario son partes de un mismo camino

donde un instrumento que nace como *soft law* por medio del incremento de características vinculantes puede ir acercándose al marco del *hard law* y alcanzar su estatus vinculante, o, por el contrario, un instrumento de *hard law* puede también imponer obligaciones *soft law*. Esto se logra por medio de varios cambios que pueden ser lentos y espaciados con el fin de no generar controversias políticas que desemboquen en su deserción. Una de las formas para fortalecer las herramientas *soft law* es dando mayor claridad a los compromisos, buscando además que estos sean positivos en lugar de negativos, es decir, requiriendo que las partes se comprometan en lugar de abstener a cierta actividad, lo cual es explicado con mayor detenimiento en el capítulo anterior del presente trabajo.

Asimismo, las herramientas *soft law*, incluso aquellas que puedan surgir de un tratado, podrían ser fortalecidas por medio del monitoreo en el cumplimiento de las disposiciones a través de un tercero independiente, como organizaciones internacionales, encargada de reportar incumplimientos e impulsar a los Estados a actuar efectivamente ante las violaciones de DD.HH. cometidas por las compañías o so pena de verse incluido en la ‘lista negra’ de Estados renuentes en adoptar medidas para la protección de los derechos humanos. Incluso dando fuerza a las listas calificativas de las empresas, tales como el Índice Empresarial de Derechos Humanos (Corporate Human Rights Benchmark), por medio de programas de educación ciudadana que ponga en conocimiento al consumidor de los aspectos calificados en estas listas, con el fin de influenciar su decisión de adquisición de los bienes y servicios ofrecidos por las compañías peor calificadas. Esto, además, podría realizarse junto con el apoyo del sector financiero que reportaría de forma visible los estados y las compañías que se nieguen a adoptar los Principios Rectores, por ejemplo, la Bolsa de Valores de Shenzhen, China requiere a las compañías establecer mecanismos y divulgar los asuntos de responsabilidad social como condición de cotización (Choudhury, 2018).

Finalmente, las disposiciones *soft law* pueden ser fortalecidas para equipararse al *hard law* implantando consecuencias legales en caso de incumplimiento, siendo este el paso que otorga el carácter de vinculante, aunque esto último es difícil de concebir, por medio de sentencias judiciales o arbitrales y del uso reiterado de los principios rectores dichas normas pasaran de ser opcionales a obligatorias, llevando a las empresas a implementar políticas de

protección de derechos humanos en sus actividades económicas, e incluso en la de sus proveedores e inversionistas.

En los últimos años diferentes Estados han realizado cambios normativos respecto a esta relación de BHR, comprobando que normas que en un inicio eran de *soft law* adquieren obligatoriedad por medio de iniciativas gubernamentales o por el uso reiterado de actores en el comercio o en instancias judiciales.

Por ejemplo, en el 2015 el Reino Unido aprobó la ley Contra la Esclavitud (the Modern Slavery Act), el cual consolidó las penalidades y ofensas por actos de esclavitud y tráfico de personas, asimismo reforzó los medios de vigilancia y control en barcos de las diferentes costas del Reino Unido e introdujo diferentes mecanismos para la protección de víctimas y testigos que cooperasen en los procedimientos criminales, entre otras innovaciones que han logrado mover la normatividad de *soft law* a *hard law* en este ámbito. Asimismo, gracias a este avance en el 2015 una compañía multinacional fue encontrada culpable por el tráfico de seis lituanos quienes fueron llevados al Reino Unido para ser explotados laboralmente. Por otro lado, movidos por los desastres de Rana Plaza y el derramamiento de petróleo de Erika, un grupo de parlamentarios franceses en 2013 presentaron un proyecto de ley que buscaba obligar a los empresarios a tomar medidas preventivas ante posibles daños generados por violaciones de derechos humanos. Este proyecto de ley, a pesar de tener un gran potencial, en segunda instancia en el senado perdió sus características vinculantes para las compañías. Aun así, se consideró un paso importante en cuanto a la intensión de diferentes representantes políticos en relación con las obligaciones de las compañías respecto a los DD.HH. (Kamatali, 2012).

Asimismo, en Estados Unidos con el Estatuto de Reclamación por Agravios contra Extranjeros (Alien Tort Claims Act) y en la Unión Europea con la obligación de las empresas de entregar reportes anuales no financieros, y otras medidas de control sobre las compañías, son algunas medidas que han tomado los Estados con el fin de regular las relaciones BHR, pasando de recomendaciones a actos y proyectos legales con carácter imperativo.

En conclusión, las propiedades flexibles y cambiantes del *soft law* permiten su acercamiento al escenario de las obligaciones vinculantes, logrando adaptarse a las necesidades del ahora, incluso cuando estas provengan de un posible instrumento vinculante. Aun así, se considera que, para una efectiva protección de DD.HH., se requiere un nuevo instrumento normativo internacional, como un tratado, que logre vincular a las empresas y establecer responsabilidades a estas por la violación de los DD.HH., el cual también podría contener obligaciones *soft law* o crearlas como complemento.

### **3.2. La necesidad de un nuevo instrumento. Retos y oportunidades de un nuevo marco jurídico sobre la materia**

#### **3.2.1. Antecedentes y marco histórico del nuevo instrumento internacional**

El marco jurídico actual presenta deficiencias y problemáticas como las que se abordaron en el capítulo anterior. Las críticas que se han formulado sobre el marco de Los Principios de Ruggie han conducido a que, en el ámbito internacional, se discutan alternativas y propuestas para superar las limitantes del modelo actual, a saber; la insuficiencia del marco jurídico actual para crear obligaciones vinculantes, las dificultades para acceder a mecanismos de reparación y judicialización efectivos, la voluntariedad de la aplicación de Los Principios por parte de las empresas, así como la falta de instrumentos legales que permitan vigilar y verificar el cumplimiento de los deberes de respeto.

Conforme a ello, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, en su décimo sexto período de sesiones del 14 de julio de 2014 planteó como tema para la promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales la elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. Dicha resolución (26/9) estableció como mandato principal:

“Establecer un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, cuyo

mandato será elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos.” (p. 2)

Dicho grupo ha trabajado constantemente para la creación y expedición de un nuevo tratado que vincule a las empresas y a los derechos humanos, de manera tal que existan obligaciones claras y tangibles para las empresas sobre la protección de dichos derechos en el derecho internacional. En este sentido, el grupo estableció dos sesiones iniciales, las cuales se llevaron a cabo en el 2015 y 2016, respectivamente, las cuales tenían por objeto deliberar y establecer de forma conjunta el contenido, el alcance, la naturaleza y la forma del pretendido instrumento internacional.

En la tercera sesión del grupo, celebrada en octubre del 2017, se discutió un documento con los elementos recopilados que podrían incorporarse o debían tenerse en cuenta para la elaboración del instrumento vinculante, el cual fue presentado por la presidencia del grupo de trabajo en cabeza de Ecuador. Mientras que, en octubre de 2018 se realizó la cuarta sesión del grupo, en la cual se creó el borrador cero del instrumento vinculante.

Finalmente, las sesiones 5 y 6, llevadas a cabo en 2019 y 2020, respectivamente, se centraron en negociar y discutir los respectivos borradores del instrumento vinculante que hasta la fecha se han plantado. Asimismo, en la actualidad, se espera el tercer borrador revisado del instrumento para continuar con su revisión y posterior adopción.

### **3.2.2. La necesidad de un nuevo tratado o marco jurídico y su relación con Los Principios Rectores**

Los Principios Rectores y el nuevo instrumento jurídico que prepara el grupo de trabajo están profundamente ligados. Por una parte, nacen de una preocupación común en la relación entre empresas y derechos humanos, mientras que, ambas han tenido una fuente común desde el Consejo de Derechos humanos de la ONU. Esto nos indica que, si bien Los Principios

buscaron ser el marco principal en la relación entre empresas y derechos humanos, aún no existe un consenso sobre su efectividad y de allí nace la necesidad o la búsqueda de un nuevo instrumento vinculante. Sin embargo, ¿este instrumento reemplazará a Los Principios?, ¿o simplemente se adoptarán medidas complementarias a estos?, ¿cuál será el alcance y la aplicación de este nuevo tratado?, ¿por qué es necesario?

El tratado sobre empresas y derechos humanos surge de una desconfianza generalizada por el marco actual. El uso de instrumentos blandos ha sido una de las principales estrategias de las empresas para evadir su compromiso con los derechos humanos. Si bien, Los Principios buscan que las empresas respeten los derechos humanos y estas, a su vez, ejecutan elementos propios de la Responsabilidad Social Empresarial o de debida diligencia para lograr aumentar su compromiso con estos, lo cierto es que amplios sectores de la sociedad, entre los cuales se encuentran aquellos que han emitido opiniones consultivas sobre el nuevo tratado, no consideran que estos hayan tenido los efectos deseados<sup>32</sup>.

En general, existe una inconformidad con la falta de implementación de los mecanismos preexistentes que regulan la materia, y una desconfianza de que, aún implementados no cumplan a cabalidad con su función y tengan solamente efectos aparentes, cuando no contrarios a la intención de velar por los DD.HH. (Rodríguez, 2018). La impunidad sigue siendo una regla en el ámbito internacional, lo que produce que los grupos interesados y las comunidades afectadas aún no perciban realmente un cambio o mejora en la relación entre empresas y derechos humanos.

Asimismo, el marco de Los Principios, si bien trata de generar una consciencia sobre el acceso a la justicia, los mecanismos de reparación y remediación, así como las obligaciones propias de implementación del Estado, estos no desarrollaron como tal una teoría o una serie de prácticas concretas que puedan ser aplicadas para concretar dichos fines. En este sentido, una de las grandes preocupaciones en la esfera internacional sigue siendo el adecuado acceso

---

<sup>32</sup> Por ejemplo, al leer el trabajo de Rodríguez (2017) en el que se citó a Fiaschi y otros (2011), el estudio concluye que la adopción de principios de RSE reduce las violaciones directas de los derechos humanos, pero aumenta las indirectas, lo que indicaría que “la experiencia de la RSE podría llevar a un nivel de complejidad mayor a la hora de ocultar las violaciones de derechos humanos”. (p. 170).

a herramientas de justicia que permitan reparar, indemnizar y dar garantías de no repetición a los afectados, lo que, en últimas, justifica en este imaginario la existencia de un nuevo tratado.

Claret Vargas (2017), por ejemplo, resalta el hecho de que en Foro de los Pueblos ESCR-Net sobre Derechos Humanos y Empresas de 2015, celebrado en Nairobi, Kenia, hubo una crítica general a la existencia de una amplia impunidad en las violaciones cometidas por empresas contra los derechos humanos, y el hecho de que estas tuvieran un amplio espectro de influencia en las esferas estatales, por lo que resultaba prácticamente imposible conseguir un régimen jurídico que garantizara la protección a derecho humanos.

Las empresas han gozado, hasta ahora, de cierta voluntariedad para ejercer y tener buenas prácticas frente a los derechos humanos, sin embargo, este actuar no puede de ninguna manera ser exigible bajo el modelo actual, salvo que las empresas a través de acuerdos y contratos refuercen su cumplimiento y obliguen a sus proveedores y aliados comerciales a adoptarlas. Como se observó, esta problemática podría zanjarse a través de un mecanismo de derecho “duro” que vincule y exija un mayor cumplimiento por parte de Estados y empresas.

La adopción de un tratado vinculante podría tener dos vías positivas de acción; de una parte, ayudaría a que los países adoptaran medidas de obligatorio cumplimiento que, a su vez, producirían un efecto domino, esto es, obligarían a que las empresas ostenten un deber de velar por el cumplimiento de los derechos humanos en toda su cadena de producción y en cualquiera de sus filiales, subsidiarias o sucursales. Esto produciría un efecto de legitimación, aun cuando los países que ratifiquen el instrumento no tengan la capacidad para hacerlo cumplir, esto podría ayudar a generar una mayor presión internacional para que otros países sí lo hagan y, al mismo tiempo, reconozcan la importancia y la legitimidad del instrumento como mecanismo para proteger y garantizar los derechos humanos.

Mientras que, en su segunda acepción, el tratado y su ratificación actúan también como un medio para que la sociedad civil se valga de los medios jurídicos y políticos para que, al interior de los países se haga cumplir el instrumento. Un tratado podría servir para que los

órganos del Estado se comprometan activamente con la protección que estos consagran y se desarrolle, en conjunto con las necesidades y peticiones sociales, una línea que sirva a la administración para que, progresivamente, se construyan obligaciones y directrices para las empresas en relación con los DD.HH..

### **3.2.3. Retos y oportunidades**

La creación de un instrumento vinculante no es sencilla. Como se observó en los votos en contra en el marco de la resolución 26/9 de 2014, existen, de momento, algunos detractores del proyecto de tratado que cursa actualmente ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU. En este apartado, resulta importante señalar que, pareciera existir una división entre el Sur <sup>33</sup>y el Norte Global<sup>34</sup> frente a la adopción del instrumento en cuestión. Si bien, el instrumento trae una serie de ventajas que podrían facilitar y mejorar la protección de los derechos humanos, también es necesario abordar sus dificultades de implementación y eficacia en la medida en que el debate actual así lo amerita y el balance entre estos podría ser determinante para la aprobación o el rechazo del proyecto de tratado actual.

El borrador actual, en su segunda versión revisada, y el proyecto de un tratado sobre la materia en general, traen consigo una serie de beneficios que pueden ser realmente provechosos para la finalidad de protección a los derechos humanos. Entre las oportunidades y ventajas que destacan del modelo actual, encontramos las siguientes:

#### **3.2.3.1. Ventajas y oportunidades**

##### **a. Fuerza vinculante**

---

<sup>33</sup> Los países que votaron de manera favorable el proyecto y el trabajo de grupo intergubernamental fueron: Argelia, Benin, Burkina Faso, China, Congo, Côte d'Ivoire, Cuba, Etiopía, Federación de Rusia, Filipinas, India, Indonesia, Kazajstán, Kenya, Marruecos, Namibia, Pakistán, Sudáfrica, Venezuela (República Bolivariana de), Viet Nam.

<sup>34</sup> Los países que votaron de manera desfavorable el proyecto y el trabajo de grupo intergubernamental fueron: Alemania, Austria, Estados Unidos de América, Estonia, ex República Yugoslava de Macedonia, Francia, Irlanda, Italia, Japón, Montenegro, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, Rumania.

Todo tratado es, por definición, vinculante. La característica del *hard law* en derecho internacional es que los Estados que vinculen estas normas a su ordenamiento jurídico, están explícitamente aceptando que se obligaran a lo allí establecido.

La CEPAL en su Tipología de Instrumentos Internacionales establece, frente a los tratados internacionales, que:

Las partes del acuerdo internacional pueden expresar su consentimiento de obligarse por el tratado de acuerdo a la forma que se establezca en él. En general, un Estado firma un tratado para autenticar su texto y expresar a las otras partes su intención de poner en marcha los procedimientos requeridos en su derecho interno para manifestar su consentimiento. Una vez concluidos dichos procedimientos de manera favorable, el Estado realizará el acto internacional por medio del cual hará constar su consentimiento de obligarse por el tratado. Este acto internacional puede denominarse “ratificación”, “aceptación”, “aprobación” o “adhesión”, según el caso, y en cualquier evento este acto internacional estará regido por los términos del tratado.

(...) Un tratado internacional establece reglas de conducta que son obligatorias para las partes. Estas reglas expresan el compromiso del Estado de comportarse de determinada manera y, por consiguiente, sientan obligaciones internacionales. La regla general establecida en el derecho consuetudinario es *pacta sunt servanda*, codificada en el artículo 26 de la Convención de Viena en los términos siguientes: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. (2013, p. 8)

El mandato de Los Principios dejó por fuera esta cuestión, centrándose en un modelo de derecho blando que no establece o garantiza obligaciones legales con carácter vinculante. Como lo menciona Bilchitz (2017), uno de los 5 argumentos principales para producir un

tratado es su vinculatoriedad, por una parte, menciona el autor que este tipo de instrumento crearía normas de derecho internacional aplicables a las empresas en su relación con los derechos humanos, mientras que, por otra, generaría un precedente legal bajo el cual se puede tener acceso a remedios judiciales en virtud del principio de legalidad, por el cual se podría determinar que una empresa ha incumplido efectivamente sus deberes frente a los derechos humanos.

Aunque el modelo actual de Los Principios establece que los afectados deben tener acceso a remedios judiciales y extrajudiciales, como vimos en un capítulo anterior, lo cierto es que sin una norma de derecho internacional o nacional que genere obligaciones vinculantes para las empresas o los Estados, un juez, un conciliador o un agente de la empresa que presta el servicio difícilmente podrían sancionar o declarar la responsabilidad del agente infractor.

Asimismo, Bilchitz (2017) ve en este tratado la única autoridad posible para establecer normas de derecho internacional sobre derechos humanos que sean vinculantes para las empresas y puedan atribuir responsabilidades particulares a las empresas por sus violaciones a estos. El autor, además, señala que, en muchos casos, los Estados tampoco tienen una culpabilidad que pueda hacerlos responsables en virtud de su omisión de protección cuando se trata de violaciones perpetuadas por terceros, ya que este no es un deber absoluto y puede demostrarse que el Estado efectivamente cumplió con su carga de protección, pero la afectación igual sucedió. En este sentido, la vinculatoriedad de estas obligaciones a partir de un tratado sería una ventaja para determinar la legalidad de las sanciones y las responsabilidades de las empresas, especialmente en aquellos casos en donde se demuestre que estas incumplieron los deberes de respeto y protección que establezca el instrumento. Sino se reconocen explícitamente las obligaciones de las empresas frente a los derechos humanos, no es probable que existan mecanismos e instrumentos que puedan facilitar el acceso a la reparación o a la sanción por conductas contrarias a derechos humanos de estos agentes, allí es donde radica una de las principales oportunidades y ventajas que tendría la adopción de dicho instrumento internacional.

**b. Crearía obligaciones y normas internacionales de derechos humanos para todo tipo de empresas (nacionales e internacionales) y para los Estados**

El segundo borrador del instrumento (2020) actual trae consigo un alcance bastante amplio, siendo así que, su artículo tercero establece que:

1. A menos que se indique lo contrario, este instrumento [Instrumento jurídicamente vinculante] se aplicará a todas las empresas comerciales, incluidas, entre otras, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales que realicen actividades comerciales de carácter transnacional.
2. No obstante el artículo 3.1 arriba, al imponer obligaciones de prevención a las empresas comerciales, en virtud del presente [Instrumento jurídicamente vinculante], los Estados Parte podrán establecer en su legislación una base no discriminatoria para diferenciar la forma en que las empresas comerciales cumplen esas obligaciones en función de su tamaño, sector, contexto operacional y la gravedad de las repercusiones en los derechos humanos.
3. El instrumento [Instrumento jurídicamente vinculante] abarcará todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos internacionalmente que emanan de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de cualquier tratado internacional básico de derechos humanos y de los convenios fundamentales de la OIT en los que un Estado es parte, así como del derecho internacional consuetudinario. (pp. 5-6)

Este artículo, en general, responde a algunas de las preguntas fundamentales sobre la relación entre empresas y derechos humanos, a saber; ¿quiénes deberán proteger los derechos humanos?; ¿cómo deberán establecerse estas obligaciones por parte de los Estados bajo un principio de equidad? Y; ¿cuáles son los derechos humanos a proteger?

El instrumento en cuestión aporta una claridad, un desarrollo y una interpretación de la obligación de las empresas nacionales y transnacionales de prevenir, proteger y garantizar los derechos humanos, siendo esta una novedad frente al sistema actual de derecho blando. El alcance del instrumento, además, trae consigo una potestad de los Estados de regular y diferenciar las obligaciones de las empresas según sus características propias, procesos y nivel de proximidad con las afectaciones a derechos humanos. Finalmente, como se observa, el alcance del instrumento especifica cuáles serán las obligaciones particulares o sobre qué elementos deberán las empresas contribuir a los derechos humanos.

Como es evidente, el instrumento define algunos de los elementos que, si bien hacían parte del modelo anterior como sugerencias o aclaraciones, no estaban definidos con claridad o aún eran bastante abiertos. En general, Los Principios Rectores abordan todas estas cuestiones, pero, en definitiva, no logra darles la claridad y la fuerza que ameritan, y que, por el contrario, sí podría hacerlo un tratado. En general, al crear un tratado se está aportando un precedente normativo que establecería las garantías y estándares mínimos que deberían cumplir las empresas en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, aun cuando este no sea totalmente ratificado o incorporado por parte de los Estados.

No menos importante resulta el hecho de que, el tratado sobre la materia podría ser, como lo menciona Deva (2017), un método para reparar las asimetrías generadas por la extraterritorialidad de la actividad económica de las empresas. En este sentido, este autor plantea que el tratado podría ayudar a superar las barreras del derecho nacional o territorial de los derechos humanos, y podría establecer mecanismos de gobernanza global u obligaciones extraterritoriales, o, en general, crear un marco jurídico supranacional que ayude a entender mejor el alcance y la naturaleza de las obligaciones de derechos humanos por parte de las empresas.

En este sentido, el tratado puede ayudar a solucionar algunos de los vacíos o brechas que existen actualmente, cómo las cuestiones relativas a la extraterritorialidad de las empresas, esto es, qué hacer cuando una sucursal o filial son las generadoras de un daño a los derechos

humanos, pero estas no pueden responder por su falta de personería jurídica, o cuáles son los mecanismos a disposición de las víctimas para acceder a una reparación por parte de la matriz en caso de violaciones a sus derechos. El tratado es, sobre todo, un mecanismo que puede determinar las obligaciones y el alcance de estas en materia de derechos humanos de diferentes tipos de empresas para solucionar algunos de los problemas prácticos a los que se enfrentan las comunidades e individuos en su relación con estas.

### **c. El acceso a remedios y herramientas de reparación**

Otra de las posibles ventajas y argumentos a favor de un tratado en materia de empresas y derechos humanos está directamente relacionado con el acceso de las víctimas a mecanismos de protección. Los Principios, si bien abordan esta materia, poco ahondan en una solución práctica o jurídica que permita su acceso. Mas bien, como parte de su gestión incluyen un diagnóstico de algunas de las prácticas, circunstancias y situaciones que dificultan su acceso por parte de las comunidades e individuos que se ven afectadas por la actividad empresarial.

Al respecto, Deva (2017) sugiere que el tratado sobre la materia podría ayudar a eliminar o reducir sustancialmente estas barreras de acceso que enfrentan las víctimas en estos casos, en este sentido, el autor plantea algunas de las ventajas que podrían establecerse en el tratado, a saber: i) proponer opciones, guías o leyes para que los Estados, a través de sus órganos legislativos, incorporen un dirección concreta para el desarrollo de obligaciones de empresas y derechos humanos en distintos niveles; ii) crear mecanismos y órganos internacionales o, por lo menos, regionales para el acceso a remedios judiciales o extrajudiciales, así como para la elaboración de conceptos técnicos vinculantes sobre la materia o para la revisión de quejas. En general, el autor recomienda establecer un nuevo foro sobre la materia para combatir la extraterritorialidad que se mencionó en el apartado anterior; iii) crear un sistema de cooperación internacional y asistencia mutua para que los Estados puedan colaborar entre sí para resolver los casos de violaciones a derechos humanos perpetrados por empresas, y, por último; iv) proponer las reparaciones o medidas de remediación atendiendo a la naturaleza de cada tipo de violación a derechos humanos.

Asimismo, Bilchitz (2017) plantea una idea similar, en donde el tratado puede ser la oportunidad, no solo para crear una corte u otro órgano para conocer de estos casos, sino también para reconocer el foro extraterritorial que permitiría suplir las fallas de los gobiernos débiles o incapaces, en la medida en que las víctimas puedan buscar la reparación en el Estado donde está la matriz empresarial y este sea un Estado con mayores garantías judiciales y procesales, así como una institucionalidad más fuerte que permita concretar el proceso de reparación o asistencia judicial o extrajudicial.

**d. Aclara las obligaciones de las empresas y los derechos humanos, en un marco dónde existen obligaciones mercantiles**

El nuevo tratado contiene una serie de artículos que regulan, entre otras cosas, las obligaciones particulares que surgirían para los Estados y las empresas frente a los derechos humanos. Las medidas que adopta el instrumento obligarían a los Estados a exigir determinados comportamientos por parte de las empresas y a sí mismos, tales como; la prevención de cualquier violación a derechos humanos, en cualquiera de las instancias, etapas o procesos que realice la empresa (artículo 6); el acceso a mecanismos de reparación adecuadas y accesibles por parte de los Estados (artículo 7); la responsabilidad legal y las disposiciones legales necesarias para perseguir, judicializar y sancionar a personas naturales y jurídicas que cometan abusos o incumplimientos frente a los derechos humanos (artículo 8); las situaciones de hecho y de derecho para conocer la jurisdicción aplicable en los casos de violaciones a derechos humanos por parte de empresas (artículo 9); la aplicación de medidas estatales para que ciertos delitos o conductas, sobre todo las más graves, no prescriban, y la concesión razonable de períodos de prescripción y caducidad en los demás casos (artículo 10); el derecho sustancial y procesal aplicable a los procesos que versen sobre empresas y derechos humanos (artículo 11); y, finalmente, la garantía de cooperación internacional y asistencia jurídica en reciprocidad, lo que implica que los Estados actúen en armonía y de manera conjunta para tramitar los casos que surjan de esta cuestión, especialmente atendiendo a la ayuda procesal, esto es, la facilitación de pruebas, informes, información, testigos, extradición, entre otros.

Estas obligaciones, como vimos en el primer punto, crearían normas de derecho internacional que lograrían establecer el marco de protección de las empresas frente a los derechos, así como sus obligaciones particulares frente a estos. Ahora bien, esta medida no solo tendría un efecto positivo de aclaración y desarrollo, como se mencionó con anterioridad, sino que, de igual forma, podría lograr determinar el balance entre obligaciones, fines económicos y derechos humanos. El actual modelo de *soft law*, compite de forma clara con el modelo de derecho mercantil internacional, el cual sí se rige por tratados bilaterales y multilaterales. Conforme a lo anterior, es claro que, en la práctica, es difícil que las empresas y los Estados ejecuten algún tipo de preferencia sobre los derechos humanos, en el marco de una normatividad internacional que protege y garantiza los derechos económicos de empresas y comerciantes.

Como lo menciona Bilchitz (2017), otra de las oportunidades que se derivan de la creación de un tratado es la de la identificación y ponderación en casos de obligaciones concurrentes. Esto, básicamente nos indica que, al crear un tratado internacional sobre la materia, la relación entre empresas y derechos humanos quedaría reforzada por una serie de normas de carácter internacional que entrarían a competir contra los tratados comerciales. Lo anterior, es de suma relevancia, pues, como lo indica el autor, en el modelo actual bajo una normatividad dura de las relaciones comerciales, estas primarían en la mayoría de los escenarios frente a las débiles responsabilidades de un marco de *soft law* en materia de derechos humanos.

### **3.2.3.2. Retos y desventajas**

#### **a. La ratificación como límite y medio para el establecimiento de las obligaciones contenidas en el tratado**

La ratificación de un tratado representa algunas ventajas comparativas en relación con los instrumentos no vinculante, tal y como se observó en un apartado anterior de este capítulo. Sin embargo, algunos críticos, como Vargas (2017), apuntan a la posible debilidad o vulnerabilidad de los instrumentos vinculantes:

Los acuerdos vinculantes también pueden ser débiles y acabar descartados con facilidad. De hecho, como señala Shelton, el “derecho blando” también se encuentra en las cláusulas de los tratados vinculantes. La clave, entonces, puede no estar en la naturaleza vinculante o no vinculante del acuerdo, sino más bien en su capacidad para provocar los efectos positivos que los académicos identifican con los tratados de derechos humanos. (p. 176)

Como lo expresa la autora, un instrumento vinculante puede ser débil y ser descartado con facilidad, esto, básicamente, señala que, los instrumentos de esta naturaleza cuentan con un limitante diáfano: la ratificación. En este sentido, lo que se critica de los instrumentos vinculantes es el proceso bajo el cual estos pueden producir efectos. Un tratado, si no es ratificado por los Estados, carecerá de aplicaciones prácticas y, en la realidad, fungirá como un instrumento de similar naturaleza a uno de derecho blando, como norma accesorio. Este sería uno de los principales retos del marco futuro. Si no existen sufrientes Estados que reconozcan y ratifiquen el tratado en cuestión, la consecuencia lógica será la falta de legitimidad y la ineficacia de lo pretendido para solucionar la falta de compromiso con los derechos humanos por parte de las empresas. Aunque, por otra parte, el hecho de que funja como una norma de derecho blando también podría tener ventajas sobre el marco actual, al contener obligaciones claras y detalladas, pero seguir siendo un instrumento blando o de referencia para los Estados que no lo ratifiquen.

El tratado tendría que establecer, además, un mecanismo o medio para verificar, y, por ende, garantizar el cumplimiento. La sola ratificación de un tratado tampoco indica que este se va a cumplir o va a tener efectos reales en aquellos que más lo necesitan. Si bien, la ratificación debería dar lugar al establecimiento de obligaciones particulares sobre la materia, lo cierto es que los Estados podrían, hasta cierto punto, mantener una posición de incompetencia o desdén frente a las obligaciones contenidas en el tratado, incluso ratificándolo. Como lo han exigido algunas de las voces que participan de la construcción

del tratado, este debería contener mecanismos de veeduría y supervisión que realmente logren diagnosticar las implicaciones, deficiencias y resultados de este nuevo modelo. Pues, de lo contrario, podría caer en la misma situación que el marco actual de Los Principios y perder su efectividad en la práctica.<sup>35</sup>

**b. Las empresas pueden ver en el instrumento un desincentivo a los fines económicos de las empresas y rechazar el tratado**

Como vimos previamente, el proyecto de tratado pareciera estar dividido por las concepciones del Sur y Norte global, los países desarrollados no están convencidos con la aprobación y el proyecto de tratado que cursa actualmente ante el Consejo, sin embargo, de otro lado, están los países en vías de desarrollo o aquellos que no tienen estructuras de gobierno o mercado suficientemente fuertes, quienes sí tienen un interés en la aprobación del proyecto como tal.

A partir de esta situación podría pensarse que, el proyecto podría acarrear consecuencias económicas para las empresas que desincentiven la actividad empresarial. Tal y como se ha mencionado en diversas ocasiones a lo largo del presente documento, la implementación de deberes y obligaciones por parte de las empresas implica una serie de acciones positivas que, sin lugar a duda, implicarían gastos y costos importantes para poder dar cumplimiento a la normatividad aplicable, incluso cuando estamos ante un instrumento de derecho blando, es necesario implementar mecanismos de capacitación, instrucción y corrección que aumentan los costos de producción y operación. Aunque, bajo el marco actual, también existirían estos deberes, como vimos en el capítulo dos del presente trabajo.

Conforme a ello, las empresas podrían percibir en el tratado una amenaza para sus fines económicos, en cuanto estas tendrían una disminución en sus dividendos por la implicación

---

<sup>35</sup> “El tratado debería proveer un mecanismo internacional de monitoreo y rendición de cuentas. Una unidad o un centro dedicados a este fin en el seno de las Naciones Unidas podría mejorar la capacidad internacional para la investigación, el análisis y el monitoreo independientes de las prácticas de las compañías transnacionales y de otras empresas de negocios. Se deberían discutir las necesidades y la factibilidad de una jurisdicción internacional complementaria.” en Alianza para el Tratado Mejorar el Marco Legal Internacional para Proteger los Derechos Humanos de los Abusos Corporativos.

de obligaciones adicionales, sin mencionar la posible responsabilidad civil, administrativa o penal en la que podrían incurrir si los Estados adoptan medidas legislativas a partir de la ratificación de un instrumento como el que se encuentra en discusión. En todo caso, las empresas podrían obviar las obligaciones contenidas en este instrumento, o abiertamente negarse a su cumplimiento. Como lo menciona Vargas (2017) “En la larga historia de débil voluntad política e intereses empresariales recalcitrantes a costa de los derechos humanos, la aparición de los PPR y el proceso del tratado tal vez no sean más que una ola más” (p. 180).

Las empresas han demostrado hasta ahora que sus conductas pueden tener tanto impactos negativos como positivos en aquellos lugares donde establecen su operación, pero, de cualquier manera, es indudable que estas ejercen un papel fundamental e influyente en la esfera social, e incluso, en ocasiones, en la esfera estatal. Como se argumentó en un apartado anterior<sup>36</sup>, existen casos en los que las empresas cooptan los espacios estatales para su beneficio propio, siendo no pocos los casos en los que se ha visto que las empresas utilizan sus medios económicos para influir en la esfera de control estatal para modificar o controlar las decisiones correspondientes a sus propios asuntos.<sup>37</sup>

En conclusión, el tratado en cuestión aún debe afrontar la cruda realidad sobre la dificultad de superar las influencias y la posición mayoritaria de los Estado y las empresas que no apoyan este tipo de regulación, por las consecuencias obvias de su implementación. Buscar consensos y apoyos es una tarea pendiente en el debate público sobre la materia, especialmente si se busca tener un instrumento que, vinculante o no, produzca una conciencia de legitimidad de las obligaciones y deberes que le correspondan a las empresas, para que estos produzcan los efectos deseados.

---

<sup>36</sup> Véase el caso mencionado en un capítulo anterior sobre el Foro de los Pueblos ESCR-Net sobre Derechos Humanos y Empresas de 2015, celebrado en Nairobi, Kenia.

<sup>37</sup> Véase, por ejemplo, Cinco violaciones de derechos humanos por multinacionales europeas que hacen necesario un tratado vinculante en Álvarez, Y., (15 de octubre de 2018). Cinco violaciones de derecho humanos por multinacionales europeas que hacen necesario un tratado vinculante. *El Salto*. <https://www.elsaltodiario.com/multinacionales/cinco-violaciones-de-derechos-humanos-por-multinacionales-europeas-que-hacen-necesario-un-tratado-vinculante>. En esta noticia brillan por su ausencia la falta de respuestas institucionales y de órganos del Estado sobre las violaciones a derechos humanos.

### **c. El tratado aún no ha sido aprobado y está sujeto a cambios**

El tratado en mención es aún un simple proyecto, un borrador sujeto a cambios sustanciales. Por ahora, la posibilidad real de que el proyecto se materialice como un verdadero instrumento vinculante es todavía incierta. Siendo así que, por un lado, aún podría modificarse sustancialmente la naturaleza del actual borrador, o, por otro, podría finalmente quedar en el olvido como el proyecto de 2003 “Las Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos”.

Este escenario genera incertidumbre, especialmente porque algunos grupos ya han denunciado ciertas falencias y cambios en el borrador actual que alteran significativamente lo pretendido en la resolución 26/9. Por ejemplo, algunos de los grupos pertenecientes a la Campaña Global para Reivindicar la Soberanía de los Pueblos, Desmantelar el Poder Corporativo y Poner fin a la Impunidad, han manifestado que:

... es necesario resaltar que muchas de las propuestas formuladas por los movimientos sociales, representantes de las comunidades afectadas y estados durante la quinta sesión no fueron incluidas. Entre otras, resaltamos: la ausencia del reconocimiento de obligaciones de respeto de los derechos humanos para las ETNs; la omisión de incluir a las cadenas globales de producción, pilares de la arquitectura corporativa internacional; la falta de mecanismos jurídicos internacionales eficaces de aplicación del Tratado y de sanción en caso de no cumplimiento, como la propuesta de Corte internacional; y la falta de reconocimiento inequívoco de la primacía de las normas internacionales de derechos humanos sobre cualquier otro instrumento jurídico, en particular sobre los acuerdos de comercio e inversión. Nos alarma también, la deficiencia de disposiciones para encarar el problema de la captura corporativa,

cuestión central para neutralizar la asimetría drástica de poder entre grandes ETNs y estados, sobre todo en el Sur global.

Adicionalmente, el borrador de tratado nuevamente deja por fuera la imposición de responsabilidad solidaria a todas las empresas involucradas en una violación a lo largo de la cadena global de valor y debilita el texto anterior en cuanto a la responsabilidad de las empresas controladoras o casas matrices.

Estas deficiencias representan un gran riesgo para la efectividad del tratado, diluyen los esfuerzos de regulación de todas las especificidades de la arquitectura empresarial transnacional y de la impunidad que resulta, optando por dispositivos más genéricos y siempre dependientes de la voluntad política de los Estados. En definitiva, estamos frente a un borrador de tratado en gran parte vaciado de su alcance transnacional, es decir vaciado de su razón de ser. (FOEI, 2020)

Como resultado de lo anterior, es claro que el proyecto aún pende de muchas variables y puede, como lo ha hecho, cambiar a lo largo de sus revisiones posteriores, desnaturalizando así sus fines iniciales y comprometiendo los intereses de los grupos, poblaciones y organizaciones interesadas en el proyecto y en los efectos que este puede tener en la realidad, especialmente para modificar y reforzar el modelo actual de protección a derechos humanos por parte de las empresas.

### **3.3. Conclusiones**

La diferenciación entre *soft law* y *hard law* es bastante clara, no obstante lo anterior, a pesar de que los tratados son su fuente primordial en derecho internacional, como observamos, los mecanismos por los cuales se puede llegar al *hard law* son diversos. En todo caso, consideramos que, la relación entre empresas y derechos humanos debe estar mediada por un instrumento o un mecanismo de *hard law* que permita a las empresas conocer el alcance, las

implicaciones y el compromiso que estas deben tener frente a los derechos humanos, y que, en general, cree obligaciones de derechos humanos para las empresas en aras de garantizar una normatividad clara y robusta que pueda facilitar su aplicación y que esta pueda realmente garantizar el acceso a mecanismos de reparación y compita con otras regulaciones de derecho duro que pueden entrar en conflicto con los derechos humanos como los tratados comerciales.

Si bien, existen mecanismos de *soft law* que eventualmente pueden tener una gran relevancia, impacto y alcance hasta el punto de convertirse en instrumentos de *hard law*, lo cierto es que un tratado sigue siendo la mejor opción para crear obligaciones de derecho duro en la esfera internacional sobre la materia. El tratado del que nos ocupamos en el presente capítulo tiene por objeto superar y aventajar al modelo clásico de Los Principios, en la medida en que este resulta ser una opción viable para superar algunos de los limitantes del marco actual como la obligatoriedad de las conductas, la extraterritorialidad, el desarrollo normativo, el acceso a mecanismos de justicia y reparación, el contraste de las obligaciones concurrentes en materia comercial y de derechos humanos, o la creación de un estándar sobre la materia. Temáticas que necesitan ser abordadas en el marco actual de creación del instrumento.

No obstante lo anterior, encontramos que la discusión sobre un nuevo instrumento jurídico que regule la relación entre empresas y derechos humanos no es armónica. Las diferentes posturas que se plantean frente al instrumento resultan en una dificultad para su implementación y adopción, aunque estas puedan ser superadas a futuro con la participación de diferentes Estados que creen un estándar. Para que este tratado realmente logre sus objetivos jurídicos y políticos deberá tener en cuenta algunas de sus propias limitantes y riesgos, como los que se expusieron en el presente capítulo, entre ellas, la debilidad frente a la ratificación, el poder económico y político de las empresas, la dificultad de creación de mecanismos de gobernanza global o la ineficacia del proyecto actual por una subversión de su naturaleza o su falta de adopción.

Finalmente, algunos autores como Backer (2017), también ahondan en la necesidad del grupo de seguir unos principios orientadores para la creación de este tratado y que este pueda realmente conseguir sus objetivos, como, por ejemplo:

- i) El principio para mantener el estatus quo de la regulación internacional, en la medida en que su finalidad es la creación de un instrumento vinculante.
- ii) El principio de evolución, en la medida en que debe propender por un desarrollo de la actual relación entre empresas y derechos humanos, sin desconocer el marco de Los Principios Rectores. Así como también propender porque el instrumento sea un marco inicial de estándares mínimos que pueda seguir evolucionando y desarrollándose. En general, el proyecto debe propender por una legalización e internacionalización de la materia.
- iii) Una especie de utopía normativa que mane del tratado, en aras de garantizar un estándar que cumpla con los objetivos de transformación necesarios en la relación. Esto incluye un objetivo ideológico para desarrollar un derecho más global y mecanismos de gobernanza global, así como un replanteamiento de la globalización jurídica.
- iv) Los principios de transparencia, participación e implementación como fundamentos para construir el tratado y garantizar su eficacia.
- v) El principio de institucionalidad para garantizar que existe un organismo internacional que administre esta regulación y propenda por su desarrollo, así como por la unificación del derecho en esta materia.
- vi) La prevalencia de los objetos sistemáticos, en donde se reconozca la primacía del derecho como forma de gobernanza.

En todo caso, el modelo actual no puede y no debe seguir siendo el estándar bajo el cual se regule la relación entre empresas y derechos humanos, Los Principios, a pesar de gozar de un amplio consenso entre la comunidad internacional, han demostrado su poca eficiencia en la práctica. Sus vacíos, lagunas y ambigüedades dejan al descubierto el hecho de que la relación entre empresas y derechos humanos es aún un espacio de construcción, un punto fértil para el replanteamiento de conceptos jurídicos tales como la globalización, la selección

de foro, la extraterritorialidad, los sujetos jurídicos que pueden ser objeto de la regulación internacional, la competitividad de obligaciones concurrentes de dos regímenes internacionales (comercial vs derechos humanos), o simplemente la pertinencia de los instrumentos jurídicos vinculantes.

## Conclusiones

La relación entre empresas y derechos humanos ha sido conflictiva y, en definitiva, sigue estando sometida a una discusión política, económica y jurídica en la esfera pública en la actualidad. A pesar de los diferentes esfuerzos en la historia, Los Principios Rectores son la primera herramienta jurídica que, de alguna forma, regularon esta relación. Sin embargo, el marco actual presenta una serie de deficiencias, desde su concepción como un instrumento de derecho blando no vinculante, que no implica acciones o deberes positivos, hasta una indeterminación de ciertas temáticas necesarias para la relación, que encaminan el instrumento a presentar vacíos, contradicciones y fallas.

Como se determinó, el marco actual presenta diversas problemáticas, pero también debe ser observado con otros ojos, a la luz de una interpretación extensiva que realce el deber de respeto como una responsabilidad amplia, con deberes tanto positivos como negativos, que son el punto de partida para la discusión sobre la relación entre empresas y derechos humanos. Esta relación, además, debe comprender otro tipo de argumentos filosóficos, jurídicos y morales en favor de imponer deberes sobre la materia en las empresas, como lo son la proximidad con el derecho y sus obligaciones, el bien colectivo y el utilitarismo, la función social de la empresa, los beneficios de la actividad empresarial, la potestad estatal de conceder derechos económicos como el de empresa y propiedad, o la teoría de la responsabilidad que se deriva de los bienes sociales.

Aunado a esta ampliación e interpretación del marco actual, no pueden desconocerse, de manera general, sus límites. En este sentido, se abordaron las cuestiones relativas a la importancia de pasar de un modelo de derecho blando a uno de derecho duro, reconociendo que, los instrumentos de derecho blando pueden ser también un método para imponer obligaciones de *hard law*, pero prestando una especial atención al proyecto de tratado que cursa actualmente en la ONU como medio para superar las limitaciones del marco actual. El sistema de derecho blando, si bien ha gozado de una amplia aceptación hasta el momento, deja en entredicho el hecho de que precisamente son las obligaciones indeterminadas y poco claras aquellas que gozan de aprobación. Lo anterior evidencia la necesidad de un

instrumento, que, aunque no sea necesariamente un tratado, endurezca estas obligaciones y las refuerce con el objetivo de determinar su alcance, contenido y finalidad, para que puedan ser competitivas con otras obligaciones del derecho internacional, como lo son las de naturaleza comercial. El paso de derecho blando a derecho duro es ideal por medio del tratado en cuestión, no obstante, buscamos arrojar claridad sobre algunos medios alternativos o complementarios por los cuales el *soft law* puede fortalecer el sistema actual o complementar el futuro.

Este proyecto de tratado, en todo caso, puede ser un gran avance en la materia y puede ayudar a cimentar un marco mucho más organizado, claro, determinante y, sobre todo, vinculante en cuanto a normas de derecho internacional que regulen esta relación. Sin embargo, primero, deberán reconocerse en este debate público, no solo los objetivos que se pretenden con este desarrollo normativo, sino también los límites, los principios y los retos que deben tenerse en cuenta para propender por el desarrollo del mejor acuerdo posible, en aras de evitar que el proyecto caiga al vacío o termine por perder su naturaleza actual.

En todo caso, el debate actual tampoco puede obviar algunas de las principales problemáticas que surgen de la discusión entre empresas y derechos humanos. En este sentido, algunos retos, como lo es principalmente la dificultad de imponer obligaciones directas a las empresas en el derecho internacional, por no ser estos sujetos de derecho internacional, nos hace pensar que la discusión actual debe ayudar a ampliar el concepto tradicional de los sujetos en el DI, para que, de esta manera, pueda existir una coherencia entre la práctica, la globalización económica y jurídica. En general, este problema es extensivo y pasa por cuestiones tan variopintas como la extraterritorialidad de las empresas, los instrumentos y órganos de la gobernanza global, la cooperación internacional en casos de violaciones a derechos humanos, o el aparente conflicto entre Norte y Sur Global. En general, el proyecto de tratado y el instrumento final deben aportar una visión nueva de las relaciones internacionales y el orden jurídico internacional con el fin de replantear estos puntos, especialmente si se quiere reconocer la importancia y el deber de que los agentes y sujetos que actualmente no participan de la esfera internacional comiencen a hacerlo.

A modo de conclusión, el marco actual de Los Principios Rectores amerita una visión mucho más extensiva que la originalmente planteada o concebida por los Estados y, sobre todo, las empresas. El marco actual, si no impone directamente deberes positivos, por lo menos los contempla de forma indirecta para su aplicación. En todo caso, Los Principios resultan insuficientes frente a las obligaciones que, desde diversas perspectivas, deberían ostentar las empresas frente a los derechos humanos y por ello se hace necesario plantear la necesidad de un tratado, y en general el paso de un modelo de *soft law* a *hard law*, que logre superar los límites y deficiencias del modelo anterior, pero que, a su vez, tenga en cuenta sus propias limitantes y logre establecer un marco jurídico que repiense y replantee la óptica jurídica internacional, desde los mecanismos de gobernanza global, hasta las relaciones comerciales y jurídicas que se desprenden de la globalización, para nutrir la relación entre empresas y derechos humanos, y lograr, por encima de todo, un marco jurídico propicio para que esta relación sea cada vez más clara e importante en las discusiones globales.

## BIBLIOGRAFIA

ACNUDH, ONU (29 de octubre de 2020). Argentina: ACNUDH fue parte del lanzamiento del programa “Empresas de Propiedad Estatal y Derechos Humanos”. <https://acnudh.org/argentina-acnudh-fue-parte-del-lanzamiento-del-programa-empresas-de-propiedad-estatal-y-derechos-humanos/>

Álvarez, Y., (15 de octubre de 2018). Cinco violaciones de derecho humanos por multinacionales europeas que hacen necesario un tratado vinculante. El Salto. <https://www.elsaltodiario.com/multinacionales/cinco-violaciones-de-derechos-humanos-por-multinacionales-europeas-que-hacen-necesario-un-tratado-vinculante>

Bilchitz, D., (junio de 2010). El marco Ruggie: ¿una propuesta adecuada para las obligaciones de derechos humanos de las empresas? *Revista internacional de derechos humanos*, 7(12), 209-243. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26672.pdf>

Bilchitz, D., (2016). The necessity for business and human rights treaty. *Business and Human Rights Journal*, 1(2), 203-228.

Bilchitz, D., (2017). Introduction: Putting Flesh on the Bone: What Should a Business and Human Rights Treaty Look Like?, *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, 1-24. Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/9781108183031.002

Bilchitz, D., (Diciembre de 2010). Do corporations Have Positive Fundamental Rights Obligations? *Theoria: a journal of social an political Theory*, 57(125), 1-35. <https://www.jstor.org/stable/41802484>

Blitt, R. C., (2017). Beyond Ruggie’s Guiding Principles on Business and Human Rights: charting and Embracive Approach to Corporate Human Rights Compliance. Texas

International Law Journal, (48)1, 34-62. <https://respect.international/wp-content/uploads/2017/09/Beyond-Ruggie.pdf>

Carneiro, M., Cordero, J., Cordero, C., & Hernando, Vidal., (Noviembre de 2013). Cuaderno-guía de los principios Rectores ONU sobre empresas y derechos humanos. Puerta de entrada. Sprint LTDA. <https://www.sustentia.com/wp-content/uploads/2014/01/Cuaderno-Guia-Principios-Rectores-Nov13-Sustentia.pdf>

CEPAL, ONU., (23 de octubre de 2013). *Tipología de Instrumentos Internacionales*. [https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/pr10-tipologia\\_instrumentos\\_internacionales\\_10.2013.esp\\_.pdf](https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/pr10-tipologia_instrumentos_internacionales_10.2013.esp_.pdf)

Choudhury, B. (2018). Balancing soft and hard law for business and human rights. *International and Comparative Law Quarterly*, 67(4), 961-986.

CIDH, (2018). Políticas públicas con enfoque de derechos humanos. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PoliticasPublicasDDHH.pdf>

Cirilig, R. (2016). Business and human rights: From soft law to hard law. *Juridical Tribune*, 6(2), 228-246

Clayton, M., and Stemplowska, Z., (Agosto de 2014). Dignified Morality: CSSJ Working papers Series, SJ026. *Centre for the Study of Social Justice, University of Oxford*. 2-39.

Consejo de Derechos Humanos de la ONU (Diciembre, 2013). Introducción a los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Oficina de Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/IntroductionsGuidingPrinciplesp.pdf>

Consejo de Derechos Humanos de la ONU (Marzo, 2012). Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas

para “proteger, respetar y remediar”. Oficina de Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos  
[https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_sp.pdf)

Comisión de Derechos Humanos, (11 de enero de 2000). Informe del Representante especial del Secretario General sobre la cuestión de los desplazados internos. Misión de seguimiento enviada a Colombia.  
<https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/onu/resdi/E-CN-4-2000-83-ADD-1.html>

CNDH, (2019). Empresas y Derechos Humanos y el rol de las INDH.  
<https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-11/Estudio-empresas-DH-Rol-INDH.pdf>

DIDH, ONU., (6 de diciembre de 2019). Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionDDHHES.pdf>

Deva, S. (2017). Scope of the Proposed Business and Human Rights Treaty: Navigating through Normativity, Law and Politics. In S. Deva & D. Bilchitz (Eds.), *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, Cambridge: Cambridge University Press. 154-182. doi:10.1017/9781108183031.008

FOEI., (2 de septiembre de 2020). El segundo borrador revisado del tratado vinculante de la ONU: “es como si perdiese su alma”. Amigos de la Tierra Internacional.  
<https://www.foei.org/es/noticias/segundo-borrador-revisado-onu-tratado-empresas-transnacionales-derechos-humanos-declaracion>

Friedman, M. (1966). *Capitalismo y libertad* (1962). Ediciones Rialp, Madrid.

Giuliani, E. (2017). Business and human rights, history, law and policy: Bridging the accountability gap. *Business and Human Rights Journal*, 2(2), 379-382.

Hafner-Burton, E. y K. Tsutsui (2005), "Human Rights in a Globalizing World: The Paradox of Empty Promises", *American Journal of Sociology*, 110(5).

ISO, (2010). Guía de Responsabilidad social.  
<https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:26000:ed-1:v1:es>

J. Gold, (julio, 1983). 'Strengthening the Soft International Law of Exchange Arrangements. Cambridge University Press, 77(3), <https://doi.org/10.2307/2201074>

Kamatali, J. (2012). The new guiding principles on business and human rights' contribution in ending the divisive debate over human rights responsibilities of companies: Is it time for an icj advisory opinion. *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 20(2), 437-464.

Kingo, L., (2015). El Pacto Mundial de la ONU: la búsqueda de Soluciones para retos Globales. *Crónica ONU*. <https://www.un.org/es/cr%C3%B3nica-onu/el-pacto-mundial-de-la-onu-la-b%C3%BAsqueda-de-soluciones-para-retos-globales>

López, A. F., (25 de enero de 2020). In defense of Direct Obligations for Business Under International Human Rights Law. *Business and Human Right Journal*, 5(1), 1-28. <https://doi.org/10.1017/bhj.2019.27>[Opens in a new window]

López-Hurtado, C. (2016). Los principios rectores sobre Empresas y Derechos Humanos: reflexiones críticas sobre su puesta en práctica y perspectivas. *Homa Publica. Revista internacional de Derechos Humanos y Empresa*, 1(1), 1-15. <https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/30421/20464>

Lucena Cid, I. V., (2017). La implementación de los Principios Rectores sobre las Empresas y los derechos humanos. Implicaciones para los Estados. Universidad Carlos III de Madrid. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/UNIV/article/view/3557/2173>

- Maxim, F. (2020). Hard Law versus Soft Law in International Law. Conferinta Internationala de Drept, *Studii Europene si Relatii Internationale*, 2020, 113-126.
- McConnell, L. (2017). Assessing the feasibility of business and human rights treaty. *International and Comparative Law Quarterly*, 66(1), 143-180.
- Mehra, A., (2017). Siempre y de todas las formas: garantizar el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas. Siglo Veintiuno Editores Argentina S.A. <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2018/03/Empresas-y-Derechos-humanos-Versio%CC%81n-final-para-WEB.pdf>
- Mujica, P.J., (2010). Desarrollo internacional de las obligaciones legales de las empresas respecto de los derechos humanos. Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho (64), 165-185. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201001.010>
- Norden, A. (1944). Krupp, international plotter. *Free World*, 8(5), 428-432.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, (2012). La Responsabilidad de las Empresas de Respetar los Derechos Humanos: Guía para la interpretación. [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_sp.pdf)
- Parella, K. (2020). Hard and Soft Law Preferences in Business and Human Rights. *AJIL Unbound*, 114, 168-173.
- Passenheim, A., (10 de diciembre de 2019). Derechos Humanos en el mundo: la situación es “bastante sombría”. Deutsche Welle. <https://www.dw.com/es/derechos-humanos-en-el-mundo-la-situaci%C3%B3n-es-bastante-sombr%C3%ADa/a-51613134>
- Pezzano, L., (2014). Las obligaciones de los Estados en el sistema universal de protección de los derechos humanos. Anuario Español de derecho internacional, 30, 303-346.

Rodríguez, G. C., (2017). Empresas y derechos humanos. Un marco conceptual y un mapa de estrategias regulatorias. Siglo Veintiuno Editores Argentina S.A. pp. 68. <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2018/03/Empresas-y-Derechos-humanos-Versio%CC%81n-final-para-WEB.pdf>

Rodríguez, C., (2018). Empresas y derechos humanos en el siglo XXI. Siglo Veintiuno Editores, p. 168 <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2018/03/Empresas-y-Derechos-humanos-Versio%CC%81n-final-para-WEB.pdf>

Ruggie, J. G., (21 de marzo de 2011). Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, John Ruggie : Guiding Principles on Business and Human Rights : Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework. [file:///Users/CamilaPerez/Downloads/A\\_HRC\\_17\\_31-EN.pdf](file:///Users/CamilaPerez/Downloads/A_HRC_17_31-EN.pdf)

Ruggie, J. G., (2011). Business and Human Rights: Together at Last? A conversation with John Reggie. The Fletcher Forum of World Affairs, 35(2). 117-122. <https://www.jstor.org/stable/45289537>

Ruiz, R., (2012). La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho. Derecho y Realidad, facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC, (20). 143-166. <file:///Users/CamilaPerez/Downloads/4860-Texto%20del%20art%C3%ADculo-10924-1-10-20160707.pdf>

Sánchez, K., (julio de 2018). Implementación de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos (PREDH) en empresas multinacionales. Universidad Externado de Colombia., p. 52. [https://bdigital.uexternado.edu.co/bitstream/handle/001/1470/JJA-spa-2018-Implementacion\\_de\\_los\\_Principios\\_Rectores\\_sobre\\_Empresas\\_y\\_Derechos\\_Humanos\\_PREDH\\_en\\_empresas\\_multinacionales?sequence=1](https://bdigital.uexternado.edu.co/bitstream/handle/001/1470/JJA-spa-2018-Implementacion_de_los_Principios_Rectores_sobre_Empresas_y_Derechos_Humanos_PREDH_en_empresas_multinacionales?sequence=1)

Santos, M. L., (5 de noviembre de 2004). El pensamiento de Ronald Dworkin: balance y críticas. <file:///Users/CamilaPerez/Downloads/Dialnet-ElPensamientoDeRonaldDworkin-2220977.pdf>

Serrano, S., (2013) Obligaciones del Estado frente a los derechos humanos y sus principios rectores: una realacion para la interpretacion y aplicación de los derechos. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3567/9.pdf>

Vargas, C., (2017). ¿Un tratado sobre empresas y derechos humanos? Un debate recurrente en un nuevo panorama de gobernanza. Siglo Veintiuno Editores Argentina S.A. 167-188. <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2018/03/Empresas-y-Derechos-humanos-Versio%CC%81n-final-para-WEB.pdf>

Taylor, T. (1953). Krupp trial: Fact v. fiction, *the Columbia Law Review*, 53(2), 197-210.

United Nations War Crimes Commission. (1949). Law Reports of Trials of War Criminals. London, Published for the United Nations War Crimes Commission by H.M.S.O.

Weissbrodt, D. (2005). Business and human rights. *University of Cincinnati Law Review*, 74(1), 55-74.

Zerk, J., (2016). Corporate liability for gross human rights abuses. Towards a fairer and more effective system of domestic law remedies. A report prepared for the Office of the UN High Commissioner of Human Rights. <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/DomesticLawRemedies/StudyDomesticLawRemedies.pdf>