



Asamblea General

Distr. general
19 de agosto de 2010
Español
Original: inglés

Sexagésimo quinto período de sesiones

Tema 69 b) del programa provisional**

**Promoción y protección de los derechos humanos:
cuestiones de derechos humanos, incluidos otros
medios de mejorar el goce efectivo de los derechos
humanos y las libertades fundamentales**

Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas

Nota del Secretario General

El Secretario General tiene el honor de transmitir a la Asamblea General el informe de su Representante Especial para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, presentado de conformidad con lo dispuesto en la resolución 8/7 del Consejo de Derechos Humanos***.

* Publicado nuevamente por razones técnicas el 14 de diciembre de 2010.

** A/65/150.

*** La demora en la presentación de este informe obedece al propósito de incluir la información más actualizada posible.



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

Resumen

El presente informe ofrece una visión general de los principales acontecimientos relacionados con la labor del Representante Especial en la ejecución de su mandato y se centra en el período transcurrido desde la presentación de su último informe al Consejo de Derechos Humanos en junio de 2010 (A/HRC/14/27). Como se trató con el Consejo en ese momento, el Representante Especial presentará dos productos al final de su mandato en junio de 2011: un conjunto de principios rectores en relación con la aplicación del marco para proteger, respetar y remediar y un documento de opciones que esboce las formas posibles en que el Consejo puede realizar el seguimiento del mandato. En el presente informe se toma nota del proceso de consulta que el Representante Especial llevará a cabo a fin de elaborar los principios rectores, se examinan algunos de los problemas que plantea la cuestión de la jurisdicción extraterritorial en el contexto de la empresa y los derechos humanos, se estudia el alcance y el cumplimiento de la responsabilidad de la empresa de respetar los derechos humanos en sus cadenas de suministro y se proporciona una actualización de las actividades y acontecimientos relacionados con la labor del Representante Especial para promover el marco.

Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción	3
II. Hacia la puesta en práctica del marco para proteger, respetar y remediar	3
A. Principios rectores en la aplicación del marco para proteger, respetar y remediar	4
B. La obligación del Estado de proteger los derechos	4
C. La obligación de la empresa de respetar los derechos humanos	6
D. Acceso a los remedios efectivos	7
III. Extraterritorialidad	8
IV. La responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos en las cadenas de suministro	10
V. Promoción del marco para proteger, respetar y remediar	15
VI. Conclusión	16

I. Introducción

1. En junio de 2010, el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas presentó su segundo informe al Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/14/27) sobre la aplicación de su mandato para poner en práctica el marco para proteger, respetar y remediar, que había sido acogido con beneplácito por unanimidad en el Consejo en 2008 (véase la resolución 8/7 del Consejo).

2. En el presente informe se analizan las gestiones del Representante Especial encaminadas a poner en funcionamiento el marco para proteger, respetar y remediar mediante el desarrollo de principios rectores para su aplicación. Además, en el informe se examinan dos de las cuestiones más difíciles con relación al debate sobre la empresa y los derechos humanos, a saber, la cuestión de la jurisdicción extraterritorial, y el alcance y el cumplimiento de la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos en la cadena de suministro de la empresa. Por último, se ofrece información actualizada sobre las actividades y acontecimientos relacionados con la labor desplegada por el Representante Especial con el fin de promover el marco.

II. Hacia la puesta en práctica del marco para proteger, respetar y remediar

3. En 2008, el Consejo de Derechos Humanos acogió con beneplácito por unanimidad el marco para proteger, respetar y remediar destinado a gestionar mejor las cuestiones de las empresas y los derechos humanos, presentado por el Representante Especial. Al decidir prorrogar su mandato, hasta 2011, el Consejo de Derechos Humanos encargó al Representante Especial que hiciera operativo y promoviese el marco.

4. Desde el principio, el Representante Especial ha sostenido que las dificultades en materia de la empresa y los derechos humanos reflejan un desajuste institucional más amplio entre el alcance y el efecto de las fuerzas y los agentes económicos y la capacidad de las sociedades para gestionar sus consecuencias adversas. El marco para proteger, respetar y remediar está destinado a ayudar a eliminar las deficiencias.

5. El marco se compone de tres pilares: el deber de protección del Estado frente a las violaciones de los derechos humanos cometidas 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 diligencia debida para evitar la vulneración de los derechos de terceros, y ocuparse de los efectos negativos que puedan producirse; y la mejora del acceso de las víctimas a recursos efectivos, judiciales o no judiciales. En la actualidad es conocido ampliamente como el marco de las Naciones Unidas para la empresa y los derechos humanos.

A. Principios rectores en la aplicación del marco para proteger, respetar y remediar

6. Como se trató con el Consejo de Derechos Humanos en junio de 2010, el Representante Especial ofrecerá una serie de principios rectores sobre la aplicación del marco para proteger, respetar y remediar al final de su mandato en junio de 2011. Los principios rectores se referirán a cada uno de los pilares del marco. Serán lo suficientemente generales como para tener una aplicación universal, reconociéndose así la diversidad de los países y contextos empresariales, pero lo suficientemente específicos como para tener utilidad práctica. Los miembros del Consejo expresaron su firme apoyo a tales principios rectores y también invitaron al Representante Especial a que presentara opciones y recomendaciones al Consejo sobre otras iniciativas posibles tras la finalización de su mandato.

7. Todas las actividades del Representante Especial durante el último año de su mandato se centrarán en estos dos objetivos. Colaborará intensamente con los Estados Miembros y otras partes interesadas. Está previsto que celebre tres consultas con los Estados Miembros, y que organice consultas por separado con las empresas y con la sociedad civil sobre cuestiones clave para su posible inclusión en los principios rectores. También se ha pensado hacer un esfuerzo especial de divulgación a las instituciones nacionales de derechos humanos a través del Comité Internacional de Coordinación de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos y su grupo de trabajo sobre empresas y derechos humanos. Más avanzado 2010, se tiene programado publicar un proyecto de documento de debate de los principios rectores en su foro de consulta en línea: www.srsgconsultation.org a fin de recoger comentarios.

B. La obligación del Estado de proteger los derechos

8. En cuanto a la obligación del Estado de proteger los derechos, el Representante Especial observa que la mayoría de Estados han adoptado medidas y creado instituciones en el ámbito de la empresa y los derechos humanos, en esferas tales como las normas laborales, la no discriminación en el lugar de trabajo, la salud y la seguridad y la protección de los consumidores. Sin embargo, los Estados han sido más lentos a la hora de hacer frente a la tarea más sistémica de fomentar culturas y prácticas empresariales de respeto de los derechos humanos.

9. En su informe de 2010 al Consejo de Derechos Humanos, el Representante Especial identificó una serie de acontecimientos políticos pertinentes de todas partes del mundo, como la orientación para empresas a través de políticas nacionales de responsabilidad social de la empresa, requisitos de inscripción e información, obligaciones de los miembros de los consejos de administración y disposiciones para el reconocimiento expreso de la “cultura corporativa” de una empresa a la hora de evaluar la responsabilidad jurídica. Sin embargo, los ejemplos eran relativamente escasos, y entre ellos figuraban aún menos las empresas que cubrían de manera explícita los derechos humanos. El informe contenía sugerencias para mejorar la práctica de los Estados.

10. El Representante Especial destacó que en la protección contra las violaciones relacionadas con las empresas, era importante que los Estados estudiaran las oportunidades de fomentar el respeto de los derechos por parte de las empresas

cuando mantuvieran relaciones comerciales con ellas, ya fuera como propietarios, inversores, aseguradores, compradores o simplemente promotores. En particular, señaló que cuanto más cercana era una entidad al Estado, o más se basaba esta en la autoridad pública o en el apoyo por parte de los contribuyentes, mayor fundamento para que las políticas estatales aseguraran que la entidad promoviera el respeto de los derechos humanos. Ello incluía, por ejemplo, a las empresas de propiedad estatal, y la función que las entidades de crédito a la exportación y los organismos oficiales que proporcionaban seguros o avales a la inversión podían desempeñar incentivando a sus clientes para que respetaran los derechos humanos.

11. Esta cuestión se ha examinado recientemente en los planos nacional y multilateral. El Representante Especial se dirigió al Grupo de crédito a la exportación de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), como parte de su examen de los enfoques comunes. Las entidades de crédito a la exportación pueden correr dos riesgos en relación con los derechos humanos. El primero es el riesgo de que las actividades o relaciones comerciales de un cliente contribuyan a la violación de los derechos humanos en el extranjero, con las consiguientes implicaciones morales, políticas o para su reputación, y en algunos casos jurídicas, que ello supone para la propia entidad de crédito a la exportación. El segundo es el riesgo financiero para el proyecto que puede derivarse de sus efectos nocivos sobre los derechos humanos de las personas y las comunidades, que a su vez podría afectar la imagen de la entidad de crédito a la exportación. Estos riesgos están relacionados de forma inextricable. A pesar de recientes acontecimientos alentadores en el caso de muchas, si no la mayoría, de las entidades de crédito a la exportación, actualmente estos riesgos se desconocen y no se han cuantificado.

12. Una de las razones que se invoca con frecuencia para explicar por qué las entidades de crédito a la exportación no tienen en consideración los efectos sobre los derechos humanos es que esas entidades son solo una pequeña parte del proceso, que hay otros agentes financieros que proporcionan un mayor apoyo, o que la entidad es solo un integrante de agrupaciones más grandes. Sin embargo, el Representante Especial ha dicho repetidamente que no existe una solución mágica que resuelva por sí sola todos los problemas en la esfera de las empresas y los derechos humanos: solo hay muchas soluciones pequeñas. Si todos los actores que considerasen que son solo una parte de la solución se abstuvieran de actuar, nada cambiaría. Por fortuna, muchos están cumpliendo su parte. Las entidades de crédito a la exportación también pueden hacer lo mismo, sobre todo colaborando en ambientes multilaterales para mejorar las normas comunes y asegurar la igualdad de condiciones.

13. El programa de la empresa y los derechos humanos abarca los riesgos en materia de derechos humanos para las personas y las comunidades relacionados con la empresa, así como los riesgos financieros, operativos y para la reputación de la propia empresa que las partes interesadas pueden ocasionar. La respuesta adecuada de las entidades de crédito a la exportación a la gestión de ambos conjuntos de riesgos consiste en exigirse a sí mismas la diligencia debida en materia de derechos humanos y, cuando su posición lo permita, exigírsela a los patrocinadores de los proyectos. El Representante Especial reconoce que no todas las entidades de crédito a la exportación, ya sea a nivel nacional como multilateral, están en condiciones de emplear esa diligencia debida y que será necesaria cierta creación de capacidad. Por lo tanto, alienta a las entidades de crédito a la exportación a que examinen qué instrumentos pueden ser más adecuados para ayudarles a aplicar la diligencia debida

en materia de derechos humanos, así como las actividades que pueden contribuir a desarrollar su base de conocimientos y competencia en este ámbito. Espera que el marco para proteger, respetar y remediar sea de ayuda en la formulación de tales medidas y desea continuar las consultas sobre este asunto con las entidades de crédito a la exportación y las partes interesadas.

14. El Representante Especial también está procediendo a examinar marcadores de la contratación responsable con respecto a los derechos humanos, en el contexto de acuerdos entre inversores extranjeros y gobiernos anfitriones. Los marcadores tendrían por objeto ayudar tanto a los Estados como a los inversores a examinar los posibles efectos sobre los derechos humanos de determinadas disposiciones contractuales en los contratos de inversión a largo plazo. El Representante Especial continúa celebrando consultas con representantes de los Estados e inversores, así como con otras partes interesadas sobre la posibilidad de proporcionar tales marcadores.

C. La obligación de la empresa de respetar los derechos humanos

15. En cuanto a la responsabilidad de la empresa de respetar los derechos humanos, en su informe al Consejo de Derechos Humanos el Representante Especial se ocupó con más detalle del proceso de diligencia debida por el cual las empresas podían saber y demostrar que respetaban los derechos humanos. El Representante Especial reconoció que la complejidad de los instrumentos y procesos que las empresas utilizaban variaban necesariamente con el tamaño de la empresa y sus circunstancias operativas. Este enfoque había sido bien recibido y algunas empresas ya lo estaban adoptando. No obstante, en el informe también se identificaron dos tipos de riesgo que aún no habían recibido la atención que requerían.

16. En primer lugar, la investigación revela que las empresas no están cuantificando ni sumando adecuadamente los costes económicos de los conflictos con las comunidades en las que operan, que suelen implicar problemas ambientales y de derechos humanos. Tales riesgos relacionados con las partes interesadas incluyen las pérdidas de ingresos derivadas de los retrasos y las interrupciones; mayores costos de financiación, seguros y seguridad; y la posible cancelación de proyectos. Estos riesgos son especialmente acusados en el sector extractivo, y allí donde las empresas operan en entornos difíciles. En el caso de las grandes empresas petroleras internacionales, se estima que los riesgos no técnicos representan actualmente casi la mitad de todos los riesgos a los que se enfrentan estas empresas mientras que los riesgos relacionados con las partes interesadas constituyen la principal categoría de riesgos no técnicos. Una empresa de ámbito mundial puede perder 6.500 millones de dólares a lo largo de un período de dos años por esos motivos, lo que representa más de un 10% de su beneficio anual. Esta es una situación que perjudica a todos, pues supone un perjuicio para los derechos humanos y para la propia empresa. Por ambos motivos, exige mejores sistemas de control interno y supervisión.

17. Lo mismo cabe decir del riesgo de que dichas empresas puedan estar implicadas en delitos internacionales de derechos humanos u otras violaciones atroces, por lo general a través de las acciones de terceros asociados. La prudencia

sugiere que gestionen este riesgo como una cuestión de cumplimiento de la ley, aun si las fronteras de la responsabilidad jurídica son todavía poco nítidas.

D. Acceso a los remedios efectivos

18. Sobre el tema de los remedios efectivos, los mecanismos judiciales y no judiciales del Estado deben constituir la base de un sistema de remedios para las violaciones de derechos humanos relacionadas con las empresas. Los mecanismos internos de denuncia de las empresas pueden proporcionar un remedio en las primeras etapas y una posible solución, que las iniciativas de colaboración complementarían.

19. Por otra parte, la realidad dista mucho de constituir un sistema integral e inclusivo de remedios efectivos. El Representante Especial ha puesto de relieve que el conjunto actual de los mecanismos de reparación judicial y no judicial de los que se dispone en relación con los efectos de la empresa sobre los derechos humanos es incompleto y defectuoso (véase A/HRC/8/5, párr. 87). Serán necesarias diversas intervenciones para hacer frente a estas deficiencias y aumentar la cantidad y calidad de las opciones de reparación disponibles.

20. En su informe de 2009 al Consejo de Derechos Humanos, el Representante Especial observó que diversas partes interesadas habían sugerido la necesidad de una nueva institución internacional que mejorara el acceso a los remedios no judiciales. La visión sobre lo que podría ser ese mecanismo ha variado, y ha incluido un centro de intercambio de otros mecanismos de reparación, una entidad de creación de capacidad para ayudar a los litigantes a utilizar otros mecanismos con eficacia, un órgano de expertos para analizar los procesos de solución de conflictos y aprovechar más sistemáticamente las experiencias, un foro para la mediación real o el arbitraje de controversias entre empresas y sus interlocutores en la sociedad, o una combinación de dos o más de esas funciones. El Representante Especial observó algunas de las dificultades que cualquier nuevo foro o mecanismo de mediación o arbitraje tendría que superar en la práctica para ser viable (véase A/HRC/11/13, párrs. 109 a 113).

21. El Representante Especial sigue examinando estas ideas a través de consultas con muchos interlocutores de diferentes grupos de interesados en los distintos continentes. Las opiniones recogidas hasta ahora indican que puede existir en efecto un interés real en contar con una mayor capacidad en el plano internacional para apoyar y facilitar la mediación de controversias en este campo. De hecho, las decisiones recientes de algunos bancos regionales de desarrollo de incorporar opciones de mediación y conciliación a su estructura de recursos, junto a las funciones existentes para cumplir con la legislación en la materia, reflejan esta misma dinámica. Continúan los debates sobre la cuestión de qué características debería tener cualquier nuevo mecanismo para que fuese visto por los diferentes grupos de interesados como algo fiable que pudiesen utilizar. Las primeras respuestas confirman que el mecanismo tendría que disponer de una red sólida que hiciera posible el fácil acceso a través de uno o más puntos focales y que facilitara los procesos a nivel local culturalmente apropiados para el lugar en que se produjeran los conflictos. El Representante Especial presentará un informe sobre sus conclusiones a principios de 2011.

III. Extraterritorialidad

22. Una de las exigencias centrales de los grupos de defensa de los derechos humanos consiste en que los países de domicilio de las empresas multinacionales utilicen más la jurisdicción extraterritorial. Las empresas y muchos Estados siguen oponiéndose a esta práctica. En su informe de 2010 al Consejo de Derechos Humanos, el Representante Especial destacó que la jurisdicción extraterritorial en el ámbito de la empresa y los derechos humanos, como en otros ámbitos, era un asunto complejo. Sin embargo, ha comprobado que en los debates acerca de esta cuestión con frecuencia no se aprecia una distinción fundamental entre dos formas muy diferentes de extraterritorialidad, lo que contribuye a polarizar el debate. La primera es la constituida por medidas nacionales que tienen consecuencias extraterritoriales, por ejemplo, que requieren que las empresas matrices informen sobre sus políticas y efectos en materia de derechos humanos en general, incluidos los de sus filiales en el extranjero. Estas medidas se basan en el territorio como fundamento de la jurisdicción, aunque tengan implicaciones extraterritoriales, y pueden estimular un mejor comportamiento de las empresas tanto en el extranjero como en el propio país. La segunda consiste en el ejercicio por parte de los Estados de una jurisdicción directa en relación con los agentes o actividades en el extranjero. Un ejemplo serían los regímenes jurídicos con relación al turismo sexual infantil, que se basan en la nacionalidad del delincuente sin que importe dónde se cometa el delito.

23. A fin de facilitar una discusión más amplia de la extraterritorialidad en el contexto de la empresa y los derechos humanos, el Representante Especial ha construido una matriz heurística de la extraterritorialidad con dos filas y tres columnas. Sus dos filas representan: a) las medidas nacionales con efectos extraterritoriales; y b) la jurisdicción extraterritorial directa sobre agentes o actividades en el extranjero; y sus tres columnas representan: c) las políticas públicas relacionadas con las empresas (como la responsabilidad social de la empresa y las políticas de contratación pública, los criterios de las entidades de crédito a la exportación, o el apoyo consular); d) la normativa (por medio, por ejemplo, del derecho de sociedades); y e) las medidas de aplicación (tratamiento de presuntas infracciones y aplicación de las decisiones judiciales y ejecutivas). La combinación de estas filas y columnas da lugar a seis formas de “extraterritorialidad”, cada una de las cuales ofrece a su vez diversas opciones que no tienen todas la misma probabilidad de desencadenar objeciones por parte de otros Estados, particularmente cuando son resultado de un consenso internacional.

24. Cada vez se reconoce más la necesidad de descomponer el concepto de extraterritorialidad en la esfera de la empresa y los derechos humanos. Por ejemplo, la Comisión Europea está elaborando un estudio sobre el marco jurídico relativo a los derechos humanos y el medio ambiente aplicable a las empresas europeas que operan fuera de la Unión Europea¹. Los Países Bajos encargaron un examen de la responsabilidad jurídica de las sociedades matrices neerlandesas respecto de la participación de sus filiales, incluidas las que operan en el extranjero², en la violación de los derechos humanos. Asimismo, la Iniciativa de Responsabilidad Social Corporativa de la Universidad de Harvard ha publicado recientemente un informe comparativo sobre cómo diversos tipos de normativa extraterritorial se han

¹ Para una información más detallada, véase <http://www.law.ed.ac.uk/euenterpriseslf/>.

² Puede consultarse en <https://openaccess.leidenuniv.nl>.

empleado en otras esferas en las que participan agentes empresariales, como la lucha contra la corrupción, los mercados de valores, la defensa de la competencia, el medio ambiente y la jurisdicción general civil y penal, así como las experiencias correspondientes en materia de empresas y derechos humanos³.

25. Son varios los factores que pueden contribuir a la racionalidad real (y a la percepción de esta) de las diferentes opciones de las que disponen los Estados en este ámbito. En primer lugar, sin que resulte sorprendente, es probable que las medidas multilaterales sean vistas como más aceptables que las unilaterales. Las medidas multilaterales pueden tener el beneficio añadido de fomentar la eficiencia, el intercambio de experiencias y la creación de capacidad para los Estados, y de hacer que otras partes interesadas disfruten de igualdad de condiciones. Por otra parte, mejorar las consultas y la cooperación entre los Estados en relación con sus medidas unilaterales puede contribuir de manera importante a evitar la duplicación de normas, así como a promover la aceptación y aplicación coherente y eficaz de tales normas.

26. En segundo lugar, auténticas diferencias jurídicas, políticas y culturales entre los Estados permiten suponer que los enfoques normativos basados en los principios y orientados a los resultados que se aplican extraterritorialmente o que tienen implicaciones extraterritoriales resulten menos problemáticos de lo que son los enfoques prescriptivos, basados en normas. Asimismo, es posible que faciliten que las empresas cumplan diferentes regímenes normativos.

27. En tercer lugar, cuando existe un grado razonable de consenso internacional sobre el carácter ilícito de una actividad, ya sea por razones de moral, de seguridad, económicas o de otro tipo, puede resultar más fácil para los Estados adoptar medidas de manera unilateral y multilateral para intentar erradicar esa actividad en el país y el extranjero. Es posible que estas medidas se vean reforzadas cuando los Estados se pongan de acuerdo en cuanto a normas y métodos para aplicarlas, incluidas las estrategias para la solución de controversias jurisdiccionales.

28. Estos factores son evidentes en otros ámbitos que tienen que ver con los daños causados por agentes privados, como la lucha contra la corrupción. Por ejemplo, la Asamblea General aprobó en 2003 la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que cuenta actualmente con 140 signatarios, lo que refleja un amplio acuerdo internacional sobre el comportamiento prohibido. Sus disposiciones relativas a la oferta y a la demanda de la corrupción tienen en cuenta las legítimas diferencias entre los Estados y conllevan elementos de jurisdicción extraterritorial directa y medidas internas con implicaciones extraterritoriales. Por otra parte, la Convención incluye disposiciones sobre cooperación internacional y asistencia técnica, por ejemplo en relación con la capacidad de detección y ejecución de los Estados partes.

29. Los regímenes multilaterales de lucha contra la corrupción surgieron en parte debido a las amenazas cada vez más globales a los intereses centrales del Estado resultantes de lagunas en la gobernanza a nivel nacional e internacional en la lucha contra la corrupción. Preocupaciones similares han dado lugar a la coordinación internacional en otros campos, como la defensa de la competencia, el medio ambiente y la regulación de los mercados de valores, para prevenir y resolver los actos ilícitos por parte de agentes privados en el país y el extranjero. Sin embargo, a

³ Puede consultarse en <http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI>.

pesar de que existen algunas motivaciones comparables, por ejemplo, en la esfera de los delitos internacionales, no ha habido un movimiento equivalente en el ámbito de la empresa y los derechos humanos.

30. El statu quo no favorece en absoluto ni a las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con la empresa, ni a los gobiernos anfitriones que quizá carezcan de la capacidad para hacer frente a las consecuencias, ni a las empresas que pueden ser objeto de perturbaciones operativas o verse litigando durante una década o más, o a los países de origen, cuya propia reputación está en juego.

31. El Representante Especial seguirá realizando consultas acerca de las distintas opciones de las que disponen los Estados en esta esfera, tanto en el ámbito interno, como en la colaboración con otros, con el fin de distinguir lo que sea realmente problemático de lo permisible y que podría fortalecer el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas en el país de origen y en el extranjero.

IV. La responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos en las cadenas de suministro

32. El alcance de la responsabilidad de la empresa por violaciones de derechos humanos que tienen lugar en su cadena de suministro ha sido y sigue siendo uno de los problemas más difíciles y controvertidos en la esfera de la empresa y los derechos humanos. En junio de 2010, se solicitó al Representante Especial que presentase un documento de debate a la décima mesa redonda de la OCDE sobre la responsabilidad corporativa en la aplicación del principio de la responsabilidad de la empresa de respetar los derechos humanos en la cadena de suministro. El documento se centró en las empresas que compran bienes y servicios a proveedores, porque aunque los proveedores tienen la misma responsabilidad de respetar los derechos humanos que cualquier otra entidad empresarial, las empresas también tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos en todas sus actividades y a través de sus relaciones con otras partes, incluidas las entidades de sus cadenas de suministro.

33. La presente sección se basa en el análisis que figura en el documento de debate. Proporciona una forma de procedimiento para la toma de decisiones por parte de las empresas en su relación con sus cadenas de suministro. De este modo pretende ayudar a clarificar las opciones con las que cuentan las empresas en este ámbito y facilitar el debate. El Representante Especial espera, al igual que en muchas de sus otras áreas de trabajo actuales, seguir celebrando así consultas sobre la forma en la que se puede refinar y mejorar este procedimiento para la toma de decisiones. Por otra parte, el Representante Especial sigue estudiando las opciones con las que cuentan las empresas en relación con otros aspectos de sus cadenas de valor más allá de los proveedores, como el papel de las instituciones financieras con relación a sus clientes.

34. La respuesta apropiada de una empresa ante el riesgo de contribuir a violaciones de los derechos humanos por medio de su cadena de suministro consiste en que la empresa utilice la diligencia debida en las relaciones con su cadena de suministro, con el fin de determinar los efectos adversos reales y potenciales, y

prevenir o mitigar tanto los riesgos como los efectos que se generen⁴. En el caso de que se descubran violaciones de los derechos humanos en la cadena de suministro, la empresa debe evaluar lo siguiente:

a) Si la empresa está implicada en los abusos únicamente por el vínculo con los productos o servicios que adquiere (por ejemplo, el producto se produce, sin la contribución de la empresa, en condiciones de servidumbre o trabajo infantil; o el proveedor de una empresa de seguridad externa comete violaciones de los derechos humanos en el marco de su labor de protección de instalaciones de la empresa);

b) Si la empresa también está contribuyendo a esa violación mediante sus propias acciones y omisiones (por ejemplo, el comprador exige importantes cambios de última hora en las especificaciones del producto sin ajustar el precio o las fechas de entrega, contribuyendo a que se produzcan violaciones de las normas laborales por parte de un proveedor en una actividad con un margen comercial reducido).

35. En el caso de que la empresa esté contribuyendo a que se cometan violaciones mediante sus propias acciones u omisiones, la responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que la empresa adopte las medidas adecuadas para hacer frente a esa contribución.

36. Si la empresa no está contribuyendo a las violaciones de derechos humanos por medio de sus propias acciones u omisiones, pero está implicada en ellas a través de los productos o servicios que adquiere, los enfoques más comunes hasta la fecha han consistido en gran medida en confiar en las disposiciones contractuales o establecer umbrales en el nivel de comercio por debajo del cual terminarían las responsabilidades de la empresa. Sin embargo, ambas respuestas tienen limitaciones:

a) De hecho, las empresas deberían aplicar medidas, como las cláusulas contractuales, para exigir o incentivar el respeto de los derechos humanos por las entidades de la cadena de suministro. Esta podría ser una medida útil para prevenir o mitigar los efectos adversos en la cadena de suministros; sin embargo, no es suficiente para cumplir con las responsabilidades de las empresas, a falta de pruebas razonables de que las entidades de la cadena de suministro están dispuestas a satisfacer los requisitos y son capaces de hacerlo. Por otra parte, exigir que se cumplan los requisitos contractuales más allá del primer nivel de proveedores puede suponer dificultades adicionales (como se examina más adelante);

b) El concepto de que pueden utilizarse umbrales numéricos para determinar si la responsabilidad indirecta de una empresa por los daños a los derechos humanos la obliga a tomar medidas, por ejemplo, que una empresa que se abastece en menos del x% de sus materiales de un proveedor o cuando estos representan menos del y% de su actividad comercial no tiene que hacer nada con respecto a las violaciones por la entidad de la cadena de suministro identificadas, presenta dos inconvenientes importantes:

i) Los umbrales son necesariamente arbitrarios cuando se aplican a sectores muy diferentes y a empresas de tamaños muy diversos, y no es probable que resulten apropiados en todas las circunstancias;

⁴ Para el examen más reciente del Representante Especial del Secretario General de los componentes de la diligencia debida en materia de derechos humanos, véase A/HRC/14/27, párrs. 79 a 86.

ii) Los umbrales de riesgo alientan a las empresas a jugar con el sistema y a mantenerse por debajo del umbral que les obligaría a asumir responsabilidades.

37. En resumen, el recurso a las cláusulas contractuales es insuficiente, mientras que confiar en los umbrales es una opción muy problemática. Si una empresa está implicada en violaciones de los derechos humanos únicamente por el vínculo con los productos o servicios que recibe, debe tomar medidas adecuadas para hacer frente a los posibles efectos identificados. La medida adecuada por adoptar depende a su vez de dos variables clave:

a) Si la empresa considera que la entidad de la cadena de suministro es crucial para su negocio;

b) Si la empresa tiene influencia sobre la entidad de la cadena de suministro.

38. La relación con una entidad de la cadena de suministro puede ser considerada “crucial” por una empresa cuando ofrece un producto o servicio que es esencial para el negocio de la empresa, y para el que no existen fuentes alternativas razonables. Se considera que la empresa tiene influencia cuando tiene la capacidad de provocar cambios en las prácticas ilícitas de la entidad de la cadena de suministro. Esa influencia se refleja en uno o más factores, como:

a) La existencia de un grado de control directo entre la empresa y la entidad de la cadena de suministro;

b) Los términos del contrato entre la empresa y la entidad de la cadena de suministro;

c) El porcentaje de negocio que la empresa representa para la entidad de la cadena de suministro;

d) La capacidad de la empresa para incentivar a la entidad de la cadena de suministro a mejorar su desempeño en materia de derechos humanos, por ejemplo, en términos de actividad futura, ventaja para su reputación y asistencia en la creación de capacidad;

e) Los beneficios en materia de reputación que obtiene la entidad de la cadena de suministro de su relación con la empresa y el daño que supondría para su reputación que esta se rompiera;

f) La capacidad de la empresa de hacer que otras empresas que mantienen relaciones con la entidad de la cadena de suministro también contribuyan a incentivar un mejor desempeño en materia de derechos humanos;

g) La capacidad de la empresa para hacer que el gobierno local o central exija una mejora del desempeño en materia de derechos humanos por parte de la entidad de la cadena de suministro, por ejemplo, mediante la normativa, la vigilancia y la aplicación de sanciones.

39. A partir de las definiciones anteriores, la empresa debe evaluar si la relación es fundamental y si tiene influencia. La combinación de estas variables llevará a diferentes conclusiones sobre qué medidas se deben tomar.

Situación A

40. Si la entidad de la cadena de suministro resulta crucial y la empresa tiene influencia, la prioridad debería ser utilizar esa influencia para mitigar las violaciones. Si los esfuerzos concertados para la mitigación resultan infructuosos, la conclusión lógica es que la influencia no es la que se imaginaba, y las consecuencias para la toma de decisiones serían las que se describen en la situación b) a continuación.

Situación B

41. Si la entidad de la cadena de suministro resulta crucial para la empresa, pero la empresa carece de influencia para mitigar las violaciones de los derechos humanos, su prioridad debería ser buscar maneras de aumentar su influencia para hacer posible la mitigación. Ese aumento de la influencia podría consistir, por ejemplo, en:

- a) Ofrecer apoyo a la creación de capacidad en la entidad para ayudarla a resolver los problemas;
- b) Colaborar con otras empresas que tienen relaciones con la entidad para incentivar mejoras;
- c) Colaborar con otras empresas sobre una base regional o sectorial más amplia para incentivar mejoras;
- d) Colaborar con el gobierno local o central para los mismos fines.

42. Si estos esfuerzos no dan resultados, la empresa tendrá que tomar medidas para poner fin a la relación, o deberá poder demostrar que ha hecho todo lo razonablemente posible para mitigar las violaciones y estar preparada para afrontar las consecuencias de su decisión de mantener la relación.

Situación C

43. Si la entidad de la cadena de suministro no resulta crucial para la empresa, pero la empresa tiene influencia, para que la empresa continúe con la relación será necesario en primer lugar que trate de utilizar su influencia para mitigar las violaciones. Si no lo consigue, lo lógico es esperar que adopte medidas para poner fin a la relación.

Situación D

44. Si una entidad de la cadena de suministro que está violando los derechos humanos no resulta crucial para la empresa ni está sujeta a su influencia, la conclusión lógica será que la empresa tome medidas para terminar la relación con el fin de cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos.

45. En situaciones complejas o controvertidas, las empresas y las entidades de la cadena de suministro harían bien en pedir ideas, consejos y hasta su validación a partes interesadas externas clave con respecto a las opciones y su decisión definitiva.

46. La lógica para la toma de decisiones antes descrita puede ilustrarse mediante una sencilla matriz de cuatro casillas:

	Tiene influencia	No tiene influencia
Asociado/fuente Fundamental	<p>A.</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Mitigar las violaciones ➤ Si no se tiene éxito 	<p>B.</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Intentar aumentar la influencia ➤ Si se tiene éxito, mitigar las violaciones ➤ Si no se tiene éxito, adoptar medidas para poner fin a la relación, o ser capaz de demostrar que se ha intentado mitigar las violaciones, reconociendo las posibles consecuencias de mantener la relación
Asociado/fuente No fundamental	<p>C.</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Intentar mitigar las violaciones ➤ Si no se tiene éxito, tomar medidas para poner fin a la relación 	<p>D.</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Adoptar medidas para poner fin a la relación

47. La lógica descrita en esta matriz se puede aplicar a las relaciones existentes en la cadena de suministro. En cuanto a la decisión de iniciar una relación nueva en la cadena de suministro con una entidad sobre la cual hay pruebas de que comete violaciones de los derechos humanos, la empresa debe evaluar en primer lugar si es probable que sea capaz de mitigar las violaciones a través de su relación:

a) Si la evaluación por la empresa revela que puede hacerlo, inicia una relación si a continuación toma medidas para mitigar las violaciones, como se ilustra en las situaciones A o B en la matriz;

b) Si la empresa determina que no puede mitigar las violaciones identificadas en esa entidad no debería iniciar la relación.

48. La empresa conoce necesariamente todas las entidades en el primer nivel de su cadena de suministro. Si se descubre que alguna de esas entidades es responsable de violaciones de los derechos humanos, ya sea directa o indirectamente (por ejemplo, en el caso de un agente o concesionario), la empresa puede aplicar la lógica ilustrada por la matriz para la adopción de decisiones.

49. Más allá del primer nivel, tal vez le resulte más difícil a la empresa conocer a todas las entidades de su cadena de suministro y saber si violan los derechos humanos. Con respecto a los niveles adicionales, desconocer las violaciones no es una respuesta suficiente por sí sola a las acusaciones de complicidad ya sea jurídica o no jurídica, si se considera que es razonable opinar que la empresa debería

haberlas conocido a través de la diligencia debida. Por lo tanto, las empresas deberían:

a) Utilizar la diligencia debida para identificar áreas generales de riesgo de violaciones graves de derechos humanos respecto de las relaciones de la cadena de suministro asociadas a una región o un lugar terminado o a algunos productos o materiales y sus fuentes conocidas, sobre la base del asesoramiento adecuado por parte del gobierno, expertos o partes interesadas;

b) Adoptar medidas para mitigar esos riesgos, especialmente intentando asegurar que las entidades intermedias en la cadena de suministro practiquen también la diligencia debida y mantengan normas adecuadas;

c) Si identifican entidades específicas de la cadena de suministro que estén cometiendo violaciones de los derechos humanos, en consonancia con la matriz anterior para la adopción de decisiones, tomar medidas apropiadas para mitigar las violaciones (directamente o a través de intermediarios en la cadena de relación); si la mitigación no es posible, tomar medidas para poner fin a la relación (ya sea directamente o a través de intermediarios) o ser capaz de demostrar los esfuerzos realizados para paliar las violaciones, reconociendo las posibles consecuencias de mantener la relación.

V. Promoción del marco para proteger, respetar y remediar

50. Con el fin de promover y difundir el marco, el Representante Especial ha colaborando estrechamente con varias entidades internacionales que están revisando sus propias actividades y sus disposiciones sobre derechos humanos, y las ha alentado a que se ajusten al marco para proteger, respetar y remediar. Entre las entidades cabe citar a la OECD; la Organización Internacional de Normalización; la Corporación Financiera Internacional; el Pacto Mundial, tanto a través de su Grupo de Trabajo para los derechos humanos como mediante la participación en la Cumbre de Dirigentes del Pacto Mundial celebrada en junio de 2010; y la Unión Europea.

51. Se ha informado sobre el marco a diversos otros foros, como órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados, otros procedimientos especiales, instituciones nacionales de derechos humanos, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Se han previsto debates con representantes de la comisión intergubernamental de derechos humanos de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (ASEAN) y la Comisión de Derecho Internacional de la Unión Africana.

52. A fin de facilitar aportaciones adicionales de los interesados y su compromiso con la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos, en diciembre de 2009 el Representante Especial puso en marcha una consulta en línea (véase <http://www.srsgconsultation.org>), que ha atraído más de 3.600 interesados diferentes de 120 países. El Representante Especial tiene previsto publicar el proyecto de principios rectores sobre la aplicación del marco en este sitio a finales de año para que puedan hacerse comentarios.

VI. Conclusión

53. La labor del Representante Especial ha sido evaluada positivamente por la prensa financiera más importante del mundo; los gobiernos y las instituciones internacionales se inspiran en ella, las empresas han adoptado algunas de sus características centrales, y las organizaciones de la sociedad civil la usan en sus actividades de análisis y promoción. El Representante Especial está sumamente agradecido a todos los que han dado su apoyo al proceso amplio e incluyente de su mandato y han participado en él, y celebra los avances logrados hasta la fecha. El pragmatismo de principios ha ayudado a convertir un debate que anteriormente era motivo de división en diálogos constructivos y mecanismos prácticos de actuación. El Representante Especial espera que para cuando termine su mandato se hayan sentado los principios básicos para adaptar el régimen de derechos humanos a fin de proporcionar una protección más eficaz de las personas y las comunidades contra el daño a los derechos humanos producido por el medio empresarial.
