



**Consejo Económico
y Social**

Distr.
GENERAL

E/CN.4/2006/97
22 de febrero de 2006

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS
62º período de sesiones
Tema 17 del programa provisional

PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

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

Resumen

Este informe se presenta en respuesta a la resolución 2005/69 de la Comisión, por la que se pide al Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales que presente un informe provisional a la Comisión en su 62º período de sesiones. En el informe se pretende exponer el contexto general del mandato desde el punto de vista del Representante Especial del Secretario General, esbozar el planteamiento estratégico general adoptado y resumir el programa de actividades en curso y previstas.

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

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN	1 - 6	3
I. DEFINICIÓN DE LAS CUESTIONES	7 - 53	4
A. La mundialización.....	9 - 19	5
B. Abusos y aspectos conexos	20 - 30	8
C. Respuestas actuales	31 - 53	10
II. DIRECCIONES ESTRATÉGICAS	54 - 81	17
A. Las Normas	56 - 69	17
B. Pragmatismo basado en principios.....	70 - 81	21

INTRODUCCIÓN

1. En su resolución 2005/69, la Comisión de Derechos Humanos pidió al Secretario General que nombrara a un representante especial sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales por un período inicial de dos años. Se pidió que el representante presentara un informe provisional a la Comisión en su 62º período de sesiones y un informe final en su 63º período de sesiones, que incluyera opiniones y recomendaciones para su examen por la Comisión, con el siguiente mandato:

a) Señalar y aclarar normas uniformes sobre la responsabilidad empresarial y la rendición de cuentas de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos;

b) Precisar la función que incumbe a los Estados en la regulación y arbitraje efectivos del papel de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales con respecto a los derechos humanos, en particular mediante la cooperación internacional;

c) Investigar y aclarar las implicaciones que conceptos como "complicidad" y "esfera de influencia" tienen para las empresas transnacionales y otras empresas comerciales;

d) Elaborar materiales y metodologías de evaluación de las repercusiones que las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales tienen en los derechos humanos;

e) Recopilar un compendio de prácticas óptimas de los Estados y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales.

2. El 25 de julio de 2005, el Consejo Económico y Social adoptó la decisión 2005/273 por la que aprobó la petición de la Comisión. El 28 de julio de 2005, el Secretario General designó como Representante Especial a John Ruggie¹.

3. Según la petición de la Comisión y a la luz de la complejidad de las cuestiones abordadas en el mandato y de la historia que precedió su creación, el Representante Especial del Secretario General inició su labor celebrando amplias consultas con distintos Estados, organizaciones no gubernamentales (ONG), asociaciones empresariales internacionales y empresas individuales, federaciones internacionales de obreros, las Naciones Unidas y otras instituciones internacionales y con expertos juristas, acerca del contenido del mandato y las diversas posibilidades de cumplirlo. Hasta la fecha, se han celebrado reuniones oficiales en Ginebra, Nueva York, Londres, París y Washington. En función de las contribuciones voluntarias disponibles, el Representante Especial prevé organizar consultas regionales entre los diversos interesados en África subsahariana, América Latina y Asia. Además, ha finalizado la

¹ Kirkpatrick Professor of International Affairs and Director, Mossavar-Rahmani Center for Business and Government, John F. Kennedy School of Government, Harvard University; affiliated faculty member, Harvard Law School; former Assistant Secretary-General and senior adviser for strategic planning to Secretary-General Kofi Annan.

primera de lo que espera será una serie de visitas no oficiales a las representaciones en el extranjero de empresas de diversos sectores, por invitación de éstas, pero no financiadas por ellas. El objetivo de las visitas, que incluyen conversaciones independientes con grupos de las comunidades afectadas, es profundizar el conocimiento personal del Representante Especial acerca de las situaciones sobre el terreno, y no presentar informes ni sobre las empresas ni sobre los países donde están ubicadas.

4. A fin de obtener más información general en relación con el mandato, el Representante Especial ha iniciado una encuesta de las empresas de la lista *Fortune Global 500*², en la que pregunta a esta serie de empresas influyentes si tienen políticas y prácticas establecidas en materia de derechos humanos y, si las tienen, por qué normas se guían, si realizan evaluaciones sobre las repercusiones en los derechos humanos y qué responsabilidades creen tener en materia de derechos humanos para con los distintos interesados. También propone realizar una encuesta de los gobiernos con el fin de obtener la información necesaria para preparar una respuesta adecuada a los apartados b) y e) del párrafo 1 del mandato previsto en la resolución 2005/69.

5. A fin de obtener asesoramiento sobre los aspectos puramente jurídicos del mandato, el Representante Especial recaba el apoyo de la Harvard Law School y los estudios y los consejos pro bono de juristas y académicos de los Estados Unidos, el Reino Unido y Australia. Agradecería contar con otra ayuda de juristas, en particular de los países en desarrollo.

6. En su informe final, el Representante Especial responderá a cada apartado de los párrafos del mandato tan detalladamente como sea posible dentro de los límites del tiempo y los recursos disponibles. En este informe provisional sólo se pretende definir el contexto general del mandato desde la perspectiva del Representante Especial, establecer las principales opciones estratégicas y resumir su programa de actividades actuales y previstas.

I. DEFINICIÓN DE LAS CUESTIONES

7. El Representante Especial del Secretario General desempeña su labor guiado por lo dispuesto en la resolución 2005/69 y por el proceso de redacción de ésta. Así pues, parte del principio de que el objetivo del mandato consiste en fortalecer la promoción y la protección de los derechos humanos en relación con las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, pero que la principal responsabilidad de reivindicar tales derechos recae en los gobiernos. Además, entiende que los párrafos de la parte dispositiva de la resolución indican que el mandato ha de tener básicamente un carácter empírico y también proporcionar las aclaraciones conceptuales que se soliciten o resulten necesarias.

8. El análisis del Representante Especial acerca de la rápida evolución de la relación entre las empresas y los derechos humanos queda enmarcado en tres factores contextuales generales: las características institucionales de la mundialización; los cuadros generales de los presuntos abusos de las empresas y aspectos conexos; y los puntos fuertes y los puntos débiles

² This is a ranking of the world's 500 largest companies by revenue, compiled by *Fortune* Magazine. See www.pathfinder.com/fortune/global500/.

característicos de las respuestas que se han venido dando para abordar los problemas de derechos humanos.

A. La mundialización

9. La Organización de las Naciones Unidas fue creada para establecer un orden internacional basado en los Estados. En 1945, los Estados eran los únicos responsables de las decisiones internacionales de importancia; estaban sometidos a sus decisiones conjuntas y se encargaban de aplicarlas. El único interés público que podía prevalecer en el plano de la gobernanza internacional era producto del posible arreglo que hubieran logrado los Estados conciliando sus intereses nacionales respectivos. Es más, al constituirse el régimen de derechos humanos, que aparentemente chocaba con dichos principios porque creaba obligaciones que trascendían al Estado y la nacionalidad, se designó a los Estados como los únicos titulares de deberes que podían vulnerar la normativa internacional de derechos humanos y se les consideraba únicos responsables de aplicar los principios de derechos humanos haciendo que se respetaran las obligaciones dimanantes de los tratados o las normas consuetudinarias en el marco de sus jurisdicciones internas.

10. Hoy vivimos además en un mundo globalizado en el que ha empezado a asumir un papel público importante una serie de agentes cuyo principio organizativo cardinal no es el Estado territorial. Esto sucede sobre todo en el ámbito económico. Inmediatamente después de la segunda guerra mundial, el término "economía internacional" todavía correspondía a una descripción espacial precisa de la realidad imperante: un orden económico que consistía en transacciones *externas* celebradas entre mercados nacionales separados y distintos, y entre partes independientes, que los gobiernos podían regular efectivamente en las fronteras aplicando condiciones de acceso como aranceles, obstáculos no arancelarios, tipos de cambio y control de capitales -y que, como siempre, estaban limitadas por el costo y la capacidad de la tecnología disponible de comunicaciones y transporte.

11. Este panorama contrasta con la manifestación más evidente de la mundialización actual: unas 70.000 empresas transnacionales, con aproximadamente 700.000 filiales y millones de proveedores se extienden por todos los rincones del planeta³. Las suyas no son ya transacciones externas entre partes independientes. Por ejemplo, el comercio intraempresarial -es decir, las transacciones entre filiales de una misma entidad empresarial- representa una parte importante del comercio mundial total⁴. Así pues, en este sentido, lo que una vez era comercio exterior entre economías nacionales se ha ido *internalizando* cada vez más en las propias empresas como gestión de una cadena de suministro mundial que funciona en tiempo real e influye directamente en la vida cotidiana de la población de todo el mundo.

³ See <http://www.unctad.org/Templates/webflyer.asp?docid=6087&intItemID=3489&lang=1&mode=toc>.

⁴ For example, intra-firm trade amounts to some 40 per cent of United States total trade, and that does not fully reflect the related party transactions of branded marketers or retailers who do not actually manufacture anything themselves. Kimberly A. Clausing, "The Behavior of Intrafirm Trade Prices in U.S. International Price Data", US Department of Labor, Bureau of Labor Statistics, *BLS Working Paper* 333 (January 2001).

12. Los derechos de las empresas transnacionales, es decir, su capacidad de operar y crecer en todo el mundo, han aumentado mucho durante la última generación como resultado de los acuerdos comerciales, los tratados bilaterales de inversión y la liberalización interna. En los años noventa, se logró reformular los derechos de propiedad intelectual como cuestión comercial y, por consiguiente, quedaron más anclados que nunca en el derecho. En algunos sectores, como las telecomunicaciones, las empresas participan directamente en la elaboración de normas internacionales. Además, gran parte de las controversias en materia de inversión extranjera actualmente se solucionan mediante arbitraje privado y no en tribunales nacionales, por lo que los bufetes jurídicos y contables que prestan servicio a empresas suponen nuevos estratos en la reglamentación corriente de las transnacionales.

13. Estas observaciones son puramente descriptivas, no críticas. Aunque sus beneficios estén desigualmente repartidos, la mundialización ha generado muchos efectos positivos en términos de aumento de la calidad de vida y, en algunas partes del mundo en desarrollo, ha ofrecido oportunidades para reducir la pobreza en proporciones inéditas. Simplemente se trata de señalar que, a la luz de la transformación de las características institucionales de la economía mundial, no es de extrañar que el sector de las empresas transnacionales -y por extensión todo el universo empresarial- haya ganado mayor atención de los demás agentes sociales, incluida la sociedad civil y los propios Estados. De hecho, los agentes de la sociedad civil en muchos sentidos se han transnacionalizado más que las empresas; según una fuente académica, más de 30.000 ONG desarrollan programas internacionales, alrededor de 1.000 tienen miembros de 3 o más países, y las ONG estrictamente nacionales y locales suelen recibir apoyo de sus homólogas internacionales⁵.

14. Existen al menos tres razones del creciente interés por las empresas transnacionales. La primera es simplemente la demostración más reciente de uno de los axiomas más viejos de la vida política: la acumulación de poder por cierto agente social inducirá a otros agentes con distintos intereses u objetivos a organizar un poder de contrapeso. Cuando a finales del siglo XIX las grandes empresas de los países industrializados empezaron a convertirse en participantes importantes de la escena nacional, los esfuerzos para contrarrestarlas surgieron en particular de las comunidades obreras y religiosas y, en última instancia, del Estado. Hoy día, a nivel mundial ha nacido una vanguardia compuesta por un abanico de agentes de la sociedad civil. Además, cuando hay una impresión general de que las empresas mundiales abusan de su poder -como sucedió, por ejemplo, con las grandes empresas farmacéuticas en relación con los precios y las patentes de los medicamentos para tratar el SIDA en África- surge inevitablemente una reacción social.

15. La segunda razón es que algunas empresas se han convertido, así como todo el sector industrial que representan, en blanco de críticas por haber cometido graves vulneraciones de los derechos humanos, las normas laborales, la protección del medio ambiente, y otros intereses sociales. Ello ha intensificado las exigencias de una mayor responsabilización y rendición de cuentas de las empresas, que a menudo apoyan algunas empresas que desean evitar problemas similares o aprovechar sus buenas prácticas como ventaja competitiva. Cabe citar como

⁵ Sanjeev Khagram, James V. Riker, and Kathryn Sikkink, eds., *Restructuring World Politics: Transnational Social Movements, Networks, and Norms* (Minneapolis: University of Minnesota Press, 2002).

ejemplos la exigencia de una mayor transparencia de los resultados no financieros de las empresas mediante distintos tipos de informes o certificaciones, y de que los sectores financiero y de inversión integren gradualmente esa información; la emergencia de planes protorreguladores voluntarios, a veces con participación de los gobiernos, con el fin de garantizar una mejor protección de los derechos humanos y otras normas sociales; y la mayor voluntad de los tribunales nacionales de declararse competentes para examinar denuncias de las violaciones más graves de los derechos humanos que impliquen a empresas en el extranjero, como indica, aunque no sea el único ejemplo, la jurisprudencia de la Ley de demandas civiles por agravios contra los extranjeros (ATCA, Alien Tort Claims Act) de los Estados Unidos⁶.

16. En los últimos años ha surgido una tercera razón del interés por el sector de las empresas transnacionales: el simple hecho de que *tiene* un alcance y una capacidad mundiales y que puede operar a un ritmo y una escala que no pueden igualar ni los gobiernos ni las instituciones internacionales. Los demás agentes sociales procuran cada vez más hallar medios de contrapeso a esta plataforma para abordar problemas de sociedad urgentes -a menudo porque los gobiernos carecen de capacidad o de voluntad para cumplir debidamente sus funciones.

17. Así pues, en relación con problemas concretos, como el acceso de los países pobres a medicamentos, el cumplimiento de los objetivos de desarrollo del Milenio, la mitigación del cambio climático o la reducción de las vulneraciones de los derechos humanos, los agentes de la sociedad civil y los responsables de las políticas cada vez son más conscientes del hecho de que la participación de las empresas es un ingrediente esencial del éxito⁷.

18. Además, en el plano de la economía política mundial en conjunto, los responsables de las políticas y los especialistas de distintas tendencias toman conciencia de una antigua lección de la historia: el carácter insostenible de los grandes desequilibrios entre, por un lado, el alcance de los mercados y las organizaciones empresariales y, por otro, la capacidad de las sociedades para proteger y promover los valores sociales comunitarios básicos. La variante victoriana de la mundialización, igual que el intento de restablecer, tras la primera guerra mundial, un sistema financiero internacional basado en el "*laissez-faire*", se hundieron porque en ambos casos a los gobiernos les resultaba difícil, si no imposible, responder al aumento de las demandas internas de pleno empleo y de mayor equidad económica. Estos dos fracasos propiciaron la emergencia de horribles "-ismos" enemigos de la empresa, de los derechos humanos y, en última instancia, de la paz mundial. Por el contrario, los acuerdos institucionales posteriores a 1945 sobre las relaciones monetarias y comerciales conciliaron los compromisos de liberalización internacional con un amplio margen para crear redes de seguridad e inversiones sociales nacionales, fomentando así un apoyo político interno a la última ola de la mundialización. Hoy día, la creciente brecha entre los mercados mundiales y la capacidad de las sociedades para afrontar sus consecuencias puede empujar a los dirigentes políticos a replegarse una vez más, apremiados por

⁶ This 1789 statute allows foreign plaintiffs (referred to as "aliens") to sue for torts that also constitute violations of the "law of nations" (customary international law). Its origins remain obscure, though it is assumed to have been adopted for such purposes as protecting ambassadors and combating piracy.

⁷ See, for example, the "Conclusions and Recommendations of the 7th Session of the Working Group on the Right to Development", Commission on Human Rights, 9-13 January 2006.

grupos económicamente desfavorecidos, pero provistos de fuerza política, lo que puede conducir a nacionalismos autoritarios o fundamentalismos intolerantes bajo promesas de protección social. Una opción mucho mejor consiste en anclar la mundialización de los mercados en los valores y las prácticas institucionales comunes: contribuir a lograrlo es el macroobjetivo del mandato del Representante Especial.

19. Es evidente que los derechos humanos deben ser una preocupación esencial. Con independencia de cualesquiera diferencias que puedan existir en el mundo, desde la Declaración Universal de 1948, los derechos humanos han sido la única expresión internacional convenida de los derechos que nos corresponden a cada uno, simplemente por el hecho de ser personas. Por consiguiente, garantizar el respeto de los derechos humanos ha de ser el objetivo central de la gobernanza a todos los niveles, desde el local al mundial, en el sector privado como en el público.

B. Abusos y aspectos conexos

20. Dado que no existe una fuente mundial de información general, coherente e imparcial, no podemos decir con certeza si con el tiempo aumentan o disminuyen los abusos en el ámbito de las empresas, sólo que se denuncian con más frecuencia porque los agentes les siguen la pista y hay más transparencia que antes. Desde luego, a las víctimas de abusos la incertidumbre no les importa. Sin embargo complica la concepción de los planteamientos de política alternativos para solucionar dichos problemas y la evaluación de su eficacia; viene a ser como tratar de prevenir y curar el cáncer sin conocer plenamente su epidemiología.

21. Está comúnmente admitido que el desarrollo económico, combinado con el estado de derecho, es el mejor garante de todos los derechos humanos: desde los civiles y políticos hasta los económicos, sociales y culturales. En la medida en que la mundialización los propicia, también aumentan las perspectivas de disfrutarlos. Sin embargo, al mismo tiempo, cabe suponer que la expansión y el avance de la mundialización, al menos en un comienzo, tal vez hayan sido la causa de una mayor implicación de las empresas multinacionales en las violaciones de los derechos humanos. En parte, es una simple cuestión de cifras: hay más empresas que operan en un mayor número de países del mundo, y más a menudo en contextos sociopolíticos que plantean a sus directivos problemas totalmente nuevos, especialmente en materia de derechos humanos.

22. Además, las características institucionales propias de las empresas multinacionales a las que se refiere la sección anterior inevitablemente multiplican y amplifican estos problemas. Para muchas empresas, mundializarse ha supuesto adoptar modelos operativos en red, que abarcan varias entidades empresariales, extendidas a través y dentro de muchos países. Las redes, por naturaleza, obligan a delegar el control directo de operaciones importantes, y las estructuras jerárquicas son sustituidas por relaciones negociadas. Esta forma de gestión extendida ha incrementado la eficiencia económica de las empresas, pero también ha aumentado la dificultad que encuentran las empresas para gestionar sus cadenas de valor mundiales, es decir, toda la gama de actividades necesarias para que el producto llegue de su concepción hasta su uso final. Al aumentar el número de conexiones en las cadenas de valor, también aumentan los puntos vulnerables de toda la empresa mundial, representados por cada eslabón de la cadena. Al mismo tiempo, las redes empresariales distribuidas también han incrementado los puntos de acceso en que los agentes de la sociedad civil pueden tratar de hacer presión sobre las sucursales y los

recursos de una empresa con miras a mejorar no sólo el comportamiento de ésta sino también el entorno social en que opera.

23. Así pues, si no se tienen en cuenta, estas características institucionales particulares de las empresas transnacionales, independientemente de los juicios equivocados o los actos malintencionados de los dirigentes empresariales, aumentan la probabilidad de que "la empresa" vulnere en algún aspecto sus propios principios empresariales o las expectativas que tiene la comunidad respecto de una conducta empresarial responsable. El problema esencial de la relación entre la empresa y los derechos humanos reside pues en idear instrumentos de gobernanza empresarial y pública que circunscriban y reduzcan estas tendencias.

24. Pero ¿cuál es exactamente la situación actual? ¿Cuáles son, de haberlas, las pautas de los abusos para las que habría que idear instrumentos de gobernanza? A fin de obtener un perfil representativo de los presuntos abusos de los derechos humanos cometidos por las empresas y sus aspectos conexos, el Representante Especial del Secretario General examinó 65 casos comunicados recientemente por ONG. Lógicamente, es de suponer que se han seleccionado los casos o las empresas más notorios que ya han sido objeto de campañas, de modo que estos informes sólo serían un ejemplo de las situaciones peores. Aunque los cuadros de violaciones y sus aspectos conexos sean sorprendentes, no causarán extrañeza a algunos observadores informados.

25. El sector extractivo (petróleo, gas y minería) domina ampliamente la muestra de abusos denunciados, con dos tercios del total. La industria de la alimentación y bebidas ocupa un lejano segundo puesto, seguida por la textil y del calzado y el sector de la tecnología de la información y las comunicaciones. Las industrias extractivas también acumulan la mayoría de las denuncias de los peores abusos, incluso el de complicidad en crímenes de lesa humanidad. Suele tratarse de actos cometidos por fuerzas de seguridad públicas y privadas que protegen los bienes de la empresa; corrupción a gran escala; violaciones de los derechos de los trabajadores; y una gama de abusos en relación con las comunidades locales, especialmente las poblaciones indígenas.

26. Los principales problemas de la industria de la alimentación y la bebida se refieren en general a cuestiones relacionadas con el agua y la propiedad de tierras, y a los derechos laborales. Los abusos de los derechos de los trabajadores son también el principal problema en el sector textil y del calzado. En ambos sectores esos problemas suelen estar relacionados con la cadena de suministro. En la tecnología de la información y las comunicaciones, el problema emergente es la vulneración de los derechos a la libertad de expresión y a la intimidad, que puede tener efectos adversos sobre el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona.

27. ¿En qué contextos sociopolíticos se producen los presuntos abusos? Los 65 casos ocurrieron en 27 países. Aquí también las pautas fueron sorprendentes pero no totalmente imprevisibles. Por ejemplo, solía tratarse de países con ingresos bajos, o del segmento inferior de la categoría de ingresos medios (para ser precisos: si "1" equivale a ingresos bajos, "2" a medios y "3" a altos, los 27 países obtendrían 1,8). Además, casi dos tercios de ellos acaban de salir de un conflicto o bien siguen sumidos en él. Por último, estos países se caracterizan por una "gestión deficiente de los asuntos públicos". En el índice de "vigencia del estado de derecho" establecido por el Banco Mundial, 25 de los 27 países quedan por debajo de la media general; una de las excepciones queda ligeramente por encima de la media mundial y la otra justo en la

media⁸. En el índice sobre la percepción de la corrupción, en el que "0" corresponde a "sumamente corrupto" y "10" a "casi libre de corrupción", su puntuación media es de 2,6⁹, y en el índice de Freedom House sobre los sistemas políticos -en el que "sin libertad" se valora con un 1, "con libertad parcial" con 2, y "libre" con 3, su promedio es de 1,9¹⁰.

28. Huelga decir que existen otros abusos de los derechos humanos en relación con las empresas en otro tipo de países y en el mundo en general. Pero, sin ser exhaustivo, este perfil resumido entraña dos consecuencias para elaborar respuestas de política.

29. En primer lugar, hay importantes diferencias en los distintos sectores de la industria en cuanto al tipo y el alcance de los problemas de derechos humanos. El sector extractivo presenta la singularidad de que ningún otro deja huellas sociales y ambientales tan inmensas e intrusivas. Además, es posible que en los países pobres no existan instituciones públicas eficaces a nivel local. Este vacío de autoridad puede obligar a las empresas responsables, enfrentadas a los problemas sociales más difíciles que se pueda imaginar, a desempeñar *de facto* una función de gestión pública para la que están mal preparadas, mientras que otras empresas se aprovechan del poder asimétrico del que gozan. En otros sectores la gama de los problemas de derechos humanos en juego es más limitada y cada cual presenta sus propios dilemas característicos. Tales diferencias deben reflejarse en las políticas relativas a las empresas y los derechos humanos de los sectores público y privado.

30. En segundo lugar, existe una clara simbiosis negativa entre los peores abusos de los derechos humanos relacionados con las empresas y los países receptores, que se caracterizan por combinar ingresos nacionales relativamente bajos, una situación de conflicto reciente o en curso, y una gobernanza deficiente o corrupta. Naturalmente, en este caso hay un solapamiento con el sector extractivo, que opera en este tipo de contexto con más frecuencia que las demás industrias. Pero la mala gobernanza plantea un problema más general con respecto al régimen establecido de derechos humanos y requiere especial atención de todas las partes interesadas.

C. Respuestas actuales

31. Ya hace tiempo que los agentes de la sociedad civil, las empresas y los gobiernos vienen debatiendo la cuestión de la elaboración de políticas y prácticas efectivas para abordar los problemas en la esfera de los derechos humanos. Las empresas han adoptado numerosas iniciativas individuales o en colaboración con asociaciones empresariales, ONG y a veces con gobiernos y organizaciones internacionales. No es objetivo del presente informe examinar o evaluar los numerosos esfuerzos en ese sentido. Se mencionan brevemente sus características, y sus puntos fuertes y débiles en relación con el mandato.

⁸ The index measures the extent to which people have confidence in and abide by the rules in their societies. See <http://www.worldbank.org/wbi/governance/govdata/>.

⁹ The index ranks more than 150 countries in terms of perceived levels of corruption, as determined by expert assessments and opinion surveys. See http://www.transparency.org/policy_and_research/surveys_indices/cpi.

¹⁰ See <http://www.freedomhouse.org/template.cfm?page=15&year=2005>.

32. Con el fin de apreciar mejor lo que hacen las principales empresas mundiales en materia de derechos humanos, el Representante Especial del Secretario General está realizando una encuesta entre las empresas de *Fortune Global 500*, las mayores del mundo. Al redactar el presente informe, sólo se han recibido unas 80 respuestas y es muy posible que los primeros en responder hayan sido los más entusiastas y comprometidos. Así pues los resultados que se resumen a continuación son provisionales y el informe completo se publicará por separado¹¹.

33. De cada diez empresas que han respondido hasta la fecha, casi ocho declaran que tienen una serie de principios y normas de gestión explícitos acerca de la dimensión de derechos humanos de sus operaciones; en una proporción de 2 a 1, en vez de considerarlos independientemente, incluyen los derechos humanos en un código o unos principios generales sobre la responsabilidad social de la empresa. Las cuestiones de no discriminación y salud e higiene en el trabajo están incluidas prácticamente en todos los casos, seguidas por otros derechos laborales básicos (85%). Por el contrario, el derecho a la salud se menciona en el 56% y el derecho a un nivel de vida adecuado en un 43%. Otras categorías de derechos mencionadas conciernen en particular a determinados sectores, pero todavía no se han recibido suficientes respuestas para poder analizar una diferenciación sectorial significativa.

34. A la pregunta de a qué instrumentos internacionales de derechos humanos se refiere la empresa en su política, tres cuartas partes citan las declaraciones o los convenios de la OIT, el 62% la Declaración Universal de Derechos Humanos y 57% el Pacto Mundial de las Naciones Unidas. Cuatro de cada diez mencionan las líneas directrices de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) para empresas multinacionales.

35. Sólo cuatro de cada diez empresas indican que hacen evaluaciones "sistemáticas" de las repercusiones de sus proyectos en la esfera de los derechos humanos, y un número algo mayor dice hacerlo "ocasionalmente". En parte, esto puede responder a variaciones sectoriales, pero no cabe duda de que también se debe al hecho de que aún no estén preparados los instrumentos de evaluación para medir las repercusiones en la esfera de los derechos humanos, ni siquiera en sectores concretos, una laguna que se abordará más adelante en el informe.

36. A la pregunta de qué interesados están comprendidos en las políticas de la empresa en materia de derechos humanos, prácticamente todas incluyen a los empleados; nueve de cada diez incluyen a los proveedores, contratistas, distribuidores, las empresas asociadas y los demás elementos de su cadena de valor; dos tercios incluyen a las comunidades de su entorno de operaciones; y algo más del 60% a los países donde operan. Aunque por lo general las empresas no utilizan el término "esferas de influencia", esta diferenciación basada en la disminución

¹¹ The survey is being conducted in cooperation with the International Business Leaders Forum, Business for Social Responsibility, the International Chamber of Commerce, the International Organization of Employers and the United Nations Global Compact Office, and with the financial assistance of the Friedrich Ebert Stiftung of Germany. The results will be published on the Special Representative of the Secretary-General's home page provided by the Business and Human Rights Resource Centre at <http://209.238.219.111/UN-Special-Representative-public-materials.htm>.

gradual de la responsabilidad directa de la empresa sobre los empleados parece indicar que empieza a haber consenso entre las principales empresas¹².

37. Por último, casi nueve de cada diez empresas dicen haber establecido sistemas internos de comunicación de información y aplicación de las políticas en materia de derechos humanos, y siete de cada diez afirman que periódicamente preparan informes externos que dan a conocer en publicaciones o sitios web de la empresa. La mayoría de las empresas dice trabajar con interesados externos en la elaboración y la aplicación de sus políticas de derechos humanos; las ONG figuran como el asociado más frecuente, seguidas de cerca por las asociaciones empresariales, y las Naciones Unidas u otras organizaciones internacionales, seguidas de los sindicatos y, por último, los gobiernos.

38. Se necesita conocer más respuestas para sacar conclusiones firmes acerca de las pautas comunes o las variaciones en función de los sectores y los países. Pero los resultados preliminares indican que muchas, si no todas las principales empresas del mundo, son conscientes de sus responsabilidades en materia de derechos humanos, han adoptado algún tipo de políticas y prácticas al respecto, los tienen sistemáticamente presentes y han establecido también sistemas de información interna y externa, aunque sean rudimentarios. No se hubiera podido decir lo mismo hace una década. Lo ideal sería disponer de información comparable respecto de las empresas que operan únicamente a nivel nacional, las pequeñas y medianas empresas y las empresas públicas, pero la limitación de tiempo y recursos del presente mandato impide efectuar una encuesta de tal magnitud.

39. Además de las políticas y prácticas de cada empresa, se han concertado distintos arreglos de colaboración que engloba a las empresas y otros agentes sociales. Sin pretender ser exhaustivos¹³, vale la pena destacar algunas de sus características, empezando por las orientadas a promover principios generales de conducta empresarial responsable, pasando por las normas laborales y finalizando con el sector extractivo.

40. El Pacto Mundial de las Naciones Unidas es de lejos la mayor iniciativa mundial en materia de responsabilidad social de las empresas, con más de 2.300 empresas participantes. Establecido en 2000, obliga a las empresas a aplicar diez principios universales extraídos de fuentes de las Naciones Unidas en las esferas de los derechos humanos, las normas de trabajo y ambientales y las prácticas de lucha contra la corrupción. Sus principios de derechos humanos introducen en el debate sobre la responsabilidad social de las empresas los conceptos de

¹² This is the formulation proposed by the Business Leaders Initiative on Human Rights, in the report of a joint project with the United Nations Global Compact entitled "A Guide for Integrating Human Rights into Business Management" (available at <http://www.blihr.org>) and is also used by several major companies known to the Special Representative of the Secretary-General.

¹³ Most of these are described in "Report of the United Nations High Commissioner on Human Rights on the responsibilities of transnational corporations and related business enterprises with regard to human rights", E/CN.4/2005/91; and "Report of the United Nations High Commissioner on Human Rights on the sectoral consultations entitled 'Human rights and the extractive industry', 10-11 November 2005", E/CN.4/2006/92.

"complicidad" y de "esferas de influencia", que adquieren vida propia. Básicamente, el Pacto Mundial es una red de aprendizaje, intercambio y divulgación de las buenas prácticas. Su rasgo principal es que más de la mitad de las empresas participantes son de países en desarrollo, al igual que los dos tercios de las redes nacionales que se utilizan para intercambiar conocimientos. El Pacto Mundial ha permitido a los dos tercios de las empresas de los países en desarrollo, descubrir las prácticas de responsabilidad social de las empresas¹⁴. Es necesario presentar una comunicación anual sobre los avances en la aplicación de los principios.

41. Una característica distintiva de las líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales es el sistema de los Puntos Nacionales de Contacto (PNC). Se trata de oficinas de la administración pública de los países participantes que, entre otras funciones, atenderán "casos concretos" (denuncias, en lenguaje común) de incumplimiento de las directrices por una empresa. Puede presentarlas cualquier persona u organización y la mayoría procede de organizaciones sindicales. Este mecanismo tiene un enorme potencial para contribuir a resolver los problemas de las empresas en los derechos humanos porque no sólo cubre aspectos en el plano nacional sino también en los países receptores. Pero los resultados de los PNC son muy desiguales, especialmente en cuanto a los derechos humanos. Su modesta contribución actual podría mejorar con la uniformización de las prácticas y una mayor rendición pública de cuentas.

42. La OIT se ocupa de las normas laborales desde 1919. Su Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo está ampliamente citada en otras iniciativas, incluido el Pacto Mundial, y su Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales cuya última revisión data de 2000, constituye una declaración normativa importante e incluye procedimientos de aplicación formal que abarcan los tres sectores sociales. La OIT también participa directamente en un programa experimental digno de mención que concierne a la industria textil de Camboya. La iniciativa -Better Factories Cambodia (Mejores fábricas en Camboya)- incluye al Gobierno, los sindicatos, los fabricantes y la sociedad civil local, y la OIT vigila que se apliquen las normas laborales a cambio de facilidades de acceso al mercado de los Estados Unidos de los bienes producidos bajo los auspicios del programa. Este puede servir de modelo para otros países con una industrialización similar y para otros mercados de exportación.

43. La supervisión del funcionamiento de las cadenas de suministro se ha convertido en un instrumento esencial mediante el cual las marcas mundiales tratan de evitar verse implicadas en la infracción de las normas sociales y ambientales, incluidos los derechos humanos. Desempeña un papel importante para las marcas famosas de calzado y de ropa. Una de las iniciativas de este sector es la Fair Labor Association (FLA), asociación organizada en forma de coalición de múltiples interesados, con 18 empresas, un grupo de ONG y cerca de 200 puntos de venta en las universidades. Las empresas adoptan un programa de aplicación y supervisión de normas sobre el lugar de trabajo, así como de reparación, para aplicar las normas de la FLA, más estrictas que las de la OIT, a unos 4.000 centros de fabricación. La reciente experiencia de supervisión de la FLA puede entrañar amplias repercusiones en cuanto a la responsabilidad y la rendición de cuentas de las empresas en materia de derechos humanos.

¹⁴ Based on an independent impact assessment of the GC conducted by McKinsey and Co., the consultancy, available at http://www.unglobalcompact.org/HowToParticipate/guidance_documents/index.html.

44. Básicamente la FLA ha concluido que, de por sí, la supervisión no resulta eficaz para modificar la cadena de suministro. Parte del problema reside en la proliferación de códigos distintos que se imponen a los mismos proveedores, ya que conlleva una carga excesiva para éstos y los empuja a hacer trampas. Otro problema es la práctica habitual de las marcas de exigir plazos de entrega cada vez más breves combinados con estrictos controles de calidad y costo. Pero es posible que el factor más importante sea que los esfuerzos para corregir los casos de incumplimiento son necesariamente inadecuados, ya que los países receptores carecen de las capacidades humanas e institucionales necesarias. Por consiguiente, la FLA está probando una estrategia según la cual las marcas mundiales contribuirán a crear capacidad en las fábricas de los países en desarrollo. Para que sea sostenible, convendría abordar al mismo tiempo el problema de carencia de capacidad conexa del sector público, que generalmente cuenta con pocos inspectores de trabajo, que a menudo ganan menos que los obreros de las fábricas.

45. En los últimos años, se han emprendido varias iniciativas en el sector extractivo. Los problemas de corrupción y la mala administración de los fondos públicos han sido endémicos. Socavan el estado de derecho, impiden lograr los objetivos sociales y alimentan conflictos que a menudo dan lugar a violaciones de los derechos humanos. La iniciativa de transparencia en la industria de la extracción (EITI) supone un discreto avance hacia el establecimiento de la transparencia sobre los ingresos. Se trata de una iniciativa voluntaria para los gobiernos, pero una vez suscrita es obligatoria para las empresas extractivas que operan en los países. El Banco Mundial compila y publica los impuestos, las regalías y las tasas abonados por las empresas. En vigor desde 2003, actualmente aplican sus disposiciones 10 países y la han suscrito otros 11. Sin embargo, muchos países que deberían participar no lo hacen, y la iniciativa no engloba el sector financiado por el Estado.

46. Aún más difícil que lograr la transparencia es la gestión colaborativa de los ingresos, según muestra la posible desaparición de un acuerdo innovador facilitado por el Banco Mundial, en virtud del cual el Gobierno del Chad se comprometía a dedicar una fracción importante de los ingresos procedentes del oleoducto Chad-Camerún a necesidades específicas de desarrollo.

47. El sistema de certificación del Proceso de Kimberley (KPCS) se estableció en 2002 para controlar el flujo de diamantes de zonas de conflicto, comercio que ha contribuido a causar conflictos devastadores y sufrimiento humano en África. La KPCS, una iniciativa conjunta de 44 países y la Unión Europea, junto con la industria internacional del diamante y organizaciones de la sociedad civil, impone múltiples requisitos a los participantes para obtener la certificación de que sus lotes de diamantes en bruto no contienen diamantes de zonas de conflicto. Es necesario adoptar y aplicar leyes nacionales, los diamantes en bruto vendidos deben estar a prueba de manipulaciones y certificados, hacen falta registros, se realizan inspecciones y sólo se permite la compraventa entre los participantes en la KPCS. La industria ha adoptado normas igualmente estrictas, pero su cumplimiento por los gobiernos es desigual y algunos países importantes no participan. Sin embargo, fuentes de ONG bien informadas indican que la iniciativa es relativamente eficaz. Sin duda a ello contribuye la concentración de las estructuras comerciales del sector y el hecho de que el principal producto es un bien de lujo de gama alta. Varios funcionarios, fuentes del sector y agentes de la sociedad civil han instado a crear planes de certificación similares para otros sectores mineros, como el oro.

48. Los Principios Voluntarios sobre Seguridad y Derechos Humanos, aprobados en 2000, tratan del nexo fundamental entre las necesidades de seguridad legítimas de las

empresas del sector extractivo y los derechos humanos de las poblaciones de las comunidades aledañas, que pueden ser y a menudo han sido vulnerados por las fuerzas de seguridad. Los Principios Voluntarios proporcionan orientación práctica a las empresas en relación con tres conjuntos de cuestiones: la evaluación de los riesgos, en particular el potencial de violencia; la posible vulnerabilidad a que están expuestas las empresas en la esfera de los derechos humanos como resultado de su relación con los proveedores públicos de servicios de seguridad, tanto militares como la policía, así como las recomendaciones sobre cómo tratarlos; y cuestiones similares relacionadas con las fuerzas de seguridad privadas. Tal vez lo que es más importante, se obliga a las empresas a verificar el historial de derechos humanos de las fuerzas de seguridad con quienes trabajan y a asegurar que el tipo y número de agentes que prestan servicios en determinadas situaciones sean "competentes, apropiados y proporcionales a la amenaza". Además, se les exige que "dejen constancia de las denuncias creíbles de abusos de derechos humanos cometidos por las fuerzas de seguridad pública en las zonas donde operan y las comuniquen a las autoridades competentes del país receptor", y, cuando proceda, que hagan las investigaciones del caso y se adopten medidas para que no vuelvan a ocurrir.

49. En el momento de redactar el presente informe (inmediatamente antes de un plenario sobre los Principios Voluntarios), sólo 4 Estados habían adoptado la iniciativa¹⁵ si bien otros participan de manera oficiosa y se espera un mayor número de adhesiones; también participan 16 empresas y varias ONG importantes. El plenario debía estudiar la cuestión de la aprobación de los primeros criterios para la presentación de informes anuales de las empresas participantes, varias de las cuales han tomado sus obligaciones con mucha seriedad, mientras que otras han mantenido un perfil bajo. Se debatirían criterios explícitos sobre los miembros y la suspensión. Asimismo, probablemente se abandone la práctica inicial de permitir que las empresas adopten la iniciativa sólo si sus gobiernos de origen lo han hecho, lo que permitiría la participación de un mayor número de empresas. Por consiguiente, hasta la fecha los Principios Voluntarios son tan notables por su potencial, en particular en lo que se refiere a un posible modelo de iniciativas en otros sectores, que por su éxito real cuantificable sobre las cuestiones precisas de que tratan.

50. Se estableció un precedente importante cuando una empresa incluyó el texto de los Principios Voluntarios en sus acuerdos con el gobierno del país receptor con respecto a un proyecto que abarcaba tres países y, en otro caso, cuando adjuntó el texto a un proyecto de contrato con su empresa asociada estatal¹⁶. Por consiguiente, en ambos casos esas medidas voluntarias pueden ser ahora jurídicamente exigibles, lo que ha creado una promisoría práctica híbrida.

51. Los Principios Voluntarios demuestran que un pequeño número de actores impulsados por un sentido particular de la urgencia pueden iniciar una acción innovadora, la que puede ir

¹⁵ United States, United Kingdom, Netherlands, and Norway.

¹⁶ In the former, a consortium led by BP signed a legally binding "Joint Statement" in May 2003 with the three host governments of the Baku-Tbilisi-Ceyhan pipeline project, stating that all pipeline security operations be conducted in accordance with the Voluntary Principles. The latter case involves the Security Guidelines Agreement between Chief of the Papua Police (POLDA Papua) and BP Berau Ltd (BP), as operator of the Tangguh LNG Project, signed in April 2004.

fortaleciéndose gradualmente. Este enfoque tiene un potencial de aplicación en distintos sectores, en particular el desarrollo de infraestructura pesada, o el sector de alimentos y bebidas, en donde las empresas funcionan frecuentemente en situaciones de baja intensidad de conflicto; el propio sector de los servicios privados de seguridad, que suelen prestarse en entornos jurídicos ambiguos sin criterios claros de rendición de cuentas, y en esferas distintas de las relaciones de seguridad, por ejemplo, en el sector de la tecnología de la información y las comunicaciones, en que si bien el número de protagonistas mundiales importantes es aún relativamente limitado, se presentan nuevos problemas a un ritmo rápido.

52. En resumen, están surgiendo en distintos sectores ejemplos de gestión basada en la colaboración y adaptada específicamente a los dilemas característicos de cada caso. Algunas iniciativas tienen efectos que repercuten en otras esferas. Las instituciones financieras y la comunidad de inversiones se están convirtiendo en motores importantes de esos efectos, que no sólo son generados por los fondos de inversión socialmente responsables sino también por importantes instituciones interesadas en la cuestión de los riesgos sociales y ambientales. Los Principios Voluntarios ofrecen nuevamente un ejemplo. La Corporación Financiera Internacional (CFI) está por adoptar nuevas normas de rendimiento para sus préstamos a las empresas del sector extractivo. Entre sus disposiciones figuran aspectos esenciales de varios elementos importantes de los Principios Voluntarios, en particular las evaluaciones de los riesgos relacionados con la seguridad, que se convertirán en un requisito para los préstamos de la CFI superiores a los 50 millones de dólares de los EE.UU. A su vez, algunas de esas disposiciones se incluirán en las políticas de préstamos de proyectos de bancos comerciales que cooperan con la CFI, o siguen su ejemplo, como ocurre con los 39 bancos adherentes a los Principios Equator para la evaluación y gestión de los riesgos ambientales y sociales¹⁷.

53. Al mismo tiempo, no cabe duda de que esos arreglos también adolecen de defectos. Uno de ellos es que en la mayoría de los casos se eligen definiciones y normas de derechos humanos que son propias de las empresas y que rara vez se basan directamente en las normas internacionalmente convenidas, sino que éstas sirven de orientación. Esas opciones tienen tanto que ver con lo que es políticamente aceptable dentro de las entidades participantes, y entre ellas, que con el objetivo de las necesidades de los derechos humanos. Lo mismo puede decirse de las disposiciones sobre rendición de cuentas. Además, esas iniciativas tienden a no incluir a los rezagados, que constituyen el principal problema, si bien éstos también pueden solicitar acceso a los mercados de capital y a la larga tienen otras presiones externas. Por último, aun tomados en conjunto, esos "arreglos" dejan sin atender muchas esferas de los derechos humanos, y no protegen adecuadamente los derechos humanos de muchas regiones geográficas. Por ello, la comunidad de derechos humanos tiene ante sí la tarea apremiante de convertir la promoción y protección de sus derechos en una práctica empresarial más normalizada y uniforme. Ello nos lleva a la cuestión de determinar cuál es la mejor manera de lograr este objetivo.

¹⁷ See <http://www.equator-principles.com/>.

II. DIRECCIONES ESTRATÉGICAS

54. Una vez examinado el contexto más amplio del mandato, el próximo paso es adoptar un enfoque que pueda hacer avanzar la labor con eficacia. En algunos aspectos, la parte más difícil del mandato se refiere a la cuestión de las normas, y ello por dos razones: en primer lugar, en la medida en que el propio contexto mundial está en transición, en muchos casos las normas no "existen" simplemente en los países en espera de ser registradas y aplicadas, sino que están en proceso de elaboración social. En efecto, el mandato es inevitablemente una intervención modesta en ese proceso más amplio. Una de las principales metas del plan del Representante Especial de convocar una serie de consultas regionales y visitar importantes empresas de los países en desarrollo para examinar su funcionamiento es determinar con mayor precisión las necesidades y dilemas específicos que impulsan el proceso en diferentes entornos.

55. El segundo motivo por el que esta cuestión es espinosa es que ha resultado sumamente difícil mantener un diálogo serio sobre las normas sin que se convierta en una recapitulación de los debates anteriores, dentro y fuera de la Comisión, acerca de las Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos¹⁸, el más reciente de los cuales fue la consulta sobre las industrias extractivas convocada por la Oficina del Alto Comisionado en noviembre de 2005. Es claro que las Normas pretenden constituir un conjunto definitivo y amplio de disposiciones, pero los debates anteriores finalizaron en un punto muerto: la mayoría de las empresas se opusieron, muchos -si no la mayoría- de los grupos de derechos humanos estuvieron a favor, y los gobiernos adoptaron el mandato del Representante Especial en un intento por salir del estancamiento. No obstante, puesto que esos debates siguen ensombreciendo el mandato, el Representante Especial estimó necesario examinar las Normas con cierto detenimiento como un posible enfoque y hacer su propia evaluación del asunto¹⁹.

A. Las Normas

56. Las Normas, que son un producto de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, comprenden 23 artículos redactados en forma de tratado que exponen los principios de derechos humanos que deben observar las empresas en esferas que van del derecho penal y humanitario internacional, y los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, y culturales, a la protección de los consumidores y las prácticas ambientales. La Subcomisión aprobó las Normas en su resolución 2003/16, de 13 de agosto de 2003. En su decisión 2004/116, de 20 de abril de 2004, la Comisión expresó la opinión de que, si bien las Normas contenían "elementos e ideas útiles" para su examen, al ser un proyecto de propuesta carecía de autoridad legal.

¹⁸ See E/CN.4/2004/2-E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2.

¹⁹ The following discussion is based on the text of the Norms and Commentary, available at <http://www1.umn.edu/humanrts/links/businessresponsibilitycomm-2002.html>, and the interpretive essay by David Weissbrodt (their principal drafter) and Muria Kruger, "Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights", *American Journal of International Law*, 97 (October 2003), pp. 901-922.

57. Al igual que la Comisión, el Representante Especial del Secretario General estima que las Normas contienen elementos útiles: el resumen de los derechos que pueden resultar afectados por las empresas, tanto de manera positiva como negativa, y la recopilación de documentos de base a partir de instrumentos internacionales de derechos humanos y de iniciativas voluntarias, que es muy útil. Cualquier debate imparcial sobre las Normas abarcará inevitablemente algunos de esos aspectos.

58. Si la labor de elaboración de las Normas se hubiese limitado a compilar ese inventario, junto con una serie de indicadores de las prácticas que las empresas deben o deberían evitar y de lo que se podría ayudar a lograr, el debate posterior podría haberse centrado en las cuestiones sustantivas siguientes: ¿Qué pertenece a la lista, qué está excluido de ella y por qué? ¿Cuáles son las distintas categorías de responsabilidades de las empresas, desde las obligatorias hasta las convenientes? ¿Cuál es la mejor manera de convertir los principios amplios en prácticas e instrumentos de gestión? En resumen, los interesados podrían haberse centrado en el tipo de cuestiones operacionales que ha examinado un grupo de diez empresas conocidas como Business Leaders for International Human Rights (BLIHR) (Empresas líderes en los derechos humanos internacionales), que han puesto en marcha una iniciativa constructiva para determinar si algunas de las disposiciones concretas de las Normas pueden convertirse en políticas, procesos y procedimientos empresariales, y de qué manera hacerlo²⁰.

59. Sin embargo, el proceso de las Normas fue víctima de sus propios excesos doctrinales. Aun dejando de lado la propuesta sumamente controvertida, si bien en gran medida simbólica, de vigilar las empresas y disponer indemnizaciones a las víctimas, sus pretensiones jurídicas exageradas y ambigüedades conceptuales crearon confusión y duda, incluso entre muchos abogados internacionales convencionales y otros observadores imparciales. Dos aspectos son particularmente problemáticos en el contexto de este mandato. Uno de ellos atañe a la autoridad jurídica propugnada por las Normas, y el otro al principio por el cual proponen asignar responsabilidades por los derechos humanos a los Estados y las empresas.

60. Se afirma que las normas sencillamente "reflejan" y "reproducen" principios jurídicos internacionales aplicables a las empresas con respecto a los derechos humanos. Al mismo tiempo, supuestamente constituyen la primera iniciativa de ese tipo a nivel internacional que es de carácter "no voluntario", y por consiguiente en cierto sentido directamente obligatorias para las empresas. Pero interpretadas literalmente, las dos afirmaciones no pueden ser correctas. Si las Normas sencillamente reproducen principios jurídicos internacionales establecidos no pueden entonces obligar directamente a las empresas porque, con la posible excepción de ciertos crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, no existen principios jurídicos internacionales generalmente aceptados que lo hagan. Y si las Normas obligaran directamente a las empresas, en ese caso no podrían ser una nueva reproducción de principios jurídicos internacionales; de alguna manera necesitarían descubrir o inventar otros nuevos. Lo que en realidad han hecho las Normas es tomar algunos instrumentos nacionales de derechos humanos en vigor y sencillamente afirmar que muchas de sus disposiciones son ahora también obligatorias para las empresas. Pero esa afirmación tiene poco peso en el derecho internacional, ya sea vinculante, no vinculante, o clasificado de otra manera.

²⁰ See <http://www.blihr.org/> for an overview of the BLIHR initiative and a list of participating companies.

61. Todos los instrumentos en vigor concebidos específicamente para que las empresas cumplan las normas internacionales de derechos humanos, como las que se examinan en la sección anterior, son de carácter voluntario. Los instrumentos que sí tienen fuerza jurídica internacional, en particular algunas normas de trabajo de la OIT, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención de la OCDE para combatir el soborno y la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, imponen obligaciones a los Estados, y no a las empresas, en particular la obligación de impedir la violación de los derechos humanos por actores privados. En el derecho consuetudinario internacional, la práctica reciente y los dictámenes de los expertos sugieren cada vez más que pueden considerarse responsables a las empresas por la comisión de las violaciones más graves de los derechos humanos que equivalen a crímenes internacionales, en particular, el genocidio, la esclavitud, la trata de personas, el trabajo forzoso, la tortura y algunos crímenes de lesa humanidad, o por su complicidad en esas violaciones.

62. Gran parte de la jurisprudencia en la materia hasta la fecha proviene de las acciones entabladas en virtud de la Ley de demandas civiles por agravios contra extranjeros (*Alien Tort Claims Act*) de los Estados Unidos de América, que a su vez se ha basado en normas internacionales anteriores sobre la responsabilidad penal individual por delitos civiles. Cabe destacar que de los 36 casos presentados hasta la fecha en virtud de la Ley contra empresas, 20 han sido desestimados, 3 resueltos y ninguno decidido a favor de los demandantes; el resto sigue en trámite. En su único fallo en virtud de esa ley, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos reafirmó la importancia en principio de las normas del derecho internacional consuetudinario, pero estableció que se debía demostrar su existencia probando su carácter "específico", "obligatorio" y "universal"²¹. Además, la opinión de la mayoría era aconsejar a los tribunales inferiores que aplicaran la moderación en la "aplicación de las normas generadas en el plano internacional" y dejar que la decisión de crear nuevas formas de responsabilidad la adoptaran los "órganos legislativos en la gran mayoría de los casos"²². Así pues, el poder de ley radica principalmente en su existencia, ya que el mero hecho de ofrecer la posibilidad de un recurso supone un paso adelante. Pero sigue siendo un instrumento limitado, en particular después del fallo del Tribunal Supremo; es difícil y oneroso entablar acciones judiciales a su amparo, en particular para los demandantes; y es única en su género.

63. Hay motivos para creer que también puede estar aumentando la tendencia hacia una mayor responsabilidad de las empresas en el derecho penal nacional con respecto a las violaciones graves de los derechos humanos cometidas en el extranjero. Por ejemplo, el Instituto Noruego de Ciencias Sociales Aplicadas está realizando estudios sobre países que han incorporado las disposiciones de la Corte Penal Internacional en sus ordenamientos jurídicos internos. Los estudios realizados hasta la fecha indican, como hipótesis de trabajo, que esos países tal vez hayan abierto las puertas jurisdiccionales para enjuiciar a las empresas domiciliadas en ellos por delitos cometidos en el extranjero²³. En un pequeño número de jurisdicciones nacionales, la

²¹ *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 US 692, 732 (2004).

²² *Id.* at 726.

²³ "Business and International Crimes - Assessing the Liability of Business Entities for Grave Violations of International Law", a joint project by the International Peace Academy and Fafo, 2004, available on <http://www.fafo.no/liabilities/index.htm>.

legislación sobre la responsabilidad civil también tiende a ir en la misma dirección, si bien está menos vinculada a las normas internacionales.

64. En resumen, existe cierta fluidez en la aplicabilidad de los principios jurídicos internacionales a los actos cometidos por empresas. Pero la mayor parte de esa fluidez atañe esferas bastante restringidas, si bien sumamente importantes, del derecho penal internacional, y hay indicaciones de una posible futura expansión en la aplicación extraterritorial de la jurisdicción de los países de origen sobre las empresas transnacionales. Sin embargo, ninguno de esos cambios respalda la afirmación en que se basan las Normas, a saber, que el derecho internacional se ha transformado hasta el punto en que puede decirse que la amplia gama de derechos humanos internacionales impone obligaciones jurídicas directas a las empresas, pretensión que ha generado muchas dudas y objeciones.

65. Hay argumentos legítimos en apoyo de la propuesta de que en algunas circunstancias puede ser conveniente que las empresas se conviertan en titulares directas de obligaciones internacionales de derechos humanos, en particular en los casos en que los gobiernos de los países de origen no pueden cumplir esas obligaciones, o se niegan a hacerlo, y en que el régimen clásico de derechos humanos internacionales no pueda por consiguiente funcionar como estaba previsto. Además, no existen obstáculos conceptuales inherentes a la capacidad de los Estados de decidir acerca de la responsabilidad directa de las empresas, ya sea por aplicación extraterritorial del derecho interno a las actividades de sus propias empresas o estableciendo alguna otra forma de jurisdicción internacional. Pero no se trata de propuestas sobre el derecho establecido, sino de compromisos normativos y preferencias de política acerca de a dónde debería apuntar la legislación, lo cual requiere la acción de los Estados para poder aplicarlos.

66. Una segunda característica problemática de las Normas consiste en su imprecisión en la distribución de responsabilidades sobre los derechos humanos entre los Estados y las empresas. Si bien puede ser útil concebir a las empresas como "órganos de la sociedad", como se indica en el preámbulo de la Declaración Universal en realidad, son órganos especializados que realizan funciones especializadas. No son un microcosmo de todo el cuerpo social. Por consiguiente, por su propia naturaleza, las empresas no cumplen una función general en relación con los derechos humanos, como es el caso de los Estados; su papel es especializado. Las Normas admiten que algunos derechos civiles y políticos no conciernen a las empresas, pero no exponen ningún principio real para diferenciar las responsabilidades de derechos humanos sobre la base de las funciones sociales respectivas de los Estados y las empresas. En efecto, en algunos casos y sin ninguna justificación, las Normas terminan imponiendo obligaciones más severas a las empresas que a los Estados, al incluir como disposiciones vinculantes para las empresas instrumentos que no todos los Estados han ratificado, o han ratificado con condiciones, e incluso algunas que no son objeto de ningún instrumento internacional adoptado por los Estados.

67. Al carecer de una base de principios para diferenciar las responsabilidades, esta carga recae en el concepto de "esferas de influencia". Pero en términos jurídicos se trata de una carga que el concepto no puede sostener por sí mismo. El concepto tiene una aplicabilidad práctica productiva, como se mencionó en el análisis sobre las políticas de derechos humanos de las empresas, y como precisará el Representante Especial del Secretario General en su informe final. Pero no tiene antecedentes jurídicos, sino que deriva de la geopolítica. Tampoco el texto de las Normas ni su Comentario ofrecen una definición, ni surge con claridad una definición que pueda pasar la prueba de la responsabilidad jurídica. En las búsquedas realizadas hasta la fecha en la

jurisprudencia no se han encontrado referencias explícitas a una definición de ese tipo ni a nada que se asemeje a una definición que no se limite a precisar relaciones formales bastante directas. Por consiguiente, el significado estrictamente jurídico del concepto escapa a toda definición, por lo que no constituye una base adecuada para establecer obligaciones jurídicas.

68. Además, sin una diferenciación basada en principios, podría suceder que la asignación de responsabilidades en el marco de la Normas en la práctica real dependa completamente de las capacidades respectivas de los Estados y las empresas en situaciones particulares, de manera que cuando los Estados no puedan o no estén dispuestos a actuar, la tarea se transferiría a las empresas. Si bien esto puede ser conveniente en circunstancias especiales y en relación con ciertos derechos y obligaciones, es profundamente inquietante como propuesta general. No se trata simplemente de una cuestión de justicia con las empresas o de invitar a los Estados y a las empresas a un juego estratégico sin fin. Mucho más profundo es el hecho de que las empresas no son instituciones democráticas de interés público y que hacer de ellas titulares de obligaciones con respecto a los distintos derechos humanos, en igualdad de condiciones con los Estados, para "promover [esos derechos], asegurar que se cumplan, respetarlos y hacerlos respetar" -como establecen las obligaciones generales de las Normas- puede socavar los esfuerzos en pro del fomento de la capacidad social indígena y una mayor responsabilidad de los gobiernos por sus propios ciudadanos.

69. Nada de lo observado hasta ahora debería interpretarse en el sentido de que no es necesario aportar soluciones innovadoras a los problemas de las empresas y los derechos humanos, o de que la ulterior evolución de los principios jurídicos internacionales y nacionales en relación con las empresas no forme parte de esas soluciones. Asimismo, las actividades normativas y de fomento no son ingredientes menos importantes para el fortalecimiento permanente del régimen de derechos humanos en relación con las empresas que para otras esferas. Pero la conclusión es que los defectos de las Normas hacen que esas actividades se conviertan en una distracción del cumplimiento del mandato del Representante Especial, más que una base para su consecución. En efecto, a juicio del Representante Especial, el conflictivo debate acerca de las Normas no ilumina sino oscurece, las esferas promisorias de consenso y cooperación entre las empresas, la sociedad civil, los gobiernos y las instituciones internacionales con respecto a los derechos humanos.

B. Pragmatismo basado en principios

70. El análisis anterior demuestra claramente cuán compleja y difícil es la tarea que se tiene por delante, pero también revela algunos elementos específicos de esa tarea. Es fundamental lograr una mayor claridad conceptual con respecto a las respectivas responsabilidades de los Estados y las empresas por los motivos examinados anteriormente. Para ello, deberíamos tener presente que las empresas están obligadas no sólo por normas jurídicas, sino también por normas sociales y consideraciones morales, utilizando en la terminología del grupo BLIHR que hace una distinción entre lo que las empresas deben hacer, lo que los interesados internos y externos esperan de ellas y qué es lo conveniente. Cada uno de estos aspectos supone normas, pero cada uno tiene una base muy diferente en la trama de la sociedad, exhibe diferentes modalidades de funcionamiento y responde a distintos mecanismos de incentivos y desincentivos. Tendría gran utilidad práctica para las empresas, los gobiernos y la sociedad civil contar con un esquema de las responsabilidades empresariales utilizando esas distinciones como coordenadas.

Los progresos que se alcancen al respecto se incluirán en el informe del Representante Especial en 2007.

71. Entre tanto, una esfera importante de las normas jurídicas que merece atención es la posible ampliación de la aplicación extraterritorial de la jurisdicción de algunos países de origen sobre los peores abusos de los derechos humanos cometidos por sus empresas en el extranjero. Si se abrieran esas puertas jurisdiccionales, aunque sea levemente, se podría crear una situación en que se obliga a las empresas a cumplir distintas normas nacionales, como fue el caso alguna vez en las esferas del lavado de dinero y de los sobornos y la corrupción. Parece haber un interés general en organizar una sesión de reflexión de expertos jurídicos a fin de examinar este conjunto de cuestiones, así como las posibles respuestas. Si se dispone de los fondos voluntarios necesarios, el Representante Especial tendría gran interés en convocar una sesión de ese tipo.

72. Con respecto a las nuevas normas jurídicas para determinar la complicidad de las empresas en los abusos de los derechos humanos, el Representante Especial seguirá con interés la labor del grupo de expertos convocado por la Comisión Internacional de Juristas. Además, está trabajando con equipos jurídicos en varios países para examinar la jurisprudencia en las distintas jurisdicciones. Al parecer, la definición judicial más explícita de complicidad con que se cuenta hasta ahora es la proporcionada por el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Noveno Circuito en el caso *Unocal*, iniciado al amparo de la Ley de demandas civiles por agravios contra extranjeros²⁴ (*Alien Tort Claims Act*). El fallo estableció tres criterios: el dar asistencia práctica al verdadero autor del delito; el requisito de que esta asistencia tuviera un efecto sustancial en la comisión del delito; y el hecho de que la empresa supiera o debiera haber sabido que sus actos tendrían como consecuencia un posible delito, aun si no tenía la intención de cometerlo. Estos criterios se ajustan bastante a la idea que se tiene en general del estado actual del derecho internacional en la materia²⁵.

73. Hay pocas dudas con respecto a las normas básicas del trabajo; la OIT se viene dedicando activamente desde hace mucho tiempo a cuestiones relacionadas con el trabajo y los derechos humanos conexos. Además, todos los empleadores, incluidas las empresas comerciales, son como consecuencia directa los destinatarios de sus normas laborales, mientras que los sectores privado y público, junto con los sindicatos, están representados en la estructura tripartita de adopción de decisiones de la OIT en cuyo marco se negocian las normas. Por último, la OIT ha eliminado la incertidumbre acerca de lo que considera sus derechos humanos fundamentales limitando esa categoría a ocho convenios agrupados bajo cuatro epígrafes: libertad de asociación y de negociación colectiva, eliminación del trabajo forzoso y obligatorio, eliminación de la discriminación respecto del empleo y la ocupación, y eliminación del trabajo infantil si bien ninguno de ellos ha sido universalmente ratificado²⁶.

²⁴ Burmese plaintiffs sued Unocal for allegedly working with the Myanmar military to conscript forced labour, kill, abuse and rape citizens while working on the Yadana gas pipeline project. *John Roe X, v. Unocal Corp; Union Oil Rswl Co of California, United States*

²⁵ The 9th Circuit Court ruling was vacated when the parties settled the case. Therefore, as of now the principles have no legal status as precedents in relation to business.

²⁶ For the record of ratifications, see <http://www.ilo.org/ilolex/english/docs/declworld.htm>.

74. Las políticas e iniciativas voluntarias individuales de las empresas examinadas en una sección anterior reflejan de qué manera las expectativas sociales influyen en el comportamiento de las empresas. El Representante Especial seguirá su labor de investigación en esta esfera, finalizará el análisis de las empresas de *Fortune Global 500*, procurará determinar cuáles son las mejores prácticas sobre la base de ese estudio y de otras fuentes, y se centrará en particular en las maneras de fortalecer los mecanismos de transparencia y de rendición de cuentas. Además, se mantendrá en estrecho contacto con los interesados pertinentes a fin de estudiar nuevas iniciativas que vinculen esas preocupaciones con las necesidades de fomento de la capacidad en los países en desarrollo.

75. La función de las normas y expectativas sociales pueden ser particularmente importantes en los casos en que no exista ni la capacidad ni la disposición para hacer cumplir las normas jurídicas. Por ello, el Representante Especial del Secretario General ha pedido a la Organización Internacional de Empleadores (OIE) que inicie un estudio en el primer semestre de 2006 para determinar de qué manera las empresas pueden hacer frente con eficacia a las disyuntivas que se presentan en las "zonas de gestión deficiente". La OIE ha estado de acuerdo en realizarlo, para lo que establecerá contacto con sus miembros y otras organizaciones comerciales, en particular el Comité Asesor para las Empresas y la Industria de la OCDE, la Cámara Internacional de Comercio y la Unión de las Industrias de la Comunidad Europea (UNICE), a fin de determinar la mejor manera de establecer el alcance de ese trabajo. El Representante Especial da las gracias a la OIE por haber emprendido este proyecto y espera con interés sus resultados.

76. La capacidad de las empresas para cumplir cabalmente sus obligaciones de derechos humanos depende en gran medida de la disponibilidad de instrumentos de evaluación de los efectos que sean eficaces, a nivel nacional y de proyectos. No se dispone actualmente de un instrumento modelo; en todas las actividades realizadas en el pasado se han utilizado criterios especiales. En el párrafo d) del mandato del Representante Especial del Secretario General se pide a éste que elabore material y metodologías para realizar evaluaciones de las repercusiones en los derechos humanos. Tras una tarea inicial de aproximación, el Representante Especial estima que la magnitud de la labor sobrepasa los límites de recursos y de tiempo del mandato, pero vigilará de cerca dos actividades en curso.

77. La primera de ellas es un instrumento de evaluación de observancia de los derechos humanos elaborado por el Instituto de Derechos Humanos de Dinamarca en un período de seis años. Como su nombre lo indica, determina el grado de observancia por las empresas de los instrumentos de derechos humanos, lo que supone un total de 1.000 indicadores derivados de la Declaración Universal, los 2 Pactos, más de 80 otros instrumentos de derechos humanos, y convenios de la OIT. El Instituto también proporciona los datos correspondientes a distintos países. Haciendo referencias cruzadas, una empresa puede evaluar sus esferas probables o posibles de riesgo. Pero el instrumento no refleja verdaderamente el impacto de las actividades en curso o propuestas de la empresa en la situación de los derechos humanos sobre el terreno o viceversa.

78. La Corporación Financiera Internacional está financiando una actividad encaminada a colmar esta brecha mediante la elaboración de una guía de evaluación de los efectos. Según sus autores, se examinarán en la guía todos los derechos humanos, en particular las esferas en que las responsabilidades de las empresas son más evidentes, pero recordando a éstas que deben examinar todas las esferas de los derechos afectados por sus actividades. Las cuestiones de los

derechos humanos serán abordadas a nivel de país y de proyecto. Las evaluaciones por países se centrarán en los efectos que pueden tener en los proyectos la observancia de los derechos humanos, y viceversa. A nivel de proyectos, la guía ofrecerá a las empresas una metodología que incluye un esquema de una evaluación típica de los efectos paso a paso, la determinación de qué consideraciones de derechos humanos deben tenerse en cuenta en cada paso y una explicación de lo que significa para el proceso de evaluación de los efectos las consideraciones y el enfoque de derechos humanos. En el informe del Representante Especial de 2007 se darán más detalles sobre éstas y otras actividades similares.

79. La función de los Estados en relación con los derechos humanos más que importante es decisiva. El debate sobre las empresas y los derechos humanos sería mucho menos urgente si todos los gobiernos aplicaran fielmente sus propias leyes y cumplieran sus obligaciones internacionales. Además, el repertorio de instrumentos de política de que disponen los Estados para mejorar la efectividad de los derechos humanos de las empresas es mucho mayor que el que actualmente utilizan la mayoría de ellos. Esto incluye el otorgamiento por los países de origen de garantías de inversiones y créditos a la exportación, que suelen no tener debidamente en cuenta las prácticas de derechos humanos de las empresas que reciben los beneficios. El Representante Especial intentará elaborar un compendio de las mejores prácticas de los Estados, tal como se le solicitó en su mandato, mediante una encuesta a los gobiernos y una labor de investigación de otro tipo.

80. Por último, deben encontrarse las maneras de lograr que las empresas estatales cumplan sus obligaciones de derechos humanos en sus esferas de funcionamiento. Esas empresas se están convirtiendo cada vez más en actores importantes en algunos de los sectores más inquietantes de la industria y, sin embargo, parecen funcionar independientemente de muchas fuentes externas de escrutinio a que están sometidas las empresas comerciales.

81. Como se indicó en el comienzo, el Representante Especial del Secretario General considera que su mandato debe basarse fundamentalmente en las pruebas. Pero en la medida que se trate de evaluar situaciones difíciles en evolución, inevitablemente tendrá que hacer juicios normativos. En el caso del Representante Especial, la mejor manera de describir la base para emitir esos juicios es una forma de pragmatismo basada en principios: la adhesión inquebrantable al principio del fortalecimiento de la promoción y protección de los derechos humanos en lo que concierne a las empresas, junto con un apego pragmático a lo que da mejores resultados para introducir cambios en lo que más importa: la vida diaria de las personas.
