



Asamblea General

Distr.
GENERAL

A/HRC/11/13
22 de abril de 2009

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS
11º período de sesiones
Tema 3 del programa

**PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE TODOS LOS DERECHOS HUMANOS,
CIVILES, POLÍTICOS, ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES
INCLUIDO EL DERECHO AL DESARROLLO**

**La empresa y los derechos humanos: la puesta en práctica del marco
"proteger, respetar y remediar"**

**Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión
de los derechos humanos y las empresas transnacionales y
otras empresas comerciales***

Resumen

El presente informe recapitula las características principales del marco "proteger, respetar y remediar" y describe las orientaciones estratégicas de las actividades del Representante Especial hasta la fecha, con miras a poner en práctica el marco.

* Este informe se presenta con retraso a fin de incluir la información más reciente posible.

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. INTRODUCCIÓN	1 - 6	3
II. LA CRISIS ECONÓMICA	7 - 11	5
III. LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE PROTEGER LOS DERECHOS	12 - 44	6
A. El derecho de sociedades	24 - 27	10
B. Acuerdos sobre inversión y comercio	28 - 37	11
C. Cooperación internacional	38 - 43	13
D. Resumen.....	44	14
IV. LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA DE RESPETAR LOS DERECHOS HUMANOS	45 - 85	15
A. La responsabilidad de respetar los derechos humanos.....	56 - 69	17
B. La debida diligencia	70 - 84	20
C. Recapitulación.....	85	23
V. ACCESO A LOS REMEDIOS EFECTIVOS	86 - 115	23
A. Obligaciones del Estado	87 - 90	23
B. Interacción entre los mecanismos judiciales y no judiciales.....	91 - 92	24
C. Mecanismos judiciales	93 - 98	25
D. Mecanismos no judiciales	99 - 114	27
E. Recapitulación.....	115	30
VI. CONCLUSIÓN	116 - 121	31

I. INTRODUCCIÓN

1. En su período de sesiones de junio de 2008, el Consejo de Derechos Humanos se pronunció unánimemente en favor del marco de políticas "proteger, respetar y remediar", propuesto por el Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales¹. Era la primera vez que el Consejo, o su predecesor, adoptaba una posición de fondo sobre la cuestión de la empresa y los derechos humanos. En su resolución 8/7, el Consejo prorrogó el mandato del Representante Especial por tres años, encargándole que pusiera en práctica el marco y proporcionara "recomendaciones prácticas" y "orientación concreta" a los Estados, las empresas y otros agentes sociales respecto de su aplicación.

2. El marco se apoya en tres principios básicos: el deber de protección del Estado frente a los abusos contra los derechos humanos cometidos por terceros, en particular las empresas, mediante las políticas adecuadas, la reglamentación y el recurso a los tribunales; la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos, que en lo esencial significa actuar con la debida diligencia para evitar la vulneración de los derechos de terceros, y la mejora del acceso de las víctimas a recursos efectivos, judiciales o no judiciales². Los tres principios son complementarios, por cuanto se respaldan mutuamente.

3. El nuevo mandato tiene por objeto plasmar el marco en principios directivos prácticos. Antes incluso de pasar a una nueva fase de la puesta en práctica, se han recibido aportaciones considerables. Por ejemplo, en el anuncio de la nueva "Declaración sobre los derechos humanos", de la Agencia de Créditos a la Exportación del Canadá, se hace referencia al marco y se indica que la Agencia supervisará la labor del Representante Especial para "orientar su planteamiento respecto de la evaluación de los derechos humanos"³. El punto nacional de contacto (PNC) del Reino Unido para las Directrices sobre las empresas multinacionales de la OCDE determinó que una empresa no había ejercido la "debida diligencia" en materia de derechos humanos -utilizando el término en el sentido en que viene definido en el informe del Representante Especial al Consejo de 2008 (A/HRC/8/5)- y señaló a la atención de la empresa el mencionado informe, recomendándole que aplicase una política efectiva en lo referente a la responsabilidad de la empresa⁴. En una moción del Parlamento australiano se tomó nota del

¹ A/HRC/8/5.

² La obligación del Estado de proteger los derechos humanos está sobradamente establecida, se asienta firmemente en el derecho internacional de los derechos humanos y no guarda relación con el principio de la "responsabilidad de proteger", del debate sobre la intervención humanitaria.

³ "La nueva Declaración enuncia los principios de la EDC para el examen de los derechos humanos", 30 de abril de 2008: http://www.edc.ca/english/docs/news/2008/mediaroom_14502.htm.

⁴ Declaración final del punto nacional de contacto del Reino Unido para las Directrices sobre las empresas multinacionales de la OCDE: Afrimex (UK) Ltd., 28 de agosto de 2008, párrs. 41, 64 y 77: <http://www.berr.gov.uk/files/file47555.doc>.

marco y se incitó al Gobierno a "alentar a las empresas australianas a respetar los derechos de los miembros de las comunidades en que operan y a establecer mecanismos para dirimir los agravios que se ajusten a derecho, tanto en Australia como en otros países"⁵. El Documento Blanco de 2009 del Gobierno noruego sobre la responsabilidad social de las empresas dedica considerable atención al marco⁶.

4. Importantes entidades empresariales han declarado su apoyo al marco. En una declaración conjunta, la Organización Internacional de Empleadores (OIE), la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y el Comité Asesor para las empresas y la industria de la OCDE afirmaron que el marco ofrece "un medio claro, práctico y objetivo de abordar una serie muy compleja de cuestiones"⁷. El marco ha sido acogido favorablemente por el Consejo Internacional de Minería y Metales y la Iniciativa de dirigentes empresariales en cuestión de derechos humanos⁸. Cuarenta fondos de inversión socialmente responsables escribieron al Consejo, comunicando que el marco les ayudaba al difundir el conocimiento de los efectos de la actividad empresarial en los derechos humanos y favorecer la adopción de medidas adecuadas para atenuar esos efectos⁹. La compañía petrolera ExxonMobil, en una conmemoración pública del 60º aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, señaló la responsabilidad empresarial de respetar los principios, enunciada en el marco, como punto de referencia para sus empleados¹⁰.

5. En una declaración conjunta de la sociedad civil al Consejo, de mayo de 2008, se indicó la utilidad del marco, y varios de sus firmantes se remitieron al mismo en sus posteriores actividades de promoción¹¹. Amnistía Internacional dijo que el marco "posee el potencial necesario para aportar una importante contribución a la protección de los derechos humanos"¹². El Representante Especial expresó su satisfacción por la respuesta positiva de las organizaciones no gubernamentales (ONG), formulada en una consulta de múltiples interesados que se celebró en Nueva Delhi en febrero de 2009, y en una reunión de información de ONG que tuvo lugar en

⁵ Actas oficiales del Senado (Nº 6 2008), 23 de junio de 2008, págs. 3037 y 3038: <http://www.aph.gov.au/HANSARD/senate/dailys/ds230608.pdf>.

⁶ "Responsabilidad social de las empresas en una economía global", Ministerio de Relaciones Exteriores, Noruega, 23 de enero de 2009.

⁷ <http://www.reports-and-materials.org/Letter-IOE-ICC-BIAC-re-Ruggie-report-May-2008.pdf>.

⁸ Véase <http://www.icmm.com/page/8331/icmm-welcomes-ruggie-report>; y <http://www.reports-and-materials.org/BLIHR-statement-Ruggie-report-2008.pdf>.

⁹ <http://www.reports-and-materials.org/SRI-letter-re-Ruggie-report-3-Jun-2008.pdf>.

¹⁰ En un artículo de la página editorial del *New York Times*: http://www.exxonmobil.com/corporate/news_opeds_20081218_humanrights.aspx.

¹¹ A/HRC/8/NGO/5.

¹² <http://www.reports-and-materials.org/Amnesty-submission-to-Ruggie-Jul-2008.doc>.

Nueva York en marzo de este mismo año. Por último, las actividades del marco ocupan un lugar destacado en los trabajos académicos y en los medios de comunicación.

6. El presente informe actualiza la información sobre las medidas que ha tomado el Representante Especial para poner en ejecución el marco, y trata de un cierto número de cuestiones correlativas que se plantearon en las consultas en curso. No obstante, antes convendrá hacer algunas breves reflexiones sobre la difícilísima situación económica actual, y el modo en que podría afectar a las empresas y los derechos humanos.

II. LA CRISIS ECONÓMICA

7. Desde su primer informe a la Comisión de Derechos Humanos, en 2006, el Representante Especial ha venido afirmando el carácter insostenible de los grandes desequilibrios entre el alcance y el impacto de las fuerzas y los agentes económicos, por una parte, y la capacidad de las sociedades para gestionar sus consecuencias desfavorables¹³. El informe de 2007 del Representante Especial daba comienzo con la siguiente afirmación: "No hay nada de especial que caracterice la actividad del mercado"¹⁴. Los mercados pueden ser medios muy eficientes para asignar los escasos recursos y fuerzas poderosas para promover objetivos sociales, desde el alivio de la pobreza hasta el estado de derecho. Sin embargo, para operar de manera óptima los mercados necesitan los respaldos institucionales adecuados, y estar imbuidos de los valores más amplios de la comunidad social. El Representante Especial ha sostenido en todos sus informes que estas deficiencias de la gobernanza "crean el entorno permisivo en el que pueden producirse actos censurables de empresas sin la debida sanción o reparación"¹⁵. El Representante recurrió a este concepto para explicar la situación actual en lo referente a la empresa y los derechos humanos. Ahora sabemos que esto es válido también para la economía política a escala mundial.

8. Hoy en día los responsables de las políticas en todo el mundo se esfuerzan por apagar los incendios en el sistema financiero global y limitar sus consecuencias para la economía real. Según un informe del Banco Asiático de Desarrollo, la pérdida de riqueza en todo el mundo en el año en curso podría alcanzar la cifra de 50 billones de dólares de los EE.UU., lo que representa el valor de un año del PIB¹⁶. Según un informe del Banco Mundial, en 2009 el PIB global disminuyó por primera vez desde la Segunda Guerra Mundial, y el descenso del comercio mundial será el más pronunciado de los últimos 80 años¹⁷. Incluso países relativamente aislados del desmoronamiento inicial del sector financiero, como la mayoría de los países en desarrollo, fueron duramente golpeados por sus efectos: baja demanda de sus exportaciones, desplome de

¹³ E/CN.4/2006/97, párr. 18.

¹⁴ A/HRC/4/35, párr. 1.

¹⁵ A/HRC/8/5, párr. 3.

¹⁶ <http://www.adb.org/Media/Articles/2009/12818-global-financial-crisis/Major-Contagion-and-a-shocking-loss-of-wealth.pdf>.

¹⁷ <http://siteresources.worldbank.org/NEWS/Resources/swimmingagainstthetide-march2009.pdf>.

los precios de los productos básicos, falta de financiación del comercio, graves limitaciones del crédito, caídas verticales de la inversión extranjera directa y una brusca desaceleración de las remesas de los trabajadores. La OIT estima que el número de personas oficialmente desempleadas podría superar los 230 millones en 2009, siendo así que el año pasado fue de 193 millones¹⁸.

9. A menudo los más afectados son los que ya eran vulnerables, tanto particulares como países. Hay que esforzarse a nivel mundial y nacional para limitar los daños y recuperar el impulso de la economía. Los gobiernos han de abstenerse de levantar barreras proteccionistas o suavizar las normas relativas a los derechos humanos para las empresas; los beneficios a corto plazo de estas medidas son ilusorios y, a la larga, ponen en peligro la recuperación. Las empresas deben actuar con responsabilidad, incluso cuando disminuya la actividad y se cierren instalaciones, y restaurar la confianza del público en la empresa es un desafío tan inmediato como el de reinventar modelos empresariales viables.

10. Por dolorosas que puedan ser las perspectivas a corto plazo, las premisas de la cuestión de la empresa y los derechos humanos deben ajustarse más que en las últimas décadas a la política económica general del mundo. A gobiernos que antes profesaban doctrinas económicas neoliberales se les ha recordado sin ambages que tienen obligaciones que ningún otro actor social puede cumplir, con la consiguiente reconsideración del equilibrio entre el mercado y el Estado. En otros países, la necesidad de profundizar sus mercados nacionales les obligará a prestar mayor atención a las inversiones sociales y las redes de seguridad, favoreciendo así la concienciación de los ciudadanos respecto de ciertos derechos económicos y sociales.

Las empresas han tenido que reconocer que nadie, incluidas las propias empresas, puede seguir actuando como si no hubiera pasado nada, y que deben integrar mejor las preocupaciones sociales en sus metas estratégicas a largo plazo. La sociedad reclama unánimemente una reparación cuando se ha infligido un daño. Los términos transparencia y responsabilización tienen una resonancia mayor que nunca. Y cada vez son más insistentes las exhortaciones a la equidad. Como está estrechamente vinculado con estos cambios, el tema de la empresa y los derechos humanos contribuye a la transición hacia un modelo de crecimiento económico más incluyente y sostenible, y al mismo tiempo se beneficia de ella.

11. Se suele insinuar que en todas las crisis hay oportunidades. Al poner en ejecución el marco "proteger, respetar y remediar", lo que pretende el Representante Especial es identificar esas oportunidades en la esfera de la empresa y los derechos humanos y demostrar cómo pueden aprovecharse en la práctica.

III. LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE PROTEGER LOS DERECHOS

12. El Consejo pidió al Representante Especial que formulase opiniones y recomendaciones sobre las formas de promover el cumplimiento del deber del Estado de proteger todos los derechos humanos contra los abusos que cometan las empresas, en particular mediante la cooperación internacional. En la presente sección se expone en forma resumida la naturaleza de

¹⁸ http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_103456.pdf.

este deber y se comentan varias cuestiones de políticas relacionadas con las empresas, que son muy pertinentes para los Estados que cumplan esta obligación¹⁹.

13. La obligación del Estado de proteger los derechos contra los abusos de terceros se basa en la normativa internacional de los derechos humanos. Los términos empleados en los principales tratados sobre derechos humanos de las Naciones Unidas varían, pero en todos ellos figuran dos clases de obligaciones. En primer lugar, los tratados obligan a los Estados parte a abstenerse de violar los derechos indicados en el tratado en su territorio y/o jurisdicción. En segundo lugar, los tratados exigen a los Estados que "garanticen" (o cualquier otro término funcionalmente equivalente) el disfrute o la realización de esos derechos por sus titulares²⁰. Además, para garantizar el disfrute de los derechos por parte de sus titulares, los Estados han de protegerlos contra otros agentes sociales, como las empresas, que obstaculizan o niegan esos derechos. Las orientaciones de los organismos internacionales que se ocupan de los derechos humanos dan a entender que la obligación de protección del Estado se aplica a todos los derechos reconocidos que puedan ser menoscabados por instancias pertenecientes al sector privado, y a todos los tipos de empresas comerciales²¹.

14. La obligación de protección del Estado no es una norma de resultado sino de conducta, es decir, que los Estados no son responsables de los abusos contra los derechos humanos propiamente dichos cometidos en el ámbito empresarial, pero sí puede considerarse que incumplen sus obligaciones si no adoptan las medidas adecuadas para prevenir estos abusos e

¹⁹ El acceso a los recursos se examina en la sección IV.

²⁰ Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los Derechos del Niño utilizan los términos "respeto" y "garantizar" (el primero de ellos en el contexto de los Estados), lo que significa que los Estados deben abstenerse de violar los derechos. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad exige que los Estados parte "aseguren y promuevan" el ejercicio de los derechos humanos, y tomen las medidas adecuadas para "eliminar" los abusos cometidos por las "empresas" privadas. La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial dispone que los Estados parte "prohibirán y harán cesar... la discriminación racial practicada por personas, grupos u organizaciones". La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer exige que los Estados parte "tomen todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas". Los Estados parte en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se comprometen a "adoptar medidas... para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos", mientras que en las disposiciones del Pacto relativas concretamente a los derechos, como las referentes al trabajo, se habla de "asegurar" esos derechos.

²¹ En el documento A/HRC/8/5/Add.1 figura un resumen de las referencias extraídas por el Representante Especial de los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas, y las observaciones de los órganos creados en virtud de los tratados.

investigarlos, sancionarlos y repararlos cuando hayan ocurrido²². Dentro de esos parámetros, los Estados tienen facultades discrecionales sobre la manera de cumplir su obligación.

Los principales tratados de derechos humanos prevén en general medidas legislativas, administrativas y judiciales. Los órganos creados en virtud de tratados han recomendado a los Estados que promulguen leyes antidiscriminatorias para las prácticas en materia de empleo; consulten con las comunidades antes de aprobar proyectos de minería o de explotación maderera, vigilen los efectos de esos proyectos en los derechos humanos y tomen medidas al respecto, e inciten a las empresas a elaborar códigos de conducta que tengan en cuenta los derechos humanos.

15. El derecho internacional no ha resuelto el problema de la dimensión extraterritorial de la obligación de proteger los derechos. Actualmente los organismos internacionales que se ocupan de los derechos humanos tienden a pensar que los Estados no están obligados a regular las actividades extraterritoriales de las empresas registradas en su jurisdicción, ni se les suele prohibir que lo hagan a condición de que exista una base de jurisdicción reconocida, y se cumplan condiciones generales en cuanto al carácter razonable de estas exigencias. Dentro de esos límites, algunos órganos creados en virtud de tratados alientan a los Estados a tomar medidas para impedir los abusos cometidos en el extranjero por empresas pertenecientes a su jurisdicción²³.

16. También hay razones de peso para que los Estados de origen inciten a sus empresas a respetar los derechos en el extranjero, especialmente si el propio Estado participa en una empresa mixta como propietario, inversor, asegurador, apoderado o simplemente promotor. Esta incitación libera a los Estados de origen de la posición insostenible de estar asociados con una empresa en el exterior que haya podido cometer abusos. Ello puede proporcionar el tan necesario apoyo a los Estados que carecen de la capacidad necesaria para aplicar eficazmente una reglamentación propia.

17. Los Estados conocen desde hace mucho tiempo la gama de medidas que deben adoptar en relación con los abusos cometidos por sus agentes. Además, la mayoría de los Estados han adoptado medidas y han creado instituciones para ciertas cuestiones importantes en el ámbito de la empresa y los derechos humanos, como las normas laborales y la no discriminación en el lugar de trabajo. Pero, aparte de eso, el tema de la empresa y los derechos humanos adolece de considerables incongruencias jurídicas y políticas, como puede verse en el informe del Representante Especial de 2008.

18. Existe una incongruencia "vertical", en el sentido de que los gobiernos aceptan sus obligaciones en materia de derechos humanos pero no adoptan las políticas, leyes y procesos necesarios para cumplirlas. Aún más frecuente es la incongruencia "horizontal", que consiste en que los departamentos y agencias dedicados a la economía o a la empresa que configuran

²² Los hechos de las empresas pueden imputarse directamente a los Estados en algunas circunstancias, por ejemplo cuando un Estado ejerce un control tan estrecho que la empresa no es más que un agente.

²³ Véase, por ejemplo, CERD/C/USA/CO/6 (2008), párr. 30; CDESCR Observación general N° 19 (2008), párr. 54.

directamente las prácticas empresariales -con inclusión del comercio, la inversión, el crédito y los seguros de exportación, el derecho de sociedades y la reglamentación del mercado de valores- realizan su labor sin tener en cuenta a los organismos oficiales que se ocupan de los derechos humanos ni las obligaciones de sus gobiernos a este respecto, y en gran parte sin que sus gobiernos les informen.

19. La incongruencia de la política nacional se reproduce a nivel internacional, y esto da lugar a una serie de mensajes ambiguos y contradictorios de los gobiernos y las organizaciones internacionales a las empresas.

20. Recientemente se han empezado a abordar algunos de esos problemas en los ámbitos jurídico y normativo. En anteriores informes, el Representante Especial señaló cuatro importantes novedades de orden jurídico: la creciente armonización internacional de las normas para las empresas en relación con los delitos internacionales, de conformidad con el derecho interno, en gran parte como subproducto de la convergencia de las normas aplicables a los particulares; una nueva norma sobre la complicidad de las empresas en las violaciones de los derechos humanos; la consideración por algunos Estados de la "cultura empresarial" al definir la responsabilidad penal o la sanción, y un aumento de las demandas civiles contra empresas principales por sus hechos u omisiones en relación con los daños causados a sus filiales extranjeras²⁴.

21. En cuanto a las políticas, un número cada vez mayor de Estados adoptan normas de responsabilidad social de la empresa (RSE)²⁵. Esas normas varían en forma y en contenido, pero por lo general promueven las prácticas empresariales responsables e incitan a las empresas a conocer y respetar los derechos humanos. En algunos casos, el acceso a la asistencia oficial, como los créditos a la exportación o los seguros de las inversiones, pueden condicionarse a que las empresas apliquen una política de RSE, participando en el Pacto Global de las Naciones Unidas o confirmando su conocimiento de las Directrices de la OCDE.

22. El Representante Especial cree importante que todos los interesados, incluidos los gobiernos, se informen más acerca de estas novedades y el modo en que pueden contribuir a mejorar la coherencia de las políticas relativas a la empresa y los derechos humanos. Por consiguiente, el Representante Especial ha enviado un cuestionario a los Estados miembros, agradece a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos su ayuda en esta operación, e insta a todos los gobiernos a que respondan al cuestionario.

23. Asimismo, el Representante Especial está estudiando otras varias cuestiones de política estrechamente relacionadas con la obligación del Estado de proteger los derechos: se trata en particular del derecho de sociedades, los acuerdos sobre inversiones y comercio y la cooperación internacional, sobre todo en las zonas afectadas por conflictos.

²⁴ A/HRC/4/35, párrs. 19 a 32; A/HRC/8/5, párrs. 31 y 90; A/HRC/8/16.

²⁵ Muchos países de la OCDE aplican estas políticas. Algunos elementos de las mismas se encuentran también en Brasil, China, Indonesia y otros países.

A. El derecho de sociedades

24. El derecho de sociedades determina directamente lo que pueden hacer las empresas, y cómo pueden hacerlo. Sin embargo, todavía se conocen mal sus consecuencias para los derechos humanos. Tradicionalmente, se pensaba que las dos disciplinas pertenecen a esferas jurídicas y políticas diferentes, con colectivos que aplican prácticas distintas. Esta visión empieza a cambiar porque los gobiernos y los tribunales están introduciendo más consideraciones de interés público en la ecuación. Unos pocos ejemplos permitirán comprenderlo mejor.

25. Una ley recientemente aprobada en Dinamarca exige que las empresas de mayor tamaño den a conocer su programa de RSE, o digan si no lo tienen²⁶. La Ley de sociedades en el Reino Unido, recientemente revisada, exige a los miembros de los consejos de administración que "tengan en cuenta" cuestiones tales como "los efectos de las operaciones de la empresa en la comunidad y en el medio ambiente", en el contexto de sus obligaciones con la empresa²⁷. El Gobierno del Reino Unido confirmó recientemente que los fiduciarios de los fondos de pensiones no tienen prohibido hacer valer consideraciones sociales, ambientales o éticas en sus decisiones de inversión, siempre y cuando actúen en interés del fondo²⁸. La reciente Ley de sociedades de Sudáfrica permite al Gobierno prescribir normas sociales y éticas para ciertas empresas²⁹. Un proyecto de ley de sociedades en la India exige a las empresas de un cierto tamaño públicamente registradas que establezcan un "comité de relaciones con las partes interesadas" a nivel de consejo de administración, para "considerar y resolver las reclamaciones de los interesados"³⁰.

26. En los Estados Unidos, las leyes federales obligan a las empresas públicamente registradas a disponer de programas sólidos de evaluación, gestión y presentación de informes sobre los riesgos importantes. Ninguna de estas leyes menciona explícitamente los derechos humanos, pero es evidente que los riesgos importantes abarcan cuestiones de derechos humanos; desde el litigio *Doe c. Unocal* en 1997, que sentó precedente, se han incoado más de 50 demandas contra empresas al amparo de la Ley Alien Tort, por causa de participación de la empresa en abusos contra los derechos humanos cometidos en el extranjero. Otros riesgos son los derivados de los daños a la reputación y la desorganización funcional.

²⁶ Ley por la que se enmienda la Ley sobre estados financieros de Dinamarca, que entró en vigor el 1º de enero de 2009.

²⁷ Artículo 172 1) d) de la Ley de sociedades del Reino Unido (2006), que entró en vigor el 1º de octubre de 2007.

²⁸ Declaración de Lord McKenzie of Luton, Subsecretario de Estado Parlamentario, Departamento de Trabajo y Pensiones, Actas Oficiales del Parlamento (26 de noviembre de 2008).

²⁹ Artículo 72 4), Ley de sociedades de Sudáfrica, de 2008.

³⁰ Artículo 158 (12-13), proyecto de ley de sociedades en la India, de 2008.

27. A fin de aclarar lo que se espera de las empresas en relación con los derechos humanos, en virtud del derecho de sociedades, el Representante Especial tiene la satisfacción de comunicar que 19 importantes bufetes de abogados de todo el mundo se han ofrecido voluntariamente a estudiar las disposiciones relativas al derecho de sociedades en más de 40 jurisdicciones³¹. Estos bufetes documentarán la manera en que la consideración de los derechos humanos por las empresas y sus empleados se tiene en cuenta, explícitamente o por inferencia, en las leyes y directrices relativas al registro de empresas, los mandatos de los miembros de los consejos de administración, las prácticas de presentación de informes, la participación de los interesados y la gobernanza empresarial en general. Asimismo, los abogados informarán sobre el modo en que los organismos de regulación de las empresas y los tribunales aplican esas leyes y directrices, y sobre si se está estudiando una posible reforma legal o de políticas. Los resultados de la encuesta se publicarán, y el Representante Especial realizará amplias consultas sobre las recomendaciones que pueda formular a los Estados.

B. Acuerdos sobre inversión y comercio

28. A pesar de la actual crisis, la inversión y el comercio volverán a ser los motores del crecimiento de la economía, ya que un crecimiento sostenible sigue siendo la condición necesaria para el desarrollo económico y social. A corto plazo el problema consiste en evitar la escalada del proteccionismo por la acción recíproca de los países, que hizo más profunda y prolongada la Gran Depresión y, en último término, provocó algunos de los peores horrores del siglo XX.

29. La Historia describe también las oleadas sucesivas de Estados que expropiaban arbitrariamente las inversiones extranjeras y, antes de eso, la "diplomacia del cañonero" en la que a veces se respondía a esas expropiaciones. El régimen actual de la inversión se basa en tratados y contratos internacionales de inversión, a menudo acompañados de un sistema de arbitraje vinculante del Estado inversor; este proceso creció a ritmo exponencial en los años noventa.

30. No obstante, la experiencia reciente hace pensar que algunas garantías y disposiciones de los tratados y los contratos pueden entorpecer indebidamente la capacidad del gobierno de acogida de alcanzar sus objetivos legítimos de política, entre ellos el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esto se debe a que los inversores extranjeros, bajo la amenaza de un arbitraje internacional vinculante, quizás puedan eximir a su empresa comercial de las nuevas leyes y reglamentaciones, o pedir compensación al gobierno por el costo de aplicarlas³².

31. Un proyecto de modelo de acuerdo de Noruega, con su comentario, tiene en cuenta esos problemas derivados de los tratados bilaterales de inversión. En el comentario se indica que esos tratados crean riesgos potenciales para el sistema de reglamentación y protección de Noruega, que está muy desarrollado y comprende políticas ambientales y sociales, y se hace hincapié en la

³¹ <http://www.reports-an-materials.org/Corporate-law-firms-advise-Ruggie-23-Mar2009.pdf>.

³² El caso *Piero Foresti, Laura de Carli and others v. Republic of South Africa* (ICSID Caso N° ARB(AF)/07/1) ha atraído la atención internacional por su relación con las leyes favorables al empoderamiento económico de la población negra de ese país.

vulnerabilidad de los países en desarrollo frente a acuerdos "que limitan la libertad de acción política y el ejercicio de la autoridad..."³³. El proyecto de modelo de acuerdo trata de "asegurar que un acuerdo de inversión no limite el derecho del Estado a reglamentar legítimamente la acción de los inversores. Sin embargo, hay que mantener un equilibrio entre el derecho a reglamentar y el deseo de los inversores de previsibilidad, salvaguardias jurídicas, requisitos mínimos respecto de las medidas que pueda adoptar el Estado e indemnización en caso de expropiación"³⁴.

32. Con frecuencia los inversores mejoran la protección prevista en los tratados bilaterales de inversión con disposiciones de "estabilización" en contratos confidenciales firmados con los gobiernos de acogida, denominados "acuerdos con el gobierno de acogida". El Representante Especial, en colaboración con la Corporación Financiera Internacional, analizó las disposiciones de estabilización de casi 90 acuerdos firmados recientemente con gobiernos de acogida³⁵. Entre sus conclusiones principales figuran las siguientes: ninguno de los acuerdos firmados por gobiernos de acogida con los países de la OCDE prevé exenciones de las nuevas leyes para los inversores y, con algunas excepciones secundarias, las cláusulas de estabilización se han ajustado a las necesidades de preservación del interés público; la mayoría de los acuerdos firmados por gobiernos de acogida con países no pertenecientes a la OCDE contienen disposiciones encaminadas a eximir a los inversores del cumplimiento de las nuevas leyes ambientales y sociales, o prevén compensaciones por dicho cumplimiento. Las disposiciones de estabilización más amplias se encuentran en los acuerdos firmados en el África subsahariana, donde 7 de los 11 acuerdos con gobiernos de acogida prevén exenciones de todas las nuevas leyes durante el período de aplicación del proyecto, o indemnizaciones por la observancia de esas leyes, independientemente de su pertinencia para la protección de los derechos humanos o cualquier otro interés público.

33. Este tema de investigación fue examinado con expertos de Londres, Johannesburgo y Marrakesh. Abogados experimentados de grandes bufetes internacionales se declararon sorprendidos por el hecho de que algunos de sus colegas empleasen todavía las disposiciones de estabilización más extremas y los gobiernos estuvieran dispuestos a aceptarlas, mientras que varios negociadores de países en desarrollo ignoraban que hubiera alternativas.

34. Cuando un inversor somete una reclamación relativa a un tratado bilateral de inversiones o un acuerdo con un gobierno de acogida a un arbitraje internacional vinculante, según cuáles sean las normas previstas en los acuerdos muy pocos elementos de la causa, o ninguno, podían hacerse públicos. Esto es contrario a los principios de la transparencia y el buen gobierno. Aunque la información comercial confidencial debe protegerse, algunas reglas impiden que se ponga en conocimiento de los ciudadanos no ya el fondo de la cuestión sino incluso la existencia misma de una demanda contra el país. Esto hace que las empresas y los gobiernos no puedan

³³ "Comments on the Model for Future Investment Agreements (traducción al inglés)", 19 de diciembre de 2007 (en el archivo del Representante Especial hay un ejemplar), pág. 11.

³⁴ *Ibid.*, pág. 27.

³⁵ Véase "Stabilization Clauses and Human Rights", http://www.ifc.org/ifcex/sustainability.nsf/Content/Publications_LessonsLearned.

aplicar prácticas de contratación más responsables y que los árbitros pronuncien laudos incoherentes, socavando la previsibilidad y la legitimidad del sistema.

35. Así pues, el Representante Especial expresó su satisfacción por las opiniones expuestas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que es una de las fuentes de las normas de arbitraje, en su 41º período de sesiones celebrado en 2008. El Representante Especial se siente alentado por la conclusión de la Comisión, según la cual la transparencia es un objetivo deseable en los arbitrajes de un Estado inversor, y por su decisión de abordar este tema con carácter prioritario³⁶.

36. Como próximo paso, el Representante Especial está estudiando la posibilidad de dictar orientaciones sobre prácticas de "contratación responsable" en relación con los derechos humanos, para los acuerdos con los gobiernos de acogida. Al igual que en el mencionado comentario de Noruega sobre los tratados bilaterales de inversión, estas orientaciones deberán atender a dos objetivos igualmente importantes: salvaguardar la capacidad del Estado de acogida de cumplir sus obligaciones, incluidas las previstas en la normativa internacional de los derechos humanos, y dar a los inversores confianza en que el Estado de acogida no actuará de un modo discriminatorio o arbitrario, o con fines malintencionados.

37. El Representante Especial todavía no ha emprendido los proyectos relativos al comercio, pero sigue consultando ampliamente a los expertos para determinar si el régimen comercial puede limitar o facilitar la obligación de protección del Estado, y cómo puede hacerlo³⁷.

C. Cooperación internacional

38. El Consejo de Derechos Humanos pidió al Representante Especial que formulase recomendaciones acerca de la "cooperación internacional" en relación con la obligación de protección del Estado. A su modo de ver, en el contexto de la empresa y los derechos humanos este término significa que los Estados han de colaborar en la aplicación de medidas conjuntas para sensibilizar a la población, crear capacidad y resolver los problemas. Varios factores restringen por ahora el logro de estos objetivos.

39. En primer lugar, los Estados no utilizan los foros existentes con suficiente efectividad para mejorar el intercambio de conocimientos sobre la obligación de protección del Estado en el contexto empresarial. Estos foros son los organismos derivados de los tratados, el examen periódico universal del Consejo de Derechos Humanos, los puntos nacionales de contacto previstos en las Directrices de la OCDE y los mecanismos regionales de derechos humanos. Las instituciones internacionales de comercio y finanzas, con excepción de la CFI y la OCDE, no han entablado ningún diálogo intergubernamental serio sobre estas cuestiones, lo que refleja en parte la intervención de agentes del sector privado.

³⁶ A/63/17.

³⁷ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por ejemplo, ha expresado su preocupación por los efectos potencialmente adversos de los acuerdos comerciales en las obligaciones dimanantes del Pacto (/C.12/CRI/CO/4/CRP.1, párr.42).

40. El Representante Especial sigue empeñado en establecer contactos dentro y fuera de los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas; hasta ahora ha establecido contactos con los organismos creados en virtud de tratados y los procedimientos especiales, las entidades regionales de derechos humanos, las comisiones nacionales de derechos humanos, el Banco Mundial, la CNUDMI, la OCDE, la Comisión y el Parlamento Europeos, y los gobiernos nacionales. El Representante Especial agradecería disponer de nuevas oportunidades a este respecto.

41. La creación de capacidad por el Estado más allá del diálogo y el aprendizaje. No obstante, el tema de la empresa y los derechos humanos no es prioritario en el programa de creación de capacidad de la mayoría de los organismos internacionales y bilaterales. La OIT es una notable excepción en lo tocante a los derechos laborales, y algunos organismos bilaterales de desarrollo prestan apoyo a los programas de RSE en los países en desarrollo. Sólo la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha empezado a considerar, el año pasado, la inclusión del tema de la empresa y los derechos humanos en sus actividades de creación de capacidad en los países, sin que todavía le haya asignado prioridad.

42. Un ejemplo de las consecuencias desfavorables de este apoyo insuficiente son los contratos de inversión firmados por los negociadores en los países en desarrollo, antes mencionados, que afectan desfavorablemente a la obligación de protección de sus Estados, por lo menos en parte, porque los déficit de capacidad se hacen extensivos a otros sectores normativos.

43. Por último, la cooperación internacional significa que los Estados han de colaborar en la solución de los problemas, y esto es más necesario en las situaciones de conflicto que en ninguna otra. No puede pensarse, de ninguna manera, que el actual régimen internacional de los derechos humanos funcionará del modo previsto en sociedades divididas por guerras civiles u otros conflictos de gravedad. No cabe sorprenderse, pues, de que los abusos más flagrantes de los derechos humanos en el contexto empresarial se produzcan típicamente en situaciones de conflicto. El Representante Especial ha constatado que todos los interesados desean obtener más información sobre el modo de impedir los abusos relacionados con las empresas en las zonas afectadas por los conflictos; por consiguiente, está estudiando la posibilidad de colaborar con un grupo oficioso de Estados de origen y de acogida a fin de generar ideas sobre los enfoques e instrumentos eficaces que podrían aplicar los Estados para alcanzar este objetivo.

D. Resumen

44. Los gobiernos son las entidades más adecuadas para tomar las difíciles decisiones que se requieren para armonizar las diferentes necesidades de la sociedad. Sin embargo, como observó el Representante Especial en su informe de 2008, la mayoría de los gobiernos adoptan un planteamiento angosto al tratar el tema de la empresa y los derechos humanos. Los problemas de los derechos humanos siguen estando mal integrados en otros sectores de políticas que configuran directamente las prácticas empresariales. Por consiguiente, un importante objetivo del mandato renovado del Representante Especial consistirá en ayudar a los gobiernos a reconocer esas conexiones y llevar adelante el tema de la empresa y los derechos humanos de manera que se superen los hasta ahora limitados confines.

IV. LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA DE RESPETAR LOS DERECHOS HUMANOS

45. En el párrafo 4 b) de la resolución 8/7, el Consejo de Derechos Humanos pedía al Representante Especial que "abunde en el alcance y el contenido de la responsabilidad que tienen las empresas de respetar todos los derechos humanos, y brinde una orientación concreta a las empresas y otras partes interesadas". En la presente sección se recapitula el tema de la responsabilidad de respetar los derechos humanos y se tratan diversas cuestiones que requieren una mayor elaboración.

46. Las empresas saben que si quieren obtener y retener su permiso legal de funcionamiento deben cumplir todas las leyes aplicables. Sin embargo, con el tiempo han constatado que la observancia de la ley por sí sola no les garantiza el permiso social de funcionamiento, sobre todo cuando la ley es débil. El permiso social se basa en las normas sociales prevalecientes, que pueden ser tan importantes como las normas legales para el éxito de la empresa. Como es natural, las normas sociales pueden variar según las regiones o las industrias, pero una de ellas ha conseguido el reconocimiento casi universal de los interesados: la responsabilidad de la empresa de respetar los derechos humanos o, más sencillamente, de no vulnerar los derechos de los demás.

47. Por "casi universal" se entienden dos cosas: en primer lugar, la responsabilidad de la empresa de respetar los derechos humanos es reconocida por prácticamente todas las iniciativas RSE de las empresas y las industrias, es respaldada por las principales asociaciones empresariales del mundo, se ha afirmado en el Pacto Mundial y en sus redes nacionales y mundiales y está enunciada en instrumentos jurídicos tales como la Declaración Tripartita de la OIT y las directrices de la OCDE. En segundo lugar, las violaciones de esta norma social suelen darse a conocer en todo el mundo mediante la movilización de las comunidades locales, las redes de la sociedad civil, los medios de comunicación, con inclusión de los blogs, los procedimientos de reclamación como los PNC de la OCDE y, si están implícitas presuntas violaciones de la ley, posiblemente los tribunales. Este régimen normativo transnacional no sólo se aplica a las multinacionales occidentales, que llevan mucho tiempo experimentando sus efectos, sino también a las empresas de las economías emergentes que operan en el extranjero, e incluso a las grandes empresas nacionales³⁸.

48. La responsabilidad de la empresa de respetar los derechos humanos es una norma social acreditada e institucionalizada, que existe independientemente de los derechos de los Estados y las variaciones de la ley nacional. En algunas situaciones las empresas podrían tener responsabilidades adicionales; pero la responsabilidad de respetar los derechos humanos es una norma básica para todas las empresas en todas las situaciones.

49. Las empresas afirman que respetan los derechos humanos, y esto está muy bien: pero el Representante Especial quería saber si las empresas disponen de sistemas que les permitan demostrar estas afirmaciones con un grado mínimo de confianza, y ha constatado que son más

³⁸ Un buen indicador es el sitio web del Centro de Recursos sobre Derechos Humanos, que da a conocer al público operaciones de las empresas que afectan a los derechos humanos en más de 180 países, y recibe 1,5 millones de consultas al mes: <http://www.business-humanrights.org/>.

bien pocas las que los tienen. Lo que hace falta es un ejercicio continuado de la debida diligencia, que permita a las empresas mantenerse al corriente de los efectos desfavorables de su actividad en los derechos humanos y mitigar o impedir esos efectos. Los cuatro elementos básicos del ejercicio de la debida diligencia en lo tocante a los derechos humanos se describieron en el informe de 2008 del Representante Especial: disponer de una política de derechos humanos, evaluar los efectos en los derechos humanos de las actividades de la empresa, integrar esos valores y conclusiones en las culturas empresariales y los sistemas de gestión, y proceder al seguimiento y la preparación de informes al respecto³⁹.

50. ¿Hasta dónde ha de llegar el ejercicio de la debida diligencia por la empresa, y qué conjunto de factores debe considerarse? Hay tres factores esenciales. El primero es el contexto del país en el que tienen lugar las actividades de la empresa, lo que podría incluir los compromisos y prácticas del país en materia de derechos humanos, la capacidad institucional del sector público, las tensiones étnicas, las pautas de migración, la escasez de recursos críticos como el agua, etc. El segundo factor son los posibles efectos de las actividades de la empresa en este contexto, en su calidad de productora, proveedora de servicios, empleadora o vecina, y entender que su presencia cambiará inevitablemente muchas condiciones preexistentes. El tercero es si la empresa puede contribuir al abuso contra los derechos mediante relaciones vinculadas a sus actividades, es decir, con socios mercantiles, entidades de su cadena de valor, otros agentes no estatales y agentes estatales, y cómo puede hacerlo.

51. Las empresas no controlan algunos de esos factores, pero esto no es motivo para ignorarlos. Las empresas ejercen habitualmente la debida diligencia para evaluar la exposición a los riesgos ajenos a su voluntad y elaborar estrategias para mitigar esos riesgos, como cambios en las políticas del gobierno, variaciones en las preferencias de los consumidores e incluso pautas meteorológicas. Sean o no controlables, los problemas de derechos humanos derivados del contexto empresarial, sus efectos y sus relaciones, pueden crear riesgos importantes para la empresa y los que están interesados en sus operaciones, y dar lugar a abusos manifiestos que pueden atribuirse a la empresa, justificadamente o no. Por consiguiente, estos problemas deben abordarse con una debida diligencia similar a la que se ejerce con cualquier otro riesgo.

52. Por último, las empresas deben conocer el contenido sustantivo de este ejercicio de la debida diligencia, o los derechos que debe abarcar. La respuesta es simple: en principio, todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos. El intento de determinar una lista de los derechos que las empresas han de respetar es un empeño inútil porque la acción de la empresa puede incidir en toda la gama de derechos, como demuestra la lista de casi 400 denuncias públicas contra empresas confeccionada por el Representante Especial⁴⁰. Por consiguiente, la responsabilidad de respetar los derechos humanos abarca a todos esos derechos, aunque en la práctica algunos puedan ser más pertinentes que otros en determinados contextos⁴¹.

³⁹ A/HRC/8/5, párrs. 56 a 64.

⁴⁰ Véase A/HRC/8/5/Add.2 y E/CN.4/2006/97, párrs. 24 a 30.

⁴¹ Las empresas pueden asumir sus responsabilidades básicas en materia de derechos humanos con iniciativas de colaboración en sectores concretos que sean especialmente pertinentes para su

53. En cuanto al contenido sustantivo de la debida diligencia, las empresas deben tener en cuenta como mínimo la Carta Internacional de Derechos Humanos -la Declaración Universal y los dos Pactos- y la Declaración de la OIT sobre los Principios y los Derechos Fundamentales en el Trabajo, y esto por dos razones. La primera es que los principios que encarnan esos instrumentos son los que han obtenido un mayor consenso de la comunidad internacional. En segundo lugar, son los principales puntos de referencia en base a los cuales los otros actores sociales juzgan los efectos de la actividad de las empresas en los derechos humanos.

54. Puede suceder que las empresas deban considerar normas adicionales, según cual sea la situación. Por ejemplo, en las zonas afectadas por conflictos deberían tener en cuenta el derecho internacional humanitario y las correspondientes políticas, y en los proyectos que atañen a las poblaciones indígenas, las normas propias de esas comunidades.

55. El Representante Especial proyecta celebrar consultas para seguir dando forma a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos y las prescripciones relativas a la debida diligencia. Asimismo, seguirá aclarando conceptos respecto de dos series de cuestiones que han surgido en los debates con los interesados, y que se tratan brevemente a continuación.

A. La responsabilidad de respetar los derechos humanos

56. Se han planteado diversas cuestiones y dilemas respecto de la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos.

Desmitificar los derechos humanos

57. Uno de estos problemas tiene que ver con las dificultades conceptuales inherentes a este tema, incluso para las empresas decididas a incorporar los derechos humanos en sus prácticas. En parte este problema se deriva del hecho de que los instrumentos internacionales de derechos humanos fueran redactados por Estados, para otros Estados. Su significado para las empresas no siempre es entendido claramente por los expertos en derechos humanos, por no hablar de los ingenieros, los jefes de seguridad y los funcionarios encargados de las cadenas de suministro de las empresas, que asumen la responsabilidad de la empresa de respetar los derechos humanos sobre el terreno. Empero, recientemente se han conseguido avances considerables. En particular, cabe mencionar una publicación de la Oficina del ACNUDH, titulada *Human Rights Translated* que, como su nombre indica, traduce los textos redactados por los Estados utilizando una terminología y unos ejemplos que tengan sentido en un contexto empresarial⁴². Por su parte, la Iniciativa de dirigentes empresariales en cuestión de derechos humanos ha preparado una matriz de los elementos de un proyecto de ley internacional sobre los derechos humanos que

actividad empresarial, como los Principios Voluntarios sobre la seguridad y los derechos humanos y la Asociación para el Trabajo Justo.

⁴² Proyecto conjunto del Castan Centre for Human Rights Law de la Universidad de Monash, el International Business Leaders Forum, la Oficina del ACNUDH y la Oficina del Pacto Mundial: http://www2.ohchr.org/english/issues/globalization/business/docs/Human_Rights_Translated_web.pdf.

abarca diversas funciones empresariales, haciéndolo más accesible al personal de las empresas⁴³. El Representante Especial seguirá estableciendo contactos con los creadores y los usuarios de esos instrumentos, para conseguir una mayor claridad y coherencia al tiempo que se mantiene la integridad de las normas básicas de los derechos humanos.

58. Otro factor de confusión se debe a que la primera generación de defensores de los derechos humanos en la empresa, cuya actividad culminó en el Proyecto de normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos⁴⁴, hicieron una amalgama tal con las responsabilidades respectivas de los Estados y las empresas, que habría sido difícil, sino imposible, separarlas de nuevo. No hay que sorprenderse de que ese planteamiento fuera rechazado a la vez por los gobiernos y las empresas. En este sector también se han conseguido progresos apreciables: el marco de "proteger, respetar y remediar" ofrece actualmente una plataforma común de responsabilidades diferenciadas, pero complementarias, que permitirá llevar adelante este proyecto.

Actos positivos

59. Algunos interesados han preguntado si la responsabilidad de respetar los derechos humanos es asimilable a un "deber negativo". La respuesta debería inferirse claramente de lo antes expuesto: la responsabilidad de respetar los derechos humanos obliga a las empresas a ejercer la debida diligencia para conocer y prevenir los efectos negativos en los derechos humanos, y responder a ellos. Además, para que las empresas sepan que no están vulnerando los derechos de otros son menester mecanismos a nivel operacional, ante los cuales los particulares de las comunidades afectadas puedan presentar reclamaciones respecto de los efectos de la actividad empresarial en los derechos humanos, y que las empresas deberán establecer si aún no existen. Estos actos son positivos por definición.

60. Según la situación que prevalezca, habrá variaciones de detalle entre la obligación de ejercer la debida diligencia y los mecanismos de presentación de reclamaciones, y el Representante Especial seguirá estudiando esta cuestión. Pero los principios básicos deben respetarse, independientemente de los factores propios de la situación.

¿Más allá del respeto?

61. Junto a la observancia de la ley, el respeto de los derechos humanos es la responsabilidad básica de todas las empresas en todas las situaciones. Pero algunos interesados sostienen que hay que exigir más a las empresas, mientras que muchas empresas afirman que ya cumplen mayores exigencias.

62. Es evidente que las empresas pueden asumir compromisos adicionales, voluntariamente o por razones de filantropía. Además, algunas han obtenido nuevas oportunidades comerciales ofreciendo bienes y servicios que responden más a las necesidades básicas, como las estrategias de la base de la pirámide y otros tipos de modelos comerciales incluyentes. Estas son

⁴³ <http://blihr.org/>.

⁴⁴ E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2.

operaciones válidas que pueden contribuir al goce de los derechos humanos. Pero no hay que confundir lo que conviene que hagan las empresas con lo que deben hacer. Además, estas actividades convenientes tampoco compensan el incumplimiento de la obligación fundamental de la empresa, que es la de respetar los derechos humanos en todas sus operaciones y relaciones.

63. Las condiciones de funcionamiento pueden imponer requisitos adicionales a las empresas, por ejemplo, la necesidad de proteger a los empleados en las zonas afectadas por conflictos, o combatir la violencia en el lugar de trabajo. Pero es preferible ver en esto una materialización específica de la responsabilidad de respetar los derechos humanos, y no una responsabilidad aparte.

64. Cuando las empresas cumplen algunas funciones públicas quizás no baste con respetar los derechos humanos. Por ejemplo, los derechos de los reclusos no disminuyen cuando se privatizan las cárceles; en este caso, pueden surgir responsabilidades adicionales de la empresa, de resultas de las funciones específicas que lleva a cabo. Pero sigue sin verse claramente cuál puede ser la entera gama de responsabilidades y qué relación existe con la obligación del Estado de garantizar que estos derechos no sufran menoscabo.

65. En otras situaciones el panorama es aún más oscuro. Se han propuesto varios factores adicionales para atribuir mayor responsabilidad a las empresas, como el poder, la influencia, la capacidad y la noción de que las empresas son "órganos de la sociedad". Sin bien estos factores pueden imponer algunas obligaciones morales a cualquier persona o entidad, incluidas las empresas, por motivos que el Representante Especial ha explicado en anteriores informes ofrecen bases muy problemáticas para atribuir responsabilidades a las empresas, aparte de la de respetar todos los derechos en todo momento⁴⁵.

Normas internacionales y derecho nacional

66. Uno de los peores dilemas con que se enfrentan las empresas es el que se da cuando el derecho nacional contradice de manera significativa las normas internacionales de derechos humanos, o no ofrece el mismo nivel de protección que éstas. Las autoridades nacionales pueden exigir la observancia de la ley, mientras que otros interesados -como las propias empresas- pueden propugnar la adhesión a las normas internacionales por razones de principio o de simple coherencia de las políticas.

67. Cuando un país está sometido a sanciones de las Naciones Unidas, o cuando existe la posibilidad de que la empresa sea cómplice de delitos internacionales cometidos por terceros, la debida diligencia de la empresa debe tomar la forma de señales de alerta o incluso de alarma. Pero la mayoría de los casos no pertenecen a esas categorías, lo que hace que las empresas se queden entre la espada y la pared si no encuentran el modo de honrar el espíritu de las normas internacionales sin violar el derecho nacional.

68. Las empresas han tropezado con este dilema en relación con la libertad de asociación. Algunas han alentado a los trabajadores a establecer sus órganos representativos dentro de la empresa y han facilitado las elecciones de representantes de los trabajadores. También se ha

⁴⁵ Véase E/CN.4/2006/97, párrs. 66 a 68 y A/HRC/8/5, párrs. 65 a 72.

procurado impartir enseñanzas sobre los derechos del trabajo y capacitar a los administradores locales para que respondan de manera constructiva a las reclamaciones de los trabajadores. Las empresas han hecho frente a dilemas similares en relación con la igualdad de género, y más recientemente con la libertad de expresión y el derecho a la privacidad en los sectores de Internet y las telecomunicaciones, en los que hace poco se adoptó la Iniciativa de la Red Global para orientar a las empresas⁴⁶.

69. En resumidas cuentas, aunque hoy el conocimiento de las muchas cuestiones relativas a la responsabilidad de la empresa de respetar los derechos humanos está bastante más extendido que hace uno o dos años, otras cuestiones necesitan mayores aclaraciones, que se darán en el curso de las consultas.

B. La debida diligencia

70. En los debates con los interesados han surgido varias cuestiones relativas a la debida diligencia en materia de derechos humanos; cuatro de esas cuestiones se examinan en el presente documento.

El ciclo vital

71. Una definición de debida diligencia es la siguiente: "La diligencia que razonablemente puede esperarse de toda persona que trata de satisfacer un requisito legal o cumplir una obligación, y que habitualmente es ejercida por esta persona"⁴⁷. Algunos consideran este concepto estrictamente en términos de transacción: lo que hace un inversor o un comprador para evaluar el bien o la empresa que le interesa. El Representante Especial utiliza este término en su sentido más general: un intento amplio y activo de descubrir los riesgos reales o potenciales que amenazan a los derechos humanos durante todo el ciclo vital de un proyecto o actividad comercial, con miras a evitar o atenuar esos riesgos.

La función y el tamaño de la empresa

72. Todas las empresas, sean cuales fueren su naturaleza o tamaño, tienen que incorporar el principio de la debida diligencia en materia de derechos humanos y sus elementos básicos. Sin embargo, las actividades concretas que deben realizar las empresas para cumplir esta responsabilidad varían de un modo que todavía no se ha comprendido plenamente.

73. Por ejemplo, la debida diligencia en materia de derechos humanos que ha de ejercer un banco cuando tramita un préstamo a un proyecto se diferenciará en algunos aspectos de la que debe ejercer la empresa que aplica el proyecto. No obstante, los bancos tienen la obligación de ejercer la debida diligencia en este contexto, y los riesgos que los proyectos pueden entrañar para los derechos humanos, representan otros tantos peligros para la responsabilidad, los beneficios y la reputación del banco. Más allá de los bancos se encuentra una red aún más compleja de

⁴⁶ <http://www.globalnetworkinitiative.org>.

⁴⁷ *Black's Law Dictionary*, octava edición (2006).

prestamistas, inversores y gestores de bienes: es preciso aclarar y precisar cuáles son sus obligaciones respectivas en lo referente a la debida diligencia.

74. De modo análogo las empresas pequeñas y medianas deben considerar los efectos de su actividad en los derechos humanos. No obstante, sus obligaciones de debida diligencia no pueden compararse en escala y complejidad con las de las grandes empresas transnacionales.

75. Las cadenas de suministro tienen sus propios problemas. Con frecuencia se olvida que los proveedores también son empresas, sujetas a la misma responsabilidad de respetar los derechos humanos que cualquier otra empresa. Para los compradores el desafío consiste en verificar que no son cómplices en las violaciones de sus proveedores. La medida en que la responsabilidad del comprador baje en la cadena de suministro dependerá de lo que revele una adecuada verificación de la debida diligencia en el país y las condiciones sectoriales prevaletentes, y de los posibles asociados comerciales y sus prácticas de aprovisionamiento. Un número creciente de compradores en todo el mundo estiman necesario dedicarse a actividades de creación de la capacidad en materia de derechos humanos con los proveedores, a fin de mantener la relación.

76. El Representante Especial seguirá estudiando las eventuales variaciones legítimas del ejercicio de la debida diligencia en materia de derechos humanos entre empresas de diferentes funciones y tamaños, para determinar principios a este respecto que sean aplicables a todas las empresas.

¿Un mecanismo independiente?

77. Sigue abierto un debate sobre el mejor modo de integrar las políticas de derechos humanos en todas las actividades de una empresa. Algunos creen que los derechos humanos deben incorporarse a los mecanismos relativos al ejercicio de la debida diligencia, mientras que otros entienden que esos mecanismos deben ser independientes.

78. Un dato a favor de los mecanismos independientes es que en ellos las cuestiones pertinentes obtienen la atención y la profesionalización que merecen. Pero un inconveniente podría ser la falta de relación entre el mecanismo y el resto de la empresa. En cambio, la incorporación de la debida diligencia en materia de derechos humanos en los mecanismos existentes podría poner a los derechos humanos en pie de igualdad con otras cuestiones fundamentales cuando los administradores evalúen los posibles proyectos, aunque las características propias de los derechos humanos quizás salieran menoscabadas.

79. No es probable que un solo modelo se ajuste a todas las situaciones, pero hay dos principios que parecen esenciales. En primer lugar, las empresas deben reconocer que los derechos humanos no son un tema más, sino que exigen una participación significativa de las partes afectadas dentro y fuera de la empresa. En segundo lugar, el órgano de vigilancia de la práctica de la empresa en materia de derechos humanos debe contar con un acceso directo a la dirección. El Representante Especial extraerá enseñanzas de la experiencia práctica para introducir nuevas mejoras conceptuales en esta esfera.

Responsabilidad

80. Otra cuestión que han planteado, entre otros, algunos asesores jurídicos de la empresa, es la de saber si la aplicación de estas prescripciones de debida diligencia en materia de derechos humanos podría aumentar la responsabilidad potencial de las empresas dando a algunas instancias externas información que de lo contrario no tendrían, y que podrían utilizar contra la empresa.

81. Esta opinión parece más extendida en los Estados Unidos que en otros lugares, como reflejo posiblemente de una tradición más litigiosa. Pero su justificación no está clara, ni siquiera en el contexto estadounidense. Diversas reglas de gobernanza de la empresa, obligan a ésta a evaluar, gestionar y revelar los riesgos importantes -así como a evaluar la eficacia de sus sistemas para hacerlo- a fin de eludir la responsabilidad. Como hemos visto, un riesgo importante puede ser la participación en violaciones de los derechos humanos. Además, la ignorancia es de por sí un riesgo, y una defensa poco fiable. Más allá de la esfera jurídica se sitúan el valor de la reputación y el costo de las perturbaciones del funcionamiento. Así pues, basándose en razones de mera prudencia, un importante bufete de abogados de Wall Street llegó a la conclusión de que el mecanismo relativo a la debida diligencia que ha preparado el Representante Especial "promueve una sólida evaluación del riesgo que es... muy conveniente desde una perspectiva empresarial en el entorno actual, tan visible y transparente"⁴⁸.

82. Hay dos situaciones hipotéticas en las cuales la debida diligencia en materia de derechos humanos podría dar lugar a una responsabilidad jurídica, pero el factor decisivo en ambas situaciones es la manera en que la empresa responda a las nuevas informaciones. En el primer caso, la empresa tiene conocimiento de posibles violaciones de derechos humanos que quizás haya cometido o en las cuales haya podido participar, no hace nada al respecto, tienen lugar las violaciones y se descubre que la empresa tenía conocimiento previo de las mismas. En el segundo caso, la empresa da una información falsa al público respecto de sus descubrimientos en ejercicio de la debida diligencia, y el hecho es conocido. Pero el objeto de la debida diligencia en materia de derechos humanos es conocer los riesgos para cuya atenuación la empresa adoptará medidas, y no ignorar o dar una idea errónea de estas conclusiones.

83. Algunos han afirmado que cuanto más información tenga el público sobre los efectos potenciales de la actividad de una empresa para los derechos humanos, más material habrá para incoar demandas judiciales u organizar campañas públicas. Pero, si se practica adecuadamente, la debida diligencia en materia de derechos humanos debería precisamente crear oportunidades para atenuar los riesgos y establecer una relación significativa con los interesados, de modo que las demandas judiciales malintencionadas apenas obtengan otro apoyo, que el de las personas que las presenten. Además, recientes experiencias demuestran que otros actores sociales son sobradamente capaces de llegar a la conclusión de que una empresa que ha sido objeto de críticas se ha esforzado de buena fe en evitar las infracciones de los derechos humanos, y declararlo

⁴⁸ Memorando de Weil, Gotshal y Manges LLP, <http://www.reports-and-materials.org/Weil-Gotshal-legal-commentary-on-Ruggie-report-22-May-2008.pdf>, pág. 5.

públicamente, y que la transparencia en el reconocimiento de problemas que han pasado desapercibidos puede obrar en su favor⁴⁹.

84. Las actividades en curso del Representante Especial, incluido el proyecto de ley sobre la empresa, debería arrojar más luz sobre esta cuestión y sobre los cambios de políticas de los Estados que podrían incentivar a las empresas para que ejerzan la debida diligencia en materia de derechos humanos.

C. Recapitulación

85. Si la empresa ha de asumir la responsabilidad del respeto de los derechos humanos es necesario que ejerza la debida diligencia para conocer, prevenir y atenuar los efectos desfavorables de sus actividades y relaciones en esos derechos. No está previsto que la responsabilidad de respetar los derechos humanos absorba toda la carga de las actividades relacionadas con la empresa y los derechos humanos: esta responsabilidad está delimitada por la obligación del Estado de proteger a sus ciudadanos, por una parte, y por el acceso a los remedios eficaces, por la otra. A continuación se examina este último aspecto.

V. ACCESO A LOS REMEDIOS EFECTIVOS

86. El acceso a un remedio efectivo, que es el tercer pilar del marco, es un importante elemento de la obligación del Estado de proteger a los ciudadanos y de la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Esta sección se divide en cuatro partes. En la primera se trata de aclarar las ambigüedades relativas a las obligaciones de los Estados en este ámbito. La segunda se ocupa de la relación entre los mecanismos judiciales y no judiciales, y las partes tercera y cuarta describen las actividades actuales del Representante Especial y su reflexión acerca de los mecanismos judiciales y no judiciales.

A. Obligaciones del Estado

87. En el contexto de su obligación de protección, los Estados deben adoptar las medidas adecuadas para investigar, sancionar y reparar los abusos contra derechos de particulares cometidos por las empresas en su territorio y/o jurisdicción; en breve, han de facilitar el acceso al remedio. Sin estas medidas, la obligación quedaría privada de fuerza o incluso de sentido. El remedio puede proporcionarse por medios judiciales, administrativos y legislativos, o por

⁴⁹ Un ejemplo es la reacción a las noticias de 2007 acerca de la presencia de niños trabajadores en una fábrica de suministro de la empresa GAP. Las ONG respondieron moderadamente, y Mary Robinson, la ex Alta Comisionada para los Derechos Humanos, señaló la transparencia de GAP, su rápida respuesta y su participación activa en iniciativas de múltiples interesados, y calificó la historia de "un escándalo sin consecuencias". *The Economist*, 19 de enero de 2008.

otros medios adecuados. Además, a los Estados se les puede exigir que proporcionen una reparación adecuada a las víctimas, con inclusión de indemnizaciones⁵⁰.

88. Debe distinguirse entre la obligación del Estado de facilitar el acceso al remedio y el derecho individual al remedio, reconocido en varias convenciones internacionales y regionales sobre los derechos humanos. Mientras que la obligación del Estado tiene que ver con los abusos cometidos por la empresa contra todos los derechos humanos aplicables, no está claro en qué medida el derecho individual al remedio abarca los abusos no cometidos por el Estado. Sin embargo, se ha afirmado el derecho individual a una reparación para la clase de hechos a que se refieren los Principios y Directrices básicos de las Naciones Unidas sobre el derecho de las víctimas de las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (resolución 60/147 de la Asamblea General, anexo), "con independencia de quien resulte ser el responsable de la violación"⁵¹.

89. Algunos órganos internacionales y regionales que se ocupan de los derechos humanos han estudiado lo que deben hacer los Estados para facilitar el acceso a los remedios en los casos de abusos en la empresa. Por ejemplo, estos órganos han insistido en la conveniencia de establecer mecanismos eficaces para atender a las reclamaciones de agravios relacionadas con el empleo, reducir al mínimo el potencial de las empresas extractivas de anular la capacidad de las comunidades afectadas por sus operaciones -especialmente cuando se trata de pueblos indígenas-, de acceder a mecanismos de reparación, y garantizar la existencia de procesos efectivos de reparación de los abusos cometidos por las empresas privadas que desempeñan "funciones estatales". Sin embargo, no hay unanimidad en cuanto a saber si se espera que los Estados sancionen directamente a las empresas, diferenciándolas de los particulares que actúan en su nombre; cuándo se prevé que los Estados permitan a los particulares la presentación de demandas civiles respecto de abusos relacionados con la empresa, y si los Estados deben exigir la responsabilidad de la empresa por presuntos abusos contra derechos cometidos en el extranjero, y en qué medida.

90. En la adición al presente informe se trata en más detalle de estas complejas cuestiones.

B. Interacción entre los mecanismos judiciales y no judiciales

91. A veces se considera que los mecanismos judiciales y no judiciales se excluyen mutuamente y, en algunas circunstancias, esto puede ser cierto. Por ejemplo, es posible que las reclamaciones que plantean cuestiones de derecho penal deban someterse a los tribunales. Pero de ordinario los dos mecanismos son más interactivos y, como se verá a continuación, pueden ser complementarios, secuenciales o preventivos o reforzarse mutuamente:

⁵⁰ Varios tratados importantes sobre los derechos humanos, internacionales y regionales, prevén estos elementos; en los casos en que no se prevén, los organismos de derechos humanos han facilitado algunos comentarios útiles.

⁵¹ Principio 3 c).

- a) A menudo los mecanismos no judiciales pueden ponerse en marcha antes que los procesos judiciales y ser más rápidos que éstos, como por ejemplo en las situaciones en que el litigio no justifica el recurso a los tribunales;
- b) Con frecuencia la perspectiva de un litigio incita a las partes a llegar a una solución negociada, o a recurrir a un mediador;
- c) Los mecanismos de carácter nacional o internacional pueden ofrecer alternativas cuando los tribunales locales o la acción de los intermediarios no dan resultado, o son insuficientes o ausentes;
- d) Los mecanismos en la propia empresa constituyen una parte esencial del sistema de alerta y gestión de los riesgos que identifica, atenúa y resuelve los agravios antes de que adquieran mayores proporciones y entrañen posiblemente abusos importantes y demandas judiciales.

92. Cada tipo de mecanismo tiene sus ventajas e inconvenientes⁵². Si se quiere mejorar los remedios efectivos de los abusos contra los derechos humanos en la empresa, hay que disponer de una serie de opciones a las que puedan recurrir los reclamantes en función de sus necesidades y de la situación en que se encuentren. Para pasar de la actual fragmentación a un sistema más completo e institucional habrá que mejorar el acceso a los mecanismos existentes y la eficacia de éstos, así como crear nuevos mecanismos cuando no haya perspectivas de contar con mecanismos eficientes.

C. Mecanismos judiciales

93. A menudo los Estados se remiten a sus sistemas de derecho penal y civil para demostrar que cumplen sus obligaciones internacionales de investigar, sancionar y reparar los abusos. Sin embargo, subsisten importantes barreras al acceso a recursos judiciales efectivos⁵³. La mayoría de estas barreras son bien conocidas, no son exclusivas del tema de la empresa y los derechos humanos, y son el objeto de las actividades de creación de capacidad de los Estados, en asociación con instituciones internacionales. La labor del Representante Especial se centra en las barreras que son especialmente difíciles de franquear para las víctimas de abusos contra los derechos humanos en la empresa.

94. En lo que respecta a las acciones civiles, puede ocurrir que un demandante no obtenga una reparación efectiva de la empresa en los tribunales nacionales del Estado de acogida por causa de una serie de impedimentos jurídicos y prácticos, como la posible inexistencia de un fundamento

⁵² Véase el documento "Non-Judicial and Judicial Grievance Mechanisms for addressing disputes between business and society", preparado para la consulta del Representante Especial sobre los mecanismos de reparación de agravios: www.business-humanrights.org/Documents/Non-judicial-and-judicial-mechanisms-Mar-2009.doc.

⁵³ Véase "Obstacles to Justice and Redress for Victims of Corporate Human Rights Abuses", en: <http://www.reports-and-materials.org/Oxford-Pro-Bono-Publico-submission-to-Ruggie-3-Nov-2008.pdf>.

válido para la demanda, o bien que los tribunales carezcan de la capacidad necesaria para tramitar demandas complicadas. Con frecuencia los costos son prohibitivos: la simple presentación de la demanda puede ser excesivamente costosa para los particulares y las comunidades pobres, y las disposiciones relativas al pago de las costas judiciales, como las que prevén que las costas corran por cuenta de la parte perdedora, pueden hacer que muchos más afectados se abstengan de presentar una demanda y en caso de que el fallo sea favorable, puede haber dificultades de ejecución, especialmente si la empresa no tiene activos suficientes.

95. Cuando la empresa es una filial de una empresa extranjera, otros factores pueden hacer aún más difícil franquear estas barreras. Es posible que la empresa matriz ejerza presión sobre el gobierno de acogida o movilice al gobierno del país de origen y a las instituciones financieras internacionales, o que la alternativa de presentar una demanda en el Estado de origen de la empresa matriz por los hechos realizados por la filial, o por los propios hechos u omisiones de la empresa matriz, plantee cuestiones de jurisdicción sobre la idoneidad del foro, y suscite objeciones de política por parte de uno u otro gobierno. Además, las normas que las empresas matrices han de aplicar con respecto a las filiales pueden ser poco claras o no haberse puesto a prueba en el contexto jurídico nacional. Estas demandas transnacionales también provocan dificultades financieras o en materia de prueba y representación.

96. En lo referente a las causas penales, si las autoridades del Estado no pueden o no quieren dedicar los recursos necesarios para llevar adelante el proceso no es mucho lo que pueden hacer las víctimas, aunque la causa esté fundamentada jurídicamente.

97. Con frecuencia las barreras jurídicas y prácticas al acceso, son peores para los grupos "de riesgo" o vulnerables, tanto si las empresas son nacionales como si son transnacionales. Estos grupos pueden estar compuestos de mujeres, niños o pueblos indígenas, o bien de personas marginadas por otros motivos en su interacción con las empresas⁵⁴. Los gobiernos pueden -y en algunos casos deben- desempeñar un papel fundamental concienciando a estos particulares y comunidades sobre los riesgos que les esperan y garantizando que sus derechos estén adecuadamente protegidos, entre otras cosas facilitándoles el acceso al remedio.

98. El Representante Especial seguirá investigando las barreras que obstaculizan los recursos judiciales, así como los posibles medios de obviarlas, y celebrando consultas al respecto.

D. Mecanismos no judiciales

99. En su informe de 2008, el Representante Especial expuso una serie de principios relativos al mecanismo para reparar agravios. Seis de estos principios debían integrar todos los mecanismos no judiciales de reparación de agravios: legitimidad, accesibilidad, previsibilidad, equidad, compatibilidad de los derechos y transparencia⁵⁵. El Representante Especial recalcó el

⁵⁴ La Lowenstein International Human Rights Law Clinic, de la Universidad de Yale, lleva a cabo investigaciones para el Representante Especial sobre los problemas con que tropiezan los mineros artesanos en sus relaciones con las empresas mineras en gran escala y en sus intentos de acceder a un remedio efectivo.

⁵⁵ A/HRC/8/5, párr. 92.

séptimo principio dedicado explícitamente a los mecanismos en la empresa, a saber, que esos mecanismos debían funcionar mediante el diálogo y la intermediación, y que la empresa no debía actuar como juez y parte. En el resto de la sección se examinan los mecanismos en la empresa y a los niveles nacional e internacional.

Mecanismos en la empresa

100. Un mecanismo eficaz para reparar los agravios es un elemento importante de la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Estos mecanismos complementan la supervisión o la auditoría de la observancia de los derechos humanos, y constituyen un cauce permanente por el cual la empresa queda advertida de los problemas y los litigios en cuanto se plantean y puede tratar de evitar que adquieran mayores proporciones; muchos casos, ahora emblemáticos, de abusos contra los derechos humanos en la empresa empezaron como agravios de menor cuantía. Además, al proceder al seguimiento de las reclamaciones las empresas pueden identificar problemas sistémicos y adaptar prácticas para evitar daños y litigios futuros.

101. La escala y la complejidad de los mecanismos de este tipo dependerán de la magnitud de los impactos probables de las empresas. No es necesario que los mecanismos sean complicados para ser eficaces, y pueden adquirirse en parte a otras operaciones o empresas o compartirse con ellas, a condición de que se respeten los principios de la reparación de agravios. Un número cada vez mayor de empresas, asociaciones comerciales y organizaciones empresariales están preparando mecanismos de reparación de agravios, o instrucciones sobre su uso. El Representante Especial celebra la decisión adoptada por la CCI, la OIE y el Comité Asesor para las Empresas y la Industria de la OCDE de aplicar experimentalmente esos principios a empresas de diferentes sectores, y espera que de este modo se obtengan más enseñanzas⁵⁶.

El nivel nacional

102. Las instituciones nacionales de derechos humanos y los PNC de los Estados que se han adherido a las directrices de la OCDE son medios potencialmente importantes de reparar los abusos a nivel nacional. En 2008, el Representante Especial aportó contribuciones a diversas reuniones de instituciones nacionales de derechos humanos e hizo uso de la palabra en la reunión anual de los PNC.

103. Aunque los mandatos actuales de algunas instituciones nacionales de derechos humanos pueden impedirles que participen en actividades sobre la empresa y los derechos humanos, muchas de ellas lo han hecho por motivos de elección, tradición o capacidad. El Representante Especial espera que un mayor número de instituciones nacionales de derechos humanos reflexionen sobre los medios de combatir los presuntos abusos contra los derechos humanos en los que intervengan empresas. El Representante acoge con agrado la decisión del Comité internacional de coordinación de las instituciones nacionales de derechos humanos de establecer un grupo de trabajo sobre la empresa y los derechos humanos, y espera que se mantenga la cooperación a este respecto.

⁵⁶ <http://www.reports-and-materials.org/Joining-views-of-IOE-ICC-BIAC-to-Ruggie-Mar-2009.pdf>.

104. Los PNC insisten en la necesidad de flexibilidad operacional, en función de las circunstancias nacionales. Sin embargo, para asegurar la credibilidad del sistema en general, esto debería delimitarse con criterios mínimos de rendimiento análogos a los establecidos por el Representante Especial. Varios PNC, en particular en el Reino Unido y los Países Bajos, han preparado estructuras innovadoras de gobernanza, han arbitrado medidas de transparencia y han creado capacidades de intermediación, todas ellas dignas de tenerse en cuenta. Además, los gobiernos deberían considerar la posibilidad de atribuir mayor peso a las constataciones de los PNC contra las empresas. Por ejemplo, puesto que los gobiernos están obligados a promover las Directrices de la OCDE con arreglo a las cuales funcionan los PNC, una constatación negativa podría afectar lógicamente al acceso de la empresa a las contrataciones públicas y las garantías del gobierno.

105. Otros órganos podrían contribuir también de manera importante al suministro de remedios a nivel nacional. Algunos podrían tener una finalidad específica, por ejemplo la no discriminación o los derechos laborales. Otros pueden corresponder a un sector concreto, como los sistemas de *Ombudsman* en la banca y la industria de las telecomunicaciones en Australia. El Representante Especial sigue explorando los modelos prometedores.

El nivel internacional

106. Varios códigos voluntarios de industrias, iniciativas de múltiples interesados y normas propuestas por los inversores han establecido mecanismos de reparación de agravios, y los principios mencionados anteriormente sirven de base para determinar si esos mecanismos reúnen los criterios mínimos. Pero muchas iniciativas carecen de procedimientos de reparación de agravios, y es evidente que ello hace que parezcan menos legítimas. Lo lógico sería que esas iniciativas adopten los mencionados mecanismos.

107. Una importante barrera al acceso de las víctimas a los mecanismos existentes, desde los niveles empresariales o industriales hasta los nacionales e internacionales, es la absoluta carencia de información sobre esos mecanismos. Este déficit de información dificulta mejorar esos mecanismos y aprender de anteriores litigios, evitando que se repitan.

108. Teniendo en cuenta estas barreras, el Representante ha abierto un "wiki" global (foro interactivo en la Web), titulado: "Business and Society Exploring Solutions - A Dispute Resolution Community"⁵⁷. BASESwiki (www.baseswiki.org) es un foro interactivo en línea para compartir, acceder y debatir la información sobre mecanismos no judiciales que conocen de litigios entre las empresas y sus asociados externos. El foro incluye información sobre la manera y el lugar en que operan los mecanismos, las soluciones que han conseguido y los expertos que pueden prestar ayuda, así como sobre investigaciones y estudios monográficos. Con el tiempo, BASESwiki se construirá por y para sus usuarios. Actualmente existen portales en inglés, francés, español, chino y ruso; se está preparando el portal en árabe. El Representante Especial insta a todos los interesados -empresas, ONG, gobiernos, intermediarios, abogados, universitarios, etc.- a que contribuyan a desarrollar este importante recurso y a poner sus beneficios al alcance de todos aquellos que no pueden acceder al sistema por Internet.

⁵⁷ En colaboración con la Asociación Internacional de Abogados y con el apoyo del Asesor en Observancia/*Ombudsman* del Grupo del Banco Mundial y la fundación JAMS.

109. Varios interesados han presionado para que se cree una nueva institución internacional encargada de mejorar el acceso a los remedios no judiciales. Se ha propuesto la creación de un centro de información que oriente a las partes en los litigios hacia mecanismos que puedan facilitar la reparación, un ente de creación de capacidad destinado a ayudar a las partes en los litigios a utilizar con eficacia estos mecanismos, un organismo de expertos encargado de agregar y analizar los resultados, facilitando un aprendizaje más sistémico y la prevención de los litigios, y un mecanismo de reparación de agravios cuando los mecanismos locales o nacionales no funcionen o sean inadecuados.

110. Las tres primeras sugerencias quizás arrojen resultados prácticos y asequibles si se aplican adecuadamente. La creación de plataformas globales de información y de recursos como BASESwiki es un precursor esencial de cualquiera de esas operaciones.

111. La propuesta de crear un mecanismo único y obligatorio, que no sea judicial pero pueda dictar fallos de alcance internacional plantea inevitablemente una dificultad mayor. Cuando se trata de tramitar litigios complejos que implican a partes diversas y económicamente desiguales en lugares remotos, no es probable que los procesos basados únicamente en comunicaciones escritas cumplan las normas básicas de imparcialidad y rigor. Las exigencias de investigaciones y/o audiencias adecuadas plantearán seguramente importantes problemas prácticos, financieros y políticos y dificultades en relación con las pruebas, y ofrecerán perspectivas limitadas de conseguir reparaciones que sean puntuales y aplicables, y abarquen más de unas pocas reclamaciones al año.

112. Otra posibilidad sería recurrir a un organismo o red existentes, internacionalmente acreditados, que puedan servir de intermediarios en litigios sobre derechos humanos. Si este organismo tuviera la capacidad de intervenir como intermediario allí donde surja un litigio, esto podría evitar muchos de los problemas señalados. Al propio tiempo, el proceso de intermediación tendría que ajustarse a los principios del mecanismo de reparación de agravios, establecidos por el Representante Especial. Los demandantes quizás necesiten asesoramiento y apoyo para intervenir en el proceso en pie de igualdad, y sería necesario establecer un modelo de financiación para evitar los costes prohibitivos para los demandantes.

113. Otra opción podría ser la del arbitraje a cargo de estas mismas entidades. En particular, las empresas que operan en zonas de conflicto deben contar con un incentivo fuerte para aceptar *ex ante* la intervención de esos organismos de intermediación/arbitraje en caso de litigios con las comunidades, y los inversores y los Estados deben estar muy interesados en que las empresas lo hagan. El arbitraje estaría sometido a las mismas reservas que se han indicado anteriormente, y no debe excluir el recurso a los tribunales.

114. El Representante Especial sigue estudiando la posibilidad de introducir innovaciones institucionales que permitan hacer mejoras cuantitativas y cualitativas en el acceso a una reparación efectiva, con miras a formular recomendaciones en el futuro.

E. Recapitulación

115. Los mecanismos de reparación de agravios, judiciales o no judiciales, forman parte de la obligación del Estado de proteger a la población y de la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Esos mecanismos son esenciales para que las víctimas de abusos

de las empresas tengan acceso a la reparación. Además, para los Estados son medios de hacer que las empresas cumplan las leyes y normas pertinentes, o incentivarlas a ello, y disuadirlas de cometer abusos. Para las empresas, los mecanismos de nivel operacional tienen la ventaja añadida de detectar con tiempo los problemas y contribuir a atenuarlos o resolverlos antes de que se produzcan abusos o se complique la controversia. Pero persisten demasiadas barreras al acceso a los recursos judiciales, y no hay bastantes mecanismos judiciales que reúnan los principios mínimos de eficacia. Hacen falta nuevas mejoras, intercambios de conocimientos e innovaciones.

VI. CONCLUSIÓN

116. El Representante Especial se siente honrado, humildemente, por la tarea que le ha confiado el Consejo de Derechos Humanos de poner en práctica el marco "proteger, respetar y remediar", a fin de proporcionar orientaciones concretas a todos los actores pertinentes.

117. Frente a la que podría ser la peor crisis económica mundial del siglo, algunos pueden sentirse inclinados a preguntar: con tantos problemas sin precedentes, ¿es el momento adecuado de abordar el tema de la empresa y los derechos humanos? La respuesta del presente informe es un resonante "sí", y ello por tres razones.

118. En primer lugar, los derechos humanos peligran más en tiempos de crisis, y las crisis económicas conllevan un riesgo especial para los derechos económicos y sociales. Así pues, ahora más que nunca el tema de la empresa y los derechos humanos es importante. Todas las ventajas que los gobiernos creen que pueden obtenerse bajando el nivel de exigencia de los derechos humanos para las empresas son ilusorias; una recuperación sostenible no puede conseguirse sobre unas bases tan frágiles. Las empresas deben resistir las tentaciones pensando en los efectos de la disminución de la confianza pública en la empresa, el creciente populismo y el inminente cambio radical de los entornos normativos.

119. En segundo lugar, como se observó anteriormente, los mismos tipos de deficiencias y fallos de gobernanza que provocaron la actual crisis económica constituyen lo que el Representante Especial ha llamado el entorno permisivo gracias al cual las empresas pueden comportarse incorrectamente en lo tocante a los derechos humanos. Las necesarias soluciones para ambos problemas apuntan a una misma dirección: los gobiernos han de arbitrar normas que prevean una mayor responsabilidad de las empresas y las empresas han de adoptar estrategias que reflejen el hecho, ahora ineludible, de que sus perspectivas a largo plazo están estrechamente vinculadas con el bienestar de la sociedad en general. En consecuencia, el fortalecimiento del régimen internacional de derechos humanos contra los abusos en la empresa contribuirá a la transición universalmente deseada hacia una economía mundial más incluyente y sostenible, y se beneficiará de ella. Los valores se están convirtiendo en una proposición atractiva.

120. En tercer lugar, el marco "proteger, respetar y remediar" identifica medios concretos de alcanzar estos objetivos. Para los gobiernos, lo importante es introducir más el tema de la empresa y los derechos humanos en los ámbitos normativos que configuran directamente las prácticas empresariales. Para las empresas, lo importante es cobrar mayor conciencia

de que conculcan los derechos de los demás, y responder en consecuencia. El acceso a una reparación eficaz, judicial o no judicial, es un elemento esencial que permitirá que los individuos y las comunidades reivindiquen sus derechos, que es el objetivo mismo del régimen de los derechos humanos. En términos más prosaicos, ello servirá también de señal, de advertencia retroactiva que alerte a los gobiernos, a las empresas y a la sociedad en general de que no todo funciona bien, al tiempo que se proporcionan oportunidades para intervenir prontamente y resolver el problema antes de que se produzcan mayores daños.

121. En resumidos términos, el tema de la empresa y los derechos humanos no es una cuestión efímera que deba considerarse en algún momento del futuro, sino que es, y debe seguir siendo, un elemento central de nuestras preocupaciones comunes en el día de hoy.
