

EMPRESAS, DERECHOS HUMANOS Y EL ROL DE LAS INDH

INTRODUCCION

Esta investigación desarrolla el estado de la situación sobre las obligaciones de las empresas, la responsabilidad de los Estados y el rol de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos para prevenir y proteger los derechos humanos mediante mecanismos y políticas eficaces, de forma que se constituya en un aporte para continuar el debate en la construcción de esta temática.

El primer capítulo entabla las diferencias entre la responsabilidad social y la responsabilidad corporativa de respeto a los derechos humanos, que corresponden a conceptos que han evolucionado durante el transcurso de los años y que actualmente se encuentran en progreso. Esta diferenciación es importante para que la sociedad analice y comprenda los alcances de cada una, y los Estados valoren, en virtud de sus objetivos, la implementación, desarrollo y evaluación de políticas públicas en relación con las empresas y los derechos humanos.

El capítulo segundo busca identificar los estándares internacionales de derechos humanos en relación con la responsabilidad corporativa de respeto a los derechos humanos. Si bien, por tratarse de una materia nueva, es reciente que los organismos internacionales empiezan a desarrollar estándares en la materia, ya se puede visualizar un contenido específico sobre las obligaciones internacionales de los Estados frente a la actuación de las empresas, pero además del respeto que estas deben a los derechos humanos. De esta forma, los estándares son importantes para encaminar el debate definiendo que los Estados no son los únicos que tienen obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos.

También el capítulo segundo informa sobre el estado actual de un proyecto de instrumento internacional vinculante en materia de empresas y derechos humanos. Si bien este proceso ha generado controversias sobre el alcance de las obligaciones de las empresas, hay voces que consideran imprescindible que los Estados que conforman el sistema universal de protección de los derechos humanos, analicen la conveniencia de un tratado vinculante y debatan sobre su contenido.

En el capítulo tercero se desarrollan los parámetros para la empresa prototipo que protege los derechos humanos independientemente de su actividad empresarial, tamaño y sector económico. También aborda la necesidad de identificar derechos específicos de grupos que tienen mayor exposición a ser vulnerados por las actividades corporativas, así, los de trabajadores, niñez y pueblos indígenas, sin dejar de transversalizar el género en el impacto de los dos primeros. Gran parte del capítulo desarrolla las obligaciones específicas que tienen las empresas en el respeto a los derechos humanos, tales como las medidas mínimas de debida diligencia, mitigación o disminución de riesgos, mecanismos de reparación, prevención en sus relaciones comerciales, en sus cadenas de suministro, y en general, en sus actividades corporativas.

El capítulo cuarto se centra en el Estado, tanto para referirse a las obligaciones internacionales de estos, como para abordar el rol de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos.

Respecto a los Estados en general se analizan las medidas que deben desarrollar para lograr que las empresas atiendan sus obligaciones, tales como regulaciones, normas y políticas públicas suficientes y efectivas sobre esta temática. Permitirá identificar las acciones concretas en el ámbito legislativo, de supervisión y coordinación, contratación pública, protección de derechos humanos colectivos, corrupción, entre otros temas relacionados a las empresas.

En relación con las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos se revisa su vínculo con los objetivos de desarrollo sostenible y la importancia que en esto juega la Declaración de Mérida; su rol de asesoramiento al Estado y a las empresas para la promoción de los derechos; y las buenas prácticas que realizan en el conocimiento y supervisión de situaciones de violaciones de derechos humanos. Además, identifica el rol importante que tienen para establecer mecanismos de resolución de casos y de coordinación interinstitucional con entidades competentes.

A lo largo de esta investigación se hace referencia a los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos elaborados por el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, y que fueron adoptados por el Consejo de Derechos Humanos en junio de 2011. Aunque este instrumento no tiene efecto vinculante para los Estados, es una herramienta importante para el desarrollo de las medidas de derecho interno sobre la materia.

Estos principios se basan en reconocer tres aspectos: que los Estados tienen obligaciones de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos y las libertades fundamentales; que las empresas son órganos especializados de la sociedad con funciones especializadas y que deben cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos; y que existe una necesidad de que las empresas contemplen recursos adecuados y efectivos para cumplir sus obligaciones corporativas en casos de vulneración de los derechos humanos. En definitiva, el Relator Especial realiza su propuesta desde el corpus iuris existente, define cuál es el rol de los Estados y entrevé que las empresas respetarán los derechos humanos contenidos en este corpus iuris.

También se desarrolla el concepto de debida diligencia, cuyo contenido visibiliza que las empresas deben ser consecuentes con el respeto de los derechos humanos, y la forma de mostrarlo es mediante la adopción de políticas y prácticas empresariales para prevenir la vulneración de derechos frente a omisiones o actuaciones en determinadas circunstancias, tanto dentro como fuera de la empresa. La adopción de estas políticas y prácticas empresariales es un indicador sobre el compromiso de cada una de las empresas para el respeto de los derechos humanos.

CAPÍTULO 1

CONTEXTO DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL Y EL RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS

1.1. La responsabilidad social corporativa y su diferencia con la obligación de respeto de los derechos humanos por parte de las empresas.

La responsabilidad social corporativa (RSC) y la obligación de respeto de los derechos humanos por parte de las empresas tienen similitudes; sin embargo, sus enfoques son distintos. Ambos conceptos tienen origen en la evidencia del conflicto que surge entre las empresas transnacionales y los Estados, en el cual las empresas, debido a su poder económico, obtienen poder político por sobre los Estados, disminuyendo la acción de estos frente a la vulneración de los derechos humanos de aquellas.

La diferencia se presenta en que la RSC busca la voluntariedad de las empresas para la adopción de mecanismos de autocontrol, que mejoren su imagen corporativa, a través de acciones responsables económica, social y ambientalmente, mediante el cumplimiento de las leyes y de principios éticos; mientras que la obligación de respeto de los derechos humanos se refiere a la responsabilidad vinculante que tienen las empresas frente a las normas internas e internacionales que protegen los derechos humanos y que debe ser, en razón de la responsabilidad internacional de los Estados, controlada por estos.

En consecuencia, el enfoque distinto es en relación con la voluntariedad u obligatoriedad de su responsabilidad de respetar los derechos humanos en la implementación de sus actividades corporativas. El propio principio rector 11 sobre empresas y derechos humanos se refiere a la obligatoriedad de las empresas que debe abstenerse de vulnerar los derechos humanos, y además establecer acciones para abordar las consecuencias negativas de estas vulneraciones en las que como empresa hayan participado. Del citado principio se establece que “las empresas deben respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación”¹.

La Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas interpreta el contenido del principio rector 11 en el sentido de que:

La responsabilidad de respetar los derechos humanos constituye una norma de conducta mundial aplicable a todas las empresas, dondequiera que operen. Existe con independencia de la capacidad y/o voluntad de los Estados de cumplir sus propias obligaciones de derechos humanos y no

¹ Organización de las Naciones Unidas, *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar*, Nueva York y Ginebra, 2011, p. 15.

reduce esas obligaciones. Se trata de una responsabilidad adicional a la de cumplir las leyes y normas nacionales de protección de los derechos humanos.

Hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos implica tomar las medidas adecuadas para prevenirlas, mitigarlas y, en su caso, remediarlas.

Las empresas pueden asumir otros compromisos o llevar a cabo otras actividades para apoyar y promover los derechos humanos y contribuir así a mejorar el disfrute de los derechos. Pero esto no compensa el incumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos en el desempeño de sus actividades.

Las empresas no deben menoscabar la capacidad de los Estados para cumplir sus propias obligaciones en materia de derechos humanos, ni emprender acciones que puedan debilitar la integridad de los procesos judiciales².

En consecuencia, la obligación de respeto de los derechos humanos que tienen las empresas es autónoma, es distinta a las obligaciones legales que tiene el Estado para disponer el correcto funcionamiento de las empresas. Implica también que las empresas deben tener la capacidad de abordar diligentemente las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que se produzcan por sus actividades y acompañar las acciones de apoyo y promoción de los derechos humanos. Y finalmente, no deben menoscabar las obligaciones de los Estados para abordar su responsabilidad de garantizar y proteger los derechos humanos.

Históricamente podemos ubicar que los debates en relación con la responsabilidad corporativa surgen con mayor énfasis con los juicios penales instaurados de forma posterior a la Segunda Guerra Mundial, en los cuales se imputó la responsabilidad penal corporativa a las empresas alemanas por su participación en el cometimiento de crímenes internacionales³.

Humberto Cantú realiza un recuento histórico de cómo ha evolucionado la responsabilidad social corporativa. Así, detalla varios hitos que son importantes, de los cuales, se hará referencia a cuatro:

2 Ibidem.

3 Florian Jessberger, "On the Origins of Individual Criminal Responsibility under International Law for Business Activity: IG Farben on Trial", citado por Humberto Cantú Rivera, *Empresas y Derechos Humanos: ¿Hacia una regulación jurídica efectiva, o el mantenimiento del status quo?*, Ed. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol. XIII, 2013, p. 315.

El primero es en 1960, año en el cual, los nuevos Estados independientes lograron hacer eco de sus preocupaciones ante la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por el creciente poder e influencia de las empresas multinacionales en la economía mundial, lo cual podría provocar una intromisión en sus países, caracterizados por el poco desarrollo institucional y económico, aunque con ingentes recursos naturales⁴.

El segundo corresponde a 1974, año en el cual, la Asamblea General de las Naciones Unidas consideró necesario regular el creciente poder de las empresas mediante la propuesta de un Código de Conducta para las Empresas Transnacionales para auxiliar y complementar las limitaciones de los Estados. El proyecto del código en su inicio contemplaba las obligaciones relativas a los derechos humanos, medio ambiente, principio de no intervención en los asuntos internos, transferencia de tecnología y la protección de los consumidores; sin embargo, la polarización ideológica y política entre los Estados obstaculizó las discusiones y poco a poco el código perdió su característica regulatoria, transformándose únicamente en directrices, en el sentido de que se establecieron ciertas pautas que los Estados y las empresas pueden seguir para la realización de los derechos humanos; en definitiva, este documento perdió la posibilidad de constituirse con fuerza vinculante. En 1992 se suspendieron los debates entre los Estados⁵.

El tercer hito corresponde al año de 1990, en el que se celebró el Foro Económico Mundial que en 1999 adopta el Pacto Mundial. Este instrumento insta a las empresas a que acojan los valores fundamentales relacionados a los derechos humanos, relaciones laborales, el medio ambiente y la lucha contra la corrupción. Este Pacto Mundial busca fomentar la “responsabilidad cívica” de las empresas para contribuir a la solución de los retos que plantea la globalización⁶ y se acoge a la voluntariedad de las empresas para suscribirse a dicha iniciativa, por lo que fortalece el enfoque de una responsabilidad social corporativa o empresarial⁷.

Finalmente, el cuarto hito ocurre entre los años 2002 y 2003. Este hito es importante por cuanto implica otro intento similar al Código de Conducta para las Empresas Transnacionales, con la propuesta de las Normas sobre la Responsabilidad de las Corporaciones Transnacionales y otras Empresas Comerciales en Materia de Derechos Humanos propuestas por la Subcomisión para la Promoción y Protección

4 Humberto Cantú Rivera, *La Responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2018, p. 21.

5 Ibidem, p. 22 .

6 Pacto Mundial, *La responsabilidad cívica de las empresas en la economía mundial*, disponible en: https://www.um.es/documents/4156512/4572708/RSC_Pacto_Mundial_responsabilidad_civica_empresas_en_economia_mundial.pdf/0ed4049d-ec4a-4346-90e1-9e7b9038fafb

7 op.cit.: Humberto Cantú Rivera, *La Responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos*, p.21.

de los Derechos Humanos en Naciones Unidas⁸; sin embargo, la entonces Comisión de Derechos Humanos decidió que carecían de valor jurídico al haberlas realizado de forma autónoma sin que ningún órgano de las Naciones Unidas las hubiese solicitado⁹.

Las normas establecen obligaciones generales de respeto, promoción y garantía de los derechos humanos reconocidos a nivel nacional e internacional. Además, estas normas contienen la disposición a las empresas transnacionales y otras empresas en general, de respetar, garantizar y promover los derechos humanos reconocidos a nivel nacional e internacional, en sus respectivas esferas de actividad e influencia; incluye el respeto de los derechos de los pueblos indígenas y de otros grupos en situación de vulnerabilidad.

Al respecto, el documento de Naciones Unidas establece:

Los Estados tienen la responsabilidad primordial de promover y proteger los derechos humanos consagrados en la legislación internacional y nacional, asegurar que se cumplan, respetarlos y hacerlos respetar, incluso velando porque las empresas transnacionales y otras empresas comerciales respeten los derechos humanos. Dentro de sus respectivas esferas de actividad e influencia, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales tienen la obligación de promover y proteger los derechos humanos consagrados en el derecho internacional y en la legislación nacional, incluidos los derechos e intereses de los pueblos indígenas y otros grupos vulnerables, asegurar que se cumplan, respetarlos y hacerlos respetar¹⁰.

Estas normas establecen directrices a los Estados y a las empresas para que apliquen las disposiciones de este instrumento. Así, establece que las empresas deben aprobar, difundir y aplicar las normas de funcionamiento interno que sean acordes a esta normativa internacional y deben informar constantemente. Esta normativa debe aplicarse e incorporarse en los contratos u otros acuerdos comerciales. Al respecto, la normativa de Naciones Unidas señala:

Como primera medida para la aplicación de estas Normas, cada empresa transnacional u otra empresa comercial debe aprobar, difundir y aplicar normas de funcionamiento interno acordes con las presentes Normas. Además, periódicamente adoptar medidas para aplicar plenamente las Normas y garantizar al menos la pronta aplicación de las protecciones que en ellas se

8 Organización de las Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, *E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2*, 26 de agosto de 2003. Disponible en: <https://undocs.org/es/E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2>.

9 Organización de las Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos. *UN Doc. 2004/116*, 20 de abril de 2004.

10 op. cit.: Organización de las Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, *E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2*, párr. 1.

establecen, e informar al respecto. Cada empresa transnacional u otra empresa comercial debe aplicar e incorporar las presentes Normas en sus contratos u otros acuerdos y tratos con contratistas, subcontratistas, proveedores, licenciarios, distribuidores, personas naturales u otras personas jurídicas que concierten acuerdos con la empresa transnacional o comercial a fin de velar por que se respeten y apliquen estas Normas¹¹.

Esta normativa de Naciones Unidas también establece la implementación de mecanismos nacionales y un mecanismo internacional de verificación y vigilancia de la aplicación de la normativa internacional, con procesos participativos para recabar la información de denuncias de violaciones de las normas internacionales. Asimismo, señala que los Estados tienen la obligación de reforzar su ordenamiento jurídico para asegurar que las empresas apliquen las normas internacionales y las normas nacionales. Al respecto, del instrumento se desprende:

Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales serán objeto de una vigilancia y verificación periódicas por mecanismos nacionales y otros mecanismos internacionales y de las Naciones Unidas que ya existan o estén por crearse, en lo que respecta a la aplicación de estas Normas. Esa vigilancia será transparente e independiente y tendrá en cuenta la información que proporcionen las partes interesadas (incluidas las organizaciones no gubernamentales) y la información proveniente de denuncias de violaciones de las presentes Normas. Además, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales realizarán evaluaciones periódicas de los efectos de sus propias actividades en los derechos humanos a la luz de las presentes Normas.

Los Estados establecerán y reforzarán el marco jurídico y administrativo necesario para asegurar que las empresas transnacionales y otras empresas comerciales apliquen estas Normas y los demás instrumentos nacionales e internacionales pertinentes¹².

Esta normativa también incorpora que las empresas deben adoptar medidas para transparentar sus acciones y evitar la corrupción; esto implica una innovación al establecer el deber de vigilancia del cumplimiento de las obligaciones en todas sus transacciones comerciales. Al respecto, las normas internacionales señalan:

Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales no ofrecerán, prometerán, darán, aceptarán, condonarán, aprovecharán a sabiendas ni pedirán ningún soborno u otra ventaja indebida. Tampoco podrá pedírseles ni esperar que ofrezcan ningún soborno u otra ventaja indebida a ningún gobierno, funcionario público, candidato a un puesto electivo, miembro de las fuerzas armadas o de las fuerzas de seguridad, o cualquier otra persona u

¹¹ Ibidem, párr. 15.

¹² Ibidem, párrs. 16, 17.

organización. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales se abstendrán de realizar cualquier actividad que apoye, solicite o aliente a los Estados o a cualesquiera otras entidades a que violen los derechos humanos. Además, procurarán que los bienes y servicios que prestan no se utilicen para violar los derechos humanos¹³.

Por su parte, la crítica de las empresas fue que se les estaría transfiriendo obligaciones de los Estados, poniéndolas en el lugar de los gobiernos, al obligárseles a proporcionar bienes y servicios esenciales, posición infundada puesto que las normas distinguían claramente entre las responsabilidades primarias de los Estados y las responsabilidades secundarias de las empresas¹⁴.

Como otro hito histórico se tiene la Cumbre de la Tierra del año 2002. En Johannesburgo se planteó dentro de los temas de desarrollo sostenible la necesidad de un marco regulatorio y la estandarización de políticas en materia de la RSC. Se observó que las actividades de las grandes y pequeñas empresas tienen el deber de contribuir a la evolución de comunidades y sociedades equitativas y sostenibles, y también la necesidad de que las empresas asuman la plena responsabilidad de sus actos¹⁵.

El 21 de marzo de 2011 el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie, presentó el documento denominado “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar”¹⁶ que fueron acogidos y hechos suyos por el Consejo de Derechos Humanos, que a su vez, para dar seguimiento a este documento, conformó el Grupo de Trabajo para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas¹⁷.

En definitiva, de estos hitos históricos se desprende la existencia de un debate para generar obligaciones corporativas en relación con los derechos humanos, lo cual se dio dentro de un contexto de liberación del comercio, reducción del papel controlador del Estado y la transferencia rápida de información a nivel mundial, de la que no

13 Ibidem, párr. 11.

14 Amnistía Internacional, *Las Normas de Derechos Humanos de la ONU para Empresas, hacia la responsabilidad legal*, Madrid, 2004, disponible en: <http://observatoriorsc.org>

15 Tercera Cumbre Mundial de las Naciones Unidas sobre Ambiente y Desarrollo, *Declaración de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible*, 2002, disponible en: <http://www.upv.es/contenidos/CAMUNISO/info/U0667148.pdf>

16 Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Documento A/HRC/17/31*, 21 de marzo de 2011.

17 Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Resolución A/HRC/RES/17/4*, 6 de julio de 2011.

escapaba la información relacionada al comportamiento de las empresas como resultado de la ausencia de regulaciones y control del desempeño empresarial¹⁸.

Retrotrayéndonos podemos ver que tras el fracaso de los debates del proyecto de Código de Conducta para las Empresas Transnacionales surge la propuesta del Pacto Mundial, que implementa el concepto de RSC como mecanismo para instrumentalizar y operativizar el desarrollo sostenible de forma voluntaria, sin que se establezcan sanciones o responsabilidad distinta a la moral en caso de incumplimiento, y que tiende a generar una imagen corporativa ante la sociedad.

La RSC como concepto no tiene una definición común o consensuada a nivel internacional o regional; sin embargo, existen elementos comunes en sus definiciones: i) la preocupación por el comportamiento ético de la empresa; ii) las condiciones de los trabajadores; iii) el desarrollo comunitario; y iv) el impacto sobre el medio ambiente¹⁹. Georgina Núñez menciona:

Quando hablamos de Responsabilidad Social Corporativa (RSC) nos referimos a un concepto muy amplio que puede decir mucho y nada concreto al mismo tiempo. Sin embargo, cualquiera sea la definición adoptada, todas coinciden en la necesidad de promover las buenas prácticas en los negocios a través de asumir, por parte de la empresa, la responsabilidad de los impactos que genera la actividad productiva a la que se dedica. A la larga estas buenas prácticas contribuyen a la creación de un mayor valor social de la empresa, que beneficia a sus accionistas (mayoristas y minoristas), a los grupos de interés (stakeholders), a los trabajadores y a la ciudadanía en su conjunto²⁰.

Para la autora citada, la RSC tiene algunas dimensiones, de las cuales menciona seis. Estas dimensiones muestran la evolución del concepto de RSC desde aquellas que indican mayor voluntariedad de las empresas como la concepción filantrópica, hasta aquellas concepciones de las que se desprenden obligaciones para las empresas como las de transparencia. La autora detalla las dimensiones de la siguiente forma:

La definición de un comportamiento empresarial social y ambientalmente responsable considera distintas dimensiones. La más comúnmente relacionada con el concepto tradicional de RSC hace referencia a la política filantrópica de la empresa. Algunas de estas políticas son consideradas acciones aisladas y

18 Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL, *Responsabilidad social corporativa en América Latina: una visión empresarial*, Santiago de Chile, abril de 2004, p. 16. disponible en: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5621/S044214.pdf?sequence=1>

19 Ibidem, pp. 7, 15.

20 Georgina Núñez, "La responsabilidad social corporativa en un marco de desarrollo sostenible", *Medio Ambiente y Desarrollo*, Serie 72, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL, Santiago de Chile, noviembre de 2003, p. 11, disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5779/1/S0310754_es.pdf

limitadas en el sentido que no se corresponden con la amplitud del concepto de RSC enmarcado dentro del desarrollo sostenible, que no solo busque los beneficios económicos, mejorar la imagen y marca de la empresa, sino también esté preocupada de integrar su gestión una política más solidaria y de colaboración hacia la comunidad.

Una segunda dimensión relacionado con la ética en los negocios que incluye valores y principios no solo compartidos por los accionistas, ejecutivos y trabajadores de la empresa, sino también por aquellos grupos de la sociedad con algún vínculo con dicha empresa (stakeholders).

Una tercera dimensión tiene que ver con las decisiones de política de la empresa –que se expresan en la gobernabilidad corporativa y que incluye las de responsabilidad social y ambiental- entre sus accionistas (mayoristas y minoristas), trabajadores y la comunidad. [...] La rendición de cuentas o accountability del conjunto de actividades de la empresa, el monitoreo de dichas actividades, la transparencia y cumplimiento de la normativa son los principales elementos que reconocen universalmente una gobernabilidad corporativa sana. [...]

La cuarta dimensión tiene relación con el ciclo del producto (o cadenas de valor), lo que significa que la empresa se preocupe desde sus proveedores de materias primas hasta los consumidores finales del producto. Ello significa tener que diseñar sistemas de monitoreo del cumplimiento de estándares (ambientales y sociales) por parte de los proveedores.

Una quinta dimensión de la RSC es la normativa o regulatoria. Si bien muchas de las iniciativas de RSC son de carácter voluntario, existen disposiciones asociadas a aspectos de la responsabilidad de las empresas dentro de un marco normativo. El carácter de obligatoriedad se circunscribe principalmente a la transparencia de la información relevante provista por la empresa al conjunto de los actores que interactúan en el mercado tendientes a instalar las buenas prácticas en los negocios. En la medida en que la información relevante de las empresas es transparente, se disminuyen sustancialmente los riesgos de situaciones de fraudes en las empresas y su multiplicación en la economía global. El suministro de información veraz y transparente, acerca de los resultados y logros obtenidos en materia ambiental y social son una forma de aumentar su efectividad.

Por último, una nueva dimensión de la RSC sumada recientemente es la que emana de los acuerdos de libre comercio. Distintas instancias en las que interactúan los actores globales en los mercados como son las negociaciones de acuerdos de libre comercio han hecho necesario incorporar el concepto de RSC como un marco importante en la forma de hacer negocios y en las buenas prácticas de las empresas que se beneficiarán de este tipo de acuerdos. En el Acuerdo de Libre Comercio entre Estados Unidos y Chile, recientemente

firmado, por primera vez se incluye una cláusula sobre RSC en el capítulo ambiental que, aunque no tiene un carácter obligatorio en cuanto no obliga a las Parte al cumplimiento de estándares específicos, si marca un precedente respecto al tipo de comportamiento que se busca en los negocios entre empresas de ambos países. A ello se le agrega la activa participación de la ciudadanía en los procesos que la atañen y en la demanda de información²¹.

DIMENSIONES DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA	
DIMENSIÓN	PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS
POLÍTICA FILANTRÓPICA.	Concepto tradicional de RSC. Se implementan acciones aisladas y limitadas. Busca los beneficios económicos, mejorar la imagen y marca de la empresa.
ÉTICA EN LOS NEGOCIOS.	Incluye valores y principios compartidos por el personal y dueños de las empresas y la sociedad que tenga vínculos que los denomina stakeholders.
GOBERNABILIDAD CORPORATIVA Y RESPONSABILIDAD SOCIAL Y AMBIENTAL.	Busca los beneficios económicos, mejorar la imagen y marca de la empresa. Se preocupa por integrar a su gestión una política más solidaria y de colaboración hacia la comunidad. Establece la rendición de cuentas o accountability y monitoreo de las actividades, la transparencia y cumplimiento de normativa. Los stakeholders pueden verificar los resultados que reportan las empresas sobre su RSC.
MONITOREO DE LAS CADENAS DE VALOR.	La empresa se preocupa de sus proveedores de materias primas hasta los consumidores finales del producto. Diseñan sistemas de monitoreo del cumplimiento de estándares sociales y ambientales para los proveedores.

²¹ Ibidem, pp. 13, 14.

TRANSPARENCIA DE LA INFORMACIÓN RELEVANTE.	Se establece una normativa o regulaciones asociadas a la responsabilidad de las empresas que son de cumplimiento obligatorio y que se refieren a la transparencia de la información relevante y tiende a que las empresas instalen las buenas prácticas en los negocios, para disminuir los riesgos de fraudes y aumentar su efectividad.
RSC ENTRE EMPRESAS DE DOS PAÍSES.	Aparecen en las cláusulas Acuerdos de Libre Comercio (ejemplo: entre Estados Unidos y Chile). La RSC se convierte en un marco importante en la forma de hacer negocios y en las buenas prácticas de las empresas que se benefician de estos acuerdos comerciales. Se agrega también la participación de la ciudadanía.

En cualquiera de estas dimensiones son aplicable los instrumentos internacionales que han surgido sobre RSC, que incluso estimulan un rol activo de las empresas; al respecto se mencionan los siguientes:

Hay distintos planos en que se aplica la responsabilidad. La iniciativa de Naciones Unidas “Pacto Global” plantea tres planos de acción: derechos humanos, laborales y ambiental. El plano de los derechos humanos y laborales el cual generalmente está sujeto al cumplimiento de estándares internacionalmente aceptados (Declaración Internacional de Derechos Humanos de Naciones Unidas, los cuatro principios fundamentales de la OIT y del Derecho al trabajo (1998). Y el plano ambiental, que se refiere específicamente a la responsabilidad que compete a las empresas sobre las externalidades que genera su actividad productiva. Este plano abarca: la administración de recursos naturales, control de la contaminación, manejo de desechos y el ciclo del producto. Adicionalmente la RSC incluye una ampliación de la cobertura del concepto que va más allá de la gestión de sus impactos ambientales. Se insta a las empresas a tener una participación más activa en problemas que se circunscriben a su entorno inmediato y que atañen a los empleados y a la comunidad en temas tales como salud y seguridad, saneamiento ambiental, acceso a agua potable, vivienda, alimentación y transporte, etc. Asimismo, se estimula un rol empresarial más activo en

problemas ambientales globales (cambio climático y deterioro de la biodiversidad)²².

Adicionalmente, es necesario mencionar que la RSC tiene elementos básicos que las empresas deben considerar para diseñar su propia estrategia, como acota la CEPAL desde su División de Desarrollo Sostenible y Asentamientos Humanos. Como elementos básicos señala que son cuatro: la identificación de efectos sobre públicos interesados y consulta; incorporación en la visión, misión y valores; definición de políticas, procedimientos e indicadores; y gobernabilidad corporativa, responsabilidad para rendir cuentas y verificación:

1. Identificación de efectos sobre públicos interesados y consulta:

Este es el insumo fundamental para el desarrollo de la RSC. La empresa reconoce que sus operaciones generan efectos sobre la gente y sobre el ambiente, e identifica a las personas u organizaciones impactadas. La comprensión y el manejo adecuado de esos efectos requieren la consulta con esos públicos interesados, pues la responsabilidad de la empresa no se puede definir solamente a partir de lo que la empresa considera que es bueno para la sociedad. Es indispensable que se permita a los públicos interesados opinar sobre la manera cómo la empresa debería actuar. La opinión de esos públicos constituye un insumo de primera importancia para tomar decisiones en los distintos niveles de la compañía, desde la definición de sus principios y valores hasta la identificación de indicadores que permitan evaluar el nivel de satisfacción de los trabajadores.

2. Incorporación en la visión, misión y valores:

Precisar la visión y el conjunto de valores fundamentales de la empresa es un paso clave en el proceso de definir la estrategia de responsabilidad social, pues con ellos se establece el marco de referencia dentro del cual una compañía incorpora la responsabilidad social. Si bien la junta directiva y el personal de más alto rango de la empresa pueden establecer estas definiciones, es vital que otros públicos interesados, como empleados y accionistas, sean parte del proceso, para garantizar que éste refleje sus intereses y, en consecuencia, se sientan parte del compromiso de la empresa.

3. Definición de políticas, procedimientos e indicadores:

Con un marco claro de visión, misión y valores, la empresa puede desarrollar políticas específicas para cada área, así como establecer procedimientos adecuados y escoger indicadores para medir los logros en esas áreas específicas. Mientras hoy existe más o menos acuerdo sobre los indicadores

²² Ibidem, p. 13.

más adecuados para evaluar el desempeño económico y ambiental de una empresa, no sucede lo mismo con los indicadores para medir el comportamiento social. De allí la importancia de establecer lazos con los públicos interesados: sólo cuando una empresa logre determinar la verdadera dimensión del impacto de sus operaciones, podrá identificar indicadores para evaluar su desempeño frente a cada impacto en particular.

4. Gobernabilidad corporativa, responsabilidad para rendir cuentas y verificación:

Las empresas deben determinar los mecanismos externos e internos para verificar el compromiso y cumplimiento con sus propios estándares y para rendir cuentas a los públicos interesados. Hay quienes abogan por un control más fuerte por parte del Estado sobre las empresas en este campo. Sin embargo, hoy por hoy es principalmente una actividad voluntaria de las empresas, que se beneficia grandemente con procesos de información serios y con verificación externa, que permiten a los públicos interesados evaluar el desempeño y el cumplimiento de compromisos por parte de las compañías. El nivel más alto de transparencia está enmarcado en los reportes de sostenibilidad que siguen las guías de la Global Reporting Initiative (GRI) e incluyen verificación externa por parte de auditores certificados u organizaciones de la sociedad civil con capacidad crítica y honestidad reconocida. El proceso de reporte externo debe ser complementado con diálogos abiertos con públicos interesados²³.

ELEMENTOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA	
ELEMENTOS	DESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES QUE DEBEN IMPLEMENTAR LAS EMPRESAS
Identificar los impactos y personas y comunidades afectadas para la implementación de la consulta previa y/o procesos de participación.	Reconocer que sus operaciones generan efectos e identificar a las personas y comunidades afectadas. Implementar procesos de consulta previa y/o de participación para identificar los impactos y las acciones de prevención y mitigación y adoptar decisiones.

23 op.cit.: Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL, *Responsabilidad social corporativa en América Latina: una visión empresarial*, pp. 18, 19.

Precisar la visión y el conjunto de valores fundamentales de la empresa.	Establecer el marco de referencia que incorpora la RSC. Involucrar a la junta directiva, al personal de más alto rango, trabajadores, accionistas y otros públicos interesados.
Definir y desarrollar políticas específicas, procedimientos adecuados y establecer indicadores.	Generar procesos de evaluación del desempeño económico y ambiental. Establecer indicadores para medir el comportamiento social. Permitir la participación de los diferentes stakeholders.
Determinar mecanismos externos e internos para verificar el cumplimiento de compromisos y estándares propios.	Establecer procesos de rendición de cuentas a los públicos interesados para que evalúen el desempeño y cumplimiento de compromisos. Generar reportes de sostenibilidad, que pueden seguir las guías del Global Reporting Initiative. Garantizar la verificación externa por auditores certificados u organizaciones de la sociedad civil. Garantizar espacios de diálogos abiertos con stakeholders.

Se observa entonces que el respeto a los derechos humanos es un elemento más dentro de una estrategia de RSC; sin embargo, las iniciativas que integran estos elementos son voluntarias y los Estados no tienen un rol de monitoreo, control y sanción por el incumplimiento de estas. Además, el objetivo de la implementación de estrategias de RSC se centra en generar una ventaja competitiva frente a otras empresas del mismo sector, lo cual se convierte en un incentivo cuyo incumplimiento genera únicamente sanciones morales.

En definitiva, de la descripción de ambos enfoques de responsabilidad (de derechos humanos y RSC) se desprende que tienen en común la contribución a la sociedad, por lo que pueden verse como complementarios para crear una conciencia y cultura

social corporativa y desarrollar un parámetro en relación con las obligaciones legales de las empresas.

1.2. Casos emblemáticos de responsabilidad empresarial e identificación de efectos sociales y vulneración de derechos a las personas y comunidades.

Los casos conocidos por la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México (CNDH) y que se desarrollarán sus contenidos son los siguientes:

- Recomendación 2/2018 “Sobre el caso de violaciones a los derechos humanos de V1 y V2, personas en condición de discapacidad, por la falta de accesibilidad y movilidad en el transporte público de pasajeros, debido a la falta de descuentos en las tarifas”.
- Recomendación 17/2018 “Sobre el caso de vulneración al derecho humano a la consulta previa, libre, informada, culturalmente adecuada y de buena fe en afectación a los derechos humanos de la propiedad colectiva e identidad cultural, del Pueblo Mayo y la Tribu Yaqui, por el Gasoducto Sonora, segmento Guaymas el Oro”.
- Recomendación 34/2018 “Sobre el caso de la construcción del libramiento de la autopista México-Cuernavaca, conocido como “paso exprés”, y posterior socavón ocurrido el 12 de julio de 2017, en Cuernavaca, Morelos, que derivó en violaciones a los derechos humanos de V1 a V7”.

FALTA DE ACCESIBILIDAD Y MOVILIDAD PARA PASAREJOS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD EN EL TRANSPORTE PÚBLICO DE PASAJEROS POR LA FALTA DE DESCUENTOS EN LAS TARIFAS		
CNDH MÉXICO	Expediente: CNDH/2/2015/632/Q Expediente: CNDH/2/2017/2594/Q ²⁴	Recomendación No. 2/2018 del 09 de febrero de 2018
Descripción:		
El representante legal de la niña con discapacidad intelectual manifiesta:		

24 En el párrafo 2 de la presente Recomendación, la CNDH estableció que: “En virtud de que los hechos violatorios de derechos humanos contenidos en ambos expedientes de queja resultan imputables únicamente a servidores públicos de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, además de que abordan una temática en común, el descuento en las tarifas a personas con discapacidad en la prestación del servicio público de transporte de pasajeros, esta Comisión Nacional, por economía procedimental y atenta a los principios de concentración y sencillez que la rigen, con fundamento en los artículos 4, primer párrafo, de su Ley; 6 y 76 de su Reglamento Interno, procedió a la concentración de los dos expedientes, para el efecto de emitir una única Recomendación.

“[...] que todos los días acudía a las instituciones del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) en Cuernavaca, Morelos, con la finalidad de practicar deportes, por lo que tenían que trasladarse en transporte federal de su domicilio ubicado en Xochitepec, a Cuernavaca, Morelos y viceversa.

[...] refirió que para transportarse abordaban los autobuses verdes de la empresa 125, permisoria del servicio de autotransporte federal de pasajeros que circula en el tramo Jojutla-Cuernavaca y, al regreso del IMSS, al crucero de Chiconcuac, y que a pesar de que V1 cuenta con una credencial expedida por el Sistema Estatal para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), que la acredita como persona con discapacidad, los conductores de las unidades se niegan a realizar la exención correspondiente al pago de su pasaje”.

Además, del Acta Circunstanciada del 12 de diciembre de 2017, la peticionaria manifestó a la Visitadora Adjunta “[...] que a la fecha continúa sin llevar a V1 a actividades deportivas, debido al alto costo del transporte y porque los transportistas *“a veces hacen descuento en el pasaje de V1 y a veces no”*. Y que a la fecha V1 cuenta con 17 años, ya que su mayoría de edad la cumplirá el 3 de septiembre de 2018”.

Del Expediente CNDH/2/2017/2594/Q se presentó la queja el 25 de octubre de 2016 ante la Comisión Estatal de Veracruz y se remitió a la CNDH el 23 de marzo de 2017. El peticionario V2 indicó que solicitó a AR del Área de Autotransporte Federal en Orizaba,

“[...] que con fundamento en el artículo 19, fracción V, de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, se suscriban convenios con los transportistas a fin de beneficiar a las personas con discapacidad, sin que a la fecha de la presentación de la queja hubiera recibido respuesta alguna por parte de la SCT.

[...] refirió que las personas con discapacidad permanente cuentan con credenciales expedidas por los sistemas oficiales del DIF, con las cuales los transportistas podrían otorgar los descuentos correspondientes, sin que los reciban”.

El Director General Adjunto de la Unidad de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes remitió la respuesta del Área del Autotransporte Federal en Orizaba, mediante oficio del 8 de mayo de 2017, e informó que canalizaron la solicitud de V2 a tres empresas de transporte urbano y suburbano de mayor representatividad en el Estado de Veracruz que cuentan con concesiones estatales y federales. En lo principal informaron que:

25 La CNDH en el párrafo 3 de la presente Recomendación estableció lo siguiente: “Con el propósito de proteger la identidad de las personas involucradas en los hechos y evitar que sus nombres y datos personales se divulguen, se omitirá su publicidad...”.

“b) [...] únicamente la Empresa 6 respondió con correo electrónico del 8 de noviembre de 2016, en el sentido de informar: “(...) mi representada sí aplica un descuento de más del 25% a las personas con discapacidad permanente, sin necesidad de ningún convenio, los 365 días del año y sin límite en el n° de usuarios, es decir, si suben 10 o más en un autobús, a todos se les aplica el descuento”;

d) Por último, AR informó que en relación con la petición de V2, la cual fundó en el artículo 19, fracción V, de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, “no tiene conocimiento de algún acuerdo o disposición al interior de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes para actuar en consecuencia y promover los convenios que en dicha disposición se mencionan”.

V2 manifestó ante el Visitador Adjunto que no está de acuerdo con la respuesta e indicó que el 3 de mayo de 2017 se le notificó con oficio del 27 de abril de 2017 en el que se le informó que

“[...] los descuentos se otorgan únicamente a maestros, estudiantes y personas de la tercera edad; situación que considera discriminatoria en perjuicio de algunas personas que tienen alguna discapacidad”. Asimismo, abundó: “(...) no se está respetando lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad, misma que en su artículo 20 señala que se debe facilitar la movilidad personal de los individuos con discapacidad en la forma y en el momento que deseen, a un costo asequible”.

Derechos protegidos:	Principales argumentos:
El derecho humano de accesibilidad y movilidad de las personas con discapacidad. El derecho humano de las personas con discapacidad al servicio público de transporte en México y con descuento en las tarifas. Interés Superior de la Niñez. Derecho humano de petición.	• Una de las principales condiciones necesarias para el pleno desarrollo de las personas con discapacidad es su accesibilidad, entre otros servicios, al servicio público de transporte, que es lo que en última instancia les permite su movilidad personal e inclusión en todos los aspectos de la vida social, económica y cultural. • El Estado Mexicano, de acuerdo con el artículo 4o., numeral 1, inciso a, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, está obligado a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad. • La Convención citada destaca la importancia de que las personas con discapacidad cuenten con autonomía e independencia individual, así como el hecho de que la mayoría vive en condiciones de pobreza y que resulta necesaria su accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural, a la salud y a la educación, así como a la información y las comunicaciones, para que puedan gozar plenamente de todos sus derechos humanos y libertades fundamentales.

	• El derecho a los descuentos en las tarifas de los servicios de transporte público como una vertiente del derecho humano a la accesibilidad y movilidad a favor y que tiene como destinatarias a las personas con discapacidad, sí está reconocido y concedido en un plano legal y obligatorio, por lo que la Secretaría de Comunicaciones y Transporte, en términos del artículo 10. de la Constitución Federal está obligada no tan solo a promover, sino también a respetar, proteger y garantizar tal derecho humano, por la vía concertada con el sector privado y, de manera coordinada, con el sector público. • Por la aplicación del principio de progresividad de los derechos humanos, esta Comisión Nacional estima necesario que se considere y amplíe el beneficio de accesibilidad y movilidad para las personas con discapacidad, en aquellos casos que para su movilidad y desplazamiento requieran de la asistencia personal (acompañante), técnica (verbigracia prótesis, silla de ruedas, bastón, muletas) o de algún animal de compañía, para que no se les realice cobro alguno, así como para que también les aplique en cuanto a los seguros del viajero y del equipaje con que se transporten. • Está prevista la participación y corresponsable del sector privado con el sector público o gubernamental, a fin de promover, respetar, proteger y garantizar este derecho humano a través de acciones positivas o de realización concreta, como en el caso resulta ser la práctica y concreción de los descuentos en las tarifas autorizadas. Para la CNDH es importante visibilizar el papel de las empresas frente a los derechos humanos, pues la actividad empresarial puede provocar violaciones de derechos humanos. • La CNDH considera que si bien las empresas no asumen obligaciones legales directas bajo el rubro del respeto a derechos humanos, se han presentado casos en que las actividades de las empresas han generado grandes impactos en los derechos humanos de la colectividad; por ello, a nivel internacional, es ampliamente aceptado que las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos, es decir, evitar vulnerar los derechos humanos de las personas y reparar las consecuencias negativas de sus actividades. (las negrillas nos pertenecen).
RECOMENDACIONES:	

PRIMERA. Instruir a quien corresponda para que la SCT a su cargo celebre, dentro del plazo de tres meses contado a partir de la aceptación de la presente Recomendación, convenios con los permisionarios del servicio público de autotransporte de pasajeros de las Empresa 1, Empresa 2, Empresa 3, Empresa 4, Empresa 5, Empresa 6 y Empresa 7, a fin de que en las rutas y corridas autorizadas, otorguen tarifas reducidas o disminuidas a favor de las personas con discapacidad, remitiendo a esta Comisión Nacional las constancias con que se acredite su cumplimiento.

SEGUNDA. Colaborar e interactuar con el Mecanismo Independiente de Monitoreo Nacional de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Programa Especial de Empresas y Derechos Humanos de esta Comisión Nacional, para capacitar y actualizar al personal de la SCT en materia de derechos humanos con énfasis en los derechos de accesibilidad y movilidad de las personas con discapacidad, así como para lograr la formulación, suscripción y ejecución de los convenios respectivos con el sector transportista, remitiendo las constancias de cumplimiento respectivas.

TERCERA. Instruir a quien corresponda para que la SCT, de manera progresiva y a más tardar dentro de los doce meses siguientes a la aceptación de la presente Recomendación, tales convenios de descuentos se celebren con todos y cada uno de los permisionarios del servicio público de autotransporte de pasajeros federal, tanto urbano como rural y a nivel nacional, enviando a esta Comisión Nacional las constancias que acrediten su cumplimiento.

CUARTA. Ordenar la realización de las acciones legislativas y administrativas necesarias, para que la formulación, suscripción y ejecución de los convenios de descuentos a las personas con discapacidad, pasen a formar parte de las condiciones generales de operación de los permisos otorgados y que se otorguen en el futuro al sector autotransporte de pasajeros, a fin de que gradual y progresivamente se vaya extendiendo este beneficio a los demás medios y sectores de transporte de pasajeros, enviando las constancias con que se acredite su cumplimiento.

QUINTA. Publicar y difundir en medios de comunicación social, dentro de los seis meses posteriores a la aceptación de la Recomendación, la existencia del derecho de las personas con discapacidad a gozar de descuentos en las tarifas del servicio público federal de transporte de pasajeros y las instancias con que cuenten para presentar quejas por irregularidades o ante el incumplimiento de los descuentos a que tienen derecho, remitiendo a este Organismo nacional las constancias con que acredite su cumplimiento.

SEXTA. Impartir un curso de capacitación al personal de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes en relación con los *“Principios Rectores sobre las empresas y los derechos Humanos de las Naciones Unidas”*, y se remitan a esta Comisión Nacional las constancias de su cumplimiento.

(...)

--

VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA DEL PUEBLO MAYO Y LA TRIBU YAQUI POR EL GASODUCTO SONORA, SEGMENTO GUAYMAS – EL ORO		
CNDH MÉXICO	Expediente CNDH/4/2016/7613/Q	Recomendación No. 17/2018 del 15 de junio de 2018.
Descripción:		
El 20 de septiembre de 2016, la Comisión Nacional recibió el escrito de queja, que por competencia remitió la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Sonora, en la que el Gobierno Tradicional de la Tribu Mayo, relató presuntas violaciones a los derechos humanos, atribuibles a autoridades municipales, estatales y federales, motivadas por el proyecto “<i>Gasoducto Sonora</i>” segmento Guaymas – El Oro¹, el cual habría afectado el derecho al territorio Yoreme-Mayo en los municipios de Huatabampo, Etchojoa, Navojoa y Álamos, en el Estado de Sonora. El 21 de octubre de 2016, a través de una nota periodística este Organismo Nacional tuvo conocimiento sobre un enfrentamiento en la guardia tradicional de la Loma de Bácum de la Tribu Yaqui cuando <i>“un grupo de provocadores azuzó a los miembros de la tribu que se encontraban apostados en el campo para impedir el avance de la conducción hidráulica”</i>, con motivo de la construcción del Gasoducto Sonora, segmento Guaymas – El Oro. El 28 de octubre de 2016 la Comisión Nacional recibió una comunicación escrita presentada por Q1²⁶, en la que se describe que <i>“[...] la falta de garantías oficiales y las prácticas intimidatorias hacia quienes se oponen al gasoducto, han propiciado un clima de violencia, división, y confrontación entre las personas que habitan el lugar [...]”</i>, en referencia al conflicto al interior de la Tribu Yaqui. El 29 de octubre de 2016, Q2 presentó un escrito de queja ante esta Comisión Nacional, en el cual denunció los hechos suscitados el 21 de octubre de 2016, informando que una persona perdió la vida como consecuencia del enfrentamiento. El 14 de diciembre de 2016, derivado de una nota periodística este Organismo Constitucional conoció que Q2 y su esposo fueron secuestrados por un “<i>comando</i>”. Dichos actos guardaban relación con la lucha emprendida por el Pueblo de Bácum de la Tribu Yaqui, por su oposición al Gasoducto Sonora; asimismo dicha nota refirió		

26 La CNDH expresó en la presente recomendación, en su párrafo 2 que “Con el propósito de proteger la identidad de las personas que intervinieron en los hechos y asegurar que sus nombres y datos personales no sean divulgados, se omitirá su publicidad...” Esto aplica para todas las siglas que utiliza la resolución.

que la comunidad yaqui y Q2 *“fueron blanco de amenazas a raíz de acciones legales contra la construcción”* del proyecto. El 19 de diciembre de 2016, Q2 y su esposo lograron escapar y fueron encontrados con vida.

En relación con la magnitud y dimensión del proyecto, queda de manifiesto que el Gasoducto cuenta con una extensa longitud de 327.722 kilómetros. En cuanto a los posibles impactos, este Organismo Nacional toma en cuenta que *“a diferencia de otras instalaciones industriales peligrosas, los ductos no están dentro de un complejo industrial con características de seguridad; por el contrario, se despliegan a lo largo y ancho de tierras propiedad de terceros, entre ciudades y carreteras, o en tierras agrícolas, ríos y parajes naturales, incluyendo propiedades privadas, núcleos agrarios, áreas naturales protegidas y territorios indígenas. Por lo que, en caso de fuga de hidrocarburos, el riesgo de derrames, contaminación y explosiones es sumamente alto, con rangos que van desde los 20 metros para los ductos de diámetro pequeño, hasta más de 300 metros para los grandes ductos o de alta presión”*.

La propia Secretaría de Energía reconoció que *“[e]n el radio de influencia de 2 kilómetros a lo largo del Gasoducto Sonora se identificaron dos pueblos indígenas susceptibles de afectación por la construcción y operación del proyecto, ambos ubicados en el segmento denominado Guaymas – El Oro: Tribu Yaqui y Pueblo Mayo [...]”*.

Derechos protegidos:	Principales argumentos:
Derechos colectivos de los pueblos indígenas: Consulta previa, libre, informada y de buena fe. Derecho al territorio o propiedad colectiva. Derecho al uso preferente de sus recursos. Decidir sus propias formas de desarrollo.	• Tanto las actividades de desarrollo, a gran escala, de exploración y extracción, como las hidrocarburíferas, al ser actividades <i>“preferentes”</i> sobre cualquier otra por ser de <i>“orden público”</i>, crean una situación en la que si no se cumplen las formalidades y se respetan los procedimientos de consulta, se pueden limitar los derechos colectivos indígenas, entre ellos el del territorio, el del uso preferente de sus recursos, a decidir sus propias formas de desarrollo, a la preservación de sus instituciones y prácticas culturales y a ser consultados de manera previa, libre, informada y de buena fe frente a acciones que puedan afectarles. • El Gasoducto Sonora al ser un proyecto de gran escala, que por su naturaleza puede conllevar un impacto significativo en el derecho al territorio de los pueblos o comunidades indígenas y, por ende, el estándar de protección de la SENER debió observar que los procedimientos del derecho a la consulta fueran adecuados, y se cumplieran con todas las salvaguardias para proteger este derecho en conexión a la propiedad colectiva. • Desde la cosmovisión de los pueblos indígenas, la propiedad, el territorio y la tierra no sólo son concebidas

Preservación de sus instituciones y prácticas culturales.	para fines de posesión y producción, sino que representa un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, el cual se expresa <i>“de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura”</i>. • Para que un proyecto de extracción, de desarrollo o a gran escala no implique la denegación de la subsistencia de un pueblo o comunidad indígena, el Estado debe asegurar las siguientes salvaguardias: <i>“i) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice el derecho a la consulta del pueblo indígena, en particular, entre otros supuestos, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala; ii) la realización de un estudio de impacto social y ambiental y iii) en su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales, [de la obra, o del proyecto], según lo que la propia comunidad determine y resuelva según sus costumbres y tradiciones”</i>. • La Secretaría de Energía indicó que la Empresa Privada <i>“no ejerció la debida diligencia en materia de derechos humanos, toda vez que llevó a cabo acciones con la Comunidad Indígena de Masiaca durante el año 2015, sin informar a la Secretaría de Energía, ello aun cuando tenía conocimiento oficial de las acciones que se estaban planeando para garantizar el derecho a la consulta...”</i>, y aceptó que <i>“tuvo conocimiento de las negociaciones para obtención el derecho de vía, así como de los acuerdos alcanzados por la Empresa con la Comunidad Indígena de Masiaca, mediante la suscripción de los contratos de servidumbre voluntaria, continua y aparente de paso...”</i>. • Como sostiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos <i>“la obligación de consultar es responsabilidad del Estado, por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber que pueda eludirse delegándolo en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta”</i>. • La Secretaría de Energía no confeccionó un procedimiento adecuado de consulta previa, que incluyera un estudio de impacto sociocultural con los estándares debidos, lo que
--	---

	vulneró el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades Navojoa, Álamos y Huatabampo del Pueblo Mayo. Asimismo, tomando en cuenta que el derecho a la propiedad colectiva es un medio para preservar y transmitir a las generaciones futuras su identidad cultural, y a través del cual se protege los elementos corporales e incorporeales susceptibles de tener un valor dentro de una comunidad, se concluye que la vulneración al derecho a la identidad cultural queda subsumida en la vulneración al derecho a la propiedad colectiva. • La Secretaría de Energía incumplió su deber de proteger (frente a terceros) en tanto la Empresa Privada no ejerció sus responsabilidades con debida diligencia, en contravención con el principio 17 de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos de las Naciones Unidas. (las negrillas nos pertenecen).
--	---

RECOMENDACIONES:

PRIMERA. Reparar el daño causado a las comunidades Navojoa, Álamos y Huatabampo del Pueblo Mayo, y al Pueblo de Loma de Bácum de la Tribu Yaqui, en los términos de la Ley General de Víctimas y se envíen las constancias que acrediten su cumplimiento.

SEGUNDA. Colabore ampliamente con este Organismo Nacional en la queja que presentará ante el Órgano Interno de Control en la Secretaría de Energía por las violaciones a los derechos humanos descritas en contra de las personas servidoras públicas que resulten responsables, y se remitan a este Organismo Nacional las constancias que le sean requeridas.

TERCERA. Implemente en un plazo máximo de 12 meses, un registro administrativo de aquellas empresas con las cuales ha participado y participará en proyectos que fueron consultados o deben ser consultados a las comunidades indígenas. Una vez instaurado, deberá incorporar copia de la presente Recomendación en el expediente de la Empresa Privada, y se remitan las constancias que acrediten su cumplimiento.

CUARTA. Establezca un mecanismo de diálogo con representantes legítimos de las comunidades involucradas, con el fin de identificar las fuentes del conflicto, y proponer las soluciones satisfactorias destinadas a la reconciliación comunitaria y reconstrucción del tejido social de la comunidad Loma de Bácum, como en la relación entre ésta y el resto de los pueblos de la Tribu Yaqui.

QUINTA. Se diseñe e imparta en la SENER, en el plazo máximo de 12 meses un programa integral de educación, formación y capacitación en materia de derechos humanos específicamente sobre: **1)** los derechos a la consulta y a la propiedad colectiva, con énfasis en proyectos de desarrollo o de gran escala, y **2)** sobre el contenido de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos

de las Naciones Unidas. Éstos deberán ser impartidos por personal especializado y con perspectiva intercultural, y se envíen las constancias que acrediten su cumplimiento.

SEXTA. En el plazo de 12 meses, adopte las medidas necesarias para poner en marcha o fortalecer los sistemas de supervisión, fiscalización y registro de actividades de extracción, explotación, desarrollo o de gran escala en correspondencia con los derechos humanos, de modo tal que se encuentre orientado a evitar su vulneración en agravio de la población indígena en el área de influencia en que estas actividades tienen lugar, y se envíen las constancias que acrediten su cumplimiento.

SÉPTIMA. Identifique y realice las medidas pertinentes, a fin de que los estudios de impacto sociocultural y/o los dictámenes técnicos denominados por la SENER *“Sobre la presencia de grupos sociales en situación de vulnerabilidad en las áreas en que se llevarán a cabo las actividades para la ejecución de proyectos en materia energética”* dejen de elaborarlos las empresas privadas que desean licitar y se realicen por entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión de la SENER, y se remitan las constancias que acrediten su cumplimiento.

OCTAVA. En un plazo de 18 meses elabore un estudio detallado que examine toda la legislación secundaria que fue emitida como consecuencia de la reforma energética (Ley de Hidrocarburos y su Reglamento, Ley de la Industria Eléctrica, las modificaciones a la Ley Minera, Plan Quinquenal de Licitaciones de Áreas Contractuales, y demás aplicables) para identificar aquellos obstáculos que pudiera presentar dicha normativa en el pleno respeto, protección y garantía de los derechos de los pueblos indígenas, en especial en relación al derecho a la consulta y a la propiedad colectiva en colaboración con otras instancias del Ejecutivo Federal, instituciones académicas y organizaciones de la sociedad civil. Con la finalidad de definir acciones concretas para remover dichos obstáculos.

NOVENA. Se designe al o la servidora pública de alto nivel, que fungirá como enlace con esta Comisión Nacional, para dar seguimiento al cumplimiento de la presente Recomendación, y en caso de ser sustituido, deberá notificarse oportunamente a este Organismo Nacional.

VIOLACIÓN DE DERECHOS POR LA CONSTRUCCIÓN DEL LIBRAMIENTO DE LA AUTOPISTA MÉXICO-CUERNAVACA Y POSTERIOR SOCAVÓN

CNDH MÉXICO

Expediente:
CNDH/2/2017/5095/Q

Recomendación No.
34/2018

Descripción:

El caso tiene origen en la celebración de diversos contratos públicos para que empresas privadas realizaran la obra de construcción del libramiento de la autopista México-Cuernavaca, denominado también el Paso Exprés.

En contexto, el libramiento de la ciudad de Cuernavaca, Morelos (Paso Exprés), inicia en el km 800+500 de la autopista México – Cuernavaca y termina en el km. 95+000 de la autopista México-Cuernavaca-Acapulco, con una longitud total de 14.5 km. Antes de la obra de construcción del Paso Exprés, contaba con 4 carriles de 3.5 metros, con un separador central de 2 metros y acotamientos externos de 2.5 metros.

La justificación de la obra del Paso Exprés, según se asentó en el Testimonio PF031 del Testigo Social, fue que el tránsito diario promedio anual (TDPA) en el libramiento era cercano a los 100,000 vehículos diarios con una composición vehicular de 91.7 % autos, 2.5% autobuses y 5.8 % camiones y, el tránsito de largo itinerario oscilaba entre el 10 y el 12%. En las horas de máxima demanda circulaban 3,500 vehículos por hora, por sentido, en dos carriles, por lo que el libramiento estaba funcionando todos los días en un nivel de saturación.

En este caso se encuentra el evento del socavón. Durante y después del Socavón se desprendieron un conjunto de actos y omisiones en la planeación, contratación, construcción y ejecución de los trabajos del Paso Exprés, así como en la respuesta a las incidencias derivadas de dicha obra por parte de BANOBRAS, SCT, CONAGUA y el Ayuntamiento de Cuernavaca que, en conjunto, no solamente generaron diversas afectaciones de carácter administrativo y contractual, sino que representaron una serie de irregularidades que generaron condiciones de riesgo para el ejercicio de derechos humanos de terceros como transeúntes, habitantes de la zona, peatones y usuarios de la carretera que, se materializaron en los eventos que provocaron las muertes de V1, V2, V3 y V4, transgrediendo su derecho humano a la vida.

Derechos protegidos:	Principales argumentos:
Derecho a la vida. Derecho al acceso a la información en agravio de los familiares de las víctimas. Derecho humano a un recurso judicial efectivo y	•La CNDH identifica que en este caso hubo un esquema institucional para no atender las solicitudes que le fueron formuladas y que no se trató de una situación aislada de uno o algunos servidores públicos. En consecuencia, la no atención adecuada y oportuna de la Secretaría de Comunicaciones y Transporte a las solicitudes de información que le fueron formuladas obedeció a una cuestión de cadena de mando administrativo para no entregar información o dilatar su entrega. •En el caso de las empresas privadas, la Comisión Nacional asume que no cuenta con competencia directa para investigar posibles violaciones a derechos humanos derivadas de actividades empresariales de particulares, sin embargo, sí

de acceso a la justicia en su modalidad de procuración de justicia y del derecho a la verdad.	conoce de la actuación de las autoridades que realizan funciones de supervisión o de control sobre empresas privadas, sea porque éstas por ley deben reportar información sobre sus actividades o porque celebren contratos con dependencias y entidades de gobierno, así como con empresas públicas; en ambos supuestos puede haber anuencia o tolerancia de una autoridad en actos u omisiones de particulares para incumplir la ley y que traiga como consecuencia la violación de los derechos humanos. Eso hace que la Comisión Nacional pueda, de manera indirecta, analizar la actuación de las empresas en casos concretos. • La CNDH no tiene competencia legal directa sobre las empresas; sin embargo, puede investigarlas cuando estén relacionadas a un caso de violaciones de derechos humanos, en los cuales puede evidenciar el incumplimiento a los estándares internacionales de la conducta responsable empresarial y de colaboración y cooperación o no en las investigaciones de violaciones a derechos humanos y en la aplicación de sanciones a los responsables, tanto autoridades como particulares. • En relación con la conducta de las empresas que no proporcionaron información en la investigación de la CNDH, es necesario buscar mecanismos legales que deban cumplir las empresas en temas de investigación de violaciones a derechos humanos. Una de ellas tendría que ser que en todos los contratos públicos que celebren dependencias de gobierno con empresas privadas se incluya en el clausulado lo que la Comisión Nacional denomina “<i>cláusula obligacional de respeto a derechos humanos</i>”, que implica la obligación de las empresas de: 1. Respetar derechos humanos en todas las actividades derivadas del contrato público que tengan impacto en el entorno físico y social, y 2. Hacer frente y responder por los daños que se generen por la falta de respeto a derechos humanos en las actividades empresariales para las que fueron contratadas. 3. Coadyuvar con las investigaciones derivadas de violación a derechos humanos, entre ellas, la no jurisdiccional a cargo de las instituciones de derechos humanos, lo que implicaría atender en sus términos y sin argucias, todos los requerimientos de información de la Comisión Nacional y que de no hacerlo se generen responsabilidades para sus representantes legales, administradores y, en su caso, a socios controladores de las empresas. 4. Lo anterior debe formar parte del estándar mínimo con enfoque en derechos humanos que deben cumplir las
--	---

	empresas, como un paso real para dar efectividad y materializar en la práctica, el tema empresas y derechos humanos. Este aspecto se desarrolla en el apartado “Empresas y Derechos Humanos” y se concreta en los puntos recomendatorios. • Para la CNDH, el estándar internacional en materia de empresas y derechos humanos exige al Estado que tome medidas adicionales de protección contra violaciones a derechos humanos producidas por: a) empresas de su propiedad, b) empresas bajo su control y c) empresa que reciban importantes apoyos y servicios de organismos estatales (Principio Rector 4). • Las medidas de remediación o de resarcimiento de daños son las acciones que deben cumplir las empresas, una vez que se producen o generan violaciones a derechos humanos, para reparar, reponer o compensar a las víctimas o afectados por cualquier actividad empresarial relacionada con la cadena de producción de bienes o servicios, sea al interior de la empresa o en relación con terceros ajenos a la empresa. • BANOBRAS en su carácter de institución gubernamental destinada al otorgamiento y gestión del financiamiento para la consecución de obras públicas, al proporcionar los apoyos económicos a las empresas privadas, por lo que debe establecer mecanismos para asegurar que los proyectos que financie no violen derechos humanos y tengan un impacto social positivo. Al respecto, el Principio Rector 4, señala que una medida para ello es la exigencia de debida diligencia para el proyecto a financiar. En consecuencia, se debe exigir a las empresas que acrediten la factibilidad en derechos humanos, considerando como mínimo: ○ Identificación de los posibles afectados sea en lo individual o en colectividad. ○ Identificación de los derechos humanos que podrían impactarse. ○ Identificación de las posibles consecuencias por vulnerar derechos humanos. ○ La posibilidad de mitigar o disminuir las posibles consecuencias por vulnerar los derechos humanos. • La Comisión Nacional considera que las instituciones financieras deben establecer salvaguardas para asegurar que el financiamiento sea dirigido a obras que traigan aparejada sustentabilidad y respeto a los derechos humanos. De lo contrario, se corre el riesgo de otorgar financiamiento de proyectos que buscan fomentar el desarrollo, pero cuya ejecución se realice fuera de la ley y provoquen violaciones a los derechos humanos.
--	--

RECOMENDACIONES:

En lo relacionado al ámbito de empresas y derechos humanos, la CNDH recomendó:

AL C. SECRETARIO DE COMUNICACIONES Y TRANSPORTES.

SEGUNDA. Designar a un servidor público de alto nivel para que a la brevedad, se ofrezca una disculpa pública institucional a las víctimas y sus familiares por las violaciones a derechos humanos cometidas en su agravio y en el de la sociedad, la cual deberá llevarse a cabo en un mismo acto de manera conjunta y coordinada con BANOBRAS, en la que se invite a algún representante de la Empresa 1, la Empresa 2, la Empresa 3 y la Empresa 4, siguiendo los estándares internacionales, que incluya la publicación de la misma en medios nacionales y en la página web oficial de la SCT, por un periodo de un año, y remitir a la Comisión Nacional las pruebas de su cumplimiento.

TERCERA. Generar mecanismos legales que obliguen contractualmente a las empresas a cumplir con su responsabilidad de respetar derechos humanos conforme a los Principios Rectores, para lo cual, entre otras medidas deberán incluir la “**cláusula obligacional de respeto a derechos humanos**” en todos los contratos públicos que, en lo sucesivo, se celebren en los términos y alcances señalados en la presente Recomendación y se remitan a la Comisión Nacional las constancias de su cumplimiento.

QUINTA. Impartir un curso de capacitación dentro de un plazo máximo de 6 meses al personal de la SCT en relación con los “*Principios Rectores sobre las empresas y los derechos Humanos de las Naciones Unidas*”, y se remitan a esta Comisión Nacional las constancias de su cumplimiento.

AL C. DIRECTOR GENERAL DEL BANCO NACIONAL DE OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS.

SEGUNDA. Designar a un servidor público de alto nivel para que a la brevedad, se ofrezca una disculpa pública institucional a las víctimas y sus familiares por las violaciones a derechos humanos cometidas en su agravio y en el de la sociedad, la cual deberá llevarse a cabo en un mismo acto de manera conjunta y coordinada con SCT, en la que se invite a algún representante de la Empresa 1, la Empresa 2, la Empresa 3 y la Empresa 4, siguiendo los estándares internacionales, que incluya la publicación de la misma en medios nacionales y en la página web oficial de BANOBRAS por periodo de un año, y remitir a la Comisión Nacional las pruebas de su cumplimiento.

TERCERA. Generar mecanismos legales que obliguen contractualmente a las empresas a cumplir con su responsabilidad de respetar derechos humanos conforme a los Principios Rectores, para lo cual, entre otras medidas deberán incluir la “**cláusula obligacional de respeto a derechos humanos**” en todos los contratos

públicos que en lo sucesivo se celebren, e incorporar sanciones contractuales en caso de incumplimiento y se remitan a la Comisión Nacional las constancias de su cumplimiento.

CUARTA. Girar instrucciones para que se realicen las adecuaciones normativas para que, a partir de enero del 2019, los procesos de operación y otorgamiento de financiamiento a empresas privadas se ajusten a las sanas prácticas y usos bancarios para que acrediten la factibilidad en derechos humanos en términos de la presente Recomendación y se remitan a la Comisión Nacional las constancias de su cumplimiento.

SEXTA. Impartir un curso de capacitación dentro de un plazo máximo de 6 meses al personal de BANOBRAS en relación con los “*Principios Rectores sobre las empresas y los derechos Humanos de las Naciones Unidas*” y de la aplicabilidad de las “*Normas de desempeño sobre Sostenibilidad Ambiental y Social de la Corporación Financiera internacional*” del Banco Mundial y se remitan a esta Comisión Nacional las constancias de su cumplimiento.

Casos conocidos en Ecuador:

- Caso Frente de Defensa de la Amazonía y Unión de Afectados vs. Chevron – Texaco en Ecuador. Este caso tiene un gran impacto en la temática de empresas extractivas transnacionales y derechos humanos, por cuanto es el primer caso en la región en el que se consigue una sentencia favorable a las víctimas; sin embargo, continúa la resistencia de la empresa a cumplir dicha sentencia por afectar sus intereses comerciales, a tal punto que la compañía optó por desacreditar el sistema judicial ecuatoriano, demostrando el poder económico con el que operan dichas compañías y que permite establecer una situación de impunidad.

Adicionalmente, de acuerdo a Pablo Fajardo, abogado del Frente de Defensa de la Amazonía, este caso tiene un impacto importante en lo que se refiere a la responsabilidad de las empresas transnacionales que operaron en países como Ecuador, cuestión que la decidió la Corte Penal de Nueva York, que frente a los argumentos de la empresa de que debía ser juzgada en Ecuador estableció en su resolución los siguientes puntos principales vinculantes para la empresa: i) Texaco no puede alegar prescripción; ii) La empresa debe someterse a la justicia ecuatoriana; iii) la Corte de Nueva York servirá de garante para hacer cumplir lo que resuelva la justicia ecuatoriana; y iv) las víctimas tienen el plazo de un año para demandar a la empresa²⁷.

27 Entrevista a Pablo Fajardo, abogado ambientalista, *Pablo Fajardo, el abogado que puso a temblar a un gigante*, Spondylux, 5 de mayo de 2009, disponible en: <https://www.uasb.edu.ec/web/spondylus/contenido?pablo-fajardo-el-abogado-que-puso-a-temblar-a-un-gigante&s=ENTREVISTA>

A continuación, se detalla una ficha resumen del caso²⁸:

Caso Chevron
Reseña del caso:
Los ciudadanos y residentes de la Amazonía ecuatoriana presentaron su reclamo en los Estados Unidos de América en 2003. Esta demanda fue desestimada en las Cortes de Estados Unidos de América. Así, la Corte de Apelaciones del Segundo Distrito de Nueva York dispuso el 16 de agosto de 2002 que la compañía Texaco Inc., se sujete a la jurisdicción ecuatoriana. Además, este fallo establecía la suspensión en la prescripción de las acciones contra Texaco Inc. Posteriormente, iniciaron un nuevo proceso ante las Cortes ecuatorianas. En esta acción demandaron a Chevron – Texaco Corporation. En su reclamo exigieron que: i) Se estableciera el monitoreo y atención médica para los residentes afectados. ii) Que se eliminaran los elementos contaminantes en la región. iii) Que se realizara la remediación en tierras tanto públicas como privadas para reparar el daño ambiental ocasionado por las operaciones petroleras realizadas mientras Texpet operaba el Consorcio. Alegaron que la mala conducta dolosa y la negligencia de Texpet causaron contaminación grave de las tierras y aguas en la región. Esto afectó al agua potable, los cultivos, la vida, la cultura y la salud general de la población. Se evidenció el incremento en los casos de cáncer, malformaciones congénitas y otras enfermedades. La contestación a la demanda por parte de Chevron alegó lo siguiente: 1. Falta de jurisdicción y competencia de la Corte Superior de Justicia de Lago Agrio, debido a: a. CHEVRON TEXACO CORPORATION no es sucesora de Texaco Inc., por lo que no ha sustituido a Texaco Inc., en todos sus derechos y obligaciones. b. CHEVRON TEXACO CORPORATION jamás ha actuado en el Ecuador, no ha suscrito contratos con el gobierno o entidades seccionales o administrativas, no fue operadora en el territorio, ni se ha sometido a la jurisdicción del mencionado Estado. c. No existe derecho de los actores para formular reclamaciones por supuestos daños al medio ambiente. Indica que las compañías ya fueron liberadas por el gobierno del Ecuador de cualquier responsabilidad originada por cualquier impacto ambiental producido en la zona de concesión; además que los actores no han manifestado

²⁸ Procuraduría General del Estado, *Caso Chevron: Defensa del Ecuador frente al uso indebido del arbitraje de inversión*, Quito, septiembre, 2015, pp. 40 a 59.

ser dueños ni beneficiarios de las instalaciones y lugares en los cuales habrían ocurrido las supuestas afectaciones al medio ambiente.

2. Indebida acumulación de acciones, las cuales deberían ser tratadas con diferentes procedimientos y conocidas por distintos fueron.
3. Subsidiariamente, niega haber causado daño alguno y que se le pueda imputar malicia o negligencia que haya causado daño a los demandantes, ni en el pasado ni en el presente, en vista de que Chevron Texaco Corporation no es sucesora ni de Texaco Inc., ni de Texaco Petroleum Company (TEXPET).

Primera instancia.

Con fecha 14 de febrero de 2011, el Tribunal de primera instancia de la Corte Provincial de Lago Agrio emitió su decisión, en la cual concluyó que Chevron es responsable por los daños ambientales, totalizados aproximadamente en USD 9,5 mil millones; este valor se duplicó por la misma cantidad en función de una indemnización por daños punitivos.

En la sentencia observó que los demandantes no eran parte del Memorando de Entendimiento de 1994, del Acuerdo de Liberación de 1995, ni del Acta Final de 1998. La sentencia estableció que incluso si dichas transacciones fueren efectivas, para que el gobierno de Ecuador liberara a Texpet y su compañía matriz Texaco Inc., de toda responsabilidad por el daño ambiental que haya originado en la concesión, no existe ninguna base legal para mantener que la existencia de esta transacción sirva para privar a los demandantes de su derecho fundamental e inalienable a interponer acciones y peticiones, al amparo de la Constitución ecuatoriana e instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Obligaciones del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.

Entre las medidas principales que adoptó en sentencia, se encuentran las siguientes:

1. Se condenó a la empresa a la completa remoción y al adecuado tratamiento y disposición de los desechos y materiales contaminantes todavía existentes en las piscinas o fosos abiertos por Texaco. De igual manera, al saneamiento de los ríos, esteros, lagos, pantanos, cursos naturales y artificiales de agua y la adecuada disposición de todos los materiales de desecho. Por este motivo se condenó al pago de seiscientos millones de dólares.
2. Se condenó a la empresa a la completa remoción de los desechos y materiales contaminantes existentes en las piscinas y en sus alrededores. La Corte consideró que la contaminación en el área alcanzaba los 7'392.000 metros cúbicos y, debido a que los demandantes solicitaron dejar las cosas en el estado anterior a la concesión, estimó necesaria para una limpieza de suelos, la suma de cinco mil trescientos noventa y seis millones de dólares con ciento sesenta mil dólares.

3. Al ser evidente que la flora y fauna terrestres y acuáticas originarias de la zona no se recuperarán por sí solas, la medida complementaria persigue recuperarlas, por lo que estimaron necesarios al menos doscientos millones de dólares.
4. En cuanto a la contaminación de agua, se consideró que, a pesar del saneamiento ordenado anteriormente, las personas que dependen de estas fuentes necesitarán de una alternativa para sus necesidades más básicas, por lo que, como medida complementaria, se ordenó la ejecución de un sistema o sistemas de agua potable. La Corte estimó que la compensación necesaria sería de ciento cincuenta millones de dólares.
5. Por cuanto se demostró una grave afectación a la salud pública, provocada por la presencia de contaminantes en el ambiente, causadas por las prácticas hidrocarburíferas tal como fueron implementadas por Texpet, se condenó a Chevron – Texaco a sufragar los costos para la implementación de un sistema de salud, por al menos mil cuatrocientos millones de dólares.
6. Se ordenó la implantación de un programa de reconstrucción comunitaria y reafirmación étnica, cuyos costos deberían ser cubiertos por Chevron – Texaco, en un monto de cien millones de dólares.
7. Por la prueba de la existencia de un grave problema de salud pública, cuyas causas la Corte consideró razonablemente atribuibles a la explotación petrolera, se ordenó una medida para la mitigación de este daño de salud pública causado por Texpet y se le condenó por ochocientos millones de dólares, para la provisión de fondos de un plan de salud que incluya tratamiento para las personas que padezcan cáncer que pueda ser atribuido a la operación de Texpet en el área de la concesión.
8. Por la mala fe con la que litigó Chevron en el juicio y a la falta de reconocimiento público de la dignidad y el sufrimiento de las víctimas debido a la conducta de la empresa, se aceptaron los daños punitivos solicitados por los actores. La Corte fijó una indemnización equivalente al 100% adicional a los valores sumados de las medidas de reparación. La empresa podía a su elección reemplazar esta penalidad civil por una disculpa pública a nombre de Chevron, la cual debía ofrecerla a más tardar dentro de los 15 días de emitida la sentencia.
9. La Corte ordenó que Chevron pagara al Frente de Defensa de la Amazonía un valor del 10% adicional al valor sentenciado por su trabajo continuado.

La Corte ordenó a los actores a constituir un fideicomiso mercantil en el plazo de sesenta días desde la fecha de notificación de la sentencia, el que serviría de vehículo para el cumplimiento de todas las medidas ordenadas por la Corte.

Apelación

La sentencia de apelación, dictada por la sala de la Corte Provincial de Lago Agrio el 3 de enero de 2012, ratificó la sentencia de primera instancia y aceptó parcialmente el pedido de Chevron: únicamente en la parte que hace referencia a la presencia de mercurio en el área de concesión, pues existió error en la apreciación

de la prueba respecto de este elemento en primera instancia y consecuentemente se hace abstracción de su trascendencia en el fallo.

Además, la Corte analizó extensivamente la doctrina del levantamiento del velo societario concluyendo que en el caso de conceder validez al argumento de Chevron, la Sala estaría atentando contra el derecho público y contra básicos principios de administración de justicia, pues sería aceptar que transitemos por un camino de facto para cohonestar actitudes irresponsables; bastaría que una compañía que tenga obligaciones pendientes en el Ecuador participe de una fusión triangular inversa en el extranjero para que no le sea aplicable la ley, ni la jurisdicción ecuatoriana, ni siquiera la extranjera por el *fórum non conveniens*.

Finalmente, el Tribunal de Apelación criticó las tácticas de Chevron durante el litigio, calificándolas como “abusivas”, “abiertamente agresivas y hostiles”, al señalar que *“cientos de miles [de] documentos entregados por Chevron Corporation abultaron el caso con todo lo que consideró pertinente agregar -tanto que solo en esta instancia ya se formaron casi doscientos cuerpos (alrededor de veinte mil fojas), sin contar los más de doscientos mil papeles del primer nivel del juicio; obviamente su contraparte ha puesto lo suyo, aunque muy distante del abultamiento cuasi inoficioso”*.

Casación:

El 20 de enero de 2012, Chevrón presentó un recurso de casación ante la Corte Nacional de Justicia. Mediante decisión de 12 de noviembre de 2013, la Corte Nacional de Justicia casó parcialmente la sentencia dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, al establecer que, al no encontrarse prevista en el ordenamiento legal ecuatoriano la figura de los daños punitivos, no proceden las disculpas públicas ni la condena al pago por este concepto. Luego de determinar que dicha sentencia no estaba fundamentada en la ley ecuatoriana, la Corte Nacional revocó en la parte pertinente, y redujo la sentencia en poco más de USD 9,5 mil millones.

Luego, con la sentencia de la Corte Provincial de Sucumbíos y de la Corte Nacional de Justicia, este caso muestra la existencia de un sistema corporativo que garantiza la completa impunidad para las empresas transnacionales, y que hace difícil y costoso entablar juicios contra estas grandes corporaciones. Esto se evidencia en las acciones que la Chevrón – Texaco ha generado para dificultar la ejecución de la sentencia, a tal punto que se mantiene una situación de impunidad²⁹.

29 Entrevista a Pablo Fajardo, abogado ambientalista: *Chevron chantajea a gobiernos para obtener impunidad*, disponible en: <https://ctxt.es/es/20170307/Politica/11030/Entrevista-Pablo-Fajardo-Chevron-Amazonas-juicio-contaminacion.htm>

- Caso de aerofumigaciones en las haciendas bananeras, que estuvo en conocimiento de la Defensoría del Pueblo del Ecuador, y tiene una resolución en seguimiento para su cumplimiento. Este caso tiene un impacto en el ámbito de la agroindustria y derechos humanos por cuanto devela que: i) existen comunidades y trabajadores que viven dentro de las haciendas bananeras; ii) existe una situación favorable para la impunidad frente a las afectaciones al derecho a la salud de las comunidades y trabajadores en las haciendas y la contaminación a las fuentes hídricas por el uso de químicos como el glifosato; y iii) el Estado, por intermedio de sus instituciones competentes, no ha regulado ni sancionado a las empresas frente a estas actividades que afectan el derecho a la salud de las comunidades y trabajadores y ha contaminado las fuentes de hídricas.

La ficha del contenido del caso se la detalla a continuación³⁰:

Derecho de Prevención y Restauración		
DPE Dirección Nacional de Protección de Derechos Humanos y de la Naturaleza	Trámite Defensorial No. 46236 – DNPrt – 2010 – ATV Investigación Defensorial	Resolución Defensorial No. 10 –DINAPROT – DPE-2012
Descripción:		
El Señor Jorge Washington Acosta Orellana denunció violaciones de los derechos humanos y de la naturaleza por parte de las bananeras en el Ecuador, por los abusos de los empleadores o empresarios bananeros hacia sus trabajadores, una ausencia notable del Estado Ecuatoriano en el control a estos empresarios o empleadores, severos problemas de afecciones a la salud tanto de trabajadores de las plantaciones de banano como de la población cercana a las mismas provocadas por las fumigaciones aéreas y manuales de las bananeras y problemas serios de contaminación del ambiente.		
Derechos protegidos:	Principales argumentos:	
- Derecho de la población a vivir en un ambiente sano y libre de contaminación - Derechos de la Naturaleza al mantenimiento y	- Existe como hecho probado, la constancia de que en las plantaciones bananeras a gran escala se utiliza el método de las fumigaciones aéreas como forma de combatir las plagas que se presentan en las plantas de banano.- Como estos productos al ser dispersados en el aire llegan a depositarse en las fuentes hídricas, descomponen la calidad del aire y suelo, en definitiva	

30 Defensoría del Pueblo de Ecuador, *Manual de Normas y Jurisprudencia de derechos de la naturaleza y ambiente*, Quito, 2013, pp. 100 a 102. Disponible en: <http://repositorio.dpe.gob.ec/handle/39000/105>.

regeneración de sus ciclos vitales - Derecho a la salud- - Derecho al Trabajo- - Derecho a la Seguridad Social	contaminan el ambiente poniendo en riesgo otros derechos como la salud e integridad física de las personas que están expuestas a dicha actividad. - Las fumigaciones a las plantaciones bananeras se las realiza sin que las autoridades competentes hayan establecido su inocuidad o las acciones preventivas para evitar riesgos a la salud y contaminación ambiental. - El control de las plagas para la producción del banano, no puede ser justificación para que se utilicen métodos como las fumigaciones aéreas, pues estas afectan derechos como el ambiente sano, cuya permanente exposición pone en riesgo otros derechos, lo cual no permite que las personas desarrollen su vida en condiciones favorables. - Las fumigaciones aéreas ponen en riesgo los ecosistemas locales y las fuentes hídricas que constituyen el componente esencial de la naturaleza en estas localidades. - De conformidad con la información recogida en el expediente, se desprende que las personas que habitan en el interior de las plantaciones bananeras, sea como trabajadoras de dichas haciendas o como habitantes de las comunidades, en unos casos están afectadas y en otras corren el riesgo de vulneración de su derecho a la salud. - La mayoría de los casos de afectaciones a la salud están relacionados a las fumigaciones aéreas, sobre las cuales hay que considerar dos aspectos: El primero, el impacto para los trabajadores de las haciendas, y el segundo, el impacto para quienes habitan en la zona de influencia. - El derecho al trabajo no implica solamente el acceso al trabajo que pudieran tener las personas en las plantaciones bananeras, sino que para que exista el ejercicio pleno de este derecho en las condiciones que establece la constitución y los instrumentos internacionales, los particulares que generan empleo, en este caso las plantaciones bananeras, deben generar condiciones dignas para las y los trabajadores. Estas condiciones implican que se deben cumplir por lo menos, con los mínimos que establece el código laboral con respecto a la jornada laboral, al tiempo de trabajo y a salarios, así como la modalidad de contratación, remuneraciones, vacaciones, salud, seguridad social, vacaciones y libertad sindical; así lo determinan los instrumentos internacionales y el ordenamiento jurídico nacional.
---	---

Resolución:	
Se exhortó a las empresas bananeras que en cumplimiento de su responsabilidad social y empresarial cumplan con sus obligaciones patronales, ambientales y sociales establecidas por las leyes y las políticas públicas de las instancias del Estado Ecuatoriano, para que sus actividades agroproductivas se ciñan a estándares constitucionales e internacionales de derechos humanos y de la naturaleza. También se recomendó implementar con las comunidades locales procesos de participación social para la transparencia de los riesgos ambientales y de salud que ocasionan las aerofumigaciones y establezca protocolos que permitan a sus trabajadores conocer de forma detallada, los sistemas de seguridad laboral, el estado de su seguridad social, los rubros cancelados por conceptos de horas extras, horas suplementarias, vacaciones, fondos de reserva, utilidades y demás prestaciones sociales. A las Instituciones Públicas se exhortó a realizar trabajos interinstitucionales que ayuden a diseñar sistemas de regulación, control y verificación a las empresas y plantaciones bananeras, realicen estudios ambientales que señalen las afectaciones ambientales producidas por los químicos, realicen evaluaciones y exámenes médicos a trabajadores y trabajadoras, así como también a los moradores de las comunidades cercanas a las plantaciones bananeras, elaboren planes de alertas tempranas para prevenir la contaminación y afectación a la población, se reevalúen los químicos usados como plaguicidas en las plantaciones bananeras y se elaboren campañas masivas de concientización y regulación de los trabajadores y trabajadoras de las plantaciones y empresas bananeras.	

1.3. Responsabilidad de los Estados en la prevención y protección de los derechos humanos.

Para desarrollar las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos se debe acudir a varios instrumentos internacionales en la materia. Uno de ellos, importante para los países de América, es la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual, en sus artículos 1.1 y 2 establece la obligación de respetar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno:

Art.1.1. Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. [...]

Art. 2. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

El respeto de los derechos y libertades reconocidas en los instrumentos internacionales implica que los Estados deben garantizar, investigar, prevenir, reparar, respetar y sancionar las violaciones de derechos humanos. La Corte Interamericana ha desarrollado en su jurisprudencia el contenido de estas obligaciones.

Obligaciones de garantizar y respetar:

En el caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, la Corte hizo referencia a las obligaciones de garantizar y respetar el libre y pleno ejercicio de los derechos de las personas sujetas a la jurisdicción de un Estado. Para la Corte:

El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Parte los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención.

La primera obligación asumida por los Estados Parte, en los términos del citado artículo, es la de "respetar los derechos y libertades" reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. Como ya lo ha dicho la Corte en otra ocasión "... la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 21)".

La segunda obligación de los Estados Parte es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Parte de

organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos³¹.

Para el Alto Comisionado de Naciones Unidas la obligación de respetar se vincula a la abstención de injerir arbitrariamente en el disfrute de los derechos humanos, esto es, la prohibición de ejecutar, promover o tolerar prácticas, políticas o medidas que violen o coarten la integridad y libertad de las personas para satisfacerlos efectivamente³².

Obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y reparar:

La responsabilidad de los Estados no se agota en las acciones u omisiones que cometan sus agentes, por cuanto el Estado también tiene responsabilidad respecto a acciones u omisiones de parte de terceras personas que actúan en complicidad, anuencia o en las cuales el Estado no ha respondido a su obligación de investigar las violaciones de derechos humanos. Al respecto, la Corte desde sus primeras sentencias estableció que:

Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la

31 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrs. 164 a 167.

32 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*, Serie de Capacitación Profesional No. 12, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2004, p. 16.

responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención³³.

En consecuencia, en estas situaciones la Corte Interamericana proyecta la obligación de prevención y debida diligencia para investigar las vulneraciones de los derechos humanos frente a actos de terceras personas. Sobre este tema, la Corte ha generado una amplia jurisprudencia en casos contra Colombia como los casos de la masacre de Mapiripán y la masacre de Pueblo Bello; y contra Ecuador en los casos Suárez Peralta y Gonzales Lluy. Sobre esta último se desprende el análisis que realiza la Corte Interamericana en relación con la obligación de prevención, al respecto establece que:

La obligación de garantía se proyecta más allá de la relación entre los agentes estatales y las personas sometidas a su jurisdicción, abarcando asimismo el deber de prevenir, en la esfera privada, que terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos. No obstante, la Corte ha considerado que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. El carácter erga omnes de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de los mismos frente a cualquier acto o hecho de particulares; pues, aunque un acto, omisión o hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquel no es automáticamente atribuible al Estado, sino que corresponde atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía. En este sentido, la Corte deberá verificar si le es atribuible responsabilidad internacional al Estado en el caso concreto³⁴.

En consecuencia, respecto a la obligación de proteger, los Estados deben adoptar medidas inmediatas para impedir violaciones de los derechos humanos cometidas por el Estado, sus agentes o por terceros; garantizará el acceso a recursos legales imparciales frente a las violaciones de los derechos por parte de los Estados o actores no estatales; y adoptará medidas activas para proteger a las personas contra la discriminación de cualquier tipo³⁵.

33 op.cit.: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. párr. 172.

34 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso González Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares. Fondo. Reparaciones y costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 170. *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, párr. 111. *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, párr. 129. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 123.

35 op.cit.: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*, pp. 18, 19.

En relación con la obligación de investigar, para la Corte Interamericana si bien no es una obligación de resultado, si es de medios que deben cumplirse con seriedad y no como una formalidad. Al respecto la Corte ha señalado que:

Esta Corte ha señalado reiteradamente que la obligación de investigar debe cumplirse "con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa". La investigación que el Estado lleve a cabo en cumplimiento de esta obligación "debe tener un sentido y ser asumida por el [mismo] como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad"³⁶.

Además, esta obligación de investigar se vincula con otras como la de sancionar a los responsables de la violación de los derechos humanos y la consecuente reparación de estas. Así, la Corte establece que:

Asimismo, de conformidad con el artículo I, incisos a) y b), de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, los Estados Parte se comprometen a no practicar ni tolerar la desaparición forzada de personas en cualquier circunstancia, y a sancionar a los responsables de la misma en el ámbito de su jurisdicción. Ello es consecuente con la obligación a cargo del Estado de respetar y garantizar los derechos contenida en el artículo 1.1 de la Convención Americana, que implica el deber de los Estados Parte de organizar todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como parte de dicha obligación, el Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación³⁷.

Estas obligaciones son aplicables para todos los derechos humanos que corresponden a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y colectivos. Al respecto, de las Directrices de Maastricht que se refieren a los derechos

36 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 112. *Caso Bamaca Velásquez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 212.

37 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú*. Excepciones preliminares. Fondo. Reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274, párr. 114.

económicos, sociales y culturales, y específicamente de la directriz No. 6 se desprende que:

Al igual que los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales imponen sobre los Estados tres tipos de obligaciones distintas: las obligaciones de respetar, proteger y cumplir. El incumplimiento de cualquiera de estas tres obligaciones constituye una violación a dichos derechos. La obligación de respetar exige que el Estado se abstenga de obstaculizar el goce de los derechos económicos, sociales y culturales. [...] La obligación de proteger exige al Estado prevenir violaciones a estos derechos por parte de terceros. [...] La obligación de cumplir requiere que el Estado adopte medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, legales y de otra índole adecuadas para lograr la plena efectividad de dichos derechos³⁸.

Adicionalmente, estas obligaciones deben llevarse al ámbito de las empresas y derechos humanos, por ejemplo, en casos relacionados a las afectaciones producidas al medio ambiente provocadas por terceras personas; para lo cual, deben concurrir los siguientes requisitos: i) que exista un riesgo real e inmediato que las autoridades conozcan o deberían conocer; ii) que sea un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos; iii) que las autoridades no adoptaron las medidas necesarias y razonables para prevenir o evitar ese riesgo; y iv) que exista una relación de causa – efecto entre la afectación a los derechos a la vida o integridad y el daño significativo causado al medio ambiente³⁹.

1.4. Importancia de la adopción de los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos.

Los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos fueron propuestos por John Ruggie como Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. El representante presentó su informe final al Consejo de Derechos Humanos⁴⁰, órgano que hizo suyos estos principios mediante la Resolución 17/4 del 16 de junio de 2011.

Este documento aprobado por Naciones Unidas se compone de tres pilares:

1. El deber del Estado de proteger los derechos humanos:

38 Directrices de Maastricht. Directriz No. 6.

39 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-23/17*, párr. 119 a 122.

40 Organización de las Naciones Unidas, *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/17/31.

Los Estados deben adoptar medidas de derecho interno, con disposiciones vinculantes para terceros, incluyendo las empresas. Estas medidas hacen parte de las obligaciones que tienen los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos.

2. La responsabilidad corporativa de respetar los derechos humanos:

Las empresas deben evitar vulnerar los derechos humanos y deben abordar los impactos adversos directos o indirectos provocados por sus actividades en el ámbito de sus operaciones. Este pilar responde a la obligación de las empresas de cumplir con las leyes del ordenamiento jurídico interno del país en el que operan o del que tienen su domicilio y el respeto de los derechos humanos como normas con efectos para el Estado y terceras personas como las empresas.

3. El acceso a un remedio efectivo:

Implica que los Estados y las empresas deben garantizar una reparación integral y soluciones efectivas para las víctimas de violaciones de derechos humanos por las operaciones de las empresas. Este remedio o reparación integral debe ser efectiva en caso de incumplimiento de las obligaciones de los Estados y/o las empresas

Los principios rectores que desarrolló el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas son aplicables a todos los Estados, por cuanto compilan las obligaciones que tienen en relación con los instrumentos internacionales de derechos humanos que han suscrito y adoptado. Igualmente, son aplicables para todas las empresas, de forma independiente de su tamaño, sector, ubicación, origen de sus propietarios y/o accionistas y de su estructura.

Cabe mencionar que no estamos frente a un nuevo instrumento internacional con obligaciones nuevas para los Estados, sino a uno que desarrolla principios de acción para los Estados y que lo novedoso es que incluye la responsabilidad de las empresas. Para tratar sobre la importancia de la adopción de los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos es necesario hacer referencia a lo positivo y negativo de este instrumento de *soft law*⁴¹.

Humberto Cantú realiza un análisis exhaustivo de los aportes positivos y los aspectos negativos de este instrumento, sin embargo, es necesario abordar tres de los principales aspectos positivos y varios de los aspectos negativos⁴².

41 El *soft law* en el derecho internacional es considerado el derecho blando, aquel que no es vinculante para los Estados. Para que un instrumento internacional sea vinculante debe pasar por un proceso de ratificación de los Estados, de acuerdo a cada ordenamiento jurídico. Un ejemplo de *soft law* es la Declaración Universal de Derechos Humanos.

42 op.cit: Humberto Cantú Rivera, *La Responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos*, pp. 38 a 47.

El primer aspecto para destacar es en relación con lo positivo que es un instrumento que enfoca su aplicación en el ámbito empresarial para adoptar y desarrollar una conciencia corporativa. Entonces, es un instrumento que intenta agrupar las exigencias dirigidas a las empresas en distintas áreas y servicios, como una medida frente a la polarización del debate sobre la obligatoriedad de la responsabilidad de respeto de derechos humanos que tienen las empresas.

El segundo es que este instrumento tiene un carácter general, el cual le permite que sea aplicable a todo tipo de empresas, independientemente de su área de trabajo, tamaño, ubicación o cualquier otra característica. Este carácter otorga la posibilidad de aplicación o adopción extendida, siendo que todas las empresas, independientemente de su ramo o sector pueden adherirse y aplicarlas en sus operaciones.

El tercero es que para su creación se promovió la participación, involucramiento y consenso entre las partes interesadas como empresas y Estados industrializados que por primera vez apoyaron un proyecto de Naciones Unidas sobre la responsabilidad de las empresas en el derecho internacional. En tal virtud, aunque es un comienzo en el ámbito de regulación de las actividades corporativas, constituye un primer paso plausible e innovador, por cuanto el debate lo lleva al campo de las reparaciones, estableciendo que las empresas deben remediar cualquier daño o impacto adverso ocasionado por sus operaciones corporativas.

Adicional a lo mencionado por Humberto Cantú, es necesario acotar otro de los aspectos positivos que se logra evidenciar de la lectura de estos Principios. Este aspecto es que se trata de un instrumento que no deslinda al Estado de sus obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos. En consecuencia, los Estados deben regular las actividades de las empresas, investigar y sancionar las violaciones que estas cometan y reparar estas violaciones; por eso es esencial los tres pilares que hizo referencia el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas.

Entre los aspectos negativos principales de los que menciona Humberto Cantú, encontramos los siguientes. El primero es que por su carácter de instrumento internacional no vinculante pueden presentarse inconsistencias en la protección del derecho internacional de los derechos humanos, pues las empresas pueden aducir que sus actividades no vulneran derechos humanos y que las afectaciones que se provocan son únicamente de índole civil, laboral, contractual y/o comercial; por tal motivo, sustentan su accionar como válido mientras la parte afectada no accione internamente contra la empresa y sea una autoridad judicial la que decida sobre la relación contractual, a pesar de que la conducta de la empresa tenga repercusiones o incida directamente en violaciones de derechos humanos.

Este problema puede presentarse por cuanto el Principio 12 se refiere a que la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos hace referencia a los derechos humanos internacionalmente reconocidos, y hace énfasis únicamente

a los enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo. Este principio establece lo siguiente:

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

Además, el Alto Comisionado sobre Derechos Humanos de Naciones Unidas interpreta este principio de la siguiente forma:

Toda vez que las actividades de las empresas pueden tener un impacto sobre prácticamente todo el espectro de derechos humanos internacionalmente reconocidos, su responsabilidad de respetar se aplica a todos esos derechos. En la práctica, ciertos derechos humanos pueden estar expuestos a un riesgo mayor que otros en determinados sectores o contextos, razón por la cual se les prestará una atención especial. Sin embargo, las situaciones pueden cambiar, de modo que deberá examinarse periódicamente la situación de todos los derechos humanos.

La Carta Internacional de Derechos Humanos contiene una lista oficial de los derechos humanos fundamentales internacionalmente reconocidos (que incluye la Declaración Universal de Derechos Humanos y los principales instrumentos en que se ha codificado: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), a la que vienen a sumarse los principios relativos a los derechos fundamentales de los ocho convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, conforme a la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Estas son las referencias que usan otros agentes sociales para evaluar el impacto de las actividades de las empresas sobre los derechos humanos. La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se diferencia de las cuestiones de responsabilidad legal y el cumplimiento de las leyes, que siguen dependiendo en gran medida de las disposiciones legislativas nacionales en las jurisdicciones pertinentes.

De acuerdo con las circunstancias, es posible que las empresas deban tener en cuenta otras normas. Por ejemplo, las empresas deben respetar los derechos humanos de las personas pertenecientes a grupos o poblaciones específicos y deberán prestarles una atención especial cuando vulneren los derechos humanos de esas personas. Los instrumentos de las Naciones Unidas han detallado a tal efecto los derechos de los pueblos indígenas, las mujeres, las minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas, los niños, las personas con discapacidad y los trabajadores migrantes y sus familias. Por

otra parte, en situaciones de conflicto armado, las empresas deben respetar las normas del derecho internacional humanitario⁴³.

En segundo lugar, los principios rectores adoptan una perspectiva estrecha en torno a los derechos humanos mínimos que deben respetar las empresas, pues señala como instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables en el ámbito del tema de empresas y derechos humanos específicamente a la Carta Internacional de Derechos Humanos (que constituye la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el PIDESC y el PIDCP), y la Declaración de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo; razón por la cual podría desprenderse que estaría dejando de lado a otras fuentes del derecho internacional como la costumbre internacional conformada por las normas aceptadas a nivel internacional como vinculantes y las normas de ius cogens de naturaleza imperativa e inderogable.

En tercer lugar, los principios rectores terminan siendo un ejercicio de voluntarismo al haberse adoptado una postura de soft law. Esta adopción perpetúa la imagen de que las empresas no tienen obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, y que en consecuencia los derechos humanos no les resulta exigibles, manteniendo el statu quo que beneficia a las empresas al no ser destinatarias directas de las normas internacionales de derechos humanos, y en consecuencia la incertidumbre jurídica en torno a la responsabilidad internacional de las empresas en materia de derechos humanos y las sanciones respectivas por su incumplimiento. Su participación en las negociaciones y los negocios internacionales queda garantizada sin considerar el impacto de sus inversiones en los derechos humanos. Esto implica mantener su comportamiento y responsabilidad jurídica en una laguna del derecho internacional, que necesariamente debe ser abordada por las autoridades judiciales internas de cada Estado para continuar con el desarrollo de los pilares de los principios rectores.

En cuarto lugar, se destaca que no detallan ni dan indicaciones sobre la aplicación empresarial de los estándares de ninguno de los derechos humanos recogidos en los instrumentos internacionales citados en el instrumento de los principios rectores; tampoco clarifican la manera en que los Estados y sus gobiernos deben regular las actividades de las corporaciones; y no proveen indicaciones sobre la jerarquía existente entre las políticas económicas o de desarrollo, y las políticas de los Estados en derechos humanos. Asimismo, no se identifica la forma cómo las empresas deben aplicar las normas de derechos humanos, siendo que estas normas tienen como destinatario a los Estados, que son los únicos sujetos dentro del derecho internacional público que pueden obligarse mediante los tratados vinculantes.

43 op.cit.: Organización de las Naciones Unidas, *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar*, pp. 17, 18.

Su vaguedad, falta de especificidad, dirección o consejos en torno a la aplicación u operatividad de los principios tácitamente permite a cada empresa decidir la forma de incorporarlos a lo interno de su estructura y actividades.

Si bien innova el debate de empresas y derechos humanos al llevarlo al campo de las reparaciones como obligación de las empresas, no establece las formas particulares para lograr su cumplimiento, por lo que la innovación se mantiene como una aspiración en lugar de convertirse en una posibilidad jurídica de reparación. Además, por esta particularidad es necesario que para que las empresas aborden sus obligaciones, cuenten con la asesoría de expertos, más aún cuando exista complejidad por el contexto de sus operaciones.

En quinto lugar, la falta de establecimiento de un mecanismo de seguimiento a la implementación de los principios rectores en el seno del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, tanto por los Estados como por las empresas, es una limitante, que contribuye a la ausencia de una supervisión efectiva, y con ello, la inexistencia de un recurso jurídico a nivel internacional para controlar la actividad empresarial. Cabe mencionar que actualmente tiene un rol importante el Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos creado por el Consejo de Derechos Humanos, que por la resolución 17/4 de Naciones Unidas tiene entre su mandato promover la divulgación y aplicación efectiva de los Principios Rectores.

En sexto lugar, no tienen una aproximación a la situación de la aplicación extraterritorial de las normas internas de derechos humanos por parte de los Estados. Existe una falta de claridad en torno a las obligaciones de control para los Estados donde se constituyeron las sociedades transnacionales y para aquellos en donde operan. Los Estados no pueden o no quieren perseguir a las empresas por violaciones a los derechos humanos. El carácter transnacional de las empresas y su habilidad para configurar mecanismos corporativos les permite evadir su responsabilidad a través de las fronteras jurisdiccionales, o la posible responsabilidad civil o penal de los directivos empresariales.

A pesar de estos aspectos negativos cabe señalar que la importancia de los principios rectores está dada en que se constituyen en el primer paso relevante para establecer un estándar sobre las obligaciones de las empresas, por cuanto son el primer documento internacional, no vinculante, que recoge las obligaciones internacionales que tienen los Estados de adecuar su normativa para la protección de las personas y comunidades frente a los impactos en sus derechos humanos por las actividades de las empresas.

Este primer paso implica también un reto para las Instituciones de Derechos Humanos, nacionales y locales, cuyo rol fundamental será promover y proteger los derechos para no mantener el statu quo de irresponsabilidad de las empresas frente a sus obligaciones con los derechos humanos, para lograr que efectivamente actúen con debida diligencia, implementen mecanismos y protocolos para atender y reparar

las violaciones de derechos humanos cometidas en el ámbito de sus operaciones corporativas.

Los principios rectores, como se dijo, no establecen nuevas obligaciones de derecho internacional, tampoco restringen o reducen las obligaciones legales que los Estados hayan asumido en virtud del derecho internacional de los derechos humanos. Su aplicación debe ser prestando especial atención a las personas y grupos de población que se encuentren con mayores riesgos de vulnerabilidad o marginación.

Los principios rectores exigen que los Estados adopten un marco legal para atender sus obligaciones de proteger contra las violaciones de los derechos humanos que se cometan en su jurisdicción por terceras partes incluidas las empresas. Estas obligaciones implican la implementación de medidas de prevención, investigación, sanción y reparación⁴⁴.

Además, este instrumento reconoce que las empresas tienen una obligación de respetar los derechos humanos como norma de conducta esperada, más no como una obligación legal, a no ser que estas obligaciones de respeto de los derechos humanos hayan sido integradas en el ordenamiento jurídico del Estado⁴⁵.

Esta conducta esperada de respeto implica que deben respetar los estándares que se encuentran en la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa de la Organización Internacional de Trabajo (OIT); sin embargo, de acuerdo con el contexto y circunstancias de su negocio, deben considerar el respeto de estándares internacionales de derechos humanos adicionales⁴⁶.

Asimismo, cabe destacar que otras organizaciones internacionales que trabajan sobre el tema de empresas y derechos humanos han alineado sus estándares y actividades a los principios rectores, lo que también da cuenta de su importancia. Entre estos organismos se encuentra la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE, con la versión de las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales⁴⁷.

44 op.cit.: Organización de las Naciones Unidas, *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar*, p. 3.

45 Danish Institute for Human Rights, *Business and Human Rights. A Guidebook for National Human Rights Institutions*, noviembre, 2013, p. 40.

46 op.cit.: Organización de las Naciones Unidas, *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar*, p. 15.

47 op.cit.: Danish Institute for Human Rights, *Business and Human Rights. A Guidebook for National Human Rights Institutions*, p. 15.

1.5. Intereses difusos y acciones colectivas en relación con los derechos humanos.

Los intereses o derechos difusos, al igual que los derechos individuales y colectivos, pretenden alcanzar la vida digna de las personas en un ambiente de bienestar individual y social. Entre los derechos difusos podemos mencionar al medio ambiente, al patrimonio cultural, a la paz, entre otros.

Caracteriza a los derechos difusos que sus beneficiarios son indeterminados, puesto que a la vez que es cada individuo de la especie humana, lo son todos en su conjunto, perdiéndose si se quiere el carácter subjetivo del ejercicio de los derechos, pero permitiendo su accionar de manera amplia por la necesidad de proteger tales derechos en beneficio propio y de toda la colectividad.

Esto ocurre así porque el derecho subjetivo supone la existencia de una norma jurídica que genera derechos particularizados al individuo, frente a otro que tiene una obligación de dar, hacer o no hacer; pero el derecho difuso consiste en la protección de un bien jurídico que sin pertenecer a nadie en particular, a todos resulta beneficiosa su existencia, puesto que todos, aun individualmente, pueden aprovechar de este, mientras que su desaparición resulta de la misma manera perjudicial a todo el grupo y a cada uno de ellos porque nadie podría aprovecharlo. Para ejemplificar, el incendio del bosque amazónico brasileño no afecta solo al Brasil, o a las comunidades que habitan en el bosque, sino a toda la humanidad⁴⁸, como la contaminación de los mares no afecta solamente a los pueblos aledaños sino a cualquier persona porque el derecho al medio ambiente es universal.

Ahora bien, los derechos difusos no deben confundirse con los derechos de la colectividad, entendida esta como una “agrupación unida por lazos específicos como son los pueblos indígenas y negros...”⁴⁹. Cuando nos referimos a una colectividad debemos entender a un grupo de personas identificables no individualmente, sino en su conjunto, es decir, por una o varias características especiales que los una entre sí. De esta forma, un pueblo indígena forma una colectividad, cuyas características individuales responden al conjunto que particulariza al mencionado pueblo, tales como pasado, cultura, tradiciones, etc.

Por otro lado, existen grupos que también pueden ser identificados como tales por otras características, por ejemplo, los estudiantes, los jóvenes, jubilados, personas con discapacidad, etc. No necesariamente deben existir lazos afectivos de unión, sino que pueden ser reconocidos por características que forzosamente comparten todos los miembros del grupo. De hecho, mentalmente los ubicamos como una colectividad con características especiales, e inclusive, cuando los nombramos, los calificamos de

⁴⁸ Ramiro Rivadeneira Silva, “La acción de amparo constitucional”, *Procesos constitucionales en el Ecuador*, Serie 9, Quito, 2005, pp. 19, 20.

⁴⁹ Tribunal Constitucional del Ecuador (hoy Corte Constitucional), caso No. 025-99-TP.

tal forma que podemos reconocerlos como un segmento de la población, que son un porcentaje de ella, aun cuando no sepamos exactamente cuántos son.

Imaginemos un acto de autoridad que viole sus derechos, por ejemplo, una disposición que prohíbe a estos grupos hacer política. La afectación no se produce solamente frente a cada uno de ellos individualmente considerados, sino que se puede identificar la violación de un derecho concreto a toda una colectividad. Para el efecto, no hay ninguna diferencia entre prohibir la participación en política a un pueblo indígena que a los estudiantes universitarios⁵⁰.

La existencia de un recurso eficaz es el presupuesto necesario para definir si un Estado protege y garantiza los derechos cuando ocurren hechos que los vulneran o pueden vulnerarlos, así también la reparación integral cuando estas violaciones han ocurrido. Tanto el recurso eficaz como la reparación integral no tienen inconvenientes cuando se trata de derechos individuales, y deben generar los mismos efectos cuando se trata de acciones colectivas para exigir los derechos o intereses difusos.

No es posible suponer que todo acto de autoridad afectará únicamente a las personas individualmente consideradas, sino que pueden existir actos que afectan a una colectividad. No existe razón para impedir que ella pueda reclamar sus derechos⁵¹. En consecuencia, toda persona, individualmente considerada, o como parte de una colectividad, o inclusive, como persona afectada por la vulneración de los derechos difusos, debe contar con un recurso eficaz y con una reparación integral.

En el tema que nos incumbe, es importante que las empresas adopten el compromiso de respetar todos los derechos humanos, incluso aquellos que impliquen un interés difuso, y establezcan medidas y acciones de debida diligencia para atender estas violaciones de derechos e intereses difusos, así como medidas de reparación integral.

En México, el Código Federal de Procedimientos Civiles, reformado el 09/04/2012, en su artículo 580 numeral I, se refiere a los intereses difusos y colectivos como “aquellos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas, indeterminada o determinable, relacionadas por circunstancias de hecho o de derecho comunes”.

A diferencia, en el mismo artículo, el numeral II determina también la existencia de derechos e intereses individuales de sujetos que pertenecen a una colectividad, y establece que son “entendidos como aquellos de naturaleza divisible cuya titularidad corresponde a los individuos integrantes de una colectividad de personas, determinable, relacionadas por circunstancias de derecho”.

50 op.cit.: Ramiro Rivadeneira Silva, “La acción de amparo constitucional”, pp. 22, 23.

51 Ibidem, p. 23.

En este tipo de casos, en los que se presentan los intereses difusos, se genera una problemática en relación con la titularidad del derecho o legitimación activa. Este problema surge por cuanto pertenecen a todo el grupo o agrupación. Cabe señalar que actualmente en algunas legislaciones como la ecuatoriana se aborda este problema para dar fuerza a las acciones colectivas e intentar dar una respuesta efectiva; por ejemplo, estableciendo la legitimación activa para presentar acciones jurisdiccionales a la Institución Nacional de Derechos Humanos, entidad que puede presentar una acción en sede judicial para defender los derechos de la naturaleza frente a la contaminación, como se desprende del Código Orgánico General de Procesos⁵².

En México, el artículo 585 del Código Federal de Procedimientos Civiles se refiere a la legitimación activa para ejercitar las acciones colectivas, la cual corresponde a:

I. La Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros y la Comisión Federal de Competencia;

II. El representante común de la colectividad conformada por al menos treinta miembros:

III. Las asociaciones civiles sin fines de lucro legalmente constituidas al menos un año previo al momento de presentar la acción, cuyo objeto social incluya la promoción o defensa de los derechos e intereses de la materia de que se trate y que cumplan con los requisitos establecidos en este Código, y

IV. El Procurador General de la República.

Otra de las soluciones que se puede generar para la defensa de los intereses difusos es a través de la creación de asociaciones representativas que defiendan un determinado interés difuso⁵³.

Una tercera solución es la implementación en la legislación de acciones colectivas para defender los intereses públicos. En estas acciones los efectos de las sentencias judiciales deben beneficiar a la colectividad independientemente de si fueron parte de la demanda⁵⁴.

52 Código Orgánico General de Procesos, Ecuador, Suplemento del Registro Oficial 309, 21 VIII-2018, artículo 38.

53 Jesús Javier Villegas Moreno, *Los intereses difusos*, Tesis profesional para obtener el título en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derechos, México D.F., 1987, p. 48.

54 Ibidem, pp. 48, 49.

En México, el Código Federal de Procedimientos Civiles, citado anteriormente, en su artículo 581 establece 3 tipos de acciones colectivas para exigir los intereses colectivos: difusa, colectiva en sentido estricto e individual homogénea.

Como acción difusa indica que es “de naturaleza indivisible que se ejerce para tutelar los derechos e intereses difusos, cuyo titular es una colectividad indeterminada, que tiene por objeto reclamar judicialmente del demandado la reparación del daño causado a la colectividad, consistente en la restitución de las cosas al estado que guardaren antes de la afectación, o en su caso al cumplimiento sustituto de acuerdo a la afectación de los derechos o intereses de la colectividad, sin que necesariamente exista vínculo jurídico entre dicha colectividad y el demandado”.

Por acción colectiva en sentido estricto establece que: “Es aquella de naturaleza indivisible que se ejerce para tutelar los derechos e intereses colectivos, cuyo titular es una colectividad determinada o determinable con base en circunstancias comunes, cuyo objeto es reclamar judicialmente del demandado, la reparación del daño causado consistente en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas, así como a cubrir los daños en forma individual a los miembros del grupo y que deriva de un vínculo jurídico común existente por mandato de ley entre la colectividad y el demandado”.

Finalmente, la acción individual homogénea establece que: “Es aquella de naturaleza divisible, que se ejerce para tutelar derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, cuyos titulares son los individuos agrupados con base en circunstancias comunes, cuyo objeto es reclamar judicialmente de un tercero el cumplimiento forzoso de un contrato o su rescisión con sus consecuencias y efectos según la legislación aplicable”.

1.6. La debida diligencia como estándar de las obligaciones de las empresas.

Las empresas tienen dos tipos de obligaciones en relación con su deber de debida diligencia: positivas y negativas. Por un lado, deben respetar los derechos humanos conforme se desprende del Principio Rector 12, mínimamente los reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo.

Además, el principio rector 13 establece:

La responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas:

- a) Eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan;

- b) Traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos.

Como parte de sus obligaciones negativas de no vulnerar los derechos humanos, ni contribuir con su vulneración, bien sea por su complicidad, aquiescencia u omisión frente a sus responsabilidades, deben establecer protocolos y mecanismos para atender las afectaciones de estos intereses y generar la reparación integral, conforme lo señala el principio rector 15.

Asimismo, en el caso de identificar que existen consecuencias negativas por sus actividades, deben actuar con debida diligencia, conforme se desprende del principio 17, por el cual:

Con el fin de identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos, las empresas deben proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos. Este proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas. La debida diligencia en materia de derechos humanos:

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

La debida diligencia en el ámbito de las empresas debe comprenderse ampliamente, por cuanto no debe ser un término entendido desde la óptica corporativa, sino desde un enfoque de derechos humanos. En tal virtud, al utilizar el término de debida diligencia concebirémos que las empresas identificarán los riesgos a los derechos humanos de las personas y comunidades titulares de los mismos.

Esta comprensión amplia de la debida diligencia no se reducirá a una caracterización de costo – beneficio para identificar que riesgos atiende mediante la implementación

de un mecanismo de prevención y/o de reparación, o cuáles deja de atender porque implicarían altos costos y ningún beneficio económico para la empresa.

Cabe señalar que, para autores como Humberto Cantú, el término de debida diligencia utilizado en los principios rectores nace en el ámbito de la gobernanza corporativa, y constituye una herramienta para determinar el riesgo empresarial; en consecuencia, su uso en el ámbito comercial es distinto al del derecho internacional de los derechos humanos⁵⁵.

De acuerdo con el análisis que desarrolla Cantú, el uso del concepto que proviene de la gobernanza corporativa puede repercutir en la forma como las empresas abordan los impactos a los derechos humanos. En el momento que a las vulneraciones de los derechos humanos se las considera como riesgos para la empresa implicaría que solo los que sean relevantes serán respetados. Además, las empresas tendrían la posibilidad de realizar un análisis costo – beneficio, por el cual, identificarán los costos que implica la vulneración de uno o varios derechos humanos; si no representan costos altos y en su lugar representan beneficios elevados, las corporaciones podrían decidir no abordar ni implementar ningún mecanismo de protección y reparación de algunas violaciones de estos derechos⁵⁶. Entonces, podría darse prioridad al aspecto lucrativo de las empresas, frente a su responsabilidad con los derechos humanos.

En todo caso, la debida diligencia como está introducida en el principio rector 15 implica que las empresas deben desarrollar una política empresarial de respeto de los derechos humanos, para lo cual incorporarán procesos internos para reparar frente a los impactos adversos en materia de derechos humanos, como consecuencia de la puesta en marcha de sus actividades. Estos procesos deben encaminarse en acciones de identificación, prevención, mitigación y rendición de cuentas de dichos impactos.

En consecuencia, para disminuir la posibilidad de que las empresas adopten decisiones de costo – beneficio, y más cuando se hace referencia a los intereses difusos, es importante que su actuar con debida diligencia incluya procesos de participación real y activa de las comunidades y pueblos indígenas, como, por ejemplo, mediante las consultas efectivas a las partes afectadas.

Sin embargo, cabe señalar que otros autores como Elíizabeth Salmón mencionan que la debida diligencia debe ser amplia para que no se quede en una concepción de gestión corporativa de riesgos para la propia empresa y amplíe la identificación a los riesgos que pueda ocasionar a los titulares de los derechos. Este ejercicio debe ser continuo mientras duren las actividades de las empresas, incluso, deben dar

55 Humberto Cantú Rivera, “Debida diligencia en derechos humanos: Breves reflexiones”, en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina*. IIDH, San José, Costa Rica, 2017, pp. 429, 434.

56 Ibidem, p. 430.

seguimiento una vez que han dejado de realizar sus actividades, por cuanto los riesgos pueden cambiar con el tiempo, a medida que el funcionamiento de la empresa evoluciona. Por tal razón, para que las empresas actúen con debida diligencia deben realizar constantemente las evaluaciones pertinentes de impacto, para luego integrar estos resultados e implementar mecanismos que atiendan a la prevención y reparación, y estos mecanismos deben ser socializados constantemente a las comunidades de forma que respondan al principio de necesidad y sean razonables para prevenir los impactos negativos de acuerdo al tamaño de la empresa, los riesgos identificados y el contexto en el que opera la empresa⁵⁷.

Asimismo, el Estado debe involucrarse en que los mecanismos que adopten las empresas estén sujetas a procesos de consulta pública, y en el caso de los pueblos indígenas, se apeguen al estándar de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y sean los Estados quienes garanticen la consulta y consentimiento previo, libre e informado.

Incluso, los Estados deben actuar de forma preventiva y adoptar medidas adicionales en lo concerniente a las empresas que reciben apoyo de los organismos estatales, sean contratadas por el Estado para brindar servicios propios del sector público o con aquellas que tenga relaciones comerciales. Los mecanismos deben atender a una supervisión adecuada, y en la contratación pública debe exigirse el cumplimiento de las obligaciones sobre los derechos humanos y su respeto a los titulares de estos derechos⁵⁸.

Cabe indicar que en la Organización de Estados Americanos también se ha reconocido la importancia de la debida diligencia empresarial, Así, la resolución AG/RES. 2840 (XLIV-O/14) aprobada en la segunda sesión plenaria celebrada el 4 de junio de 2014, entre los considerandos, se refiere a las tendencias evolutivas de las políticas y de la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos.

Por su parte, Comisión Europea se refiere al papel de la debida diligencia en la nueva concepción de Responsabilidad Social Empresarial, e indica que entre otras cuestiones:

Para identificar, prevenir y atenuar sus posibles efectos adversos, se anima a las grandes empresas y a aquellas que presenten un riesgo particular de producir tales efectos a llevar a cabo medidas de diligencia debida basadas en el riesgo, también en sus cadenas de suministro⁵⁹.

57 Elizabeth Salmón (Coord.), *La progresiva incorporación de las empresas en la lógica de los Derechos Humanos*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Konrad Adenauer Stiftung. Segunda Edición. Lima, 2016, pp. 56, 66.

58 Ibidem, p. 64.

59 Comisión Europea, *Estrategia renovada de la UE para 2011 -2014 sobre la responsabilidad social de las empresas*, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, Al Comité

Finalmente, para la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), la debida diligencia es el proceso por el que las empresas deben identificar, prevenir, mitigar y responsabilizarse por como atienden los impactos actuales y potenciales de sus propias operaciones, las cadenas de suministro y otras relaciones comerciales. Una efectiva debida diligencia debería aportar a los esfuerzos para atender a la conducta empresarial de responsabilidad con las políticas y manejo de sistemas, y atender al objetivo de remediar los impactos adversos que causen o contribuyan a causar⁶⁰.

En casos limitados, la debida diligencia puede ayudar a las empresas a decidir continuar o discontinuar sus operaciones, o sus relaciones comerciales como último recurso, porque el riesgo de un impacto adverso pueda ser muy alto o porque los esfuerzos para mitigarlo no puedan ser exitosos. Entonces, la efectividad en prevenir y mitigar los impactos adversos puede ayudar a las empresas a maximizar sus contribuciones positivas a la sociedad, mejorar las relaciones con las partes interesadas y de forma consecuente proteger su reputación. Esto implica que cuando una empresa adopta la debida diligencia crea un valor agregado que implica oportunidades para reducir costos, reduce la exposición a riesgos sistemáticos, y coadyuva a que las empresas cumplan con sus obligaciones legales como las laborales, ambientales, de gobierno corporativo, penales y de anticorrupción⁶¹.

Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. COM (2011) 681 final, Bruselas, 25 octubre 2011, p. 8.

60 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Due diligence guidance for responsible business conduct*, OECD, 2018, p. 15.

61 Ibidem.

CAPITULO 2

Estándares internacionales de derechos humanos vinculados a la responsabilidad empresarial.

2.1. Los estándares internacionales de derechos humanos: obligaciones de las empresas frente a los derechos humanos.

Estándares de derechos humanos y el contenido esencial de los derechos:

Los estándares internacionales de derechos humanos hacen referencia al contenido de los derechos, el cual está compuesto por un núcleo o contenido esencial, que se constituye como una garantía infranqueable frente al gobierno, al legislador y al juez, de forma que ese contenido no se pueda limitar o inobservar, para que no se restrinja el ejercicio de determinado derecho y se constituya en una afectación a su naturaleza.

El hecho de que exista un contenido esencial implica por otro lado que los derechos no son absolutos, por cuanto existe un contenido de los derechos que el legislador sí puede limitar, mientras no afecte al contenido esencial de los derechos para evitar toda restricción innecesaria, desproporcional e inadecuada del derecho.

Este contenido esencial está dado por los instrumentos internacionales de derechos humanos, en los cuales se describe las características de cada uno de los derechos reconocidos internacionalmente; y es de estos mismos instrumentos de donde se desprenden las regulaciones que quedan bajo la competencia de los Estados para limitar el ejercicio de tales derechos, sin que se afecte a su núcleo esencial.

Por ejemplo, el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos se refiere al derecho a la propiedad, el cual no puede ser restringido arbitrariamente por el Estado, esto es, no puede confiscar la propiedad de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción porque al hacerlo afectaría la naturaleza de este derecho. Sin embargo, el mismo artículo 21 de la Convención establece que el ejercicio de este derecho estará sujeto a las regulaciones que la ley imponga, subordinando el uso y goce al interés social; en consecuencia, establece que los Estados pueden generar procesos de expropiación cumpliendo ciertos requisitos para que no constituya una confiscación. El mencionado artículo establece:

Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre deben ser prohibidas por la ley.

Como se observa del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el contenido esencial del derecho establece a su vez obligaciones que deben adoptar los Estados parte para adecuar su ordenamiento jurídico a los preceptos establecidos en los instrumentos internacionales; en este caso, para garantizar el derecho a la propiedad y establecer las limitaciones convencionalmente permitidas.

Cabe resaltar que las Constituciones de los Estados también establecen el contenido esencial de los derechos reconocidos normativamente, y los límites permitidos que no afectan su núcleo esencial. Luciano Parejo Alfonso, tratadista español, se refiere al asunto reflexionando acerca de los límites que operan en los derechos fundamentales:

- a) Límites inmediatamente derivados de la Constitución o que esta establece por sí misma.
Es el caso, por ejemplo, de los artículos 16.1 (limitación de la libertad ideológica, religiosa y de culto por las necesidades de mantenimiento del orden público protegido por la Ley), 20.4 (limitación de los derechos de libre expresión y difusión de los pensamientos, ideas y opiniones; de producción y creación literaria, artística, científica y técnica; de libertad de cátedra, y de comunicación y recepción de información veraz por los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia) y 21.2 (limitación del derecho de reunión por el riesgo fundado de alteración del orden público con peligro para personas o bienes).
- b) Límites mediata o inmediatamente derivados de la Constitución por la necesidad de preservar o proteger otros derechos fundamentales.
Este tipo de límites aparece explicitado en el artículo 20.4 de la Constitución para los derechos y libertades reconocidos en el número 1 del propio precepto, al disponer que los mismos <tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollen ...>.
- c) Límites mediata o indirectamente derivados de la Constitución por la necesidad de proteger o preservar otros bienes constitucionalmente protegidos⁶².

En consecuencia, para determinar la afectación o vulneración de un derecho es necesario acudir a su contenido esencial, el cual lo encontramos en la Constitución del Estado, los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el

62 Luciano Parejo Alfonso, "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del tribunal constitucional de 8 de abril de 1981", *Revista Española De Derecho Constitucional*, (3), 1981, 169-190. Retrieved from <http://www.jstor.org/stable/24879105>, p. 175.

mismo Estado, las observaciones generales del Comité creado por el instrumento internacional, la jurisprudencia de las Cortes Constitucionales y de las Cortes Internacionales y/o Regionales. Asimismo, en estas fuentes del derecho se encontrarán también los límites permitidos a cada uno de los derechos. A este contenido es el que se hace referencia como estándar de derechos humanos.

La generación y establecimiento de estándares internacionales permiten a los Estados, empresas e Instituciones Nacionales de Derechos Humanos atender a sus obligaciones de manera más precisa, para supervisar que sus acciones u omisiones no transgredan el núcleo esencial de los derechos, y que, si esto ocurre, se investigue con debida diligencia y se establezcan mecanismos para reparar integralmente dichas violaciones a los derechos.

Para ello, los Estados deben establecer la legislación y políticas públicas necesarias para garantizar los derechos humanos y reparar integralmente su vulneración; las empresas deben implementar las directrices y protocolos para respetar los derechos e implementar la diligencia debida; y las Instituciones de Derechos Humanos deben ubicar los estándares para ejercer de forma eficiente sus competencias de promoción y protección de derechos humanos.

Anteriormente se revisó la evolución desde la responsabilidad social corporativa hasta la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos que se establecen en los Principios Rectores. Como se señaló entonces, en aquel documento se hace referencia a tres pilares: la obligación de garantizar los derechos que tienen los Estados; la obligación de respeto de los derechos humanos que tienen las empresas; y la existencia de un recurso eficaz para reparar las violaciones de derechos humanos por las actividades corporativas.

En ese sentido, corresponde analizar los estándares relacionados a la obligación de respeto de los derechos humanos que tienen las empresas, la debida diligencia y la obligación de reparar las violaciones de derechos humanos. Para este análisis es necesario mantener en cuenta que las empresas deben adoptar protocolos internos que atiendan con la debida diligencia las vulneraciones y quejas sobre vulneraciones de derechos humanos; y los Estados deben establecer un recurso eficaz para la protección de los derechos y la reparación integral que pueda ser activado por las personas particulares y las comunidades afectadas por las actividades empresariales.

Obligación de respeto de los derechos humanos:

En el derecho internacional de los derechos humanos los únicos obligados en la protección, respeto y garantía de los derechos humanos son los Estados. Esto significa, por ejemplo, que solamente los Estados pueden ser observados internacionalmente por la vulneración de los derechos humanos. A nivel interno de los países, la propia concepción de los derechos humanos en cuanto a su obligación de protección y garantía ha hecho que su respeto se distribuya en diversos actores,

incluso la propia población, y que se desarrollen mecanismos para obligar a que así sea. Por ejemplo, la Constitución ecuatoriana en su artículo 83 dice:

Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:

1. Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente. [...]

5. Respetar los derechos humanos y luchar por su cumplimiento.

6. Respetar los derechos de la naturaleza, preservar un ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible. [...]

Se observa en este artículo que la población ecuatoriana tiene la obligación de respetar la Constitución, los derechos humanos, los derechos de la naturaleza y al ambiente sano. Si bien no se refiere específicamente a las obligaciones de las empresas, cabe argumentar que ellas, bien seas ecuatorianas o tengan su domicilio en Ecuador, tienen la misma obligación constitucional de respeto a los derechos humanos.

El argumento también puede presentarse con la siguiente reflexión. La acción de protección, establecida como un recurso judicial efectivo de protección de los derechos humanos en Ecuador, se incorpora en el artículo 88 de la Constitución ecuatoriana como garantía constitucional con el siguiente contenido:

La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

Se puede observar que la legitimación pasiva de la acción de protección recae fundamentalmente en el Estado, lo que se comprende, por supuesto, desde su obligación de protección, respeto y garantía de los derechos humanos; pero también procede en contra de particulares siempre que se cumplan ciertos requisitos. De manera general, aunque sin decirlo específicamente, los particulares a los que hace referencia el artículo constitucional consisten en empresas, pues son ellas las que prestan servicios públicos impropios como las empresas de transporte público, o actúan por delegación o concesión como suele ocurrir en la explotación petrolera o minera. Tales empresas, en consecuencia, tienen obligación de respeto con los derechos humanos, e inclusive pueden ser legitimados pasivos en proceso

constitucional si los vulneran, con lo que a su vez se activa la obligación de protección del Estado.

De la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se obtiene que quien tiene obligaciones frente al ejercicio de los derechos de las personas que se encuentran dentro de su jurisdicción son exclusivamente los Estados. No obstante, en variada jurisprudencia ha recalcado que al Estado no se le puede imputar toda responsabilidad sobre la violación de derechos cometidas por terceros. La jurisprudencia también ha sido consistente en reconocer que, en algunos casos, las acciones u omisiones cometidas por terceras personas ajenas al Estado, y que han actuado en connivencia o con anuencia o complicidad del Estado, corresponden a una obligación de prevención por parte del Estado.

En este asunto es lo que Naciones Unidas observó la necesidad de que, si bien los Estados no deben desatender sus obligaciones, sin embargo, los terceros como las empresas también deben estar obligadas por los derechos humanos. En consecuencia, el estándar de respeto de los derechos humanos para las empresas se encuentra plasmado en los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de Naciones Unidas, donde se establecen cinco principios fundacionales:

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

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

13. La responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas:

a) Eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan;

b) Traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos.

14. La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se aplica a todas las empresas independientemente de su tamaño, sector,

contexto operacional, propietario y estructura. Sin embargo, la magnitud y la complejidad de los medios dispuestos por las empresas para asumir esa responsabilidad puede variar en función de esos factores y de la gravedad de las consecuencias negativas de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos.

15. Para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias, a saber:

- a) Un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos;
- b) Un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos;
- c) Unos procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar.

En consecuencia, los avances del estándar para las empresas de respeto a los derechos humanos deben seguir el camino generado por los principios rectores, frente a lo cual, la legislación de cada uno de los Estados, así como la jurisprudencia de los tribunales internacionales y regionales deben ser consecuentes a estos avances. Esto es tan importante en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por cuanto la misma Comisión Interamericana de Derechos Humanos cita que:

La última década ha sido fundamental en cuanto al reconocimiento del impacto que tienen los agentes no estatales y específicamente las empresas transnacionales en el goce de los derechos humanos en general, por lo que bien puede considerarse un tema transversal a todo el accionar de la CIDH y sus Relatorías con un peso específico DESCAs que conlleva su ubicación en el PE de la CIDH. Los Estados están obligados a proteger a su población de acciones de terceros que puedan resultar lesivas para los derechos humanos. Asimismo, estos agentes deben respetar estos derechos existiendo un debate en curso para el desarrollo de normas vinculantes en el sistema universal en paralelo a los trabajos para la implementación de los Principios Rectores en la materia.

La REDESCA⁶³ trabajará articuladamente con los Estados y otras organizaciones de la región para apoyar el desarrollo y aplicación de estándares y normas que hagan efectivo el respeto de los DESCAs por parte de empresas y otros agentes no estatales. En este sentido, se prestará

63 Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

especial atención a los megaproyectos y proyectos vinculados al extractivismo y al desarrollo, los cuales han demostrado vínculos claros entre el respeto a los DESCAs de las comunidades, el acceso a la información y consulta previa e informada, así como situaciones graves- en estos contextos- de ataques a defensores/as⁶⁴.

2.2. Sistema de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Agencias y mecanismos.

Los instrumentos principales del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas son la Declaración Universal de Derechos Humanos⁶⁵, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶⁶ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶⁷, los cuales forman la Carta Internacional de Derechos Humanos.

Este sistema de Naciones Unidas cuenta con la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, creada en 1993 por resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas. Su misión es la promoción y protección de los derechos humanos para lo cual brinda asesoría a los Estados, apoya a los individuos para que exijan sus derechos, denuncia las violaciones de derechos humanos y ofrece apoyo técnico a los mecanismos de supervisión de derechos humanos en el sistema de Naciones Unidas.

Estos mecanismos de supervisión están compuestos:

1. Los órganos basados en la Carta de Naciones Unidas:
 - Consejo de Derechos Humanos;
 - Comisión de Derechos Humanos;
 - Procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos; y,
 - Examen Periódico Universal.
2. Los diez órganos creados en virtud de los tratados internacionales de derechos humanos para su supervisión:
 - Comité de Derechos Humanos;

64 Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, "Informe de la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales. Trabajando por la indivisibilidad e interdependencia efectivas de todos los derechos humanos para todas las personas en las Américas", *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2017.*, Washington DC., 2017, párrs. 138, 139.

65 Adoptado en Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

66 Entrada en vigor el 23 de marzo de 1976.

67 Entrada en vigor el 3 de enero de 1976.

- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial;
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer;
- Comité contra la Tortura;
- Subcomité para la Prevención de la Tortura;
- Comité de los Derechos del Niño;
- Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares;
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; y,
- Comité contra las Desapariciones Forzadas.

De estos órganos creados en virtud de los tratados internacionales de derechos humanos, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en la Observación General No. 24 de 2017, y el Comité de Derechos del Niño en la Observación General No. 16 de 2013, han generado avances en relación con el ámbito de las empresas y derechos humanos debido a las obligaciones que deben adoptar los Estados para la protección de los derechos; y, aunque en menor medida, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer también se ha referido, en la Observación General No. 16 de 1991, a los derechos de las mujeres que trabajan sin remuneración en empresas familiares rurales y urbanos, recomendando a los Estados que “tomen las medidas necesarias para garantizar remuneración, seguridad social y prestaciones sociales a las mujeres que trabajan sin percibir tales prestaciones en empresas de propiedad de un familiar”. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en su Observación General No. 24 de 1999 también topa de forma tangencial las obligaciones de los Estados en relación con el derecho a la salud cuando se trata de la prestación realizada por empresas privadas.

Los estándares citados relacionados con las obligaciones de los Estados para garantizar los derechos humanos en materia de empresas y derechos humanos se analizan en el capítulo 4.

En este sistema de Naciones Unidas también existen otras oficinas que tratan el ámbito de las empresas y derechos humanos, y que corresponden a los procedimientos especiales, entre los cuales se encuentran:

- **Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos:** El mandato de este Grupo de Trabajo es elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos, para lo cual, en las dos primeras sesiones deben generar deliberaciones constructivas sobre el contenido, alcance, naturaleza y la forma del instrumento internacional. Posteriormente, deben preparar los elementos para un proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante para

iniciar las negociaciones al comienzo del tercer periodo de sesiones del grupo de trabajo⁶⁸.

- Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas: Está compuesto por cinco expertos independientes, con representación geográfica equilibrada. Por su mandato debe:
 - Promover la divulgación y aplicación efectiva y global de los Principios Rectores.
 - Identificar, intercambiar y promover las buenas prácticas y las lecciones aprendidas sobre la aplicación de los Principios Rectores y evaluar y formular recomendaciones sobre ellos. Además, debe solicitar y recibir información de todas las fuentes pertinentes, como gobiernos, empresas transnacionales y otras empresas, instituciones nacionales de derechos humanos, la sociedad civil y los titulares de derechos.
 - Apoyar la labor de promoción del fomento de la capacidad y la utilización de los Principios Rectores, y, cuando se le solicite, brindar asesoramiento y recomendaciones acerca de la elaboración de leyes y políticas nacionales relativas a las empresas y los derechos humanos.
 - Realizar visitas a los países y responder con prontitud a las invitaciones de los Estados.
 - Estudiar las posibilidades que existen a nivel nacional, regional e internacional, para aumentar el acceso a los recursos efectivos disponibles para quienes vean afectados sus derechos humanos por las actividades empresariales, incluidos quienes se encuentren en zonas de conflicto.
 - Integrar una perspectiva de género en toda la labor prevista en su mandato y prestar especial atención a las personas que se encuentran en situación vulnerable, en particular los niños.
 - Trabajar en estrecha cooperación y coordinación con otros procedimientos pertinentes del Consejo de Derechos Humanos, los órganos pertinentes de las Naciones Unidas y demás órganos internacionales, los órganos de los tratados y las organizaciones regionales de derechos humanos.

68 Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Resolución 26/9*, Sesión 26 del 26 de junio de 2014.

- Establecer un diálogo sistemático y analizar los posibles ámbitos de cooperación con los gobiernos y todos los interlocutores pertinentes, incluidos los órganos de Naciones Unidas, los organismos especializados, los fondos y los programas, como la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Pacto Mundial, la Organización Internacional del Trabajo, el Banco Mundial y su Corporación Financiera Internacional, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y la Organización Internacional para las Migraciones, así como las empresas transnacionales y otras empresas, las instituciones nacionales de derechos humanos, los representantes de los pueblos indígenas, las organizaciones de la sociedad civil y otras organizaciones internacionales regionales y subregionales.
- Guiar los trabajos del Foro sobre las empresas y los derechos humanos que se establezcan.
- Presentar anualmente informes al Consejo de Derechos Humanos y a la Asamblea General⁶⁹.
- Grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta encargado de estudiar la posibilidad de elaborar un marco normativo internacional para la regulación, el seguimiento y la supervisión de las actividades de empresas militares y de seguridad privadas: El mandato de este Grupo de Trabajo es elaborar el contenido de un marco normativo internacional que proteja los derechos humanos y garantice la rendición de cuentas por las violaciones y los abusos relacionados con las actividades de las empresas militares y de seguridad privada. Para ello, debe basarse en el documento de debate sobre los elementos de un marco normativo internacional para la regulación, el seguimiento y la supervisión de las actividades de las empresas militares y de seguridad privadas preparado por la Presidenta-Relatora, y en las aportaciones adicionales de los Estados miembros y otras partes interesadas⁷⁰.
- Relator Especial sobre los derechos de los Pueblos Indígenas. Esta Relatoría en el año 2010, mientras James Anaya era el Relator, emitió un informe sobre industrias extractivas y derechos de los pueblos indígenas.
- Relator Especial sobre el derecho a la alimentación.

69 Creados por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Resolución 17/4*, 2011. Su mandato se renovó en 2014 mediante Resolución 26/22 y en 2017 mediante Resolución 35/7.

70 Establecido por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Resolución 36/11*, 28 de septiembre de 2017.

Igualmente, la Organización Internacional del Trabajo, OIT, busca que los trabajadores gocen de sus derechos laborales. Para la observancia de estos derechos, la OIT se conforma de manera tripartita entre trabajadores, empleadores y Estado

Finalmente, para que tanto el Estado como las empresas implementen mecanismos para atender sus obligaciones, existen instrumentos que tratan sobre las competencias y atribuciones de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, INDH, para acompañar a Estados y empresas e investigar los casos de violaciones de derechos humanos, que se desarrollan en el capítulo 4.

2.3. Sistema Americano de Derechos Humanos. Agencias y mecanismos.

El Sistema Americano de Derechos Humanos es parte de la Organización de Estados Americanos (OEA por sus siglas en español). El nacimiento de la OEA se produjo en Bogotá en 1948 con la suscripción de la Carta de la Organización de Estados Americanos, reformada posteriormente el 27 de febrero de 1967. Igualmente, en 1948, los Estados americanos aprobaron la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá.

El artículo 1 de la Carta de la OEA establece los fines de la organización que son “lograr un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia”.

La Carta establece los siguientes órganos dentro de la estructura de la OEA:

- La Asamblea General.
- La Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores.
- Los Consejos (el Consejo Permanente y el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral).
- El Comité Jurídico Interamericano.
- La Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- La Secretaría General.
- Las Conferencias Especializadas.
- Los Organismos Especializados.

Sin embargo, también hacen parte de la estructura otras entidades que establezca la Asamblea General como órganos subsidiarios, organismos y otras entidades que se estimen necesarias.

En el sistema americano, en lo que respecta al ámbito de los derechos humanos se crearon tres órganos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH). Cada órgano tiene su competencia y rol, aunque actúan de forma interrelacionada en la promoción y protección de los derechos humanos que nacen de este sistema regional.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En relación con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la Carta en su artículo 106 establece lo siguiente:

Habrà una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia.

Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia.

La CIDH se creó finalmente por la resolución de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en Santiago de Chile en 1959, y se estableció formalmente en 1960 cuando el Consejo de la OEA aprobó su estatuto.

Como la CIDH consta en la Carta de la OEA puede revisar la situación de derechos humanos de todos los países de la región que sean parte de esta organización. Esto implica que no es necesario que los Estados ratifiquen algún instrumento adicional para estar sometidos a la supervisión de la CIDH.

Sin embargo, la supervisión de los derechos humanos la realizará en virtud de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (en relación con todos los Estados de la OEA) y en virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (para los Estados que sean parte de esta). Esto implica que la CIDH tendrá dos tipos de funciones, conforme se desprende de los artículos 18, 19 y 20 de su Estatuto:

Artículo 18

Respecto a los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, la Comisión tiene las siguientes atribuciones:

- a. Estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
- b. Formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos, dentro del marco de sus legislaciones, de sus preceptos constitucionales y de sus compromisos internacionales, y también disposiciones apropiadas para fomentar el respeto a esos derechos;
- c. Preparar los estudios o informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;
- d. Solicitar que los gobiernos de los Estados le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;
- e. Atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización, le formule cualquier Estado miembro sobre cuestiones relacionadas con los derechos humanos en ese Estado y, dentro de sus posibilidades, prestar el asesoramiento que le soliciten;
- f. Rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización, en el cual se tenga debida cuenta del régimen jurídico aplicable a los Estados parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los Estados que no son partes;
- g. Practicar observaciones in loco en un Estado, con la anuencia o la invitación del gobierno respectivo, y
- h. Presentar al Secretario General el programa-presupuesto de la Comisión para que éste lo someta a la Asamblea General.

Artículo 19

En relación con los Estados parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión ejercerá sus funciones de conformidad con las atribuciones previstas en aquella y en el presente Estatuto y, además de las atribuciones señaladas en el artículo 18, tendrá las siguientes:

- a. Diligenciar las peticiones y otras comunicaciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de la Convención;
- b. Comparecer ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos previstos en la Convención;

- c. Solicitar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tome las medidas provisionales que considere pertinentes en asuntos graves y urgentes que aún no estén sometidos a su conocimiento, cuando se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas;
- d. Consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o de otros tratados sobre la protección de los derechos humanos en los Estados americanos;
- e. Someter a la consideración de la Asamblea General proyectos de protocolos adicionales a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con el fin de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades, y
- f. Someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, por conducto del Secretario General, propuestas de enmienda a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Artículo 20

En relación con los Estados miembros de la Organización que no son partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión tendrá, además de las atribuciones señaladas en el artículo 18, las siguientes:

- a. Prestar particular atención a la tarea de la observancia de los derechos humanos mencionados en los artículos I, II, III, IV, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;
- b. Examinar las comunicaciones que le sean dirigidas y cualquier información disponible; dirigirse al gobierno de cualquiera de los Estados miembros no partes en la Convención con el fin de obtener las informaciones que considere pertinentes y formularles recomendaciones, cuando lo considere apropiado, para hacer más efectiva la observancia de los derechos humanos fundamentales;
- c. Verificar, como medida previa al ejercicio de la atribución prescrita en el inciso b. anterior, si los procesos y recursos internos de cada Estado miembro no parte en la Convención fueron debidamente aplicados y agotados⁷¹.

Cabe precisar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José, fue suscrita en 1969 y entró en vigor el 18 de julio de 1978. Actualmente 25 estados americanos han ratificado o se han adherido a la

⁷¹ Organización de Estados Americanos, *Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, aprobado mediante Resolución No. 447 (IX-O/79) adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno periodo ordinario de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, 31 de octubre de 1979.

Convención. Esta Convención establece los deberes de los Estados, los derechos protegidos y los deberes de las personas. Igualmente, en su artículo 34 se señala que la CIDH estará compuesta de siete miembros “que deberán ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos”.

La Convención establece también las funciones de la CIDH en su artículo 41, conforme sigue:

La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

- a) Estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
- b) Formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;
- c) Preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;
- d) Solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;
- e) Atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;
- f) Actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y
- g) Rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

Asimismo, la CIDH está compuesta por relatorías y grupos de trabajo, de acuerdo con el artículo 15 de su reglamento, por el cual tiene competencia para asignar tareas o mandatos específicos. Estas relatorías pueden ser de país y también relatorías ligadas al cumplimiento de sus funciones de promoción y protección de los derechos humanos. En relación con estas últimas pueden ser relatorías temáticas que funcionen a cargo de un miembro de la Comisión, o relatorías especiales, a cargo de otras personas designadas por la Comisión.

En este contexto, Soledad García Muñoz, Relatora Especial de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, especifica que:

Es importante hacer mención a la Resolución AG/RES. 2887 (XLVI-O/16) aprobada en la segunda sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, celebrada el 14 de junio de 2016, mediante la cual solicita a la CIDH “realizar un estudio sobre los estándares interamericanos en materia de empresas y derechos humanos a partir de un análisis de las convenciones, jurisprudencia e informes emanados del sistema interamericano”, lo que podrá servir de insumo para los esfuerzos realizados por los Estados Miembros en varias iniciativas nacionales e internacionales en tal esfera⁷².

La Resolución AG/RES. 2887 (XLVI-O/16) a la que se hace referencia se construye alrededor de la necesidad de impulsar los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos en la región americana, conforme puede verse de los siguientes puntos resolutivos:

1. Continuar promoviendo la implementación de los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, exhortando a los Estados Miembros y a sus respectivos institutos nacionales de derechos humanos y/o instituciones competentes a que den la mayor difusión posible a estos principios, facilitando el intercambio de información, el diálogo constructivo y compartiendo buenas prácticas de promoción y protección de los derechos humanos en el ámbito empresarial, a fin de lograr una mayor concientización sobre los beneficios de su aplicación e invitar a todos los Estados Miembros a participar constructivamente en las iniciativas relacionadas al efectivo cumplimiento de las empresas con respecto a los derechos humanos.
2. Alentar a los mecanismos regionales de financiamiento y de desarrollo, especialmente al Banco Interamericano de Desarrollo, a que siempre que sea solicitado tanto por los Estados Miembros como por las empresas y otras entidades públicas o privadas, apoyen los esfuerzos de implementación de los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos entre otras iniciativas en la materia que tengan lugar en el Hemisferio y que consideren, en el ámbito de sus órganos de dirección, la evaluación de criterios para el respeto de los derechos humanos en sus mecanismos de financiación de proyectos.
3. Solicitar a la Secretaría General, a la CIDH y a la Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral (SEDI), dentro del ámbito de sus competencias y de manera coordinada, que continúen apoyando a los Estados Miembros que así lo soliciten en la promoción y aplicación de los compromisos estatales y

⁷² Soledad García Muñoz, *Presentación sobre derechos humanos y empresas*, Bogotá, 21 de febrero de 2018, p. 5. Disponible en <http://scm.oas.org/pdfs/2018/CP38733T.pdf>

empresariales en materia de derechos humanos y empresas, incluidas entre otras iniciativas, el apoyo en el desarrollo de planes nacionales de acción sobre derechos humanos y empresas como una de las formas de aplicar los Principios Rectores.

4. Solicitar a la CIDH que para el último semestre de 2016 realice un estudio sobre los estándares interamericanos en materia de empresas y derechos humanos a partir de un análisis de las convenciones, jurisprudencia e informes emanados del sistema interamericano, lo que podrá servir de insumo para los esfuerzos realizados por los Estados Miembros en varias iniciativas nacionales e internacionales en la esfera de empresas y derechos humanos. Este mandato estará condicionado a la identificación de los recursos financieros necesarios. Como seguimiento de lo anterior, pedir a la CIDH que informe al Consejo Permanente durante el primer trimestre de 2017 los resultados de dicho estudio.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos encargó a la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, el desarrollo de estándares interamericanos sobre derechos humanos y empresas, que será plasmado en un informe temático que a decir de la Relatora:

Constituirá una herramienta de enorme potencialidad para mejorar y fortalecer la legislación, prácticas y políticas públicas que buscan enfrentar las violaciones de derechos humanos cometidas y/o facilitadas por empresas en el hemisferio. En cuanto al establecimiento de estándares interamericanos en la materia, considerando que a la fecha los órganos del Sistema Interamericano aún no han establecido estándares exhaustivos al respecto, este informe será la primera ocasión en que la CIDH recoja, sistematice y defina criterios guía y estándares sobre las obligaciones jurídicas internacionales del Estado sobre esta temática, en particular con el objeto de fortalecer la titularidad de derechos humanos en el contexto de este tipo de violaciones, velar por la rendición de cuentas por parte de los/as funcionarios/as públicos/as que correspondan y las empresas involucradas en las violaciones, así como la reparación efectiva hacia las víctimas⁷³.

Ciertamente es un acierto la voluntad política de los órganos del sistema de llevar adelante un informe temático sobre empresas y derechos humanos que permita establecer estándares interamericanos en la materia; especialmente si consideramos que, si bien la CIDH ha analizado la responsabilidad del Estado en sus informes individuales, medidas cautelares e informes por países, por los abusos cometidos por las empresas, tanto públicas como privadas, no existe aún una labor sistemática que nos permita detectar de forma específica las responsabilidades de las empresas y desarrollar los mecanismos adecuados para viabilizar de mejor manera el respeto que

73 Ibidem.

deben guardar hacia los derechos de las personas y la naturaleza. De todas formas, se puede señalar que:

La Comisión (CIDH) ha adoptado varias decisiones en las cuales una violación de los derechos reconocidos en la Convención Americana estuvo relacionada con operaciones empresariales. La Comisión ha analizado la responsabilidad del Estado por abusos de empresas a través de casos individuales, medidas cautelares y de informes sobre países.

En relación al análisis de casos individuales, el tema ha sido tratado principalmente en casos relacionados con violaciones de derechos de los pueblos indígenas relacionadas con actos de terceros.

En lo que concierne a las medidas cautelares, el impacto de las operaciones de las empresas en los derechos humanos y la generación de la responsabilidad de los Estados ha sido tratada cuando las actividades de las empresas han amenazado el derecho a la vida y la integridad personal vinculadas al medio ambiente. Cuando la contaminación y la degradación ambiental representan una amenaza persistente a la vida y la salud, los derechos antes mencionados también están implicados.

Finalmente, las referencias a las operaciones empresariales en los informes sobre países detallan medidas específicas que un Estado debe adoptar para limitar el impacto de las operaciones empresariales por abusos sobre derechos humanos⁷⁴.

Por otro lado, la CIDH elaboró un informe temático en 2015 sobre pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes e industrias extractivas⁷⁵ en el que desarrolla las obligaciones estatales de derechos humanos en contextos de actividades de extracción y explotación que realizan empresas públicas, mixtas o privadas, sean o no transnacionales, y también en relación con las obligaciones y garantías específicas en correspondencia con los pueblos indígenas y tribales y comunidades afrodescendientes. Este informe ya recoge a los principios rectores sobre empresas y derechos humanos para analizarlo en cuanto a la obligación general del Estado de garantizar los derechos humanos en correlación a la actuación de terceros, entre los que se consideran a las empresas.

74 Cecilia Anicama, *Las responsabilidades del Estado para regular y judicializar las actividades empresariales en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, pp. 15, 16. Disponible en <https://www.business-humanrights.org>. Es un trabajo de sistematización de la jurisprudencia del sistema interamericano que la autora realizó para aportar al mandato del Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, profesor John Ruggie. A pesar de consistir en información levantada hasta el año 2007, es recomendable su revisión.

75 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, OEA/Ser.L/V/II.Doc.47/15, 31 de diciembre de 2015.

Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) es la instancia judicial autónoma que aplica e interpreta la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). De acuerdo con la Convención la Corte puede fallar en casos sometidos a su conocimiento sobre Estados parte que hayan reconocido su competencia contenciosa y suscrito y ratificado la CADH; también ejerce una competencia consultiva por la cual interpreta el contenido de la CADH; y tiene competencia para emitir medidas provisionales.

De acuerdo con el artículo 33 de la Convención Americana de Derechos Humanos, tanto la CIDH como la Corte IDH “son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Parte en esta Convención”.

Por su parte, el artículo 52 de la CADH señala que la Corte IDH se compondrá de siete jueces, quienes deben ser nacionales de los Estados miembros de la OEA, y conforme al artículo 53 numeral 1 “serán elegidos, en votación secreta y por mayoría absoluta de votos de los Estados Parte en la Convención, en la Asamblea General de la Organización, de una lista de candidatos propuestos por esos mismos Estados”.

En relación con la competencia, el artículo 61 numerales 1 y 2 de la CADH, respectivamente, disponen que “solo los Estados Parte y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte”, y para que la Corte IDH pueda conocer de cualquier caso es necesario que se agote el procedimiento en la Comisión Interamericana sin que se haya alcanzado una solución, de conformidad con los artículos 48 y 50 de la CADH.

La competencia de interpretación se encuentra dispuesta en el artículo 62 numeral 3, según el cual “la Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido...”; complementariamente, del artículo 64 numerales 1 y 2 se tiene que “los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos...”; y “la Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.

En este contexto, si bien la Corte IDH no ha generado jurisprudencia sobre las obligaciones de las empresas, lo ha hecho de forma indirecta, estableciendo las medidas internas para regular, juzgar y sancionar las acciones de las empresas que los Estados deben adoptar para el respeto de los derechos reconocidos en la CADH. Varios casos se han centrado en la vulneración de derechos a los pueblos indígenas⁷⁶;

76 Destacan los casos *Awas Tingni vs Nicaragua*, *Sarayaku vs Ecuador*, entre otros.

aunque no son los únicos pues han existido pronunciamientos sobre derechos de la niñez⁷⁷, derechos de trabajadores⁷⁸ y el derecho a la salud.

También la Corte IDH generó una opinión consultiva relacionada al medio ambiente y derechos humanos⁷⁹, que hace referencia a las obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personas. Destaca esta opinión consultiva porque es la primera que hace referencia directa a los principios rectores sobre empresas y derechos humanos. En el párrafo 155 señala que “las empresas deben actuar de conformidad con el respeto y la protección de los derechos humanos, así como prevenir, mitigar y hacerse responsables por las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos”.

La Corte IDH también ha emitido sentencia⁸⁰ por la vulneración de derechos de los pueblos indígenas Kaliña y Lokono y la falta de protección judicial por parte del Estado. Destacamos parte del pronunciamiento de la Corte en relación con el tema que nos convoca:

223. En este particular, el Tribunal toma nota de que las actividades mineras que generaron las afectaciones al medio ambiente y por ende a los derechos de los pueblos indígenas, fueron llevadas a cabo por actores privados, primero por la empresa Suralco y posteriormente por la *joint venture* denominada BHP Billiton-Suralco.

224. Al respecto, la Corte toma nota de los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos”, avalados por el Consejo de Derechos Humanos de la Naciones Unidas, mediante los cuales se ha establecido que las empresas deben actuar de conformidad con el respeto y la protección de los derechos humanos, así como prevenir, mitigar y hacerse responsables por las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos. En este sentido, tal como lo reiteran dichos principios, los Estados tienen la responsabilidad de proteger los derechos humanos de las personas contra las violaciones cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. Para tal efecto los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar, mediante políticas adecuadas, los abusos que aquellas puedan cometer, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia.

77 Opinión Consultiva 17.

78 Destaca el caso Baena vs Panamá.

79 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-23/17*, de 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia.

80 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Casos Pueblos Kaliña y Lokono vs Surinám*, sentencia de 25 de noviembre de 2015.

225. En este sentido, el Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, ha señalado que estas deberán respetar los derechos humanos de personas pertenecientes a grupos o poblaciones específicas, entre ellos los pueblos indígenas y tribales, y deberán prestarle especial atención cuando vulneren dichos derechos.

226. En virtud de lo señalado, la Corte estima que, siendo que el Estado no garantizó la realización de un estudio de impacto ambiental y social de manera independiente y previa al inicio de la extracción de bauxita ni supervisó el estudio que fue realizado con posterioridad, incumplió con dicha salvaguardia, máxime tratándose de un área natural protegida y de territorios tradicionales para diversos pueblos.

Más allá de la importancia del contenido de la sentencia se debe rescatar que también lo es la invocación específica de las empresas, no ya solamente como ‘terceros’ sino como entes visibilizados con una obligación directa de respeto a los derechos humanos contenida en un marco jurídico también específico como lo son los principios rectores sobre empresas y derechos humanos.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos:

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) se creó el 30 de julio de 1980 por medio de la suscripción de un convenio entre la Corte IDH y el Gobierno de la República de Costa Rica, el cual se aprobó en la Asamblea Legislativa de Costa Rica, mediante Ley No. 6528 del 28 de octubre de 1980.

El IIDH es una entidad internacional autónoma, cuya naturaleza es académica, por cuanto se dedica a la enseñanza, investigación y promoción de los derechos humanos; para lo cual, adopta un enfoque multidisciplinario y con énfasis en la situación del continente americano, conforme se desprende de la cláusula primera del mencionado Convenio y de los artículos 1, 2 y 5 del Estatuto del IIDH adoptado en octubre de 1980 y reformado en febrero de 2011.

El IIDH debe articular sus actividades con la CIDH y la Corte IDH; igualmente, podrá colaborar con cualquier otra institución que persiga los fines y objetivos análogos o complementarios, y que respete los principios del IIDH, conforme se desprende del artículo 6 del Estatuto.

De acuerdo con el artículo 7 del Estatuto, el IIDH puede generar las siguientes actividades:

- a) Organizar conferencias, coloquios, seminarios, cursos, encuentros, mesas redondas, y en general emplear cualquier otro método para la enseñanza, la investigación y la promoción de los derechos humanos;

- b) Organizar programas de investigación en materia de derechos humanos que podrán realizarse con la cooperación de otras instituciones nacionales, extranjeras o internacionales, que persigan fines análogos o complementarios y compartan los principios del Instituto;
- c) Fomentar la enseñanza, investigación y promoción de los derechos humanos en todas las formas y niveles de la educación;
- d) Desarrollar programas de publicaciones;
- e) Compilar y distribuir publicaciones relativas a los derechos humanos;
- f) Formar, desarrollar y mantener una biblioteca especializada en derechos humanos;
- g) Crear un centro de información multidisciplinario sobre los derechos humanos, con especial referencia a América;
- h) Formular proyectos para la creación de institutos nacionales de protección y promoción de los derechos humanos en América y asesorar a gobiernos y entidades públicas y privadas que lo soliciten; y
- i) Desarrollar cualquier otra actividad que sea útil o necesaria para el logro de sus fines.

El IIDH ha contribuido de manera significativa en la materia al publicar el estudio sobre empresas y derechos humanos⁸¹ que muestra el panorama internacional de la situación a través de reflexiones sobre la evolución de los sujetos de obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos, el desarrollo en la protección de los derechos humanos, el camino hacia un instrumento jurídicamente vinculante en la materia (que será tratado en el siguiente acápite); realiza estudio de países como el derecho a la identidad cultural de las nacionalidades indígenas en Ecuador o sentencias relevantes sobre empresas y derechos humanos en México, entre otros; y desarrolla estudios temáticos como por ejemplo sobre la debida diligencia en los derechos humanos, los principios rectores sobre derechos humanos y empresas, planes de acción, la experiencia y retos para las instituciones nacionales de derechos humanos latinoamericanas en la materia (temática que también será abordada en el capítulo 4).

2.4. Instrumento vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. Propuestas y avances.

⁸¹ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina*, Humberto Cantú Rivera (Coordinador y editor de la obra), San José, 2017.

La obligación de respeto de los derechos humanos que tienen las empresas no se encuentra en ningún instrumento internacional vinculante; sin embargo, desde algunos sectores, incluidos los Estados, se está impulsando la creación de un instrumento vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas.

En la Organización de las Naciones Unidas se creó el Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos⁸². Este Grupo de Trabajo tiene el mandato de elaborar un instrumento jurídicamente vinculante que regule las actividades de dichas empresas.

La creación de este instrumento es compleja, por cuanto los Estados y los sectores involucrados deben lograr acuerdos sobre su contenido, alcance y naturaleza. El Grupo de Trabajo ha realizado a la fecha cuatro sesiones, en la última se presentó lo que se denomina el “borrador cero” que consiste en la primera propuesta del instrumento vinculante.

Primer periodo de sesiones⁸³

En el primero periodo de sesiones se trataron ocho temas, los cuales fueron debatidos en igual número de mesas. Participaron sesenta Estados miembros de las Naciones Unidas, dos Estados observadores no miembros que fueron Palestina y Santa Sede, la Unión Europea y organizaciones intergubernamentales como La Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, el Consejo de Europa, la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y el Centro del Sur. También estuvieron representadas organizaciones no gubernamentales (ONG) reconocidas como entidades consultivas por el Consejo Económico y Social. La Presidencia del Grupo de Trabajo fue concedida a Ecuador.

Aún antes de la conformación de las mesas de trabajo, se plantearon cuestiones que resulta necesario mencionarlas por su importancia y contexto:

Delegaciones de Estados africanos observaron que “si bien las actividades de las empresas transnacionales generaban numerosas ventajas económicas, había lagunas en la protección de los derechos humanos que no podían compensarse simplemente con beneficios económicos”⁸⁴. Otros Estados indicaron que “podía existir

⁸² Establecido mediante resolución 26/9 del Consejo de Derechos Humanos en la Sesión 26 del 26 de junio de 2014.

⁸³ Celebrado del 6 al 10 de julio de 2015.

⁸⁴ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Informe del primer periodo de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, con el mandato de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante*, A/HRC/31/50, 5 de febrero de 2016, párr. 22.

una dinámica con marcadas asimetrías de poder entre esas grandes empresas que era preciso equilibrar”⁸⁵, y que “era conveniente encontrar vías de recurso y soluciones para las víctimas de violaciones de los derechos humanos, y que esa debía ser la principal preocupación durante el proceso de un tratado”⁸⁶.

Hubo delegaciones que observaron que:

Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos no abordaban el núcleo del debate sobre la máxima protección de los derechos humanos y el acceso a vías de recurso, y que se necesitaba un instrumento internacional complementario para fortalecer las capacidades nacionales que permitiera velar por la protección de los derechos humanos en el ámbito nacional.⁸⁷

En la misma línea, una delegación observó que “se habían logrado avances significativos en el terreno de las empresas y los derechos humanos, y que un nuevo instrumento sería una extensión lógica de esa labor”⁸⁸; aunque también había criterios en contrario pues hubo planteamientos sobre que “lo prioritario era aplicar los Principios Rectores, no crear un nuevo instrumento internacional”⁸⁹.

Es rescatable, como tema de fondo, que hubo delegaciones que señalaron:

Que tenían la esperanza de que un futuro instrumento jurídicamente vinculante incluyera una referencia a los principios ambientales, la dignidad inherente, la libertad, la justicia, la paz, el respeto de todos los derechos, la naturaleza universal e indivisible de los derechos humanos, la utilización de las mejores tecnologías, los principios de que quien contamina paga, los derechos de propiedad intelectual pertinentes, el consentimiento libre, previo e informado, la subsidiariedad, la carga de la prueba y una serie de principios que figuran en los instrumentos internacionales pertinentes...⁹⁰.

En ese contexto, se desarrollaron las mesas de trabajo, en las que participaron diversos expertos independientes, gobiernos, grupos regionales y políticos,

85 Ibidem.

86 Ibidem.

87 Ibidem, párr. 23.

88 Ibidem.

89 Ibidem.

90 Ibidem, párr. 24.

organizaciones intergubernamentales, sociedad civil y ONGs. A continuación, extraemos los puntos relevantes del debate de cada una de las mesas⁹¹:

Mesa I. Aplicación de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: un compromiso renovado de todos los Estados:

- Un instrumento jurídicamente vinculante puede ayudar a promover y fortalecer los derechos humanos, reafirmar el llamamiento para que los Estados apliquen los planes de acción nacionales para abordar la conducta de las empresas.
- La Unión Europea reiteró su compromiso de buscar los medios adecuados y eficaces para prevenir y resarcir los abusos, así como cooperar con los Estados en todas las regiones para una aplicación eficaz de los Principios Rectores, trabajar por la protección de los defensores de derechos humanos y de los actores de la sociedad civil que corran riesgos por su participación en esa delicada labor, y alentar a las empresas europeas que apliquen los Principios donde quiera que operen.
- Los principios y su función deben ser el punto de referencia para el proceso de desarrollo de un instrumento internacional jurídicamente vinculante, por cuanto ambos no son contradictorios.

Mesa II. Principios para un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos:

- Principio de progresividad y no regresividad respecto a lo logrado en los principios rectores; que se base en hechos y pruebas, realista y viable, orientado al desarrollo de la capacidad con miras a contribuir a un cambio en la conducta de las empresas y orientado a las víctimas.
- Universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. Por tal motivo, limitar el alcance de un tratado de modo que abarque solo ciertos derechos contraviene principios de los derechos humanos y del derecho internacional.
- Los derechos humanos deben considerarse como parte del desarrollo de las inversiones, no como un obstáculo. El instrumento debe estimular las inversiones empresariales adecuadas y responsables desde el punto de vista de los derechos humanos. Esto es importante, por cuanto el enfoque existente de responsabilidad social de las empresas no tiene peso legal y no es justiciable ni exigible; por tal razón, no se lo puede utilizar para la protección de los derechos humanos en los tribunales.
- El instrumento vinculante redundaría en beneficio de las empresas, proporcionaría un conjunto de normas internacionales mínimas para todas las

91 Compendio del Informe del primer periodo de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, con el mandato de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante, en relación con las ocho mesas de trabajo, A/HRC/31/50, del 5 de febrero de 2016, párrs. 37 a 105.

empresas transnacionales, limitando así las reglas del juego para sus operaciones.

- Principio de responsabilidad directa de las empresas transnacionales. Derechos a la defensa letrada y a una reparación efectiva como derechos fundamentales.
- El instrumento debe enunciar las obligaciones de los Estados con respecto a la conducta de las grandes empresas. Debe incluir los principios del desarrollo de la capacidad, transparencia y buena gobernanza.
- Debe incorporarse principios de otras ramas del derecho, como la inversión de la carga de la prueba, la regla de que “quien contamina paga” y el principio de precaución.
- Debe considerarse las características específicas de cada país, como su ordenamiento jurídico, normas sociales, tradiciones, cultura, historia y etapa de desarrollo.
- Incluir la primacía de los derechos humanos sobre los instrumentos internacionales en materia de inversión y en particular las normas sobre el comercio; en tal virtud, aclarar la jerarquía entre los tratados de inversión y los tratados de derechos humanos. Y que la interpretación de los derechos humanos debe dictar las condiciones de aprobación de los instrumentos de inversión.
- Establecer la responsabilidad primordial de los Estados de proteger y garantizar los derechos humanos, la responsabilidad nacional y extraterritorial de las empresas, la aplicación de los principios de precaución y el principio de cooperación internacional.
- La protección de los defensores de derechos humanos y la creación de un entorno seguro y propicio para que estos desempeñen su labor.

Mesa III. Alcance del instrumento: empresas transnacionales y otras empresas; conceptos y naturaleza jurídica en el derecho internacional:

- Desde un punto de vista macroeconómico, el tamaño de las empresas es una consideración importante. La mitad de las 100 principales economías corresponden a empresas transnacionales y entre una cuarta parte y un tercio de todas las economías son empresas. Además, el grado de control que esas empresas pueden ejercer sobre los Estados, la sociedad civil, los empleados y las organizaciones internacionales es un aspecto clave que debe considerarse. Frente a esto, se observa que no existe ningún poder compensatorio para canalizar el espacio de influencia de las empresas.
- El derecho internacional clásico solo era de aplicación entre los Estados, a pesar de que existen numerosos ejemplos en que agentes no estatales quedaron sometidos al derecho internacional, como en el caso de la Ley sobre la Esclavitud Moderna del Reino Unido e Irlanda del Norte, la cual se aplicó a toda la cadena de suministro de las empresas con el fin de erradicar la esclavitud.

- Sería prácticamente imposible abarcar y controlar el cumplimiento de los derechos humanos en las empresas nacionales, por la enorme cantidad de estas y además porque están sometidas a sistemas nacionales.
- El carácter de las operaciones de las empresas transnacionales, así como el tamaño y la estructura, inciden en los derechos humanos. Por tal razón, el instrumento debe centrarse en las lagunas que existen para abordar las repercusiones que tienen las operaciones transnacionales en los derechos humanos. Además, debe centrarse en estas empresas porque estas pueden evadir responsabilidades por la extraterritorialidad de sus operaciones.
- Acotaron también que todas las empresas podían cometer violaciones de los derechos humanos; además, todas las víctimas necesitan protección y reparación, independientemente de la naturaleza de la empresa que cometa el abuso. En consecuencia, el tratado debe ser aplicable a todas las empresas y centrarse en los problemas particulares que plantean las empresas transnacionales.

Mesa IV. Derechos humanos que debe comprender el instrumento con respecto a las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas:

- Las actividades de las empresas transnacionales pueden afectar a una amplia gama de derechos humanos.
- No es adecuado limitar el tratado a las vulneraciones grandes de los derechos humanos, pues ello indicaría que se toleran otras vulneraciones o que estas se consideran menos graves.
- Todos los derechos deben incluirse en el instrumento vinculante. Debe utilizarse una metodología adecuada para determinar la responsabilidad empresarial, poniendo énfasis en los derechos de la víctima y no en el agente de la conducta.
- El instrumento vinculante debe abordar la realidad de la pobreza, por cuanto los casos de vulneraciones se producen en contextos de pobreza. En consecuencia, las empresas no deben agravar los niveles de pobreza y no deben beneficiarse de su mantenimiento.
- El instrumento vinculante debe redactarse desde una perspectiva de género para garantizar su eficacia.
- El instrumento debe responsabilizar legalmente a las empresas por las vulneraciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Deben definir la función y responsabilidad de los agentes no estatales de defender los derechos humanos en sus actividades.
- Es necesario encontrar un equilibrio entre los derechos individuales y colectivos para defender el derecho al desarrollo y el derecho a la paz.

Mesa V. Obligación de los Estados de garantizar el respeto de los derechos humanos por las empresas transnacionales y otras empresas, incluida la obligación extraterritorial:

- Existen lagunas relativas a las obligaciones extraterritoriales de los Estados de respetar, proteger y cumplir las obligaciones en materia de derechos humanos respecto a las empresas transnacionales y otras empresas, especialmente en lo relativo a la jurisdicción. Debe considerarse que las obligaciones sobre la diligencia debida conllevan obligaciones extraterritoriales de los Estados respecto a sus empresas transnacionales que operan en el extranjero.
- Los Estados deben ser responsables de las violaciones indirectas de los derechos humanos o de las omisiones de impedir las acciones privadas que vulneren las obligaciones relativas a los derechos humanos.
- Se recomendó eliminar el principio de *fórum non conveniens*⁹² para asegurar la rendición de cuentas de las empresas transnacionales. Además, es necesario un foro adecuado para responder a los reclamos de las víctimas y facilitar su acceso a la justicia y a una reparación. Asimismo, el futuro instrumento debe ser un medio adicional para evitar que las empresas se salten la jurisdicción interna de los Estados a fin de eludir sus responsabilidades.
- Los Estados deben establecer un marco jurídico estable y predecible mediante leyes bien definidas para promover el disfrute de los derechos humanos y organizar campañas de sensibilización y difusión en el mundo empresarial.
- Los Estados deben facilitar la cooperación transfronteriza en las investigaciones y reconocer mutuamente las sentencias de los tribunales nacionales.
- La alianza mundial para combatir la impunidad puede abordar los desequilibrios, cerrar las brechas y fortalecer la capacidad de los Estados en el derecho internacional; en tal virtud, los Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales son una guía útil.
- Es necesario abordar el velo corporativo y permitir la divulgación y el acceso a la documentación a fin de combatir la impunidad. Existen deficiencias considerables en el acceso a las vías de recurso, incluso en los Estados de origen de las empresas, y la jurisdicción extraterritorial puede plantear cuestiones de soberanía de los Estados huéspedes.
- Los Estados pueden promover los derechos humanos obligando a las empresas transnacionales a informar cómo hacen frente a las vulneraciones y cerciorándose de que los ordenamientos jurídicos incluyan mecanismos de denuncia para cuestiones que surjan fuera de su territorio. Es importante que las víctimas tengan acceso a las vías de recurso.
- Los Estados deben aprobar leyes que exijan la debida diligencia para que la aplicación de los derechos humanos sea obligatoria, y señalan que un mejor acceso a la reparación es un requisito previo para la protección de los derechos humanos.
- Es necesario que los Estados elaboren y apliquen leyes que garanticen el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades. Los Estados deben proporcionar los foros adecuados y accesibles para reclamar una

⁹² Doctrina por la cual un juzgador puede declinar su competencia al considerar que existe un órgano más apropiado para asumirla.

reparación adecuada y aclarar en la legislación la naturaleza y el alcance de la conducta empresarial que dé lugar a la responsabilidad jurídica.

Mesa VI. Fomento de la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas de respetar los derechos humanos, incluidas la prevención, la mitigación y la reparación:

- Aunque los mecanismos no judiciales son importantes, existe una necesidad de mecanismos judiciales sólidos.
- El argumento de la responsabilidad principal de los Estados no debe ocultar el hecho de que las empresas tienen responsabilidades independientes. Todas las empresas deben respetar las leyes de los Estados en los que operan; y es necesario facilitar a los Estados los medios necesarios para cumplir sus responsabilidades de protección de los derechos humanos. En consecuencia, el instrumento internacional debe establecer claramente las obligaciones directas de las empresas de respetar los derechos humanos, que implican una obligación directa de prevenir, mitigar y reparar las vulneraciones de los derechos humanos causadas por sus operaciones.
- Es necesario una reparación asequible y oportuna para eliminar los obstáculos al acceso a la justicia y, posiblemente, de un fondo de ayuda para las víctimas. Las empresas podrían contribuir a ese fondo a escala nacional o regional conforme a un porcentaje de su facturación anual.
- Es una obligación directa de los Estados el apoyar a las empresas para que apliquen una diligencia debida significativa y garanticen que sus operaciones respeten plenamente los derechos humanos.
- Es necesario considerar que el riesgo de complicidad de las empresas en las vulneraciones de los derechos humanos cometidas por otros factores aumenta en las zonas afectadas por conflictos. Además, preocupan los casos de empresas que apoyan o se aprovechan del comportamiento ilícito de los Estados desde una perspectiva internacional, en particular en los contextos de ocupación. Es esencial que el instrumento permita prevenir y hacer frente al mayor riesgo de que las empresas cometan violaciones en las situaciones de conflicto, incluidas las situaciones de ocupación extranjera. Además, debe abordar las situaciones de indemnización insuficiente e incluir a las empresas extranjeras como a las nacionales.
- Las empresas matrices deben garantizar que sus filiales cumplan con la normativa aplicable. Deben prestar especial atención a las zonas de alto riesgo como son las zonas de conflicto o los territorios ocupados, para que las empresas no contribuyan con la vulneración a los derechos humanos.

Mesa VII. Responsabilidad jurídica de las empresas transnacionales y otras empresas: ¿por qué normas se rige la responsabilidad jurídica de las empresas y para qué conductas?:

- Deben tenerse en cuenta diversos principios: un enfoque centrado en las víctimas; la diferenciación entre los distintos tipos de responsabilidad (civil,

penal o administrativa); y la flexibilidad para que los Estados apliquen las normas de sus ordenamientos internos. La seguridad jurídica puede evitar la temeridad procesal y facilitar la asistencia mutua y la cooperación entre los Estados.

- Las empresas matrices deben rendir cuentas por sus conductas y también por la de sus filiales y asociados en la cadena de suministro.
- Es necesario determinar desde una perspectiva pragmática que se centre en la víctima, que tenga orientación de resolución de problemas, y los tipos de conducta que se considerarán vulneraciones en el instrumento.
- El grupo de trabajo debe estudiar la manera en que un instrumento eficaz pueda: a) ajustarse a los instrumentos que protejan los derechos de los inversores; b) abordar los vacíos legales que las empresas explotan con el fin de eludir la responsabilidad por las conductas perjudiciales; y c) asegurar el acceso de las víctimas a vías de recurso.

Mesa VIII. Creación de mecanismos nacionales e internacionales para el acceso a vías de recurso, incluida la cooperación judicial internacional, con respecto a las vulneraciones de los derechos humanos cometidas por empresas transnacionales y otras empresas. Proyecto sobre rendición de cuentas y reparación del ACNUDH:

- Es necesario un mayor acceso a las vías de recursos judiciales y no judiciales efectivas para las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con las empresas.
- Es necesario complementar los esfuerzos nacionales, regionales e internacionales existentes, y que dicho instrumento comprenda toda la gama de vías de recurso y generar mecanismos claros de reparación.
- El principal obstáculo en el caso de los Estados de origen es la jurisdicción y la determinación de la responsabilidad de la empresa matriz, lo cual constituye una barrera a la litigación civil. Otro obstáculo es la complicidad empresarial en las vulneraciones de los derechos humanos perpetradas por el Estado.
- Todo tratado debe adoptar un enfoque jurisdiccional integral y un enfoque fundamentado en pruebas y en la realidad. Debe fomentarse la cooperación en materia de asistencia jurídica internacional mediante el establecimiento de un fondo para ofrecer a las víctimas una asistencia letrada adecuada.
- Debe establecerse que la reparación es vinculante. Además, es necesaria la colaboración, fomento de la capacidad y asistencia mutua en las investigaciones sobre la diligencia debida en la administración de justicia y en la ejecución de las resoluciones judiciales.
- El instrumento vinculante debe incluir un mecanismo sólido de supervisión y ejecución para hacer efectiva la reparación jurídica y extrajudicial. En consecuencia, debe proporcionar acceso a la justicia y a vías de recurso efectivas, incluidas las administrativas, las no judiciales y las judiciales.
- El instrumento debe abordar los obstáculos legales y logísticos para el acceso a la justicia, como las limitaciones jurisdiccionales, el velo corporativo, los

impedimentos de divulgación de documentos, la prescripción, las costas judiciales y la limitación de las acciones colectivas.

- Debe establecerse órganos eficaces de ejecución, como un comité de supervisión del cumplimiento o un centro público para el control de las empresas transnacionales. Debe crearse un tribunal internacional que pueda recibir demandas, juzgar y ejecutar las sentencias, así como actuar de forma complementaria a los instrumentos nacionales y regionales.

Segundo periodo de sesiones⁹³

En la segunda sesión del Grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, se convocaron más Estados y organizaciones que la primera, así, participaron ochenta Estados Miembros de las Naciones Unidas, continuó participando Palestina como Estado observador no miembro, la Unión Europea, Consejo de Europa, Organización Internacional del Trabajo, Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Comité Internacional de la Cruz Roja, Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos. Destacamos la participación de la Institución Nacional de Derechos Humanos de Marruecos y de más de 40 organizaciones no gubernamentales con estatus consultivo en el Consejo Económico y Social.

El segundo periodo de sesiones se desarrolló a través de seis paneles con temas específicos. A continuación, recogemos los principales puntos tanto de los ponentes de las mesas como de los diferentes participantes⁹⁴.

Mesa I. Panorama general de los efectos sociales, económicos y ambientales relacionados con las empresas transnacionales y otras empresas en el ámbito de los derechos humanos y sus complicaciones de orden jurídico:

- Muchas empresas transnacionales han cometido violaciones de derechos humanos con impunidad. Además, en virtud de los tratados internacionales de inversión se les concedió el derecho de presentar demandas contra los Estados, incluso si los Estados han adoptado medidas legislativas en aras del interés público. Por esta razón es necesario que se adopte un tratado que responsabilice a las empresas transnacionales y otras instancias empresariales por las violaciones de los derechos humanos resultantes de sus operaciones, con inclusión de sus cadenas mundiales de valor y asignando responsabilidad individual a los dirigentes que participen en el proceso de adopción de decisiones.

⁹³ Celebrado del 20 al 24 de octubre de 2016.

⁹⁴ Compendio del Informe del segundo periodo de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, con el mandato de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante, A/HRC/34/47, del 4 de enero de 2017, párrs. 23 a 128.

- Es importante que se establezca un tribunal internacional sobre cuestiones climáticas.
- Este proceso debe guardar relación con la aplicación de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, por cuanto las grandes empresas pueden reinvertir los beneficios, plasmar el progreso social, y dejar de contribuir a una competencia desenfrenada en torno a los impuestos y los costos de la mano de obra.
- Los acuerdos de libre comercio comportan riesgos económicos en las fases posteriores y pueden traspasar el control de algunos factores de la economía del sector público al privado. Un instrumento vinculante puede dar remedio a este tipo de situación y ofrecería una alternativa a los acuerdos comerciales.
- El instrumento debe abarcar los derechos de los trabajadores y ser aplicable a las empresas transnacionales sin excluir a empresas de otro tipo para evitar lagunas en la rendición de cuentas.
- El tratado debe prever la obligación de que los Estados adopten medidas sobre la debida diligencia en materia de derechos humanos y aclarar lo que las empresas deben hacer al respecto, además de establecer la responsabilidad legal y la jurisdicción extraterritorial en casos de abuso contra los derechos humanos.
- Las estructuras jurídicas empresariales dificultan la rendición de cuentas por parte de las empresas. Existe un problema derivado de aumentar la protección de los derechos de los inversores, que a menudo va más allá del derecho nacional al ofrecer a los inversores la posibilidad de acudir al arbitraje internacional en lugar de tribunales nacionales para resolver sus reclamaciones.
- Los tratados de inversión pueden entrar en conflicto con la obligación de los Estados de proteger los derechos humanos. Además, la posibilidad de que los inversores puedan entablar sus demandas ante un procedimiento internacional de solución de controversias puede tener un efecto inhibitor en los países en desarrollo para el desarrollo de medidas de regulación. Esto implica un desequilibrio de poder.
- Debe permitirse a las víctimas acceder a los tribunales de los Estados de origen de los inversores, donde suelen estar ubicados los activos de las empresas transnacionales para atender al desequilibrio de poder que generan los tratados de inversión.
- El instrumento vinculante puede orientar la elaboración de instrumentos sobre comercio e inversión, incluyendo el requisito de realizar evaluaciones *ex ante* y *a posterior* de los efectos para los derechos humanos y estableciendo las obligaciones apropiadas de los inversores. Un ejemplo de estas medidas se encuentra en el Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y en el derecho de Sudáfrica y de la India.
- Por cuanto las empresas matrices pueden eludir sus responsabilidades, es necesario que se adopten medidas como el levantamiento del velo de la persona jurídica. En el instrumento vinculante deben figurar mecanismos para facilitar la protección de los derechos humanos.
- No es viable comparar las empresas transnacionales con las empresas locales, pues la legislación nacional puede exigir a las locales que rindan cuentas.

- En el instrumento vinculante debe incluirse una cláusula jerárquica por la que se establezca la primacía de los derechos humanos frente a los acuerdos sobre comercio e inversión y subsanarse las deficiencias críticas en la evaluación y el seguimiento de los efectos de esos acuerdos.
- El instrumento vinculante debe garantizar los derechos de los pueblos indígenas, reconocer la primacía del derecho al agua como derecho humano, frente al afán de lucro en el sector del agua, y garantizarse el acceso al agua potable y a otros recursos.

Mesa II. Obligaciones fundamentales de los Estados, incluidas las de carácter extraterritorial, en relación con las empresas transnacionales, y otras empresas en el ámbito de protección de los derechos humanos:

Subtema 1. Aplicación de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos: ejemplos de legislación nacional e instrumentos internacionales aplicables a las empresas transnacionales y otras entidades con respecto a los derechos humanos.

- Se debe fomentar la capacidad y ayudar a los Estados a adoptar medidas legislativas y administrativas eficaces para determinar la responsabilidad penal y civil de las empresas que han cometido abusos contra los derechos humanos; y formular normas con fines de protección de las políticas públicas en los tratados bilaterales de inversión.
- Los Estados tienen la obligación de proteger, respetar y hacer efectivos los derechos humanos, en particular con respecto a las actividades de terceros, como las empresas.
- El instrumento vinculante puede abordar el contexto de un clima general de impunidad, remediar la asimetría entre los derechos y las obligaciones de las empresas transnacionales, permitir que los Estados y la ciudadanía vigilen el respeto de los derechos humanos por las empresas transnacionales y ampliar las obligaciones de esas empresas a la contratación de proveedores. Es necesario que un tribunal internacional vele por el cumplimiento del tratado y que existan obligaciones extraterritoriales y mecanismos jurisdiccionales universales.
- Las iniciativas nacionales para imponer obligaciones relativas a la diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos, en particular con respecto a las operaciones en el extranjero, y a la inversión de la carga de la prueba en la investigación de las denuncias de abuso empresarial, encuentran gran resistencia en la comunidad empresarial.
- Es necesario que se cree un órgano encargado de recibir e investigar las denuncias presentadas por las comunidades afectadas o sus representantes.
- La Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales puede servir de base a las disposiciones del instrumento vinculante en materia de participación, acceso a la justicia y vías de recurso. Además, puede considerarse las recomendaciones del Comité para la Eliminación de la

Discriminación contra la Mujer, que establece obligaciones extraterritoriales sobre discriminación contra las mujeres aplicables a los actos de las empresas nacionales que operan fuera del territorio nacional.

- Es necesario dotar a los grupos más vulnerables de instrumentos jurídicos para exigir sus derechos, en particular mediante la creación de capacidad impartida en los países anfitriones. La cooperación entre Estados y órganos judiciales es fundamental para conseguir que las decisiones se apliquen.

Subtema 2. Enfoques jurisprudenciales y prácticos en relación con los elementos de extraterritorialidad y soberanía nacional.

- La imposición a los Estados de obligaciones de crear marcos jurídicos nacionales comporta el riesgo de menoscabar los derechos humanos en virtud de la diversidad de las normas resultantes. En definitiva, frente a la imposición de marcos normativos fuertes, las empresas podrían trasladar sus operaciones a Estados que impongan una protección menor.
- Pueden implementarse distintos niveles de oferta a las víctimas para la reparación por abusos cometidos por empresas transnacionales: 1. Los sistemas jurídicos nacionales y subnacionales. 2. La intervención de un ombudsperson internacional o regional que intervenga en nombre de los querellantes más débiles frente a las empresas o Estados más poderosos. 3. Aplicación extraterritorial de la legislación del Estado de origen para un Estado en el que exista una presencia destacada de activos de las empresas transnacionales. 4. Implementación de un tribunal internacional que se ocupe de las empresas transnacionales y los derechos humanos. 5. Registro de todos los casos pendientes en el ámbito de las empresas transnacionales y los derechos humanos.
- Extraer buenas prácticas de la aplicación de dos instrumentos internacionales pensados en la protección de los derechos humanos frente a los abusos cometidos por las empresas transnacionales: el Código Internacional de Comercialización de Sucédáneos de la Leche Materna y el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco.

Mesa III. *Obligaciones y responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas en el ámbito de los derechos humanos:*

Subtema 1: Ejemplos de instrumentos internacionales referentes a las obligaciones y responsabilidades de los agentes privados.

- Existen instrumentos aprobados que son consonantes con los Principios Rectores: las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la OIT, el Pacto Mundial de las Naciones Unidas y la norma de la Organización de Normalización en la que se ofrecen directrices en materia de responsabilidad social (ISO 26000).

- La labor y experiencia de la OIT sobre la base de tres tipos de instrumentos: las normas internacionales del trabajo, los principios y derechos fundamentales en el trabajo y la Declaración Tripartita.
- El artículo 36 de la Carta de la OEA en la que se exponen los principios generales sobre la responsabilidad de las empresas.
- La Declaración Universal de Derechos Humanos que impone a todos los agentes de la sociedad, incluidas las empresas transnacionales, obligaciones de respeto de los derechos humanos.
- Se observa que los principios voluntarios no son eficaces para garantizar la regulación de las empresas transnacionales, como las empresas alimentarias, en cuanto a sus efectos y responsabilidad en el ámbito de la salud pública.
- El instrumento vinculante debe aplicarse a las instituciones financieras internacionales y los bancos que conceden la financiación a las empresas. Por ejemplo, por lo sucedido con los denominados papeles de Panamá, que habían revelado que las empresas eludían impuestos y obtenían beneficios fiscales para obtener el máximo nivel de ganancias posible, lo cual contribuye al fraude fiscal y agrava la desigualdad y la pobreza.

Subtema 2. Enfoques jurisprudenciales y de otro tipo para aclarar las normas en materia de responsabilidad civil, administrativa y penal de las empresas transnacionales y otras empresas.

- Las obligaciones de las empresas que contenga el instrumento vinculante deben ser desarrollado por los órganos de los tratados o por los tribunales nacionales. Podría resultar el enfoque del Tribunal Constitucional de Sudáfrica que preveía la aplicación directa de las obligaciones en materia de derechos constitucionales a los agentes privados.
- Puede tomarse como referencia a las normas del derecho inglés de responsabilidad extracontractual en materia de responsabilidad civil por abusos contra los derechos humanos aplicables a las empresas matrices multinacionales y sus posibles consecuencias. Se establece el requisito de adoptar medidas razonables para evitar daños a quienes es una debida obligación proteger. Debe partirse del derecho de responsabilidad extracontractual para garantizar la rendición de cuentas empresarial, en particular por lo que se refiere a las empresas matrices y su posible negligencia.
- Deben establecerse ciertos principios básicos como base para el tratado vinculante: 1. Las empresas deben estar sujetas a la responsabilidad civil privada, sanciones administrativas y penales impuestas por el Estado. 2. La responsabilidad legal de las empresas por abusos cometidos en su esfera de influencia en casos de comisión de daños, obtención de beneficios a raíz de estos, contribución a tales daños o falta de acción para impedirlos que son comunes a todos los sistemas jurídicos. 3. Las víctimas deben tener derecho a que se declare la responsabilidad de las empresas transnacionales en el lugar en el que operan sus filiales y hubiera surgido el daño, o en otros lugares en los que estuviere presente la empresa. 4. Eliminar la doctrina del *fórum non conveniens* y del concepto de velo de la persona jurídica en los casos relativos

a los derechos humanos. 5. Debe preverse la liberalización de la regla de descubrimiento y el aumento de la cooperación internacional. Los reglamentos de la Unión Europea y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción ofrecen modelos adecuados con fines de intercambio de conocimientos técnicos e información entre Estados y de inversión de la carga de la prueba.

Mesa IV. Debate abierto sobre los distintos enfoques y criterios correspondientes a la futura definición del alcance del instrumento internacional jurídicamente vinculante:

- El tratado debe complementar los principios rectores, consiguiendo que los Estados, las empresas transnacionales y otras empresas se comprometan a poner en práctica los principios, facilitar la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible y crear nuevos modelos de actividad comercial e inversión.
- El tratado debe aplicarse a todas las empresas, sus filiales y sus relaciones empresariales, las empresas integrantes de sus cadenas mundiales de suministro, subcontratistas y financiadores y aquellas que hayan cometido violaciones de derechos humanos o hubieran sido cómplices en su comisión.
- Centrar el tratado en las empresas transnacionales no supone discriminación alguna, pues las empresas locales ya están sujetas a la regulación de un Estado y no tienen posibilidad de eludir sus responsabilidades del mismo modo que las empresas transnacionales.
- El instrumento vinculante debe tener capacidad de adaptación para impedir que las empresas transnacionales eludan sus responsabilidades.
- El tratado debe abarcar todos los derechos humanos, incluido el derecho al desarrollo, así como los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia, igualdad y no discriminación.

Mesa V. Fortalecimiento de la cooperación en relación con la prevención, las vías de recurso, la rendición de cuentas y el acceso a la justicia en los planos nacional e internacional:

Subtema 1: Avances en la aplicación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas.

- Los principios rectores registran avances en el ámbito de las empresas y los derechos humanos, sin embargo, tienen una limitada influencia en la legislación nacional.
- En el 2015 en Francia se rechazó la primera iniciativa basada en los Principios Rectores que habría impuesto la responsabilidad civil, comercial y penal por abuso a los derechos humanos de las empresas que tuvieran más de 500 trabajadores asalariados. Posteriormente se presentó un proyecto de ley menos ambicioso en el parlamento para conseguir que no se violara ningún derecho humano y que las actividades empresariales no resultaran en daños

ambientales graves ni riesgosos para la salud. También incluía disposiciones para prevenir la corrupción activa o pasiva, las sanciones por la falta de rendición de cuentas de la empresa.

- El proyecto de rendición de cuentas y mecanismos de reparación del ACNUDH son pertinentes para el debate. Este proyecto está dirigido a encontrar soluciones a obstáculos jurídicos, prácticos y financieros que encuentran las víctimas. Este proyecto se presentó al Consejo de Derechos Humanos que tomó nota de la labor en su resolución 32/10.
- El instrumento vinculante debe reforzar la adopción de planes de acción nacionales en cuatro aspectos: 1. La promulgación de leyes y políticas sobre diligencia debida en materia de derechos humanos aplicables a las empresas presentes en su territorio y su jurisdicción. 2. Inclusión de disposiciones sobre derechos humanos en los tratados bilaterales de inversión. 3. La realización de evaluaciones en materia de derechos humanos. 4. La implementación de actividades encaminadas a velar por que los inversores cumplan las normas de derechos humanos.
- Al redactarse el instrumento vinculante debe prestarse atención a quienes se encuentran en mayor riesgo de vulneración o marginación.
- Debe incluirse referencias a otros instrumentos de derechos humanos como la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Subtema 2: Relación entre los Principios Rectores de las Naciones Unidas y la elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas.

- Debe mejorarse el acceso de las víctimas a un tribunal. Los recursos y procedimientos legales deben ser eficaces para superar los obstáculos financieros, jurídicos, prácticos.
- Debe generarse obligaciones generales en materia de cooperación dimanantes del derecho internacional para asegurar la investigación eficaz de las denuncias de violaciones de los derechos humanos. Esto implica la cooperación de las autoridades policiales y judiciales y la reunión de pruebas.
- Es necesario que se adopten obligaciones para los Estados para concertar acuerdos bilaterales y multilaterales para facilitar las solicitudes de asistencia letrada y la realización de investigaciones transfronterizas, el establecimiento de mecanismos de intercambio de información y las actividades adecuadas de capacitación, información y apoyo en materia de cumplimiento de la ley.
- El instrumento debe ser complementario a los principios rectores.
- En el proceso deben participar las organizaciones de la sociedad civil y los defensores de derechos humanos. Especialmente en relación con los defensores de derechos humanos que, al oponerse a las actividades de las empresas transnacionales, pueden ser objeto de acoso, discriminación e incluso racismo.

Mesa VI. Enseñanzas extraídas y dificultades en relación con el acceso a las vías de recurso (selección de casos de distintos sectores y regiones):

- El instrumento vinculante debe codificar y elaborar disposiciones en materia de acceso a vías de reparación efectivas en caso de comportamiento ilícito por parte de los Estados y las empresas transnacionales y contribuir a corregir la desigualdad entre los derechos y las obligaciones de las empresas.
- Tiene que impedir las violaciones y prever la atenuación de los efectos negativos y la consiguiente reparación, abordando las múltiples dimensiones y las repercusiones de los proyectos de extracción a gran escala.
- Es pertinente que en el tratado se mencionen los mecanismos de denuncia jurídicos y los de otro tipo, como los de las instituciones nacionales de derechos humanos, y determinar el valor añadido de una gama tan amplia de vías de reparación formales e informales.
- Se puede preferir el sistema de seguimiento establecido por los órganos creados en virtud de los tratados, que podrían recibir denuncias e interpretar con legitimidad las normas del tratado vinculante mediante recomendaciones generales.
- El tratado debe obligar a los Estados a establecer la responsabilidad civil y penal y prever una reparación adecuada en casos de abuso empresarial de los derechos humanos. Debe exigir la adopción de un enfoque integral en materia de reparación, las vías de recurso deben ser apropiadas desde un punto de vista cultural y tener en cuenta la dimensión de género.

Tercer periodo de sesiones⁹⁵

En la tercera sesión el Presidente – Relator del Grupo de Trabajo presentó el documento denominado “Elementos para el Proyecto de Instrumento Internacional Jurídicamente Vinculante sobre Empresas Transnacionales y otras empresas con respecto a los Derechos Humanos”, para emprender las negociaciones, considerando las deliberaciones de las dos primeras sesiones.

El interés por participar en el proceso se incrementó al contar el tercer periodo de sesiones con 98 Estados miembros de la Organización de Naciones Unidas; Palestina como Estado observador no miembro; y diversas organizaciones y ONGs con estatus consultivo que participaron de las dos primeras sesiones. En cuanto a las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, cabe destacar la presencia de las INDH de Alemania, Dinamarca y nuevamente Marruecos.

Los debates se realizaron en diez paneles con los siguientes temas macro relacionados con el instrumento vinculante: marco general; ámbito de aplicación; obligaciones generales; medidas preventivas; responsabilidad jurídica; acceso a la justicia, recurso efectivo y garantías de no repetición; jurisdicción; cooperación

internacional; mecanismos de promoción, aplicación y supervisión; disposiciones generales. Adicionalmente se desarrolló un panel especial sobre la voz de las víctimas. Como se observa, estos temas macro recogen las preocupaciones y propuestas de los Estados, sociedad civil e instituciones internacionales presentes en los dos periodos de sesiones anteriores.

A continuación, recogemos los principales puntos tratados en los diferentes paneles⁹⁶:

Panel I. Marco general

- El contrapeso a la impunidad de las empresas transnacionales es consecuencia de un sólido proceso de base comunitaria. Los consumidores necesitan tener acceso a información para influir en los hábitos empresariales; así pues, deben existir procesos transparentes en relación con la debida diligencia en materia de derechos humanos en todas las cadenas de suministros.
- Las características depredadoras de la economía actual constituyen un obstáculo para los Objetivos de Desarrollo Sostenible, aunque cada vez se tiende más a luchar contra ellas.
- Se deben garantizar tres objetivos en el documento: a) el respeto, la promoción y la realización de los derechos humanos; b) el acceso a medios de reparación; y c) reforzar la cooperación internacional.
- Algunas delegaciones y ONG acogieron favorablemente la reafirmación de que las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos se extendían más allá de sus fronteras territoriales y varias de ellas pidieron que tal circunstancia se precisara en el instrumento.
- Una organización empresarial manifestó preocupación por la inclusión de la palabra “promoción” y, a ese respecto, afirmó que, si bien las empresas debían respetar los derechos humanos, no debían tener una obligación internacional a los efectos de “promoverlos”.
- En cuanto a los objetivos del instrumento, varias delegaciones acogieron con beneplácito la referencia a la cooperación internacional y la asistencia judicial y destacaron su importancia para la aplicación efectiva del instrumento.

Panel II. Ámbito de aplicación

- El ámbito de aplicación debe referirse a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos; a las actividades transnacionales de las empresas transnacionales y otras empresas, independientemente de su modo de creación, control, propiedad, tamaño o estructura; lo cual indica la existencia

⁹⁶ Compendio del Informe del tercer periodo de sesiones del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. A/HRC/37/67, del 24 de enero de 2018, párrs. 37 – 126. Se extrae principalmente exposiciones de los panelistas y posiciones del resto de participantes que pueden tener interés directo con el presente estudio. De todas formas, se recomienda su revisión íntegra por la riqueza que contiene en la materia.

de un enfoque inclusivo en consonancia con los Principios Rectores y centrado acertadamente en las actividades y no en su titularidad en el marco de las empresas.

- Por otro lado, se manifestó que los elementos no deben circunscribirse a los actos de carácter transnacional, dado que, desde el punto de vista de las víctimas, es irrelevante si un acto es nacional o transnacional.
- Los derechos humanos deben prevalecer, no las inversiones ni el comercio. Un instrumento jurídicamente vinculante debe abordar las lagunas existentes en el marco de iniciativas voluntarias y analizar obligaciones directas para las empresas. Además, debe prestarse más atención a los defensores de los derechos humanos.
- Existen dificultades en todos los tipos de empresas, pero el tamaño cada vez mayor de las cadenas de valor se traduce en una inobservancia de los derechos humanos y una falta de rendición de cuentas. Por consiguiente, puede resultar más eficaz buscar una explicación en la actividad empresarial que en la propia empresa.
- En cuanto a qué agentes debían estar sujetos al instrumento, algunas delegaciones sostuvieron que solo podían estar sujetos los Estados. Otra delegación no se oponía a la disposición mediante la cual quedaban abarcadas las organizaciones de integración económica regional.
- Varias delegaciones consideraron que debían estar sujetas al instrumento las empresas transnacionales y otras empresas, pero no las empresas nacionales. Una delegación sugirió que el centro de atención fuese la actividad empresarial en general, independientemente de su carácter transnacional. Otras delegaciones señalaron que esas empresas estaban sujetas a la legislación nacional y no necesitaban ser incluidas. Se hizo un llamamiento a favor de la inclusión en el ámbito de aplicación de las empresas que operaban en internet.

Panel III. *Obligaciones generales*

- En lo que respecta a las organizaciones internacionales, esas organizaciones tienen el deber de respetar los derechos humanos y los Estados han de velar por que dichas organizaciones cumpliesen tal obligación.
- La imposición de obligaciones jurídicas internacionales a las empresas podría dar lugar a que los Estados delegasen sus funciones en el sector privado, menoscabando así la plena protección de los derechos humanos. Además, la imposición de esas obligaciones no es práctica, habida cuenta del número y la diversidad de los agentes implicados.
- El instrumento debe obligar a las empresas a actuar con la debida diligencia y prever vías de recurso.
- Los Estados tienen el deber primordial de proteger los derechos humanos y adoptar medidas para prevenir, investigar, castigar y reparar las violaciones a los efectos de velar por que las empresas respetasen los derechos humanos en todas sus actividades.
- Algunas delegaciones consideraron apropiado imponer obligaciones internacionales a las empresas y mencionaron varios tratados en que se

establecían obligaciones para las personas jurídicas. En su opinión, esas obligaciones eran necesarias para garantizar la eficacia del instrumento.

- Varias delegaciones sugirieron que se impusiesen obligaciones adicionales a las empresas, lo que incluía establecer un mandato respecto de la debida diligencia en materia de derechos humanos y la presentación de informes al respecto; garantizar el consentimiento libre, previo e informado cuando las actividades pudiesen afectar negativamente a ciertas comunidades.

Panel IV. *Medidas preventivas*

- Los Estados deben exigir a todas las empresas el establecimiento de procesos vinculantes y efectivos en relación con la debida diligencia, que abarcasen el ciclo vital completo de un producto, incluida su eliminación.
- Las medidas preventivas del tratado deben centrarse en dos componentes: a) impedir los actos de las empresas transnacionales que afectasen negativamente a los derechos humanos; y b) impedir la manipulación por parte de las empresas. En cuanto al poder de manipulación de las empresas, los Estados deben garantizar la transparencia y la divulgación de los documentos y contratos firmados con las empresas transnacionales. Además, los Estados deben prohibir las contribuciones de las empresas transnacionales a los partidos políticos y la subcontratación con empresas de sus servicios de seguridad.

Panel V. *Responsabilidad jurídica*

- El instrumento debería abarcar el medio ambiente, la salud, la seguridad, los derechos de los trabajadores y la cuestión de la complicidad de las empresas en las violaciones de los derechos humanos cometidas por el Estado.
- Existe un creciente reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los planos internacional y regional. Hay necesidad de que la responsabilidad penal sirva de elemento disuasorio, mejore la protección de los derechos de las personas y las comunidades y facilite el acceso de las víctimas a la justicia.

Panel VI. *Acceso a la justicia, recurso efectivo y garantías de no repetición*

- Un instrumento vinculante debe basarse en normas internacionales vigentes, como los Principios Rectores, y complementarlas. El proceso de recurso debe tener presentes las experiencias de los distintos grupos de titulares de derechos, tomar en consideración la dimensión de género y prevenir la victimización de los titulares de derechos y los defensores de los derechos humanos que intentasen obtener una reparación. Además, los titulares de derechos deben estar en condiciones de solicitar, obtener y hacer efectivos diferentes tipos de reparación.
- Se debe reforzar la prestación de asistencia letrada mediante la creación de un recurso en línea que proporcione información a las víctimas, como, por ejemplo,

sobre la legislación pertinente y la carga de la prueba aplicable, y que establezca vínculos entre las víctimas y las ONG y la asistencia letrada.

- La importancia que tiene para las víctimas acceder a los tribunales en los Estados de origen de las empresas transnacionales. Con el fin de hacer frente a problemas como el del levantamiento del velo societario debe invertirse la carga de la prueba y mejorar el acceso de las víctimas a los medios de divulgación.
- El recurso a los mecanismos no judiciales podría redundar en interés de las víctimas, ya que, en ocasiones, tales mecanismos son más rápidos y más apropiados. De todas formas, tales mecanismos son complementarios pues debe poder recurrirse siempre a los mecanismos judiciales.
- La importancia de disposiciones sobre la reducción de los obstáculos reglamentarios, financieros y de procedimiento en relación con el acceso a la reparación, y en particular de garantizar las acciones colectivas, el acceso a la información y la limitación del *fórum non conveniens*.

Panel VII. Jurisdicción

- Los Estados deben hacer frente a las deficiencias en la rendición de cuentas en relación con las empresas transnacionales mediante el reconocimiento de la jurisdicción sobre las empresas nacionales cuyas actividades tuviesen repercusiones en el extranjero y en el instrumento debe indicarse claramente cuándo podría interponerse una acción en el Estado de origen.
- Muchas empresas transnacionales y otras empresas eluden su responsabilidad planteando problemas de jurisdicción. La sección en el instrumento es esencial para hacer frente a las lagunas en la rendición de cuentas, aclarar cuándo los tribunales podrían ocuparse de demandas por abusos cometidos en el extranjero y mejorar el acceso de las víctimas a la justicia.
- Las obligaciones del Estado no terminan en sus fronteras territoriales. Es esencial que el instrumento permita que los tribunales examinen demandas dimanantes de actividades realizadas en el extranjero. El uso de la jurisdicción extraterritorial ha sido aprobado por una serie de órganos e instrumentos judiciales, como en el caso de ciertas causas incoadas ante tribunales nacionales, los tratados y otros instrumentos internacionales. Por otro lado, se sostuvo que, de conformidad con el derecho internacional, la jurisdicción extraterritorial solo puede invocarse en casos excepcionales, debidamente justificados por un interés legítimo y cuando exista un vínculo real y sustancial entre un foro y las partes y las correspondientes demandas.

Panel VIII. Cooperación internacional

- Se sugiere dos formas de reforzar el instrumento en cuanto a cooperación internacional. En primer lugar, mediante la inclusión de subsecciones relativas a la cooperación en los sistemas investigativos, procesales y administrativos y los sistemas judiciales de carácter penal y civil. En segundo lugar, mediante la creación de un registro público para contribuir a la coordinación de las investigaciones.

- Para garantizar una cooperación adecuada, los Estados deben: a) garantizar el acceso a la información con fines de investigación; b) aprobar normas para garantizar la asistencia judicial; c) garantizar normas adecuadas en cuanto a la observancia de las debidas garantías procesales; d) considerar la posibilidad de recoger el principio de la cortesía internacional en el instrumento; y e) inspirarse en los instrumentos y normas vigentes.
- Uno de los principales obstáculos a una regulación efectiva de las empresas transnacionales es el hecho de que realizan actividades en múltiples jurisdicciones; así pues, la cooperación entre los Estados es necesaria. Los principales obstáculos para hacer justicia a las víctimas, como las dificultades en la obtención de información, podrían corregirse mediante una cooperación adecuada entre los Estados. Por eso, es importante que los Estados acuerden normas para garantizar eficazmente las actividades relacionadas con las investigaciones, el procesamiento y el cumplimiento de las leyes.

Panel IX. *Mecanismos de promoción, aplicación y supervisión*

- Se debe contar con cuatro principios. 1) la rendición de cuentas y las enseñanzas que pueden extraerse de los procesos que rigen el comportamiento empresarial fuera del contexto de los derechos humanos, como el Panel de Inspección del Banco Mundial; 2) la transparencia, habida cuenta de la importancia del acceso a la información; 3) la participación, aunque debe procederse con cautela en relación con los abusos del sector privado; 4) la cooperación, que debe garantizarse en los planos nacional, regional e internacional.
- La creación de un tribunal internacional para las personas y las comunidades afectadas a fin de hacer rendir cuentas a las empresas transnacionales.
- Si bien debe existir un tribunal internacional debidamente dotado de recursos, debe actuar complementariamente cuando fracasasen las jurisdicciones nacionales, ya que la aplicación del instrumento incumbe ante todo a las jurisdicciones nacionales. El órgano de tratado propuesto debe estar dotado de la capacidad necesaria para formular recomendaciones y hacer remisiones al tribunal internacional.
- Varias delegaciones aprobaron la creación de un mecanismo judicial internacional para examinar las denuncias de violaciones de los derechos humanos por las empresas transnacionales, entre otras cosas mediante el establecimiento de salas especiales en los tribunales regionales ya existentes, y a este respecto señalaron que las víctimas y ciertos Estados habían venido pidiendo la creación de tales instituciones desde hacía algún tiempo. No obstante, se planteó la cuestión de si un tribunal internacional podía ser eficaz o demorar las negociaciones durante años y se expresaron preocupaciones sobre las cuestiones presupuestarias y políticas que se planteaban en relación con el establecimiento de un tribunal.
- Varias delegaciones expresaron su apoyo al establecimiento de un comité internacional para supervisar el tratado y se señaló que el hecho de establecerlo no excluiría la creación de otras instituciones ni la participación de las instituciones nacionales de derechos humanos y los defensores del pueblo.

Algunas delegaciones aprobaron las funciones propuestas de ese comité, incluido el examen de los informes periódicos y de las comunicaciones individuales y colectivas. Se sugirió que ese órgano debería considerar a las víctimas como su centro de atención y que podía fomentar la cooperación internacional, la asistencia técnica y el intercambio de las mejores prácticas.

Panel X. *Disposiciones generales*

- Una ONG acogió con beneplácito una disposición de la sección sobre las disposiciones generales relativas a la primacía de un futuro instrumento sobre otras obligaciones dimanantes de los regímenes jurídicos del comercio y la inversión. También destacó la importancia de permitir la participación de la sociedad civil y las comunidades afectadas.

Panel Especial. *La voz de las víctimas*

- Cinco panelistas formularon observaciones introductorias para referirse a diversas cuestiones, como la vulneración de los derechos de los pueblos indígenas, las prácticas abusivas en relación con las patentes y la fijación de precios de los medicamentos, los daños causados por proyectos agrícolas, la impunidad en relación con los proyectos de desarrollo con elementos de contaminación tóxica que entrañaban el desplazamiento de comunidades y el papel de las instituciones financieras internacionales en apoyo de las prácticas nocivas.
- Las exposiciones de los panelistas fueron seguidas de intervenciones de las delegaciones y las ONG, en las que se destacaron casos concretos de abusos y el fracaso de los Estados en lo concerniente al cumplimiento de las obligaciones existentes en materia de derechos humanos. Algunas delegaciones defendieron la aprobación de un documento equilibrado, centrado en las víctimas. Se destacó que los Estados debían participar en ese proceso y no dejar de codificar simplemente porque los tratados existentes no se aplicaban. Se hizo un llamamiento en favor del fortalecimiento de las instituciones existentes y la aplicación de los instrumentos vigentes, como los Principios Rectores; en ese sentido, podían tomarse como orientaciones iniciativas tales como el Proyecto sobre Rendición de Cuentas y Reparación del ACNUDH. Otras delegaciones opinaron que las instituciones e instrumentos existentes no garantizaban la protección de las víctimas y que, para hacer frente a las deficiencias del sistema vigente, eran necesarios el establecimiento de un instrumento jurídicamente vinculante que obligase a los Estados y las empresas transnacionales y otras empresas a cumplir las normas de derechos humanos y la creación de mecanismos para hacer cumplir tales obligaciones. Varias delegaciones y ONG subrayaron la importancia de la participación de las víctimas en esos procesos, la necesidad de asegurarse de que obtuviesen una reparación cuando se vulnerasen sus derechos y la importancia de proteger a los defensores de los derechos humanos. Una organización regional afirmó que quienes habían sufrido violaciones de los derechos humanos por los Estados, así como los que eran víctimas de abusos por parte de agentes

no estatales, tenían derecho a acceder a la justicia y derecho a un recurso efectivo, e insistió en que los Estados debían cumplir las obligaciones existentes.

Cuarto periodo de sesiones y borrador cero⁹⁷

El 16 de julio de 2018 el Grupo de Trabajo Intergubernamental publicó el “Borrador Cero” del Tratado Vinculante, que fue discutido durante el cuarto periodo de sesiones. La complejidad de los temas y las diversas posiciones, especialmente de los países desarrollados del norte, en los que se encuentran domiciliados las grandes transnacionales, frente a los países en vías de desarrollo que suelen sufrir sus consecuencias más graves, hace difícil sostener una única postura sobre la pertinencia de los contenidos del tratado.

Lo que queda claro es que hay una diferencia grande entre el contenido de los temas discutidos durante las dos primeras sesiones y los elementos presentados en la tercera sesión con el contenido del borrador cero.

Los tres diálogos previos, en su mayoría, concordaron que el tratado internacional, denominado instrumento vinculante, debe fundamentarse en los principios rectores sobre empresas y derechos humanos de Naciones Unidas, debe orientarse progresivamente, por lo cual, es necesario que cubra ciertas lagunas o vacíos existentes para la efectiva protección de los derechos humanos frente a las actividades corporativas. En tal virtud, correspondería, por ejemplo, que aborde los nudos críticos relacionados a la responsabilidad de las empresas transnacionales, que en muchos de los casos subordinan a los Estados, intentan evadir su responsabilidad por cuanto operan en la jurisdicción de un Estado diferente al Estado del que se originan.

Otro de los puntos interesantes de discusión fue en relación a si el instrumento vinculante debía referirse a ciertos derechos humanos, dejando de lado otros que también son importantes y, sobre todo, desatendiendo a los principios de universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos. Sobre este punto, parece importante que el instrumento sea lo más amplio posible, de forma que pueda recoger cualquier situación que corresponda a una vulneración de derechos humanos, sean estas graves o leves. Probablemente, el instrumento debe hacer énfasis en la necesidad de que dentro de las obligaciones de los Estados se determine una sobre sistematizar la información proveniente de las empresas para determinar contextos estructurales de vulneración de derechos de determinados grupos de personas como defensores y defensoras de derechos humanos, pueblos indígenas, niños, niñas y adolescentes, mujeres trabajadoras, entre otros.

Igualmente, un punto importante de la discusión se dio sobre el principio de supremacía del instrumento vinculante y los derechos humanos sobre los tratados

comerciales y bilaterales de inversión, lo cual debería derivar en la creación y posterior fortalecimiento de un mecanismo efectivo de supervisión, frente al cual las empresas, especialmente las transnacionales rindan cuentas. Sobre este punto, a pesar de que es válido considerar a los Estados como los principales actores en el derecho internacional, no hay que olvidar que no son los únicos, y ello debería permitirnos otro enfoque en las relaciones internacionales, especialmente cuando se trata de proteger derechos humanos. Posiblemente el más claro ejemplo lo encontramos en la Organización Internacional del Trabajo en el que su funcionamiento tripartito permite la participación de las organizaciones de trabajadores y de empresarios, además de la participación de los Estados. Al respecto, la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, de la Organización Internacional del Trabajo, sea un documento importante que considerar al momento de valorar el alcance de la responsabilidad de las empresas.

Para fortalecer las investigaciones sobre las denuncias de vulneraciones de derechos humanos y evitar la impunidad, los ponentes se refirieron a la obligación de cooperación entre Estados fronterizos, así como entre los Estados de domicilio de las empresas transnacionales y aquellos donde estas empresas operan. La cooperación es necesaria para recabar las pruebas sobre la responsabilidad de las empresas exigiendo la intervención de las autoridades de ambos Estados y que se comparta la información relacionada a la empresa, así como para el cumplimiento de las sentencias adoptadas por los órganos jurisdiccionales y también los administrativos.

Otro de los puntos considerados fue que el tratado vinculante debería tener un enfoque de género y de diversidad. Esto implica que el tratado debería desarrollar mecanismos específicos que atiendan las problemáticas por las que atraviesan las mujeres, las poblaciones indígenas, la niñez y adolescencia, las personas del campo, evidenciando el contexto estructural que los coloca en situación de riesgo frente al ejercicio pleno de sus derechos ante las actividades de las empresas nacionales y transnacionales.

Esta misma perspectiva debe adoptarse en el caso de las personas defensoras de derechos humanos, quienes, por las acciones de defensa que realizan, pueden sufrir amenazas y ser perseguidos e incluso atentarse contra su integridad física y su derecho a la vida. Frente a estos actores que defienden los derechos humanos, es necesario que el instrumento vinculante considere las obligaciones de los Estados de adoptar medidas de prevención para evitar cualquier vulneración a sus derechos, y la adopción de medidas efectivas de debida diligencia para investigar los hechos que constituyen vulneración de sus derechos, así como la identificación de las personas responsables y su sanción para evitar la impunidad.

En ambos casos, el instrumento vinculante debe adoptar un enfoque de reparación integral cuando sucedan las vulneraciones de derechos humanos provocadas por las empresas, así como la adopción de medidas que eviten la repetición de los hechos que provocaron la vulneración, lo cual implica también una medida de prevención.

Frente a este compendio de lo que podrían considerarse puntos importantes, y con relación al contenido del borrador cero presentado en el cuarto periodo de sesiones, preferimos dar paso a posiciones de organizaciones de la sociedad civil que participaron permanentemente en el proceso, que se resume de forma pertinente en la siguiente cita:

A primera vista, la diferencia esencial entre ambos documentos (el tratado y los elementos), es la desaparición del término 'otras empresas' cuando se refiere a los sujetos susceptibles de responsabilidad judicial. El debate por la inclusión de otras empresas además de aquellas de carácter transnacional fue objeto de fuertes oposiciones. Esto, ya que se consideraba que este tratado debía sólo enfocarse en aquellas empresas que tienen actividades en dos o más jurisdicciones nacionales porque las que sólo actuaban en un Estado, se encontraban sometidas a los regímenes normativos nacionales. Empero, hay que resaltar, que el artículo 4 del borrador define a las 'actividades empresariales de carácter transnacional' como cualquier actividad productiva o comercial que tiene lugar en dos o más jurisdicciones nacionales. Esta referencia pudiera ser interpretada también para aquellas actividades empresariales llevadas adelante en un solo Estado pero que pudieran ser transnacionalizadas por su inclusión en una cadena de valor.

Asimismo, el preámbulo del documento no recoge en su totalidad lo que se había propuesto en el borrador de elementos del tratado. El documento publicado a finales del año pasado mencionaba, entre otras cosas, la importancia de referenciar los Principios Rectores, las normas sobre la responsabilidad de las empresas transnacionales y la apremiante situación respecto de los impactos negativos de la actividad empresarial sobre los DDHH. El borrador del tratado, en su preámbulo, falla al reconocer todos los elementos que enmarcan el proceso de creación de este instrumento vinculante.

En una segunda instancia, cobra importancia mencionar que el texto borrador resalta la responsabilidad del Estado como primer y único protector de los Derechos Fundamentales frente al accionar empresarial, aunque obvia los posibles daños ocasionados en la actividad comercial propia de las naciones. En este sentido, aquellas actividades comerciales que son apoyadas por los Estados (inversiones público-privadas generalmente) no tienen una acogida en este tratado.

El borrador también sorprende por la relevancia otorgada a la remediación de daños y los derechos de las víctimas, frente a la necesidad urgente de prevenir que las empresas vulneren los derechos humanos. Esta disparidad entre el remedio y la prevención fue notada por la sociedad civil en el documento de 'Elementos', y criticada ya que es necesario que los daños ocasionados por la actividad empresarial sean prevenidos en igual medida que la provisión de resarcimiento a las víctimas.

A pesar del fuerte foco en el ‘remedio efectivo’, el borrador adopta un artículo sobre prevención; en el que resulta importante mencionar la obligación de establecer legislación que obligue a las empresas a emprender acciones de debida diligencia. Incluyendo evaluaciones ambientales y de DDHH para analizar sus actividades y tomar las acciones necesarias para prevenir daños.

Ahora bien, resulta claro que el borrador propone un componente vinculante para los Estados, en el sentido que los obliga a adoptar legislación que vele por el respeto de los Derechos Humanos frente a la actividad empresarial. No obstante, el texto no evidencia la responsabilidad de las Empresas y ello es porque el tratado no las convertirá en sujetos obligados sino a través de las leyes que los Estados vayan a implementar. A este respecto, desaparece la posibilidad de crear un ‘tribunal’ u otra institución similar que tenga la capacidad de juzgar y penalizar el accionar de las empresas transnacionales.

El borrador del tratado no incluyó el capítulo de ‘Obligaciones de las empresas’ que sí se encontraba en los ‘Elementos’; y tampoco se incluyeron las obligaciones de las organizaciones internacionales.

Un elemento importante que aparece en el borrador es el ‘Fondo Internacional para las Víctimas’, cuyo objetivo es colaborar con la remediación efectiva a los daños ocasionados por la actividad empresarial.

Luego de la [4ta sesión del Grupo de Trabajo Intergubernamental](#), ha quedado en evidencia la polarización de las opiniones entre los países del ‘norte’ y el ‘sur’ global. Los países pertenecientes al bloque BRICS, junto con la mayor parte de los continentes africano y latinoamericano; han demostrado una respuesta positiva ante la iniciativa de un instrumento jurídicamente vinculante. No obstante, representantes de la Unión Europea, los Estados Unidos de América, Japón, Australia y Canadá, además de no haber estado presentes en las negociaciones, han dejado clara su negativa a la hora de avalar la creación del ya mencionado tratado.

Dicha polarización tiene efectos relevantes en la fuerza efectiva que un instrumento de estas características puede tener. Siendo que la mayor parte de las empresas transnacionales que se verían obligadas por este texto, se hospedan en los Estados que hoy se pronuncian de manera opuesta al tratado, el amparo de los derechos humanos frente a la actividad de las empresas transnacionales no estaría completamente asegurado⁹⁸.

98 Fundación para el Desarrollo de Políticas Sustentables, *Finalizó la 4ta sesión para la discusión de un tratado vinculante de empresas y DDHH*, disponible en <http://www.fundeps.org/tratado-vinculante-empresas-ddhh/>

Capítulo 3

Identificación de los parámetros para la empresa prototipo que protege los derechos humanos.

3.1. Sector empresarial y tipología de actividades empresariales.

Sector empresarial

Desde el punto de vista de la economía existen varios sectores empresariales, por ejemplo, en páginas web especializadas en el mercado bursátil como finviz.com, se desprenden 8 sectores:

- Sector tecnológico.
- Sector de servicios.
- Sector de materiales básicos (o bienes básicos).
- Sector de la salud.
- Sector de bienes de consumo.
- Sector industrial de bienes.
- Sector de utilidades.
- Sector financiero.



Cuadro obtenido en https://finviz.com/publish/022519/sec_182705018.png.

Este cuadro nos indica que el sector con mayor impacto en la economía a nivel mundial es el de la tecnología, con la presencia de grandes empresas de información

en internet como google y facebook, seguido por las empresas de software con la Microsoft Corporation (MSFT). Luego se encuentra el subsector de telecomunicaciones con empresas como AT&T Inc. y Verizon.

El sector financiero también es un importante motor de la economía. Destaca el subsector de Bancos como JP Morgan Chase & Co, seguido de Wells Fargo Company, el Banco de América y Citigroup Inc. En el subsector de la propiedad se encuentran empresas como Berkshire Hathaway Inc.

También se puede observar que otro de los sectores importantes corresponde al de servicios, con subsectores como el de ventas por catálogo en internet con empresas como Amazon, o el subsector de almacenes de descuentos con Walmart.

Posteriormente se observa al sector de consumo de bienes con el subsector de electrónicos con empresas como Apple Inc.; y finalmente al sector de la salud, donde pueden observarse al subsector de manufacturas de drogas con Johnson & Johnson y Pfizer Inc.

Al último se encuentran los sectores de materiales básicos, bienes industriales y utilidades. En el caso del primero, sobresale el subsector de petróleo y gas con la empresa ExxonMobil Corporation y Chevron Corporation. Con relación a los bienes industriales en el subsector de bienes diversos aparece la General Electric Company y el subsector aeroespacial con The Boeing Company. Finalmente, respecto al tercer sector de utilidades con el subsector eléctrico la empresa NextEra Energy Inc.

Trading Economics también hace su división de los sectores económicos del mercado. A través de su website www.tradingeconomics.com se encuentra:

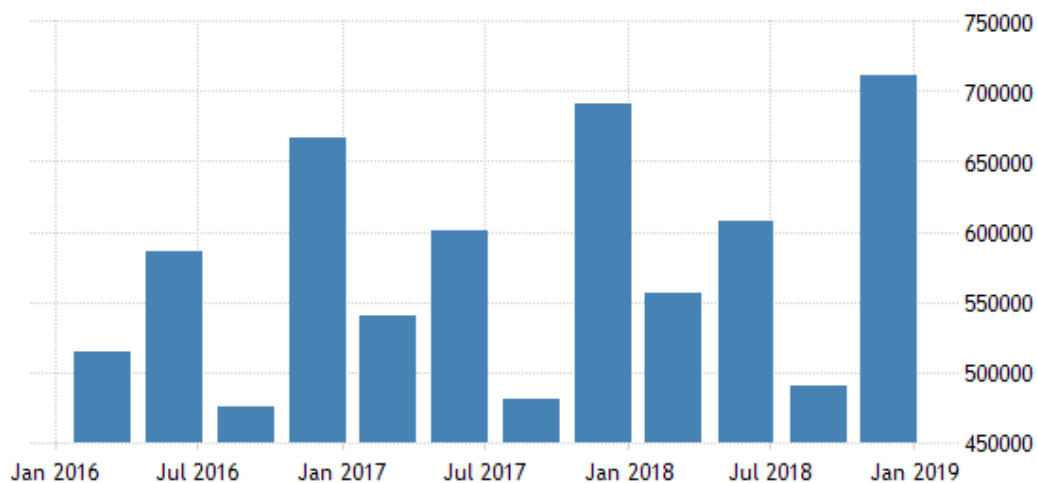
- El sector de la agricultura.
- El sector de la construcción.
- El sector de la minería.
- El sector de la administración pública.
- El sector de servicios.
- El sector de transporte.
- El sector de servicios básicos⁹⁹.

La información contenida en su página especializada en el mercado bursátil, una vez que se refiere a cada sector, indica cuál es el producto interno bruto (PIB) de ellos y realiza el análisis de acuerdo con cada uno de los países.

Por ejemplo, en el caso de México se desprende la siguiente información:

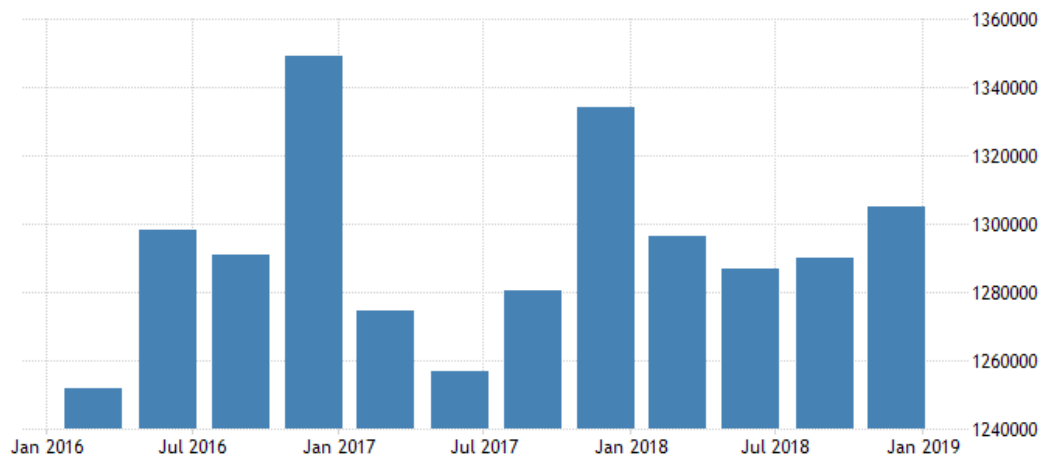
99 Ver en <https://es.tradingeconomics.com/currencies>.

México – PIB de Agricultura¹⁰⁰



SOURCE: TRADINGECONOMICS.COM | INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA (INEGI)

México – PIB de la Construcción¹⁰¹

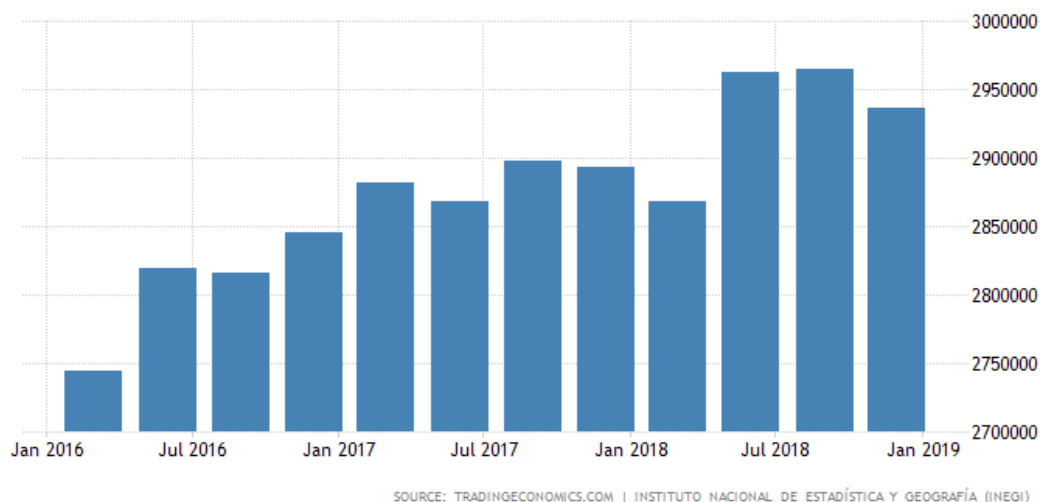


SOURCE: TRADINGECONOMICS.COM | INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA (INEGI)

100 Cuadro disponible en <https://es.tradingeconomics.com/mexico/gdp-from-agriculture>.

101 Cuadro disponible en <https://es.tradingeconomics.com/mexico/gdp-from-construction>.

México – PIB de Manufactura¹⁰²



México – PIB de Minería¹⁰³

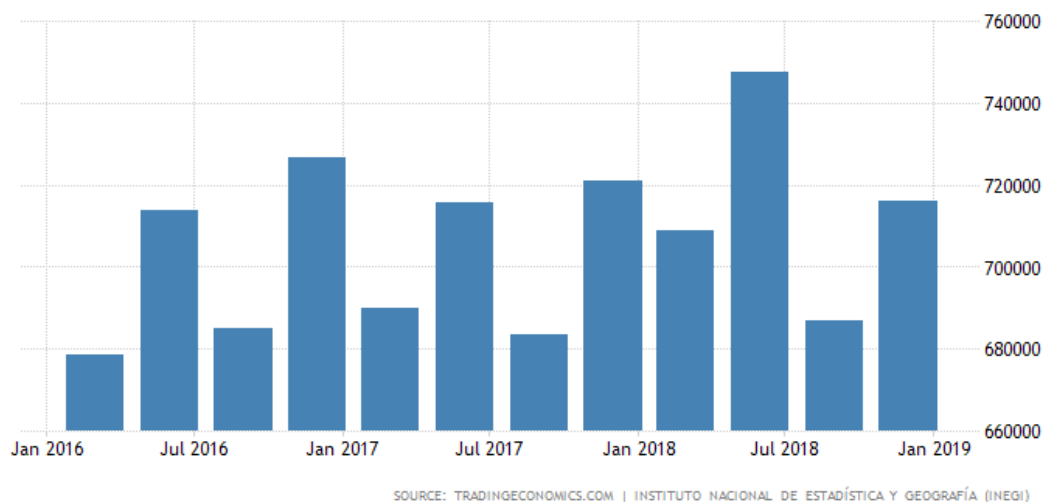


México – PIB de la Administración Pública¹⁰⁴

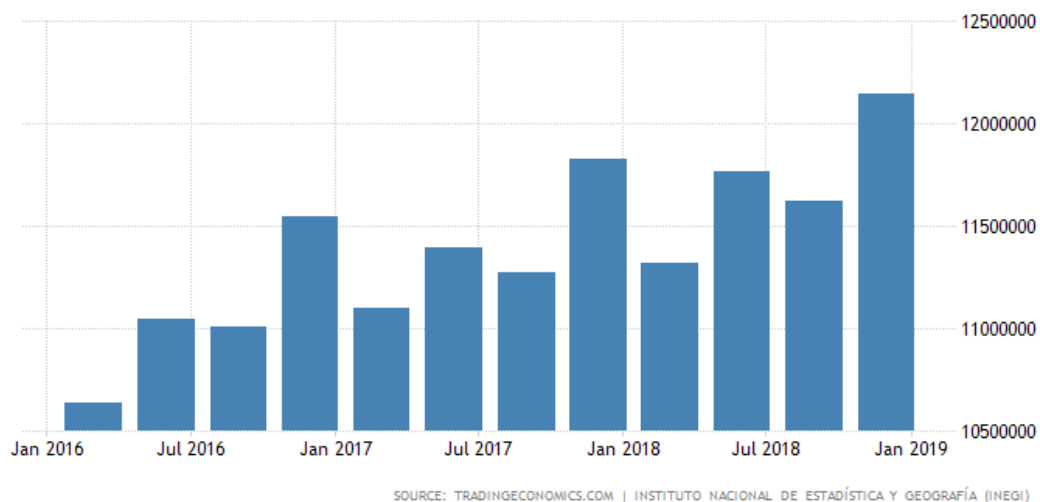
102 Cuadro disponible en: <https://es.tradingeconomics.com/mexico/gdp-from-manufacturing>.

103 Cuadro disponible en: <https://es.tradingeconomics.com/mexico/gdp-from-mining>.

104 Cuadro disponible en: <https://es.tradingeconomics.com/mexico/gdp-from-public-administration>.



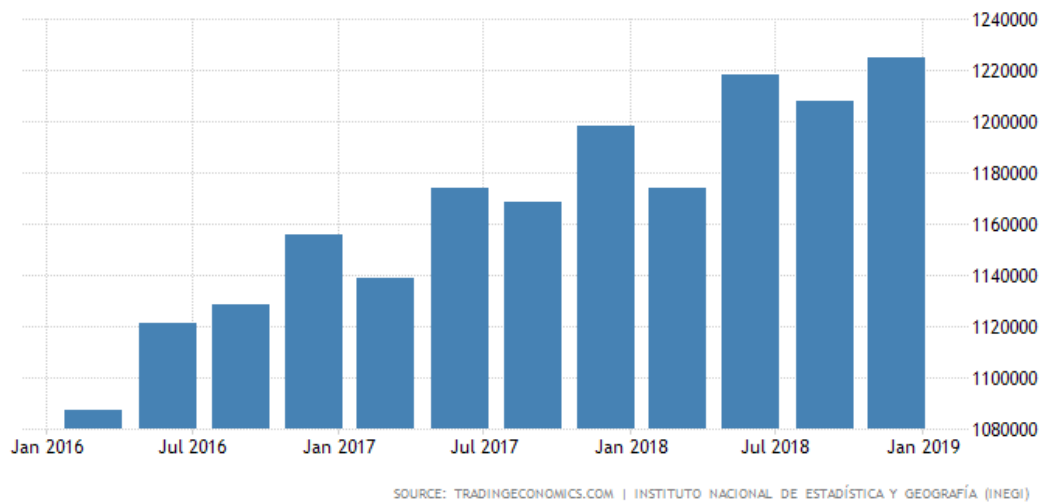
México – PIB de Servicios¹⁰⁵



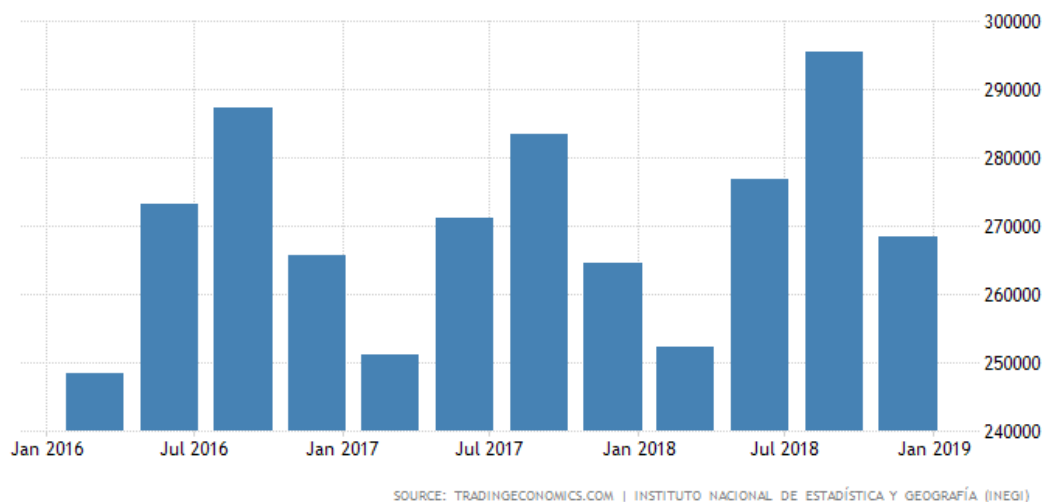
México – PIB de Transporte¹⁰⁶

¹⁰⁵ Cuadro disponible en: <https://es.tradingeconomics.com/mexico/gdp-from-services>.

¹⁰⁶ Cuadro disponible en: <https://es.tradingeconomics.com/mexico/gdp-from-transport>.

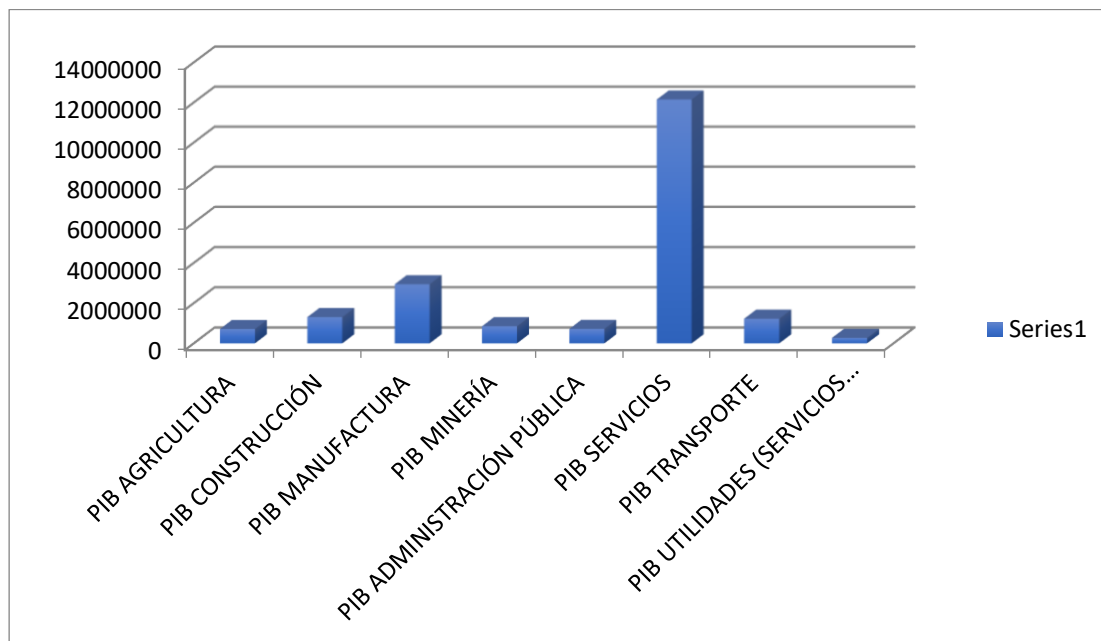


México – PIB de Utilidades (Servicios Básicos)¹⁰⁷



De estos datos se puede obtener la siguiente información a enero de 2019:

¹⁰⁷ Cuadro disponible en: <https://es.tradingeconomics.com/mexico/gdp-from-utilities>.



Los datos muestran que el sector económico con mayor crecimiento y mayor impacto en la economía mexicana es el de servicios, siguiendo el de manufactura, luego el de construcción, seguido por el transporte. Finalmente se encuentran los sectores de agricultura, minería, utilidades (servicios básicos) y la administración pública.

Otra clasificación de sectores es la que utiliza MERCO (Monitor Empresarial de Reputación Corporativa). Merco es un instrumento utilizado para evaluar la reputación empresarial. Fue lanzado en el 2000 y utiliza la metodología multistakeholder que es una iniciativa de múltiples partes interesadas, que se compone de seis evaluaciones y veinticinco fuentes de información.

La clasificación de los sectores y las empresas de acuerdo con el ranking de Merco del 2018, son las siguientes¹⁰⁸:

- Sector de la alimentación:
 - Grupo BIMBO
 - Grupo DANONE
 - NESTLÉ
 - KELLOGG'S
 - Grupo LALA
 - Grupo Herdez
 - Alpura
 - Gruma
 - Yakult
 - La Costeña

¹⁰⁸ Esta clasificación por empresas y sectores de empresas en México, está disponible en: <http://www.merco.info/mx/ranking-merco-responsabilidad-gobierno-corporativo>.

- Bachoco
 - Herbalife
 - Mondelez International
- Sector de las aseguradoras:
 - Mapfre
 - MetLife
 - Qualitas
 - Axa
- Sector automotriz:
 - General Motors
 - BMW Group
 - Nissan
 - Volkswagen
 - Honda
 - Toyota
 - Kia Motors
 - Ford Motor Company
 - FCA
- Sector de autoservicio y departamentales:
 - Walmart
 - Liverpool
 - Costco
 - Soriana
 - Chedraui
 - Coppel
 - Home Depot
 - Comercial Mexicana
- Sector de Bebidas:
 - Coca Cola de México
 - Grupo Modelo
 - PepsiCo
 - CM/Heineken México
 - Grupo Jumex
 - Arca Continental.
 - Cooperativa Pascual
 - Grupo Peñafiel
 - Diageo
- Sector de Conglomerados:
 - FEMSA
 - Grupo Carso
 - Grupo Alfa
 - Grupo Martí
 - Grupo Salinas
 - Grupo BAL
 - Grupo Gigante
 - Kaluz
 - Grupo México

- Grupo Empresarial Ángeles
 - Grupo Kuo
 - Toshiba América Group
 - Siemens
- Sector de Distribución de moda:
 - Nike
 - Inditex
 - Adidas
 - Kering
- Sector de Droguería y perfumería:
 - Natura
 - Avon
 - L'Oreal
- Sector de Educación y formación.
 - Tecnológico de Monterrey
 - ITAM
- Sector de Electrodomésticos y equipamiento:
 - Samsung
 - LG
 - Sony
 - Mabe
 - Whirlpool
 - GE
- Sector de Energía, gas y natural:
 - Pemex y CFE
- Sector Farmacéutico:
 - Pfizer.
 - Novartis
 - Bayer
 - Genomma Lab
 - Roche
 - AstraZeneca
 - Sanofi
 - J&J
 - Bristol Myers Squibb
 - GSC
 - Eli Lilly and Company
- Sector Financiero
 - BBVA Bancomer
 - Citibanamex
 - Santander
 - Banorte
 - HSBC
 - American Express
 - Scotiabank
 - Afirme
- Sector de Hoteles y restaurantes:

- ALSEA
- Grupo Posadas
- McDonald's
- Nutrisa
- Sector Industrial:
 - P&G
 - Unilever
 - Colgate Palmolive
 - 3M

Tipología de actividades empresariales

Para abordar la tipología de actividades, cabe señalar que las empresas realizan sus actividades u operaciones de acuerdo al sector y subsector al que pertenecen; por ejemplo, si se trata de un hospital sus operaciones estarán relacionadas al sector salud y al subsector de servicios de salud; otro ejemplo, si se trata de una empresa que pertenece al sector de energía y gas, como por ejemplo una empresa de extracción de petróleo, sus operaciones están relacionadas a la exploración, explotación y comercialización de recursos naturales no renovables. Si consiste en una empresa que funciona en el sector financiero, como por ejemplo un banco, entonces sus actividades estarán relacionadas a la prestación de servicios relacionados con las monedas de cambio.

De acuerdo con las políticas, cada Estado puede implementar distintas formas de regulaciones, por ejemplo, mediante agencias de regulación independientes o no del gobierno central como superintendencias o ministerios que controlen las actividades de estas empresas de acuerdo con su sector. Así, se crean instituciones como el ministerio de salud, agencias de control sanitario, agencias de regulación de hidrocarburos, superintendencias de bancos que establecen regulaciones específicas para las empresas.

Por otro lado, existen actividades que las empresas realizan independientemente del sector o subsector al que pertenezcan, por ejemplo, contratan empleados y empleadas, pagan tributos, se relacionan con otras empresas (cadenas de producción y comercialización), se relacionan con sus consumidores en cuanto a la calidad de sus productos y generan acciones que afectan o benefician el medio ambiente.

Igualmente, de acuerdo con las políticas, los Estados pueden implementar instituciones de control como inspectorías de trabajo y seguridad social, instituciones de rentas internas, superintendencias de control del poder del mercado, agencias de control ambiental, entre otras.

En definitiva, las actividades de las empresas se pueden dividir en las siguientes materias: laborales, ambientales, de generación de impuestos y en relación con sus consumidores. Sobre estas actividades empresariales es necesario que las empresas

generen acciones de prevención, identificando el riesgo que representan cada una de ellas para la empresa y para la sociedad.

En el ámbito laboral, las actividades van desde la contratación de los trabajadores y empleados y la protección correspondiente en materia de seguridad laboral y seguridad social. Así, las empresas deben pagar los salarios de acuerdo con la ley, los beneficios correspondientes, asegurar a sus trabajadores, garantizarles la salud ocupacional.

Con relación al cumplimiento de las obligaciones tributarias, las empresas deben estar al día con ellas. Evadir los impuestos es una forma de corrupción que también afecta los derechos sociales y al sector económico.

En cuanto a la responsabilidad ambiental las empresas deben observar si sus actividades generan impactos negativos al ambiente, por ejemplo, si contaminan las fuentes hídricas, el aire, el suelo; si lo hacen, deben adoptar medidas preventivas y de remediación como parte de su responsabilidad.

Finalmente, por la responsabilidad en relación con sus consumidores deben verificar que sus productos sean de calidad, tengan garantía, no afecten a la salud de quienes consumen. Por ejemplo, si se trata de medicinas, estas deben ser efectivas para el tratamiento para el que se utilizan; si es alimentos, estos no deben tener componentes que afecten la salud de las personas que los consumen.

Por otro lado, las empresas tienen una responsabilidad en cuanto a que sus actividades no afecten los derechos humanos. De conformidad con los Principios Rectores, todas las empresas deben respetar los derechos humanos, independientemente de su tamaño, la actividad que emprendan y el lugar en el que se encuentren.

Regulaciones de las actividades empresariales en función del respeto de los derechos humanos

Dante Pesce González dice que “los Principios Rectores aplican para todos los derechos humanos y para todo tipo de empresas”¹⁰⁹; en refuerzo de su posición señala que sobre las 5.000 grandes empresas que han firmado el Pacto Global aún debe generarse esfuerzos para alcanzar a más empresas alrededor del mundo.

Nos interesa movernos en las grandes empresas desde las casas matrices hacia subsidiarias y hacia sus respectivas cadenas de valor. Nos parece

¹⁰⁹ Dante Pesce González, presidente del Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, en Héctor Dávalos Martínez y Juan Carlos Villalobos (Coord.), *Memoria del Foro Internacional sobre Derechos Humanos en el contexto de las actividades empresariales y el desarrollo sostenible, Chihuahua, Chihuahua, abril 2016*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2017, p. 28.

adecuado que una empresa grande se comprometa a hacer un esfuerzo por integrar la dimensión de derechos humanos a su gestión, el paso siguiente es mirar la cadena de la empresa.

Muchísimas empresas grandes tienen subsidiarias, licencian productos, licencian servicios, tienen cadenas de distribución, tienen cadenas de abastecimiento (...). Este es el primer peldaño de las subsidiarias para multinacionales, para empresas connacionales que operan en diferentes áreas del país¹¹⁰.

Existen dos tipos de empresas sobre las que deben generarse esfuerzos para que integren la dimensión de derechos humanos en su gestión, independientemente del sector económico en el que se encuentran: grandes, medianas y pequeñas empresas, por un lado, y empresas nacionales y transnacionales o multinacionales por el otro.

Adicionalmente, a pesar de que podría resultar efectiva la identificación de tipos de empresas atendiendo a su tamaño u origen de domicilio, para establecer las medidas de prevención, protección y reparación diferenciadas y efectivas no se puede circunscribir a un solo tipo de empresas la implementación de políticas de respeto a los derechos humanos. En referencia a la Institución Nacional de Derechos Humanos de México, Enrique Guadarrama indica:

Hasta ahora la CNDH viene conociendo de casos en el ámbito ambiental o laboral, por ejemplo, la vulneración a derechos ambientales o a una consulta previa. Nada excluye que se incorporen empresas de otro sector, así como de otro tipo de derechos vulnerados. El tema empresarial no se puede circunscribir a lo más inmediato que es lo ambiental y lo laboral. El abanico se puede abrir.

Podría ser el caso de las empresas financieras que al actuar negligentemente provocan la pérdida de ahorros de cientos o miles de personas o ahorradores¹¹¹.

Regulaciones de las actividades de las principales empresas mexicanas

Como se observó anteriormente, con el gráfico de finviz.com el sector tecnológico es el más grande en la economía mundial, y dentro de este, las empresas de Google y Facebook (en el subsector de la información de internet); Microsoft Corporation (en el

¹¹⁰ Ibidem, pp. 34, 35.

¹¹¹ Enrique Guadarrama López, Segundo Visitador General de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, "La actuación de la CNDH en temas de empresas y derechos humanos", en Héctor Dávalos Martínez y Juan Carlos Villalobos (Coord.), *Memoria del Foro Internacional sobre Derechos Humanos en el contexto de las actividades empresariales y el desarrollo sostenible, Chihuahua, Chihuahua, abril 2016*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2017, p. 142.

subsector de empresas de software); y AT&T y Verizon (en el subsector de las telecomunicaciones).

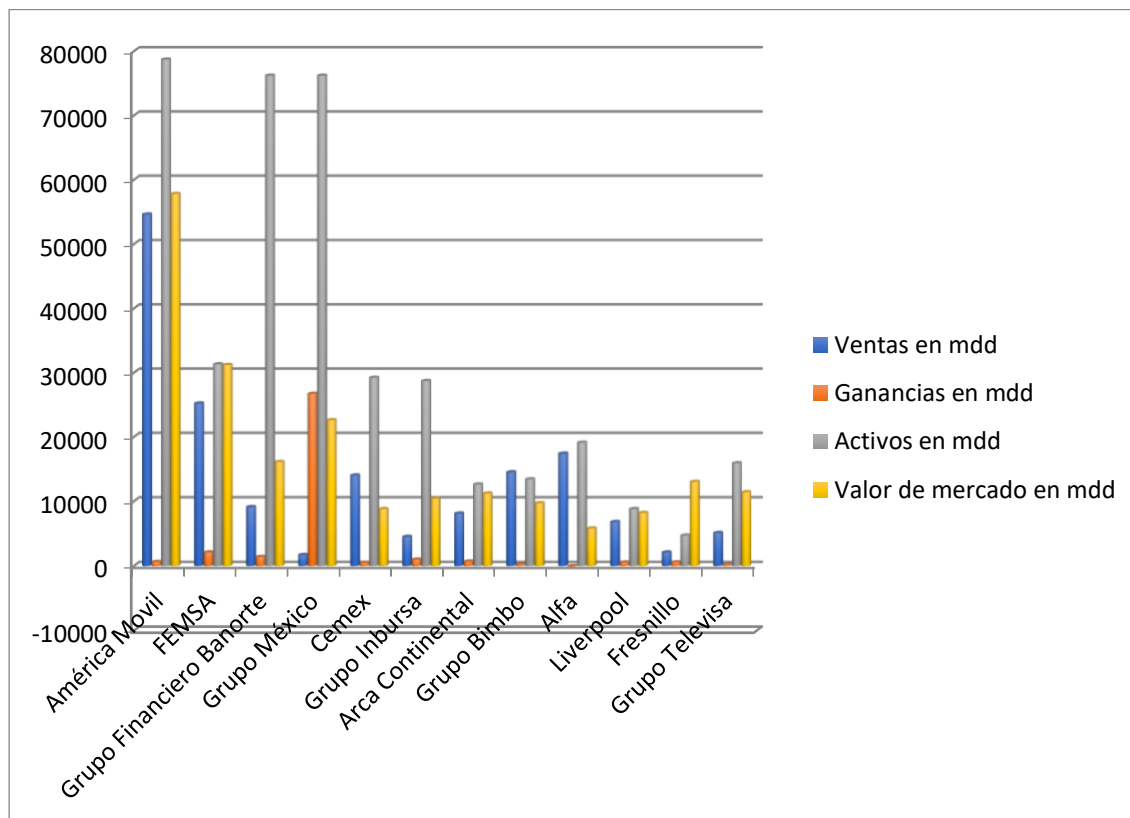
Otro de los grandes sectores es el financiero con empresas como JP Morgan Chase & Co (en el subsector de bancos); Visa (en el subsector de servicios de créditos); y Berkshire Hathaway (en el subsector de propiedades).

En fin, de la división en sectores y subsectores se puede observar que las empresas realizan diferentes actividades dentro de su ámbito de operaciones, por lo que deben tener regulaciones relacionadas a cada sector y subsector, y que se relacionan incluso a la importancia que tengan dentro de la economía de cada uno de los países. Por ejemplo, en un país que no tenga recursos naturales no renovables como petróleo, no debe preocuparle la falta de regulaciones en dicho sector, a no ser que sus empresas tengan operaciones en otros países.

Por ejemplo, para México es clave la importancia que debe tener con relación a las 12 empresas que figuran entre las dos mil más grandes del mundo, de acuerdo con Forbes México. En el siguiente cuadro podremos ver las ventas que han generado, las ganancias, activos y su valor en el mercado:

Empresas Mexicanas en la Forbes Global 2000 en el 2018¹¹²

¹¹² Cuadro realizado con la información de Forbes México, *Sólo figuran 12 firmas mexicanas entre las Forbes Global 2000*, 8 de junio de 2018, disponible en: <https://www.forbes.com.mx/global-2000-las-companias-mas-grandes-de-mexico/>.



Del cuadro puede observarse que América Móvil es la que más valor tiene en el mercado, llegando a un valor de 57,800 millones de dólares; sin embargo, se observa también que sólo Grupo México ha generado grandes ganancias, llegando a 26,700 millones de dólares, aunque su valor en el mercado llega a 22,600 millones de dólares.

En consecuencia, el rol del Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT), como órgano autónomo con mandato constitucional, es importante para que el mercado de telecomunicaciones sea eficiente. Este órgano

No puede emitir NOM¹¹³ o NMX¹¹⁴ para regular el mercado de telecomunicaciones; no obstante, la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (LFTR) otorga al órgano regulador facultades para emitir “disposiciones técnicas” sobre las características con las que deben cumplir los productos y servicios de telecomunicaciones y radiodifusión, así como el proceso de evaluación y los requisitos técnicos para la instalación de equipo, sistemas y/o infraestructura. (...)

Dada la autonomía del IFT, el proceso para elaborar y promulgar disposiciones técnicas no está sujeto a la vigilancia de la Dirección General de Normas (DGN)

113 Normas Oficiales Mexicanas.

114 Normas Mexicanas (estándares).

de la Secretaría de Economía (SE) o la COFEMER. No obstante, el artículo 194 de la LFTR establece un mecanismo de coordinación con SE para promulgar regulaciones técnicas (NOM) que fija las obligaciones específicas que los concesionarios y titulares de las licencias deben cumplir, a fin de garantizar la eficaz protección de los derechos de los consumidores contemplados en la Ley Federal de Protección al Consumidor y la LFTR. (...)

Al formular las disposiciones técnicas, el órgano regulador toma en cuenta a las partes interesadas mexicanas y sus perspectivas, así como las recomendaciones planteadas por organismos internacionales¹¹⁵.

Incluso, el Instituto Federal de Telecomunicaciones puede emitir sanciones frente al incumplimiento de las disposiciones técnicas, es decir, puede establecer la responsabilidad legal y sancionar. Esta institución sancionó a dos grandes empresas al considerar que habían incurrido en una práctica monopólica:

El Pleno resolvió por unanimidad sancionar a América Móvil y Telcel por celebrar convenios de exclusividad con Blue Label México, S.A.P.I. de C.V. (BLM), los cuales le impedían comercializar o proporcionar tiempo aire de los competidores de Telcel en el servicio de telefonía móvil (Comunicado 33/2018)¹¹⁶.

En consecuencia, este es un ejemplo de la responsabilidad legal que tienen las empresas respecto a evitar las prácticas monopólicas; es decir, es uno de los límites que se pueden establecer a las actividades empresariales.

3.2. Tipología de afectados por la actividad empresarial: pueblos indígenas, trabajadores, niñez y adolescencia.

Entre las obligaciones internacionales de los Estados, que se han analizado en capítulos anteriores, se encuentra la de reparar integralmente las violaciones de derechos humanos, la cual es un deber jurídico propio de los Estados. Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos refuerzan esta posición. La Corte IDH señala que “la obligación de reparar los daños es un deber jurídico propio del Estado que no debe depender exclusivamente de la actividad procesal de las víctimas”¹¹⁷.

115 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Estudio de cooperación regulatoria internacional de México*, OECD Publishing, Paris, p. 50. Disponible en: <https://doi.org/10.1787/9789264305762-es>

116 Instituto Federal de Telecomunicaciones, *Anuario 2018. Importantes acciones en beneficio de los usuarios y las audiencias*, p. 024. Disponible en: http://www.ift.org.mx/sites/default/files/anuario_2018_v8.pdf.

117 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 169, párr. 400.

Del principio rector 25 sobre empresas y derechos humanos, se desprende el deber de los Estados de reparar las vulneraciones de los derechos humanos de las personas afectadas por las actividades corporativas. Este principio indica:

Como parte de su deber de protección contra las violaciones de derechos humanos relacionadas con actividades empresariales, los Estados deben tomar medidas apropiadas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo que correspondan, que cuando se produzcan ese tipo de abusos en su territorio y/o jurisdicción los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces.

Adicionalmente, el principio rector 18 establece el deber de las empresas de identificar y evaluar las consecuencias negativas reales o potenciales sobre los derechos humanos de las personas como parte del deber de proceder con debida diligencia. El mencionado principio establece:

A fin de calibrar los riesgos en materia de derechos humanos, las empresas deben identificar y evaluar las consecuencias negativas reales o potenciales sobre los derechos humanos en las que puedan verse implicadas ya sea a través de sus propias actividades o como resultado de sus relaciones comerciales.

En definitiva, “los principios rectores guían a las empresas para saber qué es lo que deben hacer para respetar los derechos humanos y, como consecuencia, aportar al cumplimiento de las obligaciones estatales de garantía y protección”¹¹⁸.

Conforme analiza el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para los derechos humanos y empresas, John Ruggie, las empresas, para atender a su deber de debida diligencia en materia de derechos humanos, deben:

El objetivo es comprender las consecuencias concretas sobre personas concretas en un contexto de operaciones concreto. Por lo general, esto implica evaluar el contexto de derechos humanos antes de emprender una actividad empresarial propuesta, siempre que sea posible; identificar a los posibles afectados; catalogar las normas y cuestiones pertinentes de derechos humanos; y proyectar las consecuencias de la actividad propuesta y de las relaciones comerciales correspondientes sobre los derechos humanos de las personas identificadas. En este proceso, las empresas deben prestar especial atención a las consecuencias concretas sobre los derechos humanos de las personas pertenecientes a grupos o poblaciones expuestas a un mayor riesgo

118 Gustavo Zambrano, “¿Los Principios Rectores salvarán al Perú? La debida diligencia en las actividades extractivas de hidrocarburos en la Amazonía peruana”, en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina*, San José, Costa Rica, 2017, p. 287.

de vulnerabilidad o de marginación, y tener presentes los diferentes riesgos que pueden enfrentar las mujeres y los hombres”.

De aquí se desprende que las empresas deben conocer el entorno en el que generarán sus actividades, y dentro de este entorno, ubicar las personas y grupos de personas que potencialmente puedan ser víctimas en el sentido de que sufran una vulneración a sus derechos por las actividades de la empresa.

El artículo 4 de la Ley General de Víctimas de México¹¹⁹ establece que víctima es toda “persona física que directa o indirectamente ha sufrido daño o el menoscabo de sus derechos producto de una violación de derechos humanos o la comisión de un delito”; y hace referencia a la existencia de víctimas potenciales, que corresponden a “las personas físicas cuya integridad física o derecho peligran por prestar asistencia a la víctima ya sea por impedir o detener la violación de derechos o la comisión de un delito”.

Así, la mirada para identificar al tipo de afectados o posibles afectados debe tener un enfoque integral y no circunscribirse a unos derechos humanos específicos, puesto que una misma actividad empresarial puede generar múltiples violaciones de derechos humanos a los individuos o grupos, como ha ocurrido en el sector de la industria extractiva de recursos naturales no renovables, muchas veces con graves consecuencias. Además, debe identificarse a las personas o grupos de personas que se encuentren en una situación de vulnerabilidad o grave riesgo, como se desprende de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Campo Algodonero contra México*, en la cual se hizo referencia que este es uno de los elementos importantes para determinar la responsabilidad de prevención del Estado.

En la sentencia mencionada se establece la responsabilidad del Estado por la actuación de terceros particulares, señalando cuatro presupuestos que deben coexistir para que se determine dicha responsabilidad: 1) que exista una situación de riesgo real e inmediato; 2) que esta situación de riesgo amenace a un individuo o a un grupo determinado; 3) que el Estado conozca el riesgo o hubiera debido conocerlo de forma razonable; y 4) que el Estado pueda prevenir o evitar la materialización del riesgo de forma razonable¹²⁰.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha citado los principios rectores para establecer que las empresas tienen obligaciones específicas de respeto de los derechos humanos y que los Estados tienen el deber de proteger a las personas y comunidades por las vulneraciones que puedan cometer las empresas. Al respecto, la Corte IDH se pronunció en el siguiente sentido:

¹¹⁹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 2013.

¹²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción preliminar, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

La Corte toma nota de los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos”, avalados por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, mediante los cuales se ha establecido que las empresas deben actuar de conformidad con el respeto y la protección de los derechos humanos, así como prevenir, mitigar y hacerse responsables por las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos. (...)

En este sentido, el Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, ha señalado que estas deberán respetar los derechos humanos de personas pertenecientes a grupos o poblaciones específicas, entre ellos los pueblos indígenas y tribales, y deberán prestarle especial atención cuando vulneren dichos derechos.

En virtud de lo señalado, la Corte estima que, siendo que el Estado no garantizó la realización de un estudio de impacto ambiental y social de manera independiente y previa al inicio de la extracción de bauxita ni supervisó el estudio que fue realizado con posterioridad, incumplió con dicha salvaguardia, máxime tratándose de un área natural protegida y de territorios tradicionales para diversos pueblos¹²¹.

Corresponde entonces la referencia a los afectados por actividad empresarial, para lo cual, se observará los derechos generales de los pueblos indígenas, trabajadores, niñez y adolescencia.

Pueblos indígenas

La Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo son los principales instrumentos del sistema universal sobre los pueblos indígenas. En el sistema americano de Derechos Humanos se encuentra la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, la Convención Americana de Derechos Humanos y las correspondientes sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que desarrollan los derechos que deben garantizar los Estados para proteger a los pueblos indígenas.

Estos instrumentos contienen obligaciones para los Estados de proteger los derechos de los pueblos indígenas, y principalmente se han desarrollado los derechos a la propiedad colectiva y el derecho a la consulta previa, libre e informada, conexos al derecho a la identidad cultural, por cuanto, a criterio acertado de la Corte IDH, los pueblos indígenas tienen una conexión espiritual con su territorio, por lo cual de privárseles su derecho al territorio se afectaría su derecho a la identidad cultural.

¹²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015, párrs. 224 a 226.

A continuación, una mirada a las principales obligaciones de los Estados contenidas en estos instrumentos.

Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

- Disfrute pleno de todos sus derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en la Carta de Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humanos. (Art. 1)
- Garantizar el derecho a no ser discriminado en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas. (Art. 2)
- Garantizar el derecho a la libre determinación. En virtud de este derecho determinan libremente su condición política y su desarrollo económico, social y cultural. (Art. 3)
- Garantizar su derecho a la libre determinación, autonomía o autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como disponer de medios para financiar sus funciones autónomas. (Art. 4)
- Garantizar su derecho colectivo a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no serán sometidos a ningún acto de genocidio ni a ningún otro acto de violencia, incluido el traslado forzado de niños del grupo a otro grupo. (Art. 7 núm. 2)
- Protegerles su derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura. (Art. 8 núm. 1)
- De acuerdo con el art. 8 núm. 2, los Estados deben establecer mecanismos de prevención y el resarcimiento de:
 - Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica;
 - Todo acto que tenga por objeto o consecuencia desposeerlos de sus tierras, territorios o recursos;
 - Toda forma de traslado forzado de población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos;
 - Toda forma de asimilación o integración forzada;
 - Toda forma de propaganda que tenga como fin promover o incitar a la discriminación racial o étnica dirigida contra ellos.

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

- Desarrollar una acción coordinada y sistemática para la protección de derechos y respeto de su integridad con participación de los pueblos interesados. (Art. 2)
- Al aplicar las disposiciones del Convenio, de acuerdo con los artículos 4 y 5 deben:
 - Reconocer y proteger los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales.
 - Respetar la integridad.

- Adoptar las disposiciones con participación y cooperación de los pueblos.
 - Consultar a los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas.
- Las consultas deben efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias para llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas propuestas (Art. 6).
- Garantizar el derecho a que decidan sus propias prioridades sobre su desarrollo, que participen en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (Art. 7 núm. 1).
- Efectuar estudios en cooperación con los pueblos interesados para evaluar la incidencia social, espiritual y cultural sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados y criterios de esos estudios deben ser criterios fundamentales para la ejecución de las actividades de desarrollo. (Art. 7 núm. 3)
- Garantizar el derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales. (Art. 8)
- En la medida que sea compatible, deberán respetar los métodos a los que los pueblos recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. Las autoridades y tribunales que deban pronunciarse sobre cuestiones penales deben tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia. (Art. 9)
- Respetar la importancia especial y su relación con las tierras o territorios, o con ambos. (Art. 13)

Convención Americana de Derechos Humanos.

- Los Estados se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en esta Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna, entre otros, por motivos de raza o cualquier otra condición social. (Art. 1)
- Los Estados deben adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades. (Art.2)
- El derecho a la propiedad colectiva en virtud de la interpretación al artículo 21 de la Convención que ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas.

- Garantizar su derecho a la libre determinación, en virtud del cual determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural. (Art. III)

- Garantizar el derecho al goce pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en el derecho internacional de los derechos humanos. (Art. V)
- Los Estados reconocen y respetan el derecho de los pueblos indígenas a su actuar colectivo, a sus sistemas o instituciones jurídicos, sociales, políticos y económicos, a sus propias culturas, a profesar y practicar sus creencias espirituales, a usar sus propias lenguas e idiomas, y a sus tierras, territorios y recursos. Los Estados promoverán con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas la coexistencia armónica de los derechos y sistemas de los grupos poblacionales y culturas. (Art. VI)
- Los Estados en conjunto con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas necesarias para prevenir y erradicar todas las formas de violencia y discriminación, en particular contra las mujeres, las niñas y los niños indígenas. (Art. VII núm. 3)
- Los Estados deben reconocer plenamente la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, respetando las formas de organización indígenas y promoviendo el ejercicio pleno de los derechos reconocidos en esta Declaración. (Art. IX)
- Los Estados no deben desarrollar, adoptar, apoyar o favorecer política alguna de asimilación de los pueblos indígenas ni de destrucción de sus culturas. (Art. X)
- Los Estados deben proteger el derecho de los pueblos indígenas a no ser objeto de forma alguna de genocidio o intento de exterminio. (Art. XI)
- Los Estados deben adoptar medidas preventivas y correctivas necesarias para la plena y efectiva protección del derecho a no ser objeto de racismo, discriminación racial, xenofobia ni otras formas conexas de intolerancia. (Art. XII)

Trabajadores y trabajadoras

La Organización Internacional del Trabajo es el órgano de Naciones Unidas que ha implementado una gran diversidad de instrumentos, ratificados por los Estados para la protección de los derechos de los trabajadores. Incluso, generó la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, adoptada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo en su 204ª reunión en Ginebra, noviembre de 1977, y enmendada en los años 2000, 2006 y 2017¹²². Estos principios contienen orientaciones para las condiciones de trabajo decente, el crecimiento inclusivo y el desarrollo social.

122 Organización Internacional del Trabajo, *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*, 5ta edición, 2017, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_124924.pdf.

Adicionalmente, la Organización Internacional del Trabajo ha implementado una amplia normativa en distintos temas laborales. A continuación, una revisión de las diferentes temáticas y los convenios que las contienen:

Libertad sindical y negociación colectiva

- Constitución de la OIT, 1919.
- Declaración de Filadelfia de la OIT, 1944.
- Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.
- Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87).
- Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98).
- Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971 (núm. 135).
- Convenio sobre las organizaciones de trabajadores rurales, 1975 (núm. 141).
- Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (núm. 151).
- Convenio sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 154).

Trabajo forzoso

- Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29).
- Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105).
- Protocolo relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso de 1930, 2014.
- Recomendación sobre el trabajo forzoso (medidas complementarias), 2014 (núm. 203).

Trabajo infantil

- Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm.138).
- Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182).
- Recomendación sobre las condiciones de empleo de los menores (trabajo subterráneo), 1965 (núm. 125).

Igualdad de oportunidades y de trato

- Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100).
- Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111).
- Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156).

Administración del trabajo

- Convenio sobre la administración del trabajo, 1978 (núm. 150).
- Convenio sobre estadísticas del trabajo, 1985 (núm. 160).

Consulta tripartita

- Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (núm. 144).
- Recomendación sobre la consulta tripartita (actividades de la Organización Internacional del Trabajo), 1976 (núm. 152).

Inspección del trabajo

- Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81).
- Protocolo relativo al Convenio sobre la inspección del trabajo de 1947, 1995 (núm. 81).
- Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129).

Política de empleo

- Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122).
- Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 10 de junio 2008.

Promoción del empleo

- Convenio sobre el servicio del empleo, 1948 (núm. 88).
- Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181).
- Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983 (núm. 159).
- Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198).
- Recomendación sobre los trabajadores de edad, 1980 (núm. 162).
- Recomendación sobre la creación de empleo en las pequeñas y medianas empresas, 1998 (núm. 189).
- Recomendación sobre la promoción de las cooperativas, 2002 (núm. 193).
- Recomendación sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia, 2017 (núm. 205).

Seguridad en el empleo

- Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158).

Orientación y formación profesional

- Convenio sobre el desarrollo de los recursos humanos, 1975 (núm. 142).

- Convenio sobre la licencia pagada de estudios, 1974 (núm. 140).

Salarios

- Convenio sobre las cláusulas de trabajo (contratos públicos), 1949 (núm. 94).
- Convenio sobre la protección del salario, 1949 (núm. 95).
- Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100).
- Convenio sobre la fijación de salarios mínimos, 1970 (núm. 131).
- Convenio sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1992 (núm. 173).

Tiempo de trabajo

- Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (núm. 1).
- Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930 (núm. 30).
- Convenio sobre las cuarenta horas, 1935 (núm. 47).
- Recomendación sobre la reducción de la duración del trabajo, 1962 (núm. 116).
- Convenio sobre el descanso semanal (industria), 1921 (núm. 14).
- Convenio sobre el descanso semanal (comercio y oficinas), 1957 (núm. 106).
- Convenio sobre las vacaciones pagadas (revisado), 1970 (núm. 132).
- Convenio sobre trabajo nocturno, 1990 (núm. 171).
- Convenio sobre el trabajo a tiempo parcial, 1994 (núm. 175).

Seguridad y salud en el trabajo

- Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155).
- Protocolo del Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 2002.
- Convenio sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985 (núm. 161).
- Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (núm. 187).
- Convenio sobre la higiene (comercio y oficinas), 1964 (núm. 120).
- Convenio sobre seguridad e higiene (trabajos portuarios), 1979 (núm. 152).
- Convenio sobre seguridad y salud en la construcción, 1988 (núm. 167).
- Convenios sobre seguridad y salud en las minas, 1995 (núm. 176).
- Convenio sobre la seguridad y la salud en la agricultura, 2001 (núm. 184).
- Convenio sobre la protección contra las radiaciones, 1960 (núm. 115).
- Convenio sobre el cáncer profesional, 1974 (núm. 139).
- Convenio sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones), 1977 (núm. 148).
- Convenio sobre el asbesto, 1986 (núm. 162).
- Convenio sobre los productos químicos, 1990 (núm. 170).

Seguridad social

- Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102).
- Recomendación sobre los pisos de protección social, 2012 (núm. 202).
- Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social), 1962 (núm. 118).
- Convenio sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 1982 (núm. 157).
- En el ámbito de las prestaciones familiares: Convenio núm. 102.
- En el ámbito de las prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales: Convenios núm. 102 y 121.
- En el ámbito de las prestaciones de vejez, invalidez y de sobrevivientes: Convenios núm. 102 y 128.
- En el ámbito de la asistencia médica y de las prestaciones de enfermedad: Convenios núm. 102 y 130.
- En el ámbito de las prestaciones de desempleo: Convenios núm. 102 y 168.
- En el ámbito de las prestaciones de maternidad: Convenios núm. 102 y 183.

Protección de la maternidad

- Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919 (núm. 3).
- Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952 (núm. 103).
- Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183). Corresponde al más actualizado.

Política social

- Convenio sobre la política social (normas y objetivos básicos), 1962 (núm. 117).

Trabajadores migrantes

- Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97).
- Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143).

VIH/sida

- Recomendación sobre VIH y el sida, 2010 (núm. 200).

Gente de mar

- Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006, en su versión enmendada (MLC, 2006).
- Convenio sobre los documentos de identidad de la gente de mar (revisado), 2003 (núm. 185)

Pescadores

- Convenio sobre el trabajo en la pesca, 2007 (núm. 188).
- Recomendación sobre el trabajo en la pesca, 2007 (núm. 199).

Trabajadores portuarios

- Convenio sobre el trabajo portuario, 1973 (núm. 137).
- Convenio sobre seguridad e higiene (trabajos portuarios), 1979 (núm. 152).

Otras categorías particulares de trabajadores

- Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 189).
- Recomendación sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 201).
- Convenio sobre las plantaciones, 1958 (núm. 110).
- Protocolo del Convenio sobre las plantaciones, 1982.
- Convenio sobre el personal de enfermería, 1977 (núm. 149).
- Convenio sobre las condiciones de trabajo (hoteles y restaurantes), 1991 (núm. 172).
- Convenio sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 177).

Como se puede observar, la normativa de la Organización Internacional del Trabajo aborda una amplia gama de trabajadores de acuerdo con la empresa o sector empresarial en el que se desempeñan, por ejemplo, en cuanto a los trabajadores portuarios, pescadores, trabajadores marítimos, minería, agricultura, trabajadores expuestos a las radiaciones, contaminación del aire, ruido, vibraciones, asbesto, productos químicos, entre otros. También con relación a los sectores se han generado convenios para los trabajadores en la industria, comercio y de oficinas.

Además, desde una perspectiva de género cuenta con convenios que se refieren a la igualdad de salario, no discriminación a las mujeres, reconocimiento de derechos de las mujeres como la maternidad, entre otros. En concordancia, la OIT también ha abordado temas como la erradicación de la violencia en el trabajo (Declaración de Filadelfia), la prevención del acoso sexual con la formulación del programa de formación Better Work para generar cambios de actitud y comportamiento; la promoción del día mundial contra el trabajo infantil, donde se visibilizó que existen niños y niñas que realizan el trabajo doméstico casi en condiciones de esclavitud¹²³.

¹²³ Organización Internacional del Trabajo, *La Violencia en el Trabajo*, La revista de la OIT, OIT Turín, número especial de 2018, pp. 6 a 22 y 25 a 28. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_630332.pdf.

También cabe revisar contenido de otros instrumentos internacionales de derechos humanos que protegen a los trabajadores, específicamente en cuanto a las obligaciones de los Estados:

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

- Adoptar las medidas adecuadas para garantizar el derecho al trabajo que comprende el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado. (Art. 6.1)
- Entre las medidas que deben adoptar son: la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales. (Art. 6.2)
- De acuerdo con el artículo 7, garantizar el goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren:
 - Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor. Debe asegurarse que a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual.
 - Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del Pacto.
 - Seguridad e higiene en el trabajo.
 - Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad.
 - El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.
- Derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, formar federaciones o confederaciones nacionales, organizaciones sindicales internacionales y afiliarse a las mismas. El derecho a la huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país. (Art. 8.1)
- Garantizar el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social. (Art. 9)

Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares

- Aplicable a todos los trabajadores migratorios y sus familiares sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. (art. 1. 1)
- Es aplicable durante el proceso de migración que comprende la preparación para la migración, la partida, el tránsito y todo el período de estancia y de

ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de empleo, así como el regreso al Estado de origen o al Estado de residencia habitual. (art. 1.2)

- Derecho a la no discriminación en el reconocimiento de derechos. (art. 7)
- Derecho a no ser sometido a esclavitud ni servidumbre. (art. 11)
- Derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. (art. 12)
- Derecho a gozar de la seguridad social con el mismo trato que los nacionales en la medida en que cumpla con los requisitos previstos en la legislación o en los tratados bilaterales o multilaterales aplicables. (art. 27)
- Derecho a recibir cualquier atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales. La atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo. (art. 28)

Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)

- Garantizar el derecho al trabajo que incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada. (Art. 6.1)
- Adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Ejecutar y fortalecer los programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo. (Art. 6.2)
- De acuerdo con el artículo 7, garantizar que toda persona goce del derecho al trabajo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias. Deben garantizar particularmente:
 - Una remuneración que asegure como mínimo, condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción.
 - El derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo.
 - El derecho a la promoción o ascenso dentro de su trabajo para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio.
 - La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa reparación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquiera otra prestación prevista por la legislación nacional.
 - La seguridad e higiene en el trabajo.
 - La prohibición de trabajo nocturno o en labores insalubres o peligrosas a los menores de 18 años y, en general, de todo trabajo que pueda poner

en peligro su salud, seguridad o moral. Cuando se trate de menores de 16 años, la jornada deberá subordinarse a las disposiciones sobre educación obligatoria y en ningún caso podrá construir un impedimento para la asistencia escolar o ser una limitación para beneficiarse de la instrucción recibida.

- La limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales. Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos.
- El descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales.
- Derechos sindicales como organizar sindicatos, afiliarse al de su elección, derecho a la huelga con las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que sean propios a una sociedad democrática, necesarios para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas. (Art. 8)
- Derecho a la seguridad social. (Art. 9)

Niños, niñas y adolescentes.

Con relación a los niños, niñas y adolescentes se ha mencionado anteriormente algunos convenios de la Organización Internacional del Trabajo que se refieren a la protección de sus derechos, especialmente para evitar y erradicar el trabajo infantil. Entre estos Convenios tenemos el Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138) y el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182), además la Recomendación sobre las condiciones de empleo de los menores (trabajo subterráneo), 1965 (núm. 125).

La protección a los niños, niñas y adolescentes es para garantizar su desarrollo integral aplicando el interés superior en las decisiones estatales. En consecuencia, las empresas y los Estados deben considerar las tres categorías de trabajo infantil prohibidas:

Las formas incuestionablemente peores de trabajo infantil, que internacionalmente se definen como esclavitud, trata de personas, servidumbre por deudas y otras formas de trabajo forzoso, reclutamiento forzoso de niños para utilizarlos en conflictos armados, prostitución y pornografía, y actividades ilícitas.

Un trabajo realizado por un niño que no alcanza la edad mínima especificada para el tipo de trabajo de que se trate (según determine la legislación nacional, de acuerdo con normas internacionalmente aceptadas), y que, por consiguiente, impida probablemente la educación y el pleno desarrollo del niño.

Un trabajo que ponga en peligro el bienestar físico, mental o moral del niño, ya sea por su propia naturaleza o por las condiciones en que se realiza, y que se denomina «trabajo peligroso»¹²⁴.

Por otro lado, los Estados adoptaron la Convención de los Derechos del Niño¹²⁵ con el fin de buscar protección para este grupo de atención prioritaria. En el artículo 1 se establece que a este grupo pertenecen las personas menores de dieciocho años, salvo que la ley establezca otra edad.

El artículo 32 de la Convención hace referencia a la protección frente a la explotación económica, para lo cual, los Estados deben adoptar las medidas que garanticen este derecho. El mencionado artículo establece:

1. Los Estados Parte reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.
2. Los Estados Parte adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Parte, en particular:
 - a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;
 - b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo;
 - c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.

El Comité de los Derechos del Niño, órgano que supervisa la aplicación de la Convención, emitió la Observación General No. 16 de 2013 sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos niño. Al respecto, el Comité señala:

Las empresas pueden ser un motor fundamental para que las sociedades y las economías avancen de manera que se fortalezca la efectividad de los derechos del niño mediante, por ejemplo, los avances tecnológicos, la inversión y la generación de trabajo decente. Sin embargo, la efectividad de los derechos del

¹²⁴ Conferencia Internacional del Trabajo, *La eliminación del trabajo infantil: un objetivo a nuestro alcance. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, 2006, Ginebra, p. 26.

¹²⁵ Adoptada y abierta a la firma y ratificación en 1989, entró en vigor el 2 de septiembre de 1990.

niño no es una consecuencia automática del crecimiento económico y las empresas también pueden afectar negativamente a los derechos del niño¹²⁶.

De la Observación General en mención se desprende que los Estados tienen obligaciones relacionadas al impacto de las actividades y operaciones de las empresas y que se encuentran establecidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, el Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, y el Protocolo facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados. El Comité se refiere a las obligaciones generales del Estado, que corresponden a las de respetar, proteger y realizar los derechos humanos y a obligaciones en contextos específicos, como la prestación de servicios, en el sector no estructurado de la economía, en las operaciones mundiales de las empresas, las organizaciones internacionales, las emergencias y situaciones de conflicto¹²⁷.

En cuanto a la prestación de servicios, el Comité hace referencia a los servicios de agua, saneamiento, educación, transporte, salud, cuidados alternativos, suministro energético, seguridad y centros de detención. Establece que:

Los Estados deben adoptar medidas concretas que tengan en cuenta la participación del sector privado en la prestación de servicios a fin de velar por que los derechos enumerados en la Convención no se vean comprometidos. Tienen la obligación de establecer normas, con arreglo a la Convención, y de vigilar de cerca su cumplimiento. Una supervisión, vigilancia o inspección inadecuadas por parte de estos órganos puede dar lugar a graves violaciones de los derechos del niño, como la violencia, la explotación o el descuido. Los Estados deben velar por que la prestación de estos servicios no ponga en peligro el acceso de los niños a los servicios por motivos discriminatorios, especialmente en el marco del principio de protección contra la discriminación, y por que, en todas las ramas del sector de los servicios, los niños tengan acceso a un órgano de supervisión independiente, a mecanismos de denuncia y, cuando proceda, a un recurso judicial adecuado que les permita acceder a recursos efectivos en caso de vulneración de sus derechos. El Comité recomienda que se establezca un procedimiento o mecanismo permanente de supervisión que vele por que todos los proveedores no estatales de servicios tengan y apliquen políticas, programas y procedimientos acordes con la Convención¹²⁸.

Cuando se refiere al sector no estructurado de la economía está hablando de las actividades que se realizan fuera de los marcos jurídicos, que conllevan peligros para

¹²⁶ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 16 sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño*, CRC/C/GC/16 del 17 de abril de 2013, párr.1.

¹²⁷ Ibidem, párrs. 2, 25, 33, 35, 38, 47, 49.

¹²⁸ Ibidem, párr. 34.

los derechos de los niños, niñas y adolescentes, como su derecho a la salud, derecho a la no explotación laboral, entre otros. Al respecto, el Comité señala:

Las actividades empresariales que se desarrollan fuera de los marcos jurídicos e institucionales que regulan y protegen los derechos pueden resultar especialmente peligrosas para el disfrute de los derechos del niño. Por ejemplo, los productos fabricados o manipulados en este contexto, como juguetes, prendas de vestir o productos alimenticios, pueden ser inseguros o insalubres para los niños. También suele encontrarse un número reducido de niños en esferas ocultas de trabajo informal, como pequeñas empresas familiares o en los sectores de la agricultura y la hostelería. Con frecuencia, esos trabajos llevan aparejados precariedad laboral; una remuneración escasa, irregular o incluso nula; riesgos para la salud; falta de seguridad social; restricciones a la libertad de asociación; y una protección inadecuada contra la discriminación y la violencia o la explotación. Estas actividades pueden impedir que los niños asistan a la escuela, hagan los deberes o dediquen tiempo suficiente al recreo y el descanso (...). Además, los padres o los cuidadores que trabajan en el sector no estructurado de la economía a menudo tienen que trabajar largas jornadas para obtener unos ingresos que les permitan subsistir, lo cual limita gravemente sus posibilidades de ejercer las responsabilidades parentales o atender a los niños a su cargo.

Los Estados deben aplicar medidas para garantizar que las actividades empresariales se desarrollen siempre dentro de los debidos marcos jurídicos e institucionales, independientemente de su magnitud o del sector de la economía, de manera que los derechos del niño puedan ser claramente reconocidos y protegidos. Entre esas medidas pueden figurar, por ejemplo, la concienciación, la investigación y recopilación de datos sobre el impacto del sector no estructurado de la economía en los derechos del niño; el apoyo a la creación de trabajos decentes que ofrezcan una remuneración suficiente a los padres o los cuidadores que trabajan; la aplicación de leyes claras y predecibles sobre el uso de la tierra; la mejora de la protección social a las familias con bajos ingresos; y el apoyo a las empresas del sector no estructurado mediante la provisión de capacitación, centros de registro, servicios bancarios y de crédito flexibles y eficaces, disposiciones fiscales adecuadas y acceso a los mercados. (...)

Los Estados están obligados a elaborar y ejecutar programas destinados a las empresas en esos contextos, entre otras cosas haciendo cumplir las normas internacionales sobre la edad mínima para trabajar y las condiciones adecuadas de trabajo, invirtiendo en educación y formación profesional y prestando apoyo para lograr una transición satisfactoria de los niños al mercado laboral. Los Estados deben velar por que las políticas de protección social e

infantil lleguen a todos, especialmente a las familias en el sector no estructurado de la economía¹²⁹.

Cuando el Comité se refiere a las operaciones mundiales, apunta a la compleja relación entre las empresas, como por ejemplo ocurre entre las empresas proveedoras, contratistas y las empresas transnacionales. Una de las situaciones tiene que ver con las circunstancias de los niños en el extranjero, en estos casos los estados deben adoptar medidas para prevenir que se violen sus derechos; el Comité señala las siguientes:

- a) Condicionar el acceso a fondos públicos y otras formas de apoyo público, como los seguros, a que las empresas lleven a cabo un proceso que permita detectar, prevenir y mitigar los efectos negativos en los derechos del niño de sus operaciones en el extranjero;
- b) Tener en cuenta el historial previo de las empresas en materia de derechos del niño al decidir la asignación de fondos públicos y la prestación de otras formas de apoyo público;
- c) Velar por que los organismos estatales con un papel importante en la esfera empresarial, como las entidades de crédito a la exportación, adopten medidas para detectar, prevenir y mitigar cualquier posible efecto adverso de los proyectos a los que prestan apoyo en los derechos del niño antes de ofrecer apoyo a las empresas que operen en el extranjero, y establecer que dichos organismos no deberán prestar apoyo a actividades que puedan dar lugar a violaciones de los derechos del niño o contribuir a ellas¹³⁰.

Sobre las organizaciones internacionales, el Comité establece que los Estados deben velar que las decisiones que se adopten no afecten los derechos de los niños, y se refiere a cualquier tipo de organización internacional como las de desarrollo, comercio, finanzas, entre otras. El Comité indica:

Las organizaciones internacionales deben tener normas y procedimientos para evaluar el riesgo de daño a los niños que los nuevos proyectos llevan aparejado, así como adoptar medidas para mitigar dicho riesgo. También deben establecer procedimientos y mecanismos para detectar, combatir y reparar las violaciones de los derechos del niño conforme a las normas internacionales existentes, incluidas las que se deban a actividades de empresas vinculadas a ellas o financiadas por ellas o resulten de dichas actividades¹³¹.

¹²⁹ Ibidem párrs. 35, 36, 37.

¹³⁰ Ibidem, párr. 45.

¹³¹ Ibidem, párr. 48.

Finalmente, con relación a las emergencias y situaciones de conflicto, el Comité señala que se presentan escenarios en los cuales existe un mayor riesgo para los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Al respecto, dice:

En estos contextos puede haber un riesgo mayor de que las empresas utilicen mano de obra infantil (en las cadenas de suministro y en las filiales, por ejemplo) o de que se utilicen niños soldados, se evadan impuestos o se cometan actos de corrupción. Habida cuenta del mayor riesgo, los Estados de origen deben exigir a las empresas que operen en situaciones de emergencia y conflicto que apliquen estrictos procesos de diligencia debida en materia de derechos del niño adaptados a su tamaño y sus actividades. Los Estados de origen también deben elaborar y aplicar leyes y reglamentos que aborden los riesgos concretos, previsibles para los derechos del niño de las empresas que operan a nivel transnacional. Esto puede incluir el requisito de hacer públicas las medidas adoptadas para velar por que las operaciones de las empresas no contribuyan a violaciones graves de los derechos del niño, así como la prohibición de vender o transferir armas u otras formas de asistencia militar cuando el destino final sea un país en que se sepa que los niños son reclutados o utilizados en hostilidades, o que podrían serlo.

Los Estados de origen deben ofrecer a las empresas información actualizada, precisa y completa sobre el contexto local de los derechos del niño cuando estas operen, o tengan previsto hacerlo, en zonas afectadas por conflictos o situaciones de emergencia. Esta orientación debe hacer hincapié en que las empresas tienen la misma obligación de respetar los derechos del niño en esas situaciones que en todas las demás. En las zonas de conflicto, los niños pueden ser víctimas de la violencia, por ejemplo, la explotación o abusos sexuales, la trata de niños o la violencia por motivos de género, y los Estados deben reconocer esa situación al proporcionar orientación a las empresas.

Las obligaciones de los Estados de origen y destino en virtud de las disposiciones pertinentes de la Convención deben destacarse cuando las empresas operan en zonas afectadas por conflictos. El artículo 38 exige que se respeten las normas del derecho internacional humanitario, el artículo 39 obliga a los Estados a adoptar medidas apropiadas para promover la recuperación psicológica y la reintegración social y el Protocolo facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados contiene disposiciones sobre el reclutamiento de niños menores de 18 años en las fuerzas armadas. Cuando operan en zonas afectadas por conflictos, las empresas pueden contratar a empresas privadas de seguridad, lo que puede conllevar el riesgo de que se produzcan violaciones de los derechos, como explotación y/o uso de la violencia contra los niños, al tratar de proteger las instalaciones o en el contexto de otras operaciones. Para evitarlo, tanto los Estados de origen como los Estados receptores deberán aprobar y aplicar leyes nacionales que prohíban expresamente que esas empresas contraten o utilicen a niños en las hostilidades; exijan la adopción de medidas eficaces para proteger a los niños de la violencia y la explotación; y

establezcan mecanismos para exigir responsabilidades al personal por las violaciones de los derechos del niño¹³².

3.3. Dimensión económica empresarial de acuerdo con la tipología de empresas y afectados: Beneficios y costos sociales del respeto a los derechos humanos para las empresas.

El principio rector 11 sobre empresas y derechos humanos señala que las empresas deben respetar los derechos humanos, indicando que “eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación”.

Es básico comprender que la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos a lo largo de su cadena de valor y sus relaciones comerciales implica el respetar las leyes y reglamentos vigentes en los ordenamientos jurídicos del país en el que operan y en el que tienen su domicilio. Sin embargo, en el principio rector 12 se establece que los derechos humanos que deben respetar las empresas también corresponden a aquellos internacionalmente reconocidos:

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

La Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, a la que se refiere el principio rector 12, fue adoptada en 1998. Mediante este instrumento los Estados miembros de la OIT se comprometieron, según se desprende de su artículo 2, a que independientemente de la ratificación o no de los convenios, como mínimo deben respetar y promover los principios y derechos en cuatro categorías:

La Conferencia Internacional del Trabajo [...]

2. Declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir:

¹³² Ibidem párrs. 50 a 52.

- a) a la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
- b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
- c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y
- d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación¹³³.

Como se puede observar existe un mínimo de actividades empresariales que deben ser consecuentes con el respeto a los derechos humanos en el ámbito laboral y que buscan proteger los derechos de los trabajadores en general y de la niñez y adolescencia en particular.

El principio rector 13 establece que las empresas deben respetar los derechos humanos al emprender sus actividades, lo que implica que deben observar si sus acciones vulneran o no los derechos de las personas. Este principio señala:

La responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas:

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

De acuerdo con el principio rector 14, la responsabilidad de respetar los derechos humanos no depende del tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura de la empresa. Este Principio establece que:

La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se aplica a todas las empresas independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura. Sin embargo, la magnitud y la complejidad de los medios dispuestos por las empresas para asumir esa responsabilidad puede variar en función de esos factores y de la gravedad de

¹³³ Organización Internacional del Trabajo, *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*, Ginebra, 18 de junio de 1998, segunda edición anexo revisado, 2010, p. 7, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_467655.pdf

las consecuencias negativas de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos.

Los principios rectores 15 y 16 van más allá al señalar el deber que tienen las empresas de asumir voluntariamente el respeto a los derechos humanos, incluso mediante una declaración política al más alto nivel directivo. Específicamente dicen:

15. Para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias, a saber:

- a) Un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos;
- b) Un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos;
- c) Unos procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar”.

16. Para asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben expresar su compromiso con esta responsabilidad mediante una declaración política que:

- a) Sea aprobada al más alto nivel directivo de la empresa;
- b) Se base en un asesoramiento especializado interno y/o externo;
- c) Establezca lo que la empresa espera, en relación con los derechos humanos, de su personal, sus socios y otras partes directamente vinculadas con sus operaciones, productos o servicios;
- d) Se haga pública y se difunda interna y externamente a todo el personal, los socios y otras partes interesadas;
- e) Quede reflejada en las políticas y los procedimientos operacionales necesarios para inculcar el compromiso asumido a nivel de toda la empresa.

Para Enrique Guadarrama López, el binomio empresa-derechos humanos ha pasado por cuatro etapas. La primera en la que se ubica a la empresa en el ámbito del derecho privado por cuanto hace referencia a las relaciones entre particulares (siglo XIX); la segunda en la que surge la presencia del denominado “Estado empresario” (mediados del siglo XX); la tercera en la que las empresas se dan cuenta del valor agregado de mostrarse socialmente responsables bajo un esquema de auto regulación y en la que el Estado no puede exigir jurídicamente a las empresas el cumplimiento de las reglas de responsabilidad empresarial (últimos lustros del siglo XX)¹³⁴.

¹³⁴ Enrique Guadarrama López, “Reflexiones en torno a las empresas y los derechos humanos”, en Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, *Memoria Foro sobre Aspectos Internacionales de la Responsabilidad Empresarial y los Derechos Humanos*, Ciudad de México, diciembre 2015, pp. 81, 82.

Finalmente, con relación a la cuarta etapa señala:

Se corresponde con el inicio del siglo XXI. Se vuelve específico el papel a jugar y la responsabilidad a asumir por parte de las empresas frente a la observancia y respeto a los derechos humanos, tanto al interior de la organización como en relación a la sociedad. Esta etapa se identifica bajo el binomio empresa-derechos humanos.

Aquí, el Estado asume obligaciones específicas derivadas de compromisos provenientes de la agenda establecida por organismos internacionales (Principios Rectores de Naciones Unidas, Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible).

[...] aparecen dos actores claramente identificados y con roles relevantes:

- A) El Estado con la obligación innata a su naturaleza político-social de salvaguardar los derechos humanos de la sociedad. [...].
- B) Las empresas con una obligación legal directa de respetar derechos humanos, aunque bajo un esquema de responsabilidad indirecta ante los organismos nacional e internacionales [...]. Lo cierto es que las empresas en la relación que mantienen frente a los organismos públicos de derechos humanos tienen frente a sí de manera ineludible a la sociedad, a la que no pueden soslayar¹³⁵.

En relación con esta última etapa que es la que se encuentra en desarrollo, el autor citado añade que:

Así como en su momento, las empresas se autodenominaron socialmente responsables, ahora debe permear la idea de *empresas socialmente responsables de respetar derechos humanos*. Es decir, debe dársele a las empresas un calificativo de ese tenor; lo que correspondería a los organismos públicos de derechos humanos; de esa manera se superaría la etapa de autorregulación de responsabilidad social para entrar a la etapa de respeto en materia de derechos humanos¹³⁶.

También se refiere a los réditos económicos que pueden generar las empresas al respetar los derechos humanos. Al respecto señala que:

Es cierto que en la actividad empresarial existen riesgos económicos, es decir, que una inversión puede no resultar un buen negocio en cuanto a ganancias. Lo que se debe hacer es persuadir a las empresas a que dentro de sus estudios de impacto o de inversión y de planes de negocio (viabilidad financiera, estudios

¹³⁵ Ibidem, pp. 83, 84.

¹³⁶ Ibidem, p. 84.

de mercado, o prospectivas económicas), incluyan fórmulas de medición de riesgo en temas de derechos humanos, así como indicadores estratégicos y cadenas de valor que tengan que ver con el tema de los derechos humanos. Que esto sea un componente del esquema de negocio.

Las empresas deben respetar los derechos humanos en todas sus estrategias económicas y financieras, así como en sus planes empresariales, y lo deben hacer con algún tipo de medición. Se requiere pensar en cómo las instituciones de derechos humanos podrían calificar a las empresas por su respeto a los derechos humanos en función de sus medidas de operatividad. Ahí están los Principios Rectores de la ONU, aunque podría ser bajo el esquema de autorregulación de las empresas como parte de la denominada convicción empresarial¹³⁷.

En definitiva, las empresas de acuerdo con su tamaño y sector donde operan, de la misma manera que dan seguimiento a que sus actividades les den los réditos económicos suficientes para continuar con sus operaciones, deben establecer formas para medir y vigilar su cumplimiento con el respeto de los derechos humanos. Así mismo, las empresas deben generar estudios sobre el impacto de sus actividades a los derechos humanos de los individuos y grupos de personas que podrían afectar, así como generan estudios sobre rentabilidad de sus operaciones y establecen estrategias económicas y financieras.

Michael Addo, del Grupo de trabajo de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos, menciona que las empresas que establecen políticas de respeto de los derechos humanos generan costes; sin embargo, no hacerlo, genera costes mayores. A la pregunta: ¿Cumplir con los Derechos Humanos puede ser un beneficio para la empresa desde el punto de vista económico, no solo para mejorar su imagen?, él responde:

Sí, hay estudios que lo demuestran. Implementar estas políticas tiene un coste, pero el de quedarse parados es aún mayor. Puede suponer un gasto del 80% más. Y tiene sentido, porque los principios rectores tienen que ver con la prevención. Si hacen auditorías internas, identificando riesgos y evitándolos, ahorrarán dinero. Para su reputación también es importante, porque el público demanda cada vez más un respeto por los derechos humanos en las empresas¹³⁸.

Evidentemente, hacer realidad los derechos humanos tiene un costo económico. Los propios Estados lo saben puesto que a ellos mismo les cuesta implementar medidas para prevenir las vulneraciones de derechos humanos y también garantizarlos; por ello, una de las obligaciones que se desprenden de los instrumentos internacionales

¹³⁷ Ibidem, p. 88.

¹³⁸ Entrevista a Michael Addo, El País, 28 de febrero de 2019. Disponible en: https://elpais.com/elpais/2014/04/25/planeta_futuro/1398438099_865777.html.

es que se procuren los recursos disponibles para garantizar el ejercicio de los derechos humanos.

Igual obligación deben tener las empresas, primero, para identificar los riesgos de vulnerar derechos humanos que pudieran ocurrir en el transcurso de sus actividades, en consecuencia, deben realizar una auditoría o evaluación de riesgos; segundo, una vez identificados los riesgos, deben establecer las medidas de prevención para que aquellos no sucedan, e igualmente deben realizar las auditorías de calidad a estos mecanismos de prevención; y tercero, deben garantizar la participación de los sectores sociales y la población que pueda ser afectada por los riesgos y que tiene interés de participar. Todas estas actividades implican necesariamente contar con el respectivo presupuesto que les permita realizarlas.

Asimismo, las empresas deben contar con un presupuesto para controlar las actividades de sus empresas proveedoras, sus cadenas de valor, aun cuando estas se encuentren en territorios de otros países. En ese sentido, las empresas deben considerar este tipo de costes para respetar los derechos humanos, incluso, en sus relaciones comerciales.

Por otro lado, si las empresas no optan por establecer las medidas de prevención pertinentes, entonces deberían presupuestar los mecanismos de reparación integral. En muchos casos, la reparación llega luego de procesos judiciales o extrajudiciales también costosos. Sin embargo, cuando existe una sentencia que determina la responsabilidad de una empresa, estas pierden credibilidad y afecta su reputación frente al público consumidor. Entonces, no solo tiene un coste económico inmediato, sino que, a la larga, la afectación a su imagen también le representará un coste al no tener los réditos que requiere.

En consecuencia, el respeto a los derechos humanos puede considerarse como un activo invaluable de las empresas; así, en palabras de Amerigo Incalcaterra, entonces Representante Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos:

Respetar los derechos humanos es un buen negocio, le hace prevenir muchos dolores de cabeza y mucho dinero cuando tiene que remediar alguna situación que su operación comercial empresarial haya hecho daño; hay también una aceptación social que no tiene precio, no tiene valor, pero es sumamente importante para la identificación propia de un producto. Compro este producto porque es un producto que respeta los derechos de los trabajadores. Compro este producto porque lo producen respetando la cadena de valores. Compro este producto porque es saludable y es amigable con el medio ambiente¹³⁹.

139 Defensoría del Pueblo de Perú. Video: Amerigo Incalcaterra: *Respetar los DD.HH. es un buen negocio*, 8 de junio de 2017, disponible en https://www.youtube.com/watch?time_continue=75&v=X9QHJey1Or0.

En el ámbito del derecho laboral es más evidente aún, puesto que, en sí, las empresas buscan generar riqueza para lograr un efectivo desarrollo; sin embargo, el desarrollo no puede generarse en detrimento de la dignidad del ser humano, y específicamente de sus trabajadores. Por tal motivo, es importante que los Estados adopten la normativa laboral que más proteja el derecho al trabajo de las personas y que las empresas, independientemente de su sector económico y tamaño, adopten esta normativa en sus reglamentos internos.

En definitiva, las empresas deben ser consecuentes con la Declaración de Filadelfia de la OIT de 1944, que en su artículo I literal a) establece que el trabajo no es una mercancía; y la normativa laboral debe tener como finalidad la realización digna de las personas y el ejercicio pleno de sus derechos como la salud ocupacional, la seguridad social, la remuneración en condiciones de igualdad, en fin, garantizar el trabajo decente.

3.4. Obligaciones básicas de las empresas para el efectivo respeto de los derechos humanos: Implementación de acciones concretas y prácticas.

3.4.1. Implementación de medidas mínimas de debida diligencia con enfoque de género y diversidad.

Los principios rectores establecen un tercer pilar sobre la debida diligencia en materia de derechos humanos. Concretamente, el principio rector 17 dice:

Con el fin de identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos, las empresas deben proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos. Este proceso debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas. La debida diligencia en materia de derechos humanos:

a) Debe abarcar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa haya provocado o contribuido a provocar a través de sus propias actividades, o que guarden relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales;

b) Variará de complejidad en función del tamaño de la empresa, el riesgo de graves consecuencias negativas sobre los derechos humanos y la naturaleza y el contexto de sus operaciones;

c) Debe ser un proceso continuo, ya que los riesgos para los derechos humanos pueden cambiar con el tiempo, en función de la evolución de las operaciones y el contexto operacional de las empresas.

El principio rector 17 se refiere a la obligación de las empresas de identificar, prevenir, mitigar y responder frente a las violaciones de derechos humanos producidas por el impacto de sus actividades. Esta obligación es preventiva frente a los posibles riesgos, y reactiva frente a los riesgos efectivamente producidos.

Los siguientes principios rectores, desde el 18 al 21, se refieren a los componentes esenciales de la debida diligencia; en consecuencia, abordan la identificación de riesgos en materia de derechos humanos; las acciones de prevención y mitigación de las consecuencias negativas de las actividades empresariales; el seguimiento que deben generar las empresas para prevenir las consecuencias negativas y dar una respuesta efectiva a las vulneraciones de derechos humanos; las medidas de información que deben implementar las empresas sobre las consecuencias de sus actividades en los derechos humanos.

Para Humberto Cantú, la debida diligencia es el deber de las empresas de atender a las obligaciones nacionales (dadas por el ordenamiento jurídico interno de cada país) y los derechos humanos.

La debida diligencia constituye un proceso por el que las empresas no sólo se aseguran de cumplir con las normas nacionales, sino también de manejar los riesgos de daño a los derechos humanos, con el objetivo de evitarlos. Son, en esencia, las medidas que una empresa debe tomar para identificar, prevenir y tratar los impactos a los derechos humanos que puedan resultar de sus operaciones o relaciones comerciales¹⁴⁰.

Esta obligación de actuar con debida diligencia debe ser una obligación a implementarse con un enfoque de género y diversidad, esto es, atendiendo a las necesidades específicas de la población de acuerdo a su género, edad, etnia, origen de nacimiento, entre otros parámetros diferenciadores; por cuanto los impactos que generen las actividades de las empresas tendrán consecuencias diferentes en los distintos grupos poblacionales, razón por la cual es necesario identificar las características de cada grupo.

Al respecto, el principio rector 18 se refiere a la identificación de riesgos en materia de derechos humanos; debiendo subrayarse *derechos humanos* con el objeto de establecer que los riesgos no hacen referencia a aquellos corporativos de consecuencias económicas para las empresas. Este principio establece que:

A fin de calibrar los riesgos en materia de derechos humanos, las empresas deben identificar y evaluar las consecuencias negativas reales o potenciales

140 Humberto Cantú Rivera, "Megaproyectos y debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos", Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, Héctor Dávalos Martínez y Juan Carlos Villalobos (Coord.). *Memoria del Foro Internacional sobre Derechos Humanos en el contexto de las actividades empresariales y el desarrollo sostenible. Chihuahua, Chihuahua, abril 2016*, México, 2017, pp. 228, 229.

sobre los derechos humanos en las que puedan verse implicadas ya sea a través de sus propias actividades o como resultado de sus relaciones comerciales. Este proceso debe:

- a) Recurrir a expertos en derechos humanos internos y/o independientes;
- b) Incluir consultas sustantivas con los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas, en función del tamaño de la empresa y de la naturaleza y el contexto de operación.

Por ejemplo, en el ámbito laboral las empresas en Ecuador están obligadas a identificar los riesgos laborales, aunque su identificación se limita a las enfermedades profesionales y ocupacionales y a los accidentes de trabajo¹⁴¹. Así como se adoptó esta medida para abordar los riesgos laborales, es importante que las empresas identifiquen riesgos de discriminación hacia sus trabajadoras. Al respecto, la Asociación Americana de Juristas señala:

Actualmente, los programas de desarrollo, tanto nacionales como internacionales, invocando la necesidad de buscar la productividad, sacrifican el bienestar de los seres humanos en el altar de la productividad y de la renta o beneficio privados. Un artículo aparecido en la revista POPULI, del Fondo de Población de las Naciones Unidas, dice lo siguiente: “Las crecientes limitaciones impuestas a las mujeres por los lapsos más prolongados en que deben trabajar para ganarse la vida, deterioran su condición y mantienen las tasas de natalidad a nivel alto. Cuando las mujeres ya no pueden absorber más trabajo recurren en mayor medida a la contribución de sus hijos, especialmente de las niñas. En verdad la creciente tendencia en muchas zonas a mantener a las niñas fuera de la escuela para que ayuden en las tareas de sus madres, virtualmente asegura que otra generación de mujeres crecerá con menores perspectivas que sus hermanos... en lugar de combatir la desigualdad entre los sexos, los gobiernos y los organismos internacionales la han exacerbado, dado que se han centrado en la capacidad de procreación de la mujer y han excluido su papel como productora y copartícipe en el proceso de desarrollo... En efecto, las actuales políticas de población asignan a la mujer la capacidad de resolver

¹⁴¹ La legislación ecuatoriana identifica como riesgos del trabajo a las enfermedades profesionales de los trabajadores y daños derivados de accidentes laborales, como se puede observar en el Reglamento del Seguro General de Riesgos del Trabajo, adoptado mediante Resolución No. C.D. 513 publicado en la Edición Especial del Registro Oficial No. 5, del 01 de junio de 2017. El artículo 1 del Reglamento citado indica: “De conformidad con lo previsto en el artículo 155 de la Ley de Seguridad Social referente a los lineamientos de política, el Seguro General de Riesgos del Trabajo protege al afiliado y al empleador, mediante programas de prevención de los riesgos derivados del trabajo, acciones de reparación de los daños derivados de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales u ocupacionales, incluida la rehabilitación física, mental y la reinserción laboral”.

problemas sociales y económicos acerca de cuya creación ha tenido poca responsabilidad”¹⁴².

En el mismo ámbito laboral, otro ejemplo es los riesgos de vulneración de derechos humanos a la niñez y específicamente, por las afectaciones diferenciadas, a las niñas. Carlos Eduardo Figari se refiere a estas vulneraciones respecto a Argentina:

Otra forma de explotación infantil que se da en nuestro país, asociada en cierta forma al trabajo doméstico, son las labores agrícolas. Muchos niños y niñas las desempeñan, también en este caso en condiciones muy peligrosas, vinculadas al trabajo de sus familias, ya sea en sus propios campos o en los de terceros.

En el ámbito rural, las estrategias de supervivencia de los campesinos pobres determinan que la fuerza de trabajo es dominada por la familia, generalmente de asalariados pobres con pago a destajo en las labores relacionadas con la explotación agroindustrial de algodón, especias, nogales, vides, olivares y tabaco. Los niños participan con ella como un elemento más. También están asociados a tareas de producción hortícola y caprina. Las tareas domésticas vinculadas al ámbito agropecuario suelen demandar, además, mucho tiempo y esfuerzo para ellos; por ejemplo, el acarreo de leña y de agua y especialmente, el cuidado de los otros niños pequeños de familias que suelen ser muy numerosas¹⁴³.

Las empresas deben identificar y abordar este tipo de riesgos para dar respuestas inmediatas y efectivas cuando en sus operaciones se produzcan y vulneren los derechos humanos de las mujeres, niñas y niños, sin desmedro de que los Estados adopten mecanismos de prevención, protección y reparación atendiendo a sus obligaciones jurídicas. Evidentemente, la diversidad de grupos en condiciones de vulnerabilidad en el ámbito laboral, como, por ejemplo, personas con discapacidad, con enfermedades catastróficas o adultas mayores, exige en cada uno de los casos revisar los estándares específicos de derechos humanos desarrollados a nivel nacional e internacional.

3.4.2. Implementación de acciones de mitigación o disminución del riesgo de vulneración a los derechos humanos.

142 Asociación Americana de Juristas, “Intervención en la Subcomisión de Derechos Humanos”, en Alda Facio, (comp.), *Declaración Universal de Derechos Humanos: texto y comentarios inusuales*, San José, Costa Rica. ILANUD. Programa Mujer, Justicia y Género, 2001, pp. 349 a 351.

143 Carlos Eduardo Figari, “La problemática de género en el trabajo infantil” en Alda Facio, (comp.), *Declaración Universal de Derechos Humanos: texto y comentarios inusuales*, San José, Costa Rica. ILANUD. Programa Mujer, Justicia y Género, 2001, pp. 355, 356.

La prevención y la adopción de medidas para mitigar las vulneraciones de derechos humanos constan como deber de debida diligencia de las empresas en el principio rector 19:

Para prevenir y mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos, las empresas deben integrar las conclusiones de sus evaluaciones de impacto en el marco de las funciones y procesos internos pertinentes y tomar las medidas oportunas.

a) Para que esa integración sea eficaz es preciso que:

- i) La responsabilidad de prevenir esas consecuencias se asigne a los niveles y funciones adecuados dentro de la empresa;
- ii) La adopción de decisiones internas, las asignaciones presupuestarias y los procesos de supervisión permitan ofrecer respuestas eficaces a esos impactos.

b) Las medidas que deban adoptarse variarán en función de:

- i) Que la empresa provoque o contribuya a provocar las consecuencias negativas o de que su implicación se reduzca a una relación directa de esas consecuencias con las operaciones, productos o servicios prestados por una relación comercial;
- ii) Su capacidad de influencia para prevenir las consecuencias negativas.

En consecuencia, las empresas deben adoptar un mecanismo específico para identificar los riesgos de sus actividades en relación con los derechos humanos, y junto a este mecanismo debe emprender una política empresarial y medidas específicas de prevención y mitigación de cada riesgo identificado.

El mecanismo de identificación de riesgos debe verificar los riesgos reales y los potenciales, siendo que los reales son aquellos que efectivamente suceden en el contexto de las operaciones, por lo que corresponde el cese de dicha vulneración; y los potenciales son aquellos que tienen un alto grado de probabilidades de que ocurran, por lo que deben implementarse las medidas de prevención o mitigación de dichas vulneraciones.

En el ámbito laboral, por ejemplo, las empresas deben identificar riesgos como los de que en su cadena de valor o en las empresas proveedoras se pueda explotar laboralmente a niños, niñas y adolescentes. Este puede ser un riesgo potencial, frente al cual deben generar un mecanismo efectivo de prevención, como, por ejemplo, crear normativa interna para disponer que no se contrate ni se ponga a trabajar a personas menores de 18 años, en correspondencia con el artículo 7 numeral 2, literales a) y e) del Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182), que dispone:

2. Todo Miembro deberá adoptar, teniendo en cuenta la importancia de la educación para la eliminación del trabajo infantil, medidas efectivas y en un plazo determinado con el fin de:

(a) impedir la ocupación de niños en las peores formas de trabajo infantil; [...]

(e) tener en cuenta la situación particular de las niñas.

Si bien se observa que esta obligación está dirigida a los Estados, y dentro del Estado a la autoridad competente, las empresas tienen la obligación de respetar los derechos, y por ello, deben incorporarlo en sus normativas internas, e incluso disponer sanciones a quienes dentro de su empresa permitan estas situaciones y remitirlos a las autoridades pertinentes para la determinación de responsabilidades y sanciones en el ámbito del derecho penal.

En consecuencia, debe implementarse una vigilancia constante dentro de la empresa, y también en las cadenas de suministro y producción. De las guías para empresas de la Organización Internacional del Trabajo se recoge el siguiente ejemplo:

(...) fabricante de alfombras indio Obeetee Ltd. [quien] adoptó estrictas medidas para advertir a sus proveedores de que no toleraría el trabajo infantil. La empresa incrementó la remuneración a los tejedores, pero exigió, al mismo tiempo, que no emplearán mano de obra infantil. [...]

Dicha política incluyó las siguientes medidas:

- Aumento considerable de los salarios como incentivo para que los propietarios de los telares produjeran alfombras sin emplear mano de obra infantil;
- Campaña de sensibilización sobre el trabajo infantil en las aldeas donde se tejían las alfombras;
- Solicitud a los propietarios de los telares que aseguraran por escrito que no emplearían a niños menores de 15 años (un año más que la edad mínima legal de 14 años, en consideración a los problemas de certificación de la edad de los niños);
- Plazo de seis meses a los propietarios de los telares para eliminar el trabajo infantil;
- Establecimiento de un minucioso sistema de supervisión¹⁴⁴.

144 Anne-Brit Nippierd, Sandy Gros-Lous, *Guía II ¿Qué pueden hacer los empleadores para eliminar el trabajo infantil?*, OIT, Oficina de Actividades para los Empleadores de la Oficina Internacional del Trabajo y Organización Internacional de Empleadores (OIE), segunda edición, Lima, 2009, pp. 49, 50. Disponible en: https://www.ilo.org/public/spanish/dialogue/actemp/downloads/projects/guia_empleadores_actemp.pdf

De esto se desprende que incluso pueden suscribirse contratos con los proveedores en los que se especifique la edad mínima para trabajar, la identificación de las tareas peligrosas que no deben realizar los menores de 18 años, entre otras cuestiones, que si no se cumplen, pueden ser causal para la terminación de la relación comercial, aunque de acuerdo a las guías para empleadores de la OIT, también se puede “optar por llegar a un acuerdo constructivo con ellos para establecer un programa de reformas”¹⁴⁵.

Adicionalmente, tanto Estados como empresas deben considerar la edad mínima legal para trabajar. El Convenio sobre la edad mínima de la OIT, 1973 (núm. 138), la establece en 18 años. En consecuencia, para evitar que se explote laboralmente a los niños, las empresas deben adecuar procesos de verificación de edad, y mantener registros de sus trabajadores. En el caso de que determinen que un menor de edad está trabajando en la empresa, inmediatamente deben tomar medidas para sancionar a quien lo permitió y asegurar al niño, niña o adolescente que haya sido puesto en esta situación de explotación laboral.

Para determinar la edad pueden existir diversos mecanismos. La Organización Internacional del Trabajo en la guía para empleadores sostiene que:

Ello se puede efectuar a través de una auditoría de los empleados. De ser posible se podría solicitar un documento justificativo de su edad. En ocasiones, no hay certificados de nacimiento donde se pueda verificar la edad. A continuación, se ofrecen algunas técnicas que permiten verificar la edad:

- examen médico previo a la contratación;
- múltiples pruebas documentales y declaraciones juradas;
- entrevistas (que se adecuen al contexto cultural) para los empleados y solicitantes de empleo que parezcan demasiado jóvenes;
- certificados escolares;
- sentido común¹⁴⁶.

3.4.3. Adopción de mecanismos de reparación por afectaciones a los derechos humanos, al interior y exterior de las empresas.

La reparación es parte del deber de diligencia con el que deben actuar las empresas para respetar los derechos humanos. De acuerdo con el principio rector 22, “si las empresas determinan que han provocado o contribuido a provocar consecuencias negativas deben repararlas o contribuir a su reparación por medios legítimos”.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 51.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 15.

En consecuencia, las empresas deben adoptar mecanismos internos que permitan a las personas y grupos de personas acceder a una reparación efectiva e integral. Estos mecanismos deben atender y reparar de forma rápida y directa las violaciones de derechos humanos, tal como lo establece el principio rector 29, por el cual se establece que “para que sea posible atender rápidamente y reparar directamente los daños causados, las empresas deben establecer o participar en mecanismos de reclamación eficaces de nivel operacional a disposición de las personas y comunidades que sufran las consecuencias negativas”.

En definitiva, el mecanismo de reparación debe ser efectivo y accesible; asimismo, en el caso de que las empresas no activen internamente un mecanismo de reparación, el Estado debe tener a disposición de sus habitantes un mecanismo de reparación, como se desprende del principio rector 25, por el cual:

Como parte de su deber de protección contra las violaciones de derechos humanos relacionadas con actividades empresariales, los Estados deben tomar medidas apropiadas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo que correspondan, que cuando se produzcan ese tipo de abusos en su territorio y/o jurisdicción los afectados puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces.

Como puede verse, entre los mecanismos de reparación deben existir aquellos de carácter administrativo y aquellos de carácter judicial. Sobre estos últimos, en el principio rector 26 se establece que:

Los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para asegurar la eficacia de los mecanismos judiciales nacionales cuando aborden las violaciones de derechos humanos relacionados con empresas, en particular considerando la forma de limitar los obstáculos legales, prácticos y de otros tipos que puedan conducir a una denegación del acceso a los mecanismos de reparación.

Además de estos mecanismos de reparación, los principios rectores también se refieren a los mecanismos extrajudiciales de reclamación del Estado. Así, en el principio rector 27 señala que “los Estados deben establecer mecanismos de reclamación extrajudiciales eficaces y apropiados, paralelamente a los mecanismos judiciales, como parte de un sistema estatal integral de reparación de las violaciones de los derechos humanos relacionadas con empresas”.

3.4.4. Implementación de elementos y medidas para que una empresa influya sobre las acciones de otra para respetar los derechos humanos: Buenas prácticas en las relaciones comerciales.

El principio rector 13 establece que la responsabilidad de las empresas también debe generarse en las relaciones comerciales y en la cadena de producción. Al respecto, el principio señalado dice:

La responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas:

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

De acuerdo con el principio rector 19, que se centra en los mecanismos que las empresas deben implementar para prevenir y mitigar las violaciones de derechos humanos, se establece también las medidas de influencia para prevenir las consecuencias negativas. Al respecto, la parte pertinente del principio en mención señala:

Para prevenir y mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos, las empresas deben integrar las conclusiones de sus evaluaciones de impacto en el marco de las funciones y procesos internos pertinentes y tomar las medidas oportunas. (...)

b) Las medidas que deban adoptarse variarán en función de:

- i) Que la empresa provoque o contribuya a provocar las consecuencias negativas o de que su implicación se reduzca a una relación directa de esas consecuencias con las operaciones, productos o servicios por una relación comercial;
- ii) Su capacidad de influencia para prevenir las consecuencias negativas.

Adicionalmente, el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, en los comentarios a los principios rectores, al referirse a las relaciones comerciales y la capacidad de influencia de las empresas, señala que las mismas deben adoptar medidas para prevenir o para poner fin a las consecuencias negativas:

Una empresa que contribuya o pueda contribuir a generar consecuencias negativas sobre los derechos humanos debe tomar las medidas necesarias para poner fin o prevenir esa situación y ejercer su influencia para mitigar en la mayor medida posible otras consecuencias. Se considera que tiene influencia la empresa que sea capaz de modificar las prácticas perjudiciales de una entidad que provoque un daño.

Si una empresa no ha contribuido a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos pero esas consecuencias guardan relación directa con las operaciones, productos o servicios prestados por otra entidad con la que

mantiene relaciones comerciales, la situación es más compleja. Entre los factores que determinan la elección de las medidas adecuadas en situaciones de este tipo figuran la influencia de la empresa sobre la entidad en cuestión, la importancia de esa relación comercial para la empresa, la gravedad de la infracción y la posibilidad de que la ruptura de su relación con la entidad en cuestión provoque en sí misma consecuencias negativas sobre los derechos humanos¹⁴⁷.

Asimismo, el Representante Especial se refiere a la influencia de las empresas en las relaciones comerciales:

Si la empresa tiene influencia para prevenir o mitigar las consecuencias negativas, debe ejercerla. Y si carece de influencia sobre la entidad en cuestión, puede encontrar la forma de potenciarla. Puede incrementar su influencia, por ejemplo, ofreciéndole fomento de la capacidad u otros incentivos, o colaborando con otros actores.

Hay situaciones en que la empresa carece de influencia para prevenir o mitigar las consecuencias negativas y es incapaz de aumentar su influencia. En tales casos, debe considerar la posibilidad de poner fin a la relación, tomando en consideración una evaluación razonable de las consecuencias negativas que esa decisión pueda acarrear para la situación de los derechos humanos.

Si la relación comercial es “crucial” para la empresa, poner fin a la misma plantea nuevos problemas. Cabe considerar crucial una relación comercial si de ella depende un producto o servicio esencial para la actividad empresarial y para el cual no existe una fuente alternativa razonable. También en este caso, debe tenerse en cuenta la gravedad de las consecuencias sobre los derechos humanos: cuanto más grave sea la violación, menos deberá tardar la empresa en decidir si rompe la relación. En cualquier caso, mientras prosiga la violación en cuestión y la empresa mantenga su relación comercial, debe estar en condiciones de demostrar sus propios esfuerzos por mitigar el impacto y aceptar las consecuencias — en términos de reputación, financieras o legales— de prolongar su relación¹⁴⁸.

Una de las situaciones a considerar sobre la necesidad de implementar medidas de influencia en las relaciones comerciales se encuentra en la industria textil, especialmente por las denuncias y noticias de que esta industria se sirve de la semi esclavitud para generar sus negocios; un ejemplo de gravedad se develó tras el incendio en una fábrica de textiles en Bangladesh en septiembre de 2016¹⁴⁹, aunque

147 Op. cit.: Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, p. 25.

148 Ibidem, p. 26

149 Ver en: <https://www.publico.es/internacional/bangladesh-industria-textil-ropa-esclavitud.html>.

ciertamente las irregularidades se producen en muchos otros países y en diversas ramas de la producción.

Varias grandes firmas mundiales se ven involucradas respecto a las condiciones precarias de trabajo de sus proveedoras. Una de ellas, Inditex, fue directamente relacionada con el escándalo ocurrido en Brasil en 2011, en donde el Ministerio de Trabajo evidenció la existencia de trabajo esclavo en una empresa subcontratada que producía ropa para la mencionada empresa. De las investigaciones se establecieron 52 autos de infracción, una de ellas por discriminación étnica a las tribus Quechua y Aymará, quienes recibían el peor trato laboral; también reportaron contrataciones ilegales, condiciones degradantes y jornadas exhaustivas de hasta 16 horas diarias¹⁵⁰.

En 2012 Inditex emite el Código de Conducta y Prácticas Responsables, señalando que este Código es “la actualización y la refundición, en un solo documento, del ‘Código de Conducta Interno’ y de la ‘Directriz Interna de Prácticas Responsables’”¹⁵¹, aprobados en 2001 y 2006, respectivamente.

El Código de Conducta establece normas relacionadas a los empleados y también normas relacionadas a las obligaciones de los proveedores. Así:

Inditex considera a las personas como factor clave empresarial, defiende y promueve el cumplimiento de los derechos humanos y laborales y se compromete a la aplicación de la normativa y buenas prácticas en materia de condiciones de empleo, salud y seguridad en el puesto de trabajo. (...)

Todos los proveedores que trabajen con Inditex deberán comprometerse a respetar los derechos humanos y laborales de todos los empleados contratados, así como a involucrar y transmitir estos principios a sus socios de negocio. La vulneración de cualquiera de estos principios no será en ningún caso aceptada por Inditex¹⁵².

De este ejemplo se desprende la necesidad de que las empresas, especialmente las transnacionales por la magnitud del impacto de sus actividades, tanto con sus propios empleados, proveedores y consumidor final, vigilen sus obligaciones de respeto a los derechos humanos, y que además, supervisen sus relaciones comerciales, para que sus proveedores y demás empresas dentro de sus cadenas de producción, atiendan

150 Público.Es, *Brasil destapa trabajo esclavo en una subcontrata de Inditex*, disponible en: <https://www.publico.es/internacional/brasil-destapa-esclavo-subcontrata-inditex.html>

151 INDITEX, *Código de Conducta y Prácticas Responsables*, Grupo Inditex, julio 2012, p. 3; disponible en: <https://www.inditex.com/documents/10279/241584/C%C3%B3digo+de+Conducta+y+Pr%C3%A1cticas+Responsables/c74a0a88-e824-4e18-97fd-06fd2753570c>

152 Ibidem, pp. 8, 10.

también sus obligaciones de respeto a los derechos humanos independientemente de su tamaño y lugar de domicilio.

3.4.5. Obligaciones mínimas de las empresas para cumplir con la consulta previa y consulta pública.

Consulta previa.

Como se ha mencionado a lo largo de la investigación, los principios rectores establecen que las empresas deben respetar los derechos humanos, y aunque el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas haya nombrado solamente algunos instrumentos internacionales, no implica que los otros puedan pasarse por alto. Las empresas tienen una responsabilidad específica sobre el respeto a la consulta previa a los pueblos indígenas, conforme lo sostiene el Relator Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya.

En el ámbito de la consulta previa, Jorge Carlos Toledo Sauri cita la sentencia de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México en el caso de la empresa transnacional Monsanto, que se refiere al derecho a la consulta previa que fue vulnerado al otorgarse permisos para la siembra de soya transgénica sin respetar el derecho de las comunidades de apicultores mayas en Yucatán y Campeche¹⁵³. Al respecto menciona:

A juicio del ministro (...), la Segunda Sala debió tomar en cuenta esta dimensión colectiva del derecho de los pueblos indígenas a su territorio, ya que de librarse al ambiente en etapa comercial la soya genéticamente modificada, el impacto a las actividades de tipo económicas, sociales y culturales de la comunidad, afectaría a todos los miembros de dicha comunidad en su conjunto, y no únicamente a los intereses individuales de los que acudieron al juicio de amparo¹⁵⁴.

En consecuencia, es vital la protección del derecho a la consulta previa por la conexidad de sus derechos colectivos y para garantizar el modo de vida de los pueblos indígenas. Así, Jorge Toledo con relación a las sentencias analizadas, añade que:

El interés legítimo era procedente por el carácter colectivo de los derechos indígenas, especialmente en cuanto al objetivo de la consulta previa, en razón de que, como lo ha reconocido el Comité de Derechos Humanos, la posibilidad de los Estados de realizar proyectos de desarrollo debe enmarcarse en relación

¹⁵³ Segunda Sala de la Suprema Corte de la Nación, juicios de amparo 241/2015, 270/2015 y 410/2015, 498/2015, 499/2015, 500/2015 y 198/2015.

¹⁵⁴ Jorge Toledo Sauri, "Sentencias relevantes de derechos humanos y empresas en México", en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina*, San José, Costa Rica, 2017, pp. 188, 189.

a que estos no restrinjan de manera total el modo de vida de los pueblos indígenas, pues la supervivencia no se refiere a la mera existencia física sino a la capacidad de preservar su identidad cultural, costumbres y los elementos claves de su cosmovisión. Tal preservación únicamente se puede establecer de forma colectiva.

A pesar de la limitación en la protección por el desconocimiento del interés legítimo, la Segunda Sala determinó el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos del Estado mediante el reconocimiento a ser consultados, como una prerrogativa necesaria para salvaguardar la libre determinación de los pueblos indígenas en asuntos que puedan causar impactos significativos sobre su entorno. Pero aún más importante, otorgó el amparo por la falta de consulta previa, determinando que la siembra de soya genéticamente modificada resistente al herbicida denominado glifosato constituye un proyecto de impacto significativo, debido a la potencial afectación que generarían las actividades de la empresa transnacional y que pueden resentir las comunidades indígenas involucradas, estableciendo la importancia de realizar un análisis previo a cualquier actividad de empresas transnacionales que pudiesen poner en riesgo los derechos humanos de las personas, en este caso respecto a las comunidades indígenas¹⁵⁵.

Para el Relator de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, estos pueblos pueden oponerse a las actividades extractivas como parte del ejercicio de su derecho a la libertad de expresión y el derecho a la participación. Al respecto indica:

En virtud de esos derechos, las personas y los pueblos indígenas pueden oponerse y expresar activamente su oposición a los proyectos extractivos, tanto en el contexto de la adopción de medidas sobre los proyectos por el Estado como en otras situaciones, entre otras cosas formando organizaciones y participando en actos pacíficos de protesta. Los Estados están obligados a respetar y proteger los derechos a la libertad de expresión y a la participación, y solo pueden imponer limitaciones al ejercicio de esos derechos en circunstancias muy concretas y por motivos de orden público¹⁵⁶.

El Relator Especial reconoce que en muchos casos de oposición a estos proyectos extractivos se han producido eventos de represión, frente a lo cual los Estados tienen una obligación de garantizar los derechos mediante la adopción de políticas y prácticas específicas, considerando las prácticas culturales de los pueblos indígenas. En ese sentido señala que:

¹⁵⁵ Ibidem, p. 190.

¹⁵⁶ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas*, James Anaya, A/HRC/24/41, 01 de julio de 2013, párr. 19.

Por su parte, las empresas extractivas deben adoptar políticas y prácticas para que el personal de seguridad empleado por ellos actúe de conformidad con las normas pertinentes de derechos humanos y teniendo en cuenta los patrones culturales y sociales de los indígenas. El Relator Especial hace hincapié en la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, de conformidad con los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos que fueron aprobadas por el Consejo de Derechos Humanos en 2011, y en que esa responsabilidad es independiente de los requisitos que el Estado imponga o deje de imponer a las empresas y sus agentes.

El Relator Especial toma nota de los Principios voluntarios sobre seguridad y derechos humanos que se están promoviendo en un proceso en el que participan un grupo de gobiernos, ONG y empresas de los sectores extractivo y energético, entre ellas algunas de las principales empresas mineras, petrolíferas y gaseras del mundo. Los Principios voluntarios aplican un marco de derechos humanos a las relaciones entre la empresa y los proveedores de seguridad estatales y privados. Este proceso multipartito debe ser alentado, aunque el Relator Especial considera que la adhesión a los principios no debería tener carácter voluntario. Todas las empresas extractivas y las autoridades competentes del Estado deberían tomar conciencia y adherirse a los Principios voluntarios, además de a todas las normas de derechos humanos aplicables¹⁵⁷.

Cabe señalar que los principios voluntarios a los que se refiere el Relator son los Principios sobre Empresas y Derechos Humanos que se han analizado a lo largo de esta investigación. Los denomina de esa manera en virtud de que reconoce que estos principios pertenecen al soft law, aunque contienen disposiciones del derecho internacional de derechos humanos que son parte de las obligaciones de los Estados y que tienen efecto erga omnes.

Consulta pública.

La consulta pública, que en otros ordenamientos jurídicos como el ecuatoriano es conocido como la consulta previa ambiental¹⁵⁸, es un derecho que está dentro de los derechos de participación de las personas para la generación de las políticas públicas, así como su seguimiento y evaluación.

De la Constitución ecuatoriana se desprende que el derecho a la consulta previa ambiental debe garantizarse frente a las decisiones estatales que puedan afectar el ambiente. Así, el artículo 398 de la Constitución establece que:

¹⁵⁷ Ibidem. párrs. 22, 23.

¹⁵⁸ Constitución de la República de Ecuador, artículo 398.

Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta.

El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley.

De acuerdo con el voto salvado de la sentencia del Tribunal Constitucional, la consulta es un derecho que lo ejerce la “comunidad, los habitantes de los lugares en que se desarrollará la decisión estatal, las personas que desarrollaron sus actividades productivas, comerciales, turísticas, etc. es decir, todos quienes se encuentran vinculados al sector”¹⁵⁹.

Al ser parte de los derechos de participación, podemos encontrar que este derecho se desarrolla en los artículos 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos que establecen el derecho a participar en los asuntos públicos de forma directa o por intermedio de representantes elegidos libremente.

También debe considerarse que este derecho involucra como derecho conexo el derecho a acceder a información pública, por cuanto si las personas o grupos de personas tienen el derecho de participar en la toma de decisiones, deben hacerlo con información que les permita tomar decisiones y emitir criterios. Sobre el acceso a la información la Carta de la Naturaleza¹⁶⁰ se refiere al intercambio de información y consultas. Al respecto, establece:

21. Los Estados y, en la medida de sus posibilidades, las demás autoridades públicas, las organizaciones internacionales, los particulares, las asociaciones y las empresas:

¹⁵⁹ Tribunal Constitucional de Ecuador (hoy Corte Constitucional), Voto Salvado, Caso No. 523-2001-RA, *Sentencia 15-I-2002*, Registro Oficial 510, 6 de febrero de 2002.

¹⁶⁰ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 37/7 de 28 de octubre de 1982.

- a) Cooperarán en la tarea de conservar la naturaleza con actividades conjuntas y otras medidas pertinentes, incluso el intercambio de información y las consultas.

Tal importancia tiene el acceso a la información para el ejercicio de los derechos que el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, denominado también como Acuerdo de Escazú¹⁶¹, establece como objetivo, en su artículo 1:

Garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible.

Este derecho de acceder a la información comprende, de acuerdo con el artículo 5 numeral 2 del mismo instrumento:

- a) solicitar y recibir información de las autoridades competentes sin necesidad de mencionar algún interés especial ni justificar las razones por las cuales se solicita;
- b) ser informado en forma expedita sobre si la información solicitada obra o no en poder de la autoridad competente que recibe la solicitud; y
- c) ser informado del derecho a impugnar y recurrir la no entrega de información y de los requisitos para ejercer ese derecho.

El Acuerdo de Escazú reconoce el derecho de participación pública en la toma de decisiones ambientales. Estos procesos deben ser abiertos e inclusivos y deben garantizarse para la toma de decisiones, revisiones, reexaminaciones o actualizaciones relativos a los proyectos y actividades, así como autorizaciones ambientales que tengan o puedan tener un impacto significativo sobre el ambiente, incluso si afectan a la salud. Específicamente en los numerales 3 al 5 del artículo 7 se establece:

Cada Parte promoverá la participación del público en procesos de toma de decisiones, revisiones, reexaminaciones o actualizaciones distintos a los mencionados en el párrafo 2 del presente artículo, relativos a asuntos ambientales de interés público, tales como el ordenamiento del territorio y la elaboración de políticas, estrategias, planes, programas, normas y

¹⁶¹ Adoptado en Costa Rica el 4 de marzo de 2018.

reglamentos, que tengan o puedan tener un significativo impacto sobre el medio ambiente.

Cada Parte adoptará medidas para asegurar que la participación del público sea posible desde etapas iniciales del proceso de toma de decisiones, de manera que las observaciones del público sean debidamente consideradas y contribuyan en dichos procesos. A tal efecto, cada Parte proporcionará al público, de manera clara, oportuna y comprensible, la información necesaria para hacer efectivo su derecho a participar en el proceso de toma de decisiones.

El procedimiento de participación pública contemplará plazos razonables que dejen tiempo suficiente para informar al público y para que este participe en forma efectiva.

En consecuencia, ambos derechos son conexos y dependen el uno del otro para ejercerse ampliamente.

3.4.6. Tipo de indicadores cuantitativos y cualitativos a adoptar para medir avances en el respeto de los derechos humanos.

El principio rector 20 establece que las empresas deben dar seguimiento a la eficacia de sus respuestas; este principio indica que:

A fin de verificar si se están tomando medidas para prevenir las consecuencias negativas sobre los derechos humanos, las empresas deben hacer un seguimiento de la eficacia de su respuesta. Este seguimiento debe:

- a) Basarse en indicadores cualitativos y cuantitativos adecuados;
- b) Tener en cuenta los comentarios de fuentes tanto internas como externas, incluidas las partes afectadas.

Implica entonces que la política de prevención del riesgo de vulneraciones de derechos humanos, y la atención a las vulneraciones en sí, debe acompañarse con medidas que permitan a las empresas medir la eficacia de sus respuestas. El principio pretende hacer objetivo, de dos maneras, el proceso de evaluación de las actividades de las empresas en cuanto al respeto a los derechos humanos, mediante indicadores y a través de fuentes.

Medir el cumplimiento o la eficacia de los derechos humanos ha sido desde siempre una necesidad imperiosa, que posiblemente se ha manifestado de manera más clara y sistemática en los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. Efectivamente, vemos como el Consejo de Derechos Humanos ha incorporado a su dinámica el Examen Periódico Universal a los Estados, que no es sino un ejercicio de

evaluación periódica que permite a los propios Estados medir el cumplimiento de sus obligaciones frente a los derechos humanos.

Evidentemente, no es el único ente que lo ha hecho. Los propios órganos de los tratados internacionales de derechos humanos del sistema universal, como el Comité de Derechos del Niño, el Comité de derechos de las personas con discapacidad, o el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros, evalúan periódicamente a los Estados en cada una de las materias de su competencia.

No obstante, uno de los problemas que se presenta es qué evaluar y cómo hacerlo, siempre en el entendido que es improbable conocer el avance de lo que no se mide. Los derechos humanos son tan amplios que es imposible pretender que todos ellos puedan ser evaluados, al menos en el mismo proceso y con la misma medida para cada uno de los derechos. Por ello, también es necesario identificar, de conformidad con los objetivos planteados, cuáles derechos humanos escogemos para medir el nivel de cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones frente a esos derechos.

Por supuesto que esto conlleva un grado de subjetividad, pero que en la práctica no se puede evitarlo. Por ello, como se dijo, debe visualizarse correctamente los objetivos que se persiguen para elegir los derechos humanos cuya evaluación se pretende. Este proceso implica adicionalmente evaluar previamente el estado de la situación frente a los derechos. En contextos diferentes las necesidades también serán diferentes. Por ejemplo, se valorará de manera distinta un Estado, con democracia inestable, en contexto de conflictividad social que ha venido generando una violencia en crecimiento, que un Estado estable en cuanto a la democracia, pero con otro tipo de conflictos como los del extractivismo y su impacto en la naturaleza o en pueblos originarios. En el primer caso, seguramente los derechos civiles y políticos están en mayor riesgo de ser vulnerados, mientras que en el segundo hay que prestar más atención a derechos colectivos.

Lo mencionado no debe entenderse como una falta de atención a las características de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, puesto que bajo ningún aspecto se pretende dar mayor importancia a unos en desmedro de otros. Se trata solamente de valorar el nivel de esfuerzo e inversión que se requiere para medir el cumplimiento de las obligaciones de los derechos humanos, puesto que la amplitud de ellos impide realizar un ejercicio de evaluación de todos con la misma eficacia en un espacio y tiempo limitados.

El otro pendiente es cómo evaluar o medir la realización de los derechos humanos. También en este sentido se han desarrollado sistemas y herramientas que buscan la objetividad y eficacia, y que básicamente se fundamentan en el establecimiento de indicadores, cuantitativos y cualitativos. Cabe señalar, sin embargo, que un indicador es solamente un dato más sobre el estado de la situación de un derecho, útil por cierto pero que bajo ningún aspecto puede reemplazar la valoración más amplia que se haga del derecho mediante otras herramientas, por ejemplo, en los fallos de los órganos internacionales de derechos humanos.

La Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos se ha preocupado del tema, desarrollando material en la materia. Así, nos dice:

Los indicadores pueden ser cuantitativos o cualitativos. En la primera categoría se incluyen los indicadores en sentido estricto como equivalente de “estadísticas”, mientras que en la segunda figura toda información articulada de forma descriptiva o “categórica”. (...)

Los indicadores de derechos humanos también pueden clasificarse en indicadores basados en hechos y basados en juicios, que corresponden a las categorías de indicadores objetivos y subjetivos en las publicaciones sobre estadísticas e indicadores del desarrollo¹⁶²

La Guía para la medición y la aplicación de indicadores de derechos humanos, ejemplifica las categorías de indicadores de la siguiente manera:

Indicador cuantitativo, objetivo o basado en hechos:

- Indicador articulado en forma cuantitativa y basado en información sobre objetos, hechos o acontecimientos que son, en principio, directamente observables y verificables. Ejemplo 1: prevalencia de niños menores de cinco años con peso insuficiente. Ejemplo 2: número de ejecuciones arbitrarias registradas.

Indicador cuantitativo, subjetivo o basado en juicios:

- Indicador articulado en forma cuantitativa y basado en información que supone una percepción, opinión, valoración o juicio, utilizando, por ejemplo, escalas cardinales/ ordinales. Ejemplo 1: porcentaje de personas que se sienten seguras caminando a solas por la noche. Ejemplo 2: clasificación basada en una puntuación media asignada por un grupo de expertos o periodistas sobre el estado de la libertad de expresión en un país.

Indicador cualitativo, objetivo o basado en hechos:

- Indicador articulado de forma descriptiva, en forma categórica, y basado en información sobre objetos, hechos o acontecimientos que son, en principio, directamente observables y verificables. Ejemplo 1: estado de ratificación de un tratado de derechos humanos en cierto país: ratificado/firmado/ni firmado ni

¹⁶² Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Indicadores de Derechos Humanos, Guía para la medición y la aplicación*, HR/PUB/12/5, 2012, Naciones Unidas, pp. 19, 20. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Human_rights_indicators_sp.pdf

ratificado. Ejemplo 2: descripción de los hechos de un acontecimiento en el que se han producido actos de violencia física, con un agresor y una víctima.

Indicador cualitativo, subjetivo o basado en juicios:

- Indicador articulado de forma descriptiva, no necesariamente en forma categórica, y basado en información que supone una percepción, opinión, valoración o juicio. Ejemplo 1: valoración descriptiva del grado de independencia e imparcialidad de la justicia. Ejemplo 2: ¿está plenamente garantizado el derecho a la alimentación en las leyes y en la práctica en determinado país?¹⁶³

El mismo instrumento nos enseña que otra categoría son los indicadores de desempeño y de cumplimiento. Respecto al primero dice que “el objetivo primario de estos indicadores es poder verificar los cambios producidos por la intervención de desarrollo en relación con las previsiones”, mientras que los indicadores de cumplimiento se relacionan directamente con las normas de derechos humanos y “tienen objeto captar la medida en que las obligaciones derivadas de esas normas se están cumpliendo y están dando resultados que pueden asociarse a una mejora en el disfrute de los derechos humanos”¹⁶⁴.

Para fortalecer estos conceptos, diremos que estos indicadores de desempeño y de cumplimiento también son enfocados, aunque con diferente terminología, en el sistema americano de derechos humanos. El Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador desarrolló indicadores para medir los derechos económicos, sociales y culturales respecto a los países de la región. Al respecto:

32. El modelo adoptado para la medición de cumplimiento de derechos del Protocolo parte de la selección de tres tipos de indicadores que son: i) estructurales; ii) de proceso, y iii) de resultados.

33. Los indicadores estructurales reflejan la ratificación o aprobación de instrumentos jurídicos internacionales básicos para facilitar la realización de un derecho humano fundamental. (...)

34. Los indicadores de proceso buscan medir la calidad y magnitud de los esfuerzos del Estado para implementar los derechos, a través de la medición del alcance, la cobertura y el contenido de las estrategias, planes, programas, o políticas u otras actividades e intervenciones específicas encaminadas al logro de metas que corresponden a la realización de un determinado derecho. (...)

¹⁶³ Ibidem, p. 21.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 22.

35. Los indicadores de resultado reflejan los logros, individuales y colectivos, que indican el estado de realización de un derecho humano en un determinado contexto¹⁶⁵

En referencia a las empresas, específicamente al principio rector 20, se puede ver que los indicadores cuantitativos y cualitativos que menciona para la verificación sobre las medidas que se tomen para prevenir las consecuencias negativas sobre los derechos humanos, pueden adecuarse perfectamente a la teoría desarrollada en los instrumentos que se han citado.

Es decir, que los indicadores cuantitativos y cualitativos que desarrollen las empresas bien pueden ser de desempeño y de cumplimiento o resultado. Las políticas empresariales, fundamentadas en la normativa de protección de los derechos humanos, deben apuntar al respeto de los derechos humanos y como tal ser evaluadas, por ejemplo, disminuir la contaminación en sus procesos de producción es un indicador de desempeño; pero a la vez, se pueden obtener resultados específicos, por ejemplo, igual salario entre hombres y mujeres por el mismo trabajo se constituye en un indicador de cumplimiento.

Adicionalmente, sería importante que la información que las empresas recaben sobre sus propias actividades esté enmarcada en la información que los Estados deben recabar para medir el cumplimiento y avance de sus obligaciones internacionales; por ejemplo, para lograr medir el avance en la Agenda 2030 cuyo contenido se basa en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Al respecto, de acuerdo con Paloma Muñoz Quick:

Con el fin de mantener los compromisos de derechos humanos en los objetivos y metas [de Desarrollo Sostenible], el marco de evaluación debe basarse en tres elementos: 1) la adopción de indicadores de derechos humanos pertinentes; 2) la recopilación de datos desglosados, y 3) los mecanismos de vigilancia de los derechos humanos existentes.

Para contribuir a la realización de esta visión, el Instituto Danés ha desarrollado la guía de derechos humanos para los ODS. La Guía muestra el anclaje de los 17 ODS con los derechos humanos, y provee conexiones específicas entre las 169 metas y los varios instrumentos de derechos humanos y las normas internacionales del trabajo. La Guía proporciona información útil para todas las partes interesadas. (...) ayuda a los Estados a incorporar los ODS en sus informes de derechos humanos, a seleccionar los indicadores para las metas

¹⁶⁵ Organización de los Estados Americanos, *Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "Protocolo de San Salvador"*, Preparado por Grupo de Trabajo para el Análisis de los Informes Anuales previstos en el Protocolo de San Salvador, Washington, DC, 2015, p. 25. Disponible en https://www.oas.org/en/sedi/pub/indicadores_progreso.pdf

de los ODS, y a influir en las estrategias de implementación, seguimiento y evaluación. También ayuda a desarrollar las capacidades de los Estados y de otras partes interesadas¹⁶⁶.

En consecuencia, las partes interesadas como las empresas también deben generar estos indicadores para rendir cuentas sobre su cumplimiento con los derechos humanos y medir los avances y retrocesos que tengan en este objetivo.

¹⁶⁶ Paloma Muñoz Quick, en Héctor Dávalos Martínez y Juan Carlos Villalobos (Coord.), *Memoria del Foro Internacional sobre Derechos Humanos en el contexto de las actividades empresariales y el desarrollo sostenible, Chihuahua, Chihuahua, abril 2016*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2017, p. 72.

CAPITULO 4

Obligaciones del Estado y el rol de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos.

4.1. Medidas que debe implementar el Estado en materia de empresas y derechos humanos.

Como se analizó en el Capítulo 1, los Estados tienen las obligaciones que nacen de los instrumentos internacionales de derechos humanos con los cuales se hayan comprometido por haberlos suscrito y ratificado; y también las desarrollan en sus Constituciones y demás leyes y reglamentos que integran su ordenamiento jurídico. De estos instrumentos se observa que las obligaciones de los Estados se pueden resumir en las de respetar, proteger, prevenir y garantizar las violaciones de derechos humanos, lo que incluye investigar los casos puestos en su conocimiento para determinar los responsables de dichas violaciones, sancionar a los responsables y reparar integralmente a las víctimas.

Con relación a las obligaciones de los Estados, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha desarrollado el estándar de responsabilidad frente a las acciones entre privados, lo cual también debe incluir a las empresas; es decir, los Estados tienen el deber general de prevenir las violaciones de derechos humanos que puedan ocurrir por las acciones de terceros. Sin embargo, para la misma Corte IDH en su constante jurisprudencia manifiesta que los Estados no pueden responsabilizarse por todas las violaciones de derechos que cometen los privados, sino únicamente si concurren ciertos elementos.

De la sentencia del caso González y otras (Campo Algodonero) contra México, se establece una regla jurisprudencial para atribuir responsabilidad a los Estados, para lo cual, deben concurrir los siguientes elementos: 1) que el Estado conozca la existencia de un contexto de riesgo real e inmediato que evidencie un patrón de violencia para un individuo o grupo de individuos determinado; 2) que el individuo o grupo de individuos se encuentren en una situación de vulnerabilidad respecto al ejercicio de sus derechos; 3) que existan posibilidades razonables para que el Estado pueda prevenir o evitar ese riesgo; y 4) la ausencia de una política general frente al conocimiento del contexto de riesgo real e inmediato para el individuo o grupo de individuos determinado¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Cabe señalar que esta sentencia hace relación al contexto de violencia por los homicidios a mujeres en Ciudad Juárez. En esta misma sentencia el Estado reconoció su responsabilidad, e incluso mencionó que conocía de la existencia del grave riesgo estructural que atravesaban las mujeres, y explicó “[...] que desde 1965 empezó en Ciudad Juárez el desarrollo de la industria maquiladora, el cual se intensificó en 1993 con el Tratado de Libre Comercio con América del Norte. Señaló que, al dar preferencia a la contratación de mujeres, las maquiladoras causaron cambios en la vida laboral de éstas, lo cual impactó también en su vida familiar porque <los roles tradicionales empezaron a modificarse, al ser ahora la mujer la proveedora del hogar>”.

La Corte, en la mencionada sentencia, recoge estos elementos de la siguiente forma:

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

En el presente caso, existen dos momentos claves en los que el deber de prevención debe ser analizado. El primero es antes de la desaparición de las víctimas y el segundo antes de la localización de sus cuerpos sin vida.

Sobre el primer momento –antes de la desaparición de las víctimas- la Corte considera que la falta de prevención de la desaparición no conlleva per se la responsabilidad internacional del Estado porque, a pesar de que éste tenía conocimiento de una situación de riesgo para las mujeres en Ciudad Juárez, no ha sido establecido que tenía un conocimiento de riesgo real e inmediato para las víctimas de este caso. Aunque el contexto en este caso y sus obligaciones internacionales le imponen al Estado una responsabilidad reforzada con respecto a la protección de mujeres en Ciudad Juárez, quienes se encontraban en una situación de vulnerabilidad, especialmente las mujeres jóvenes y humildes, no le imponen una responsabilidad ilimitada frente a cualquier hecho ilícito en contra de ellas. Finalmente, la Corte no puede sino hacer presente que la ausencia de una política general que se hubiera iniciado por lo menos en 1998 –cuando la CNDH advirtió del patrón de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez-, es una falta del Estado en el cumplimiento general de su obligación de prevención¹⁶⁸.

Más adelante, en el ámbito del derecho al ambiente, la Corte IDH desarrolló los parámetros para atribuir la responsabilidad a los Estados en los casos en que terceras personas afecten al medio ambiente. Para la Corte deben concurrir los siguientes elementos: i) que exista un riesgo real e inmediato que las autoridades conozcan o deberían conocer; ii) que sea un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o

¹⁶⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *González y otras (campo algodonnero) vs. México*, Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párrs. 280 a 282.

grupo de individuos; iii) que las autoridades no adoptaron las medidas necesarias y razonables para prevenir o evitar ese riesgo; y iv) que exista una relación de causa – efecto entre la afectación a los derechos a la vida o integridad y el daño significativo causado al medio ambiente¹⁶⁹.

En ambos casos se observa que para que se atribuya responsabilidad al Estado uno de los elementos es la falta de política pública que atienda la problemática o el contexto de vulneración de derechos a determinados sujetos y/o colectivos. En consecuencia, para la Corte IDH las políticas de prevención son necesarias, más aún en contexto de riesgo, y porque se trata de un grupo históricamente discriminado, como son las mujeres.

Este razonamiento también debe aplicarse en el ámbito de las empresas y derechos humanos. Por tal razón, si bien no existe un instrumento jurídicamente vinculante, son aplicables los estándares que se desprenden de los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos como la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros y las sentencias, informes y observaciones que se desprendan de los órganos relacionados a cada uno de estos instrumentos. Por ende, los Estados tienen la obligación de implementar medidas específicas que integren una política pública de protección de los derechos de las personas que sean afectadas por las actividades de las empresas.

Los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos recogen este razonamiento, aunque se trata de un instrumento que por sus características no es vinculante; sin embargo, los Estados deben implementar estos principios y ponerlos en práctica como parte de sus obligaciones que se desprenden de los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. De estos principios se establece que las medidas que los Estados adopten deben ser tendientes a garantizar los derechos humanos y a la adopción de un recurso efectivo para remediar la vulneración de dichos derechos. En consecuencia, esto debe reflejarse en el ordenamiento jurídico de todo Estado que haya suscrito y ratificado los principales instrumentos internacionales de derechos humanos y que manifieste su interés de puesta en práctica de estos principios.

En definitiva, los Estados deben implementar una política pública general con enfoque de derechos humanos, género y diversidad, especialmente frente a situaciones en los que se encuentren individuos o grupos de individuos en situación de vulnerabilidad y que se encuentren dentro de un contexto de riesgo grave e inminente. Esta política pública debe incluir diversos mecanismos de prevención, investigación, sanción y reparación frente a las vulneraciones de derechos humanos; incluso, deberían ser parte de un sistema integral, interdisciplinario, interinstitucional e intersectorial.

¹⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Medio Ambiente y Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-23/17, de 15 de noviembre de 2017, párrs. 119 a 122.

Entre las medidas que los Estados tienen la obligación de implementar se encuentran: 1) las medidas de derecho interno que incluyen políticas públicas y legislación básica; 2) los mecanismos de supervisión y coordinación del cumplimiento de las obligaciones de las empresas; 3) las medidas en materia de contratación pública para garantizar la responsabilidad de las empresas en los procesos de concesiones, licencias y financiamiento de las empresas con fondos públicos; 4) las medidas para garantizar la transparencia y sancionar la corrupción; 5) las medidas específicas de protección para los pueblos indígenas; entre otras.

4.1.1. Medidas de derecho interno. Política pública y legislación básica.

Los Estados tienen la obligación de adoptar medidas de derecho interno para implementar sus obligaciones internacionales. Así de específico es la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que en su artículo 2.1. establece:

Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Así, para Gerardo Pisarello y Marco Aparicio Wilhemi, los derechos humanos se protegen por medio de garantías, ya que sin ellas no habría derechos. Para estos autores existen dos tipos de garantías: 1) las garantías institucionales que están compuestas por las garantías políticas o primarias, las garantías jurisdiccionales o secundarias y otros tipos de garantías institucionales y las garantías supraestatales de los derechos; y 2) las garantías ciudadanas o sociales de los derechos que contienen las garantías sociales de participación institucional y las garantías sociales autónomas¹⁷⁰.

De las garantías institucionales cabe mencionar que son las que dan sentido a la división de poderes, por cuanto por un lado están las garantías políticas que se encomiendan al poder legislativo ordinario o constitucional y al gobierno o ejecutivo; en consecuencia, se determina que un derecho puede tener un grado de protección legal o constitucional para su contenido mínimo.

Por otro lado, tenemos también a las garantías jurisdiccionales, que son aquellas que corresponden a las vías de tutela por medio de los órganos jurisdiccionales, sean

¹⁷⁰ Marco Aparicio Wilhemi y Gerardo Pisarello, Los derechos humanos y sus garantías: nociones básicas, en *Los Derechos Humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios*, disponible en: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/jbr_Aparicio_y_Pisarello_DD_HH_y_Garantias.pdf, pp. 150 a 169.

tribunales ordinarios o constitucionales. Es decir, frente a la vulneración de un derecho, los sujetos de derechos pueden acudir a los tribunales respectivos para demandar su vulneración, exigir que se investigue, se determine los responsables y se repare integralmente el derecho vulnerado. En estos casos, los jueces y juezas no pueden disminuir el contenido mínimo de los derechos que esté establecido en la norma suprema, puesto que el límite para sus decisiones lo constituye esta normativa. Así, los autores se refieren a un ejemplo claro con el derecho a la salud o el derecho a la vida, y manifiestan que:

Constitucionalizar el derecho a la salud o el derecho a la vida, en este sentido, comportaría como mínimo, de una parte, que los poderes públicos no pudieran restringirlos de manera arbitraria, y de otra, que debieran realizar todos los esfuerzos, e incluso emplear el máximo de sus recursos disponibles, para satisfacerlos positivamente¹⁷¹.

Asimismo, dentro de otros tipos de garantías institucionales que los Estados deben adoptar se encuentran por ejemplo los Ombudsperson, que constituyen mecanismos de protección secundaria de los derechos. Sobre la diferencia con los órganos jurisdiccionales, los autores indican que:

[...] normalmente estos órganos no pueden recurrir a la fuerza pública para hacer valer, en última instancia, sus decisiones. Aun así, disponen de una estructura que les permite recibir denuncias sobre vulneraciones de derechos y emitir dictámenes y recomendaciones al poder legislativo o a la administración. Su eficacia, por lo tanto, como órganos de control, depende más bien del prestigio, de la auctoritas de quienes se encuentran a su cargo y de otros factores como la cultura de respeto a los derechos que haya en una sociedad, del papel de los medios de comunicación sobre esto, etc.¹⁷².

En cuanto a las garantías supraestatales constituye todo el derecho internacional de los derechos humanos, conformado por las declaraciones, tratados y convenios internacionales, así como por los informes y sentencias de los organismos regionales e internacionales.

Con relación a las garantías ciudadanas o sociales de los derechos, involucran la participación de la sociedad civil en la protección de sus derechos. Entre este tipo de garantías se encuentran las garantías sociales de participación institucional y las garantías sociales autónomas. Las primeras son aquellas que implican la incidencia política para la construcción de la normativa, entonces consisten en la creación de las garantías políticas con la participación de la sociedad civil; igualmente, involucra la participación en el ámbito jurisdiccional por medio de las acciones jurisdiccionales instituidas. Sobre las segundas se dice que implican una autotutela de los derechos,

¹⁷¹ Ibidem, p. 151.

¹⁷² Ibidem, p. 155.

como la huelga, la desobediencia civil¹⁷³, o en el caso del Ecuador, el derecho a la resistencia que se encuentra garantizado en el artículo 98 de la Constitución, el cual reconoce que:

Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a las acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos.

Este tipo de garantías son las que deben implementar los Estados en el ámbito de los derechos humanos y las empresas; en consecuencia, es viable que se adopten medidas legislativas con disposiciones vinculantes para las empresas, adopción de obligaciones específicas para el Estado (medidas administrativas) y la implementación de un recurso sencillo, rápido y efectivo para la exigibilidad de derechos y su respectiva reparación integral o remedio efectivo.

Entre las medidas que los Estados deben implementar están las relacionadas a los derechos laborales, al derecho a la igualdad y no discriminación en el ámbito de los derechos de las personas con discapacidad, medidas relacionadas con la protección al medio ambiente, medidas de creación de defensorías del pueblo o instituciones nacionales de derechos humanos, entre otras.

Medidas para garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación en el ámbito de los derechos de las personas con discapacidad. -

Las personas con discapacidad tienen un marco internacional que protege sus derechos. De manera particular, cuentan con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, la cual, de acuerdo con su artículo 1, tiene el objetivo de “[...] promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”.

De acuerdo con este mismo artículo, las personas con discapacidad son “[...] aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

El artículo 4 de la mencionada Convención se refiere a las obligaciones de los Estados, a las cuales se han comprometido al ratificarla. El artículo mencionado señala lo siguiente:

1. Los Estados Parte se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas

con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Parte se comprometen a:

- a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención;
- b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad;
- c) Tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad;
- d) Abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella;
- e) Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discriminen por motivos de discapacidad;
- f) Empezar o promover la investigación y el desarrollo de bienes, servicios, equipo e instalaciones de diseño universal, con arreglo a la definición del artículo 2 de la presente Convención, que requieran la menor adaptación posible y el menor costo para satisfacer las necesidades específicas de las personas con discapacidad, promover su disponibilidad y uso, y promover el diseño universal en la elaboración de normas y directrices;
- g) Empezar o promover la investigación y el desarrollo, y promover la disponibilidad y el uso de nuevas tecnologías, incluidas las tecnologías de la información y las comunicaciones, ayudas para la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo adecuadas para las personas con discapacidad, dando prioridad a las de precio asequible;
- h) Proporcionar información que sea accesible para las personas con discapacidad sobre ayudas a la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo, incluidas nuevas tecnologías, así como otras formas de asistencia y servicios e instalaciones de apoyo;
- i) Promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la presente Convención, a fin de prestar mejor la asistencia y los servicios garantizados por esos derechos.

2. Con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Parte se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos

disponibles y, cuando sea necesario, en el marco de la cooperación internacional, para lograr, de manera progresiva, el pleno ejercicio de estos derechos, sin perjuicio de las obligaciones previstas en la presente Convención que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional.

3. En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Parte celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan.

4. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que puedan facilitar, en mayor medida, el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y que puedan figurar en la legislación de un Estado Parte o en el derecho internacional en vigor en dicho Estado. No se restringirán ni derogarán ninguno de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos o existentes en los Estados Parte en la presente Convención de conformidad con la ley, las convenciones y los convenios, los reglamentos o la costumbre con el pretexto de que en la presente Convención no se reconocen esos derechos o libertades o se reconocen en menor medida.

5. Las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a todas las partes de los Estados federales sin limitaciones ni excepciones.

Se observa que las medidas que establece la Convención se refieren a las garantías políticas primarias que deben hacer efectivos los derechos reconocidos a las personas con discapacidad. Incluso, el literal e) citado establece una obligación relacionada a los particulares, en el sentido de que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para evitar que los particulares discriminen a las personas por motivos de discapacidad.

La prohibición de discriminación se constituye en una regla general establecida en el derecho internacional de los derechos humanos, y que debe crear obligaciones incluso para las empresas. Sobre esta prohibición de discriminación entre particulares puede observarse el caso particular que conoció la Defensoría del Pueblo de Ecuador. La Institución Nacional de Derechos Humanos tuvo conocimiento de un caso relacionado con las empresas de seguros de salud y una niña con síndrome de down. En la resolución defensorial se aceptó que la empresa de seguros vulneró el derecho a acceder a la salud en relación con el derecho a la igualdad material y no discriminación por cuanto la niña tiene una discapacidad.

En ese sentido, se exhortó a la empresa lo siguiente:

CUARTO: EXHORTAR a BMI IGUALAS MEDICAS ECUADOR S.A., a fin de que los planes y contratos para la prestación de servicios de salud y medicina

prepagada, destinados a los usuarios titulares que prevea inclusión a los hijos, no contemple la distinción entre nacidos con síndrome de Down u otra condición que no puedan incluirse al plan de salud del titular, mientras que los hijos nacidos sin síndrome de Down si puedan incluirse dentro de los planes de los titulares, por ser determinadamente excluyente y discriminatorio. QUINTO: EXHORTAR a BMI IGUALAS MEDICAS ECUADOR S.A., y a todas las empresas privadas dedicadas a la prestación de servicios de salud y/o medicina prepagada adecuen su normativa interna y reglamentaria a los principios universales de derechos y a la normativa prevista en la Carta Magna de este estado constitucional de derechos. SEXTO: EXHORTAR al Intendente Nacional del Sistema de Seguro Privado respecto de la aplicación del Art. 25 de la Ley de discapacidades, en virtud de que en el oficio Nro. INSP-2013-871 del 25 de febrero de 2013, manifiesta: "le informo que la citada norma legal no prevé disposición transitoria específica para la aplicación del Art. 25 Ibidem, por lo que se deberá esperar la expedición del reglamento correspondiente..." a fin de que en estricto respeto por los mandatos constitucionales ejerza, la atribución conferida en el Art. 25 de la Ley Orgánica de Discapacidades, esto es, en relación con el control y vigilancia de las compañías de seguro y/o medicina prepagada para que incluyan en sus contratos, coberturas y servicios de seguros de vida y /o salud a las personas con discapacidad. SÉPTIMO: RECOMENDAR al Ministerio de Salud Pública, para que, como autoridad sanitaria nacional y de acuerdo con el mencionado Art. 25 de la Ley Orgánica de Discapacidades, vigile que los servicios de salud prestados a las personas con discapacidad por las compañías de seguro y/o medicina prepagada sean de la más alta calidad y adecuadas a su discapacidad¹⁷⁴.

En este caso se puede observar que el Estado ecuatoriano no generó ni había adoptado una política pública para garantizar integralmente los derechos de las personas con discapacidad frente a las acciones que implementen las empresas aseguradoras en el ámbito de sus operaciones; por tal razón, la Defensoría del Pueblo exhortó a dos instituciones públicas a que adopten acciones pertinentes y de acuerdo a sus competencias para garantizar los derechos de estas personas, que en el presente caso, corresponden a las obligaciones de control y vigilancia, que se desprenden del artículo 25 de la Ley Orgánica de Discapacidades. Este artículo dispone:

Art. 25.- Seguros de vida y/o salud y medicina prepagada. - La Superintendencia de Bancos y Seguros controlará y vigilará que las compañías de seguro y/o medicina prepagada incluyan en sus contratos, coberturas y servicios de seguros de vida y/o salud a las personas con discapacidad y a quienes adolezcan de enfermedades graves, catastróficas o degenerativas.

¹⁷⁴ Defensoría del Pueblo de Ecuador, *Resolución No. 16-DPE-DINAPROT-CNDESC-2013*, 03 de julio de 2013.

La autoridad sanitaria nacional vigilará que los servicios de salud prestados a las personas con discapacidad por las compañías mencionadas en el inciso anterior sean de la más alta calidad y adecuados a su discapacidad.

Todo modelo de contrato global de las compañías de seguros privados que incluyan coberturas de vida y/o de salud y de las compañías de salud y/o medicina prepagada deberán ser aprobados y autorizados por la Superintendencia de Bancos y Seguros, para lo cual deberá mantener coordinación con la autoridad sanitaria nacional. Los contratos no podrán contener cláusulas de exclusión por motivos de preexistencias y las mismas serán cubiertas aun cuando la persona cambie de plan de salud o aseguradora.

Se prohíbe negarse a celebrar un contrato de las características celebradas o a prestar dichos servicios, proporcionarlos con menor calidad o incrementar los valores regulares de los mismos, estando sujetos a las sanciones correspondientes por parte de la Superintendencia de Bancos y Seguros y demás autoridades competentes.

En consecuencia, los Estados deben implementar disposiciones internas, bien sean medidas legislativas o administrativas, para proteger a las personas con discapacidad y prohibir todo tipo de discriminación. El caso específico, también evidencia que estas medidas no son suficientes si son aisladas o no son parte de una política pública integral que deba ser supervisada constantemente para determinar sus avances, deficiencias y fortalezas.

Medidas relacionadas al medio ambiente. -

Para la protección del medio ambiente los Estados han ratificado varios instrumentos internacionales; por ejemplo, en 1972 se adoptó la Declaración de Estocolmo. Este instrumento, en su principio 1, reconoce un derecho fundamental y una obligación solemne que tiene el ser humano. Dicho principio establece el siguiente texto:

Principio 1. El hombre tiene derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras [...]¹⁷⁵.

Este instrumento es el primero que empieza a generar derechos para las generaciones futuras y la obligación de preservación para las actuales. Así, su Principio 2 establece que

¹⁷⁵ Declaración de Estocolmo. Adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, 16 de junio de 1972.

Los recursos naturales de la tierra incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras, mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga¹⁷⁶.

Entre las obligaciones que acuña para los Estados se encuentra la del Principio 11 que exige la adopción de políticas ambientales que estén “encaminadas a aumentar el potencial de crecimiento actual o futuro de los países en desarrollo y no deberían coartar ese potencial ni obstaculizar el logro de mejores condiciones de vida para todos [...]”. En consecuencia, en relación con los Principios 13 y al 14, los Estados deben adoptar un enfoque integrado y coordinado de planificación del desarrollo y la planificación debe ser racional para conciliar las diferencias. Explícitamente estos principios expresan:

Principio 13. A fin de lograr una más racional ordenación de los recursos y mejorar así las condiciones ambientales, los Estados deberían adoptar un enfoque integrado y coordinado de la planificación de su desarrollo, de modo que quede asegurada la compatibilidad del desarrollo con la necesidad de proteger y mejorar el medio ambiente humano en beneficio de su población.

Principio 14. La planificación racional constituye un instrumento indispensable para conciliar las diferencias que puedan surgir entre las exigencias del desarrollo y la necesidad de proteger y mejorar el medio ambiente.

Posterior a este instrumento, la Comisión Internacional sobre Medio Ambiente y Desarrollo creada en el seno de Naciones Unidas, elaboró el informe denominado “Nuestro Futuro Común”, también denominado “Informe Brundtland”, en el año 1987. Este informe empieza a dar contenido al principio de desarrollo sostenible que concibe tres pilares: el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección del medio ambiente, los cuales deben lograrse de forma equilibrada.

En la actualidad, la Corte IDH también ha incursionado en el tema del medio ambiente, y estableció las medidas que los Estados deben incorporar en sus ordenamientos jurídicos para atender a su deber jurídico de prevención. Estas medidas son importantes para garantizar la protección a los derechos a la vida e integridad personal. Para ello, los Estados deben regular, supervisar y fiscalizar, requerir y aprobar los estudios de impacto ambiental que contendrán un plan de contingencia y de mitigación en los casos en que ocurra el daño ambiental.

Al respecto, la Corte IDH también sigue la misma línea de los instrumentos citados al colocar al ser humano como objeto de protección del derecho a un ambiente sano. Es decir, la protección del medio ambiente y el deber de prevención que nace de los

¹⁷⁶ Ibidem.

Estados, tienen beneficios para garantizar las condiciones de vida adecuadas para la humanidad.

La Corte IDH dice:

Que existen ciertas actividades que entrañan riesgos significativos para la salud de las personas y, por tanto, los Estados están en la obligación de regularlas de manera específica y que dicha regulación incluya mecanismos de supervisión y fiscalización. En el mismo sentido se ha pronunciado la Comisión Africana en relación con amenazas al medio ambiente.

De igual manera, en virtud del deber de prevención en derecho ambiental, los Estados están obligados a usar todos los medios a su alcance con el fin de evitar que las actividades que se lleven a cabo bajo su jurisdicción causen daños significativos al medio ambiente. Esta obligación debe cumplirse bajo un estándar de debida diligencia, el cual debe ser el apropiado y proporcional al grado de riesgo de daño ambiental. De esta forma, las medidas que un Estado deba adoptar para la conservación de ecosistemas frágiles serán mayores y distintas a las que corresponda adoptar frente al riesgo de daño ambiental de otros componentes del medio ambiente. Asimismo, las medidas para cumplir con este estándar pueden variar con el tiempo, por ejemplo, en base a descubrimientos científicos o nuevas tecnologías. No obstante, la existencia de esta obligación no depende del nivel de desarrollo, es decir, la obligación de prevención aplica por igual a Estados desarrollados como a aquellos en vías de desarrollo.

Este Tribunal ha resaltado que la obligación general de prevenir violaciones a derechos humanos es una obligación de medio o comportamiento, no de resultado, por lo cual su incumplimiento no se demuestra por el mero hecho de que un derecho haya sido violado. En el mismo sentido, la obligación de prevención prevista por el derecho ambiental es una obligación de medios, no de resultado¹⁷⁷.

Más adelante la Corte hace referencia a las medidas de derecho interno que deben adoptar los Estados que corresponde a las regulaciones que deben implementar, y que son parte de su deber de prevención para controlar la contaminación. En consecuencia, la regulación como deber de los Estados implica la implementación de leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio ambiente. Esta obligación de regular tiene mayor énfasis cuando existe un nivel de riesgo que cause un daño significativo al medio ambiente. Al respecto, la Corte Interamericana considera que:

La Convención Americana, en su artículo 2, obliga a los Estados Parte a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones

177 op.cit.: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-23/17*, 15 de noviembre de 2017, párrs. 141 a 143.

de dicho tratado, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por la Convención. En este sentido, la obligación estatal de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales no se limita al texto constitucional o legislativo, sino que debe irradiar a todas las disposiciones jurídicas de carácter reglamentario y traducirse en la efectiva aplicación práctica.

Dada la relación entre la protección del medio ambiente y los derechos humanos (supra párrs. 47 a 55), los Estados deben regular esta materia y adoptar otras medidas similares para prevenir daños significativos al medio ambiente. Esta obligación ha sido expresamente incluida en instrumentos internacionales relativos a la protección del medio ambiente, sin que se distinga entre daños causados dentro o fuera del territorio del Estado de origen. La Convención sobre el Derecho del Mar establece la obligación de dictar leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino procedente de fuentes terrestres, de actividades relativas a los fondos marinos sujetos a la jurisdicción nacional, de vertimientos y desde la atmósfera, entre otros. En el mismo sentido, el Convenio de Cartagena, al que se refirió Colombia en su solicitud, establece que los Estados “se comprometen a elaborar directrices técnicas y de otra índole que sirvan de ayuda en la planificación de sus proyectos de desarrollo importantes, de manera que se prevenga o minimice su impacto nocivo en la zona de aplicación del Convenio”. Otros tratados similares también contienen disposiciones en este sentido¹⁷⁸.

La Corte IDH pone énfasis en el deber de regulación frente a actividades que puedan causar daños significativos al medio ambiente, por cuanto este tipo de daños pueden transgredir los derechos a la vida y a la integridad personal que están protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos. En tal virtud, la Corte expresa:

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

Específicamente respecto a los estudios de impacto ambiental, sobre los cuales se expone con más detalle infra (párrs. 156 a 170), esta regulación debería ser clara al menos sobre: i) cuáles actividades propuestas e impactos deben ser examinados (áreas y aspectos cubiertos); ii) cómo debe ser el procedimiento para realizar un estudio de impacto ambiental (requisitos y procedimientos); iii) qué responsabilidades y deberes tienen las personas que proponen el proyecto, las autoridades competentes y los entes u órganos que toman las decisiones (responsabilidades y deberes); iv) cómo se utilizará el proceso del estudio de impacto ambiental para aprobar las actividades propuestas (relación con la toma de decisiones); y v) qué pasos y medidas deben adoptarse en caso que

¹⁷⁸ Ibidem, párrs. 146 a 147.

no se siga el procedimiento establecido para realizar el estudio de impacto ambiental o para implementar los términos y condiciones de la aprobación (cumplimiento e implementación)¹⁷⁹.

Incluso, para la Corte IDH es importante que los Estados también regulen las actividades que realizan las empresas registradas en un Estado y que desarrollan sus operaciones fuera del territorio del Estado en el que se han registrado. Sobre este asunto la Corte cita al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial porque considera que el desarrollo que realizan ambos Comités es positivo y permite que los Estados garanticen los derechos humanos de las personas que se encuentran fuera de su territorio.¹⁸⁰

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General No. 14 sobre el derecho al disfrute más alto de nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), expresa la obligación que tienen los Estados frente a las acciones de terceros en otros países; al respecto menciona que:

Para cumplir las obligaciones internacionales que han contraído en virtud del artículo 12, los Estados Parte tienen que respetar el disfrute del derecho a la salud en otros países e impedir que terceros conculquen ese derecho en otros países siempre que puedan ejercer influencia sobre esos terceros por medios legales o políticos, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional aplicable. De acuerdo con los recursos que dispongan, los Estados deben facilitar el acceso a los establecimientos, bienes y recursos de salud esenciales en otros países, siempre que sea posible, y prestar la asistencia necesaria cuando corresponda [...]¹⁸¹.

En consecuencia, la obligación que se desprende de la observación del Comité DESC no es ilimitada y ante todo acto, sino únicamente cuando el Estado tenga la posibilidad de impedirlo.

Asimismo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en las Observaciones finales a Estados Unidos de América del año 2008, expresa que este Estado debe regular las actividades que realicen las compañías transnacionales registradas en su territorio y que operan en el extranjero para prevenir los impactos negativos a los derechos humanos de personas ubicadas fuera de EE. UU. Al respecto el Comité expresó su preocupación sobre los efectos negativos de las actividades

¹⁷⁹ Ibidem, párrs. 149 y 150.

¹⁸⁰ Ibidem, párr. 151.

¹⁸¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del PIDESC)*, Observación General No. 14, E/C.12/2000/4 del 11 de agosto de 2000, párr. 39.

económicas de las empresas transnacionales que explotan los recursos naturales en otros países:

El Comité toma nota con preocupación de la información sobre los efectos negativos de las actividades económicas relacionadas con la explotación de recursos naturales en otros países por empresas transnacionales con domicilio social en el Estado Parte para el derecho a la tierra, la salud, el medio vital y la forma de vida de los pueblos indígenas que viven en esas regiones.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el apartado d) del párrafo 1 del artículo 2 y en el apartado e) del artículo 5 de la Convención y en su Recomendación general No XXIII (1997) relativa a los derechos de los pueblos indígenas, el Comité alienta al Estado Parte a que adopte las medidas legislativas o administrativas adecuadas para impedir las actividades de las empresas transnacionales con domicilio social en el Estado Parte que afecten negativamente al ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas de territorios situados fuera de los Estados Unidos. El Comité recomienda, en particular, que el Estado Parte estudie la manera de hacer que las empresas transnacionales con domicilio social en su territorio rindan cuenta de sus actividades. El Comité pide al Estado Parte que, en su próximo examen periódico, incluya información sobre los efectos sobre los pueblos indígenas de las actividades en el extranjero de las empresas transnacionales con domicilio social en los Estados Unidos y sobre las medidas adoptadas al respecto¹⁸².

Como se mencionó inicialmente, la Corte IDH centra su fundamento en el ser humano como sujeto de derechos; su interpretación evolutiva no puede considerar todavía a la naturaleza como un sujeto de protección por los límites que aún tienen los instrumentos internacionales y la misma Convención Americana de Derechos Humanos. Sin embargo, en estos años los Estados han implementado constituciones como las del Ecuador que reconocen a la naturaleza como sujeto de derechos, frente a la cual, el Estado y los particulares tienen obligaciones. En consecuencia, el ser humano deja de ser el centro de protección de la legislación ecuatoriana para que la naturaleza, por sí misma, sea considerada como sujeto de protección cuando se trata de sus derechos.

Los artículos 71 y 73 de la Constitución ecuatoriana reconocen que la naturaleza tiene tres derechos fundamentales: 1) el derecho al respeto a su integral existencia; 2) el derecho a mantener y regenerar sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos; y 3) el derecho a la restauración. En consecuencia, la Constitución no reconoce derechos ilimitados a este nuevo sujeto de protección, sino que establece los contenidos esenciales de cada derecho, para que desde ese contenido el Estado pueda establecer las medidas legislativas y administrativas de protección de estos derechos.

¹⁸² Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Observaciones finales sobre Estados Unidos de América*, CERD/C/USA/CO/6 del 8 de mayo de 2008, párr. 30.

Medidas de creación de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos. -

Dentro de las medidas de derecho interno que deberían adoptar los Estados se encuentra la de contar con la Institución Nacional de Derechos Humanos (INDH), conforme a los Principios de París en donde se destacan las características de autonomía e independencia.

No debe escaparse la importancia que la Agenda 2030 sobre desarrollo sostenible ha otorgado a las INDH, al mencionar dentro de la meta 16.a sobre “fortalecer las instituciones nacionales pertinentes, incluso mediante la cooperación internacional, para crear a todos los niveles, particularmente en los países en desarrollo, la capacidad de prevenir la violencia y combatir el terrorismo y la delincuencia”, el indicador 16.a.1 que específicamente señala la “existencia de instituciones nacionales independientes de derechos humanos, en cumplimiento de los Principios de París”.

Las INDH son instituciones importantes dentro del ordenamiento jurídico de los Estados. Deben tener amplia competencia para apoyar a los Estados en la construcción de su ordenamiento jurídico respetuoso de los derechos humanos, con enfoque de género y diversidad, atendiendo a las obligaciones internacionales de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos.

En el ámbito de las empresas y los derechos humanos tienen un rol importante para la promoción y protección de derechos. En su facultad de asesoría a las instituciones de gobierno, las INDH pueden dar seguimiento y asesorar en la construcción de los planes nacionales sobre empresas y derechos humanos; igualmente, pueden colaborar con la supervisión y coordinación del cumplimiento de las obligaciones de los Estados en este ámbito.

Sobre este tema se desarrollará más adelante en este capítulo.

Implementación de recurso judicial. -

Los recursos judiciales que tienen por objeto atender y dar efectividad a los reclamos y a la reparación integral, proceden ante el fracaso de las medidas administrativas para evitar violaciones de derechos humanos.

Esto es congruente con la obligación de los Estados de contar con un recurso que sea sencillo, rápido y efectivo para que las personas recurran y exijan la garantía de sus derechos, tal como lo dispone la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 25 que hace referencia al derecho de protección judicial. El mencionado artículo dispone:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución,

la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Parte se comprometen:

- a. A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso:
- b. A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c. A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Los Estados también están obligados, en virtud de la protección que deben a los derechos humanos, a tener un recurso efectivo aplicable y sin restricciones en el ámbito de las empresas y los derechos humanos.

En los Estados Unidos Mexicanos, con relación a la tutela judicial frente a los casos de violaciones de derechos humanos, es necesario hacer referencia a la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dentro del caso de los indígenas de Tepoztlán frente a la empresa Pirámide y Convento S.A de C.V, que pretendía construir un club de golf en las tierras comunales¹⁸³.

Este caso inició en 1999 en los tribunales agrarios. La comunidad indígena emprendió acciones para que se reconozca su propiedad colectiva reconocida en 1929 por el entonces presidente Emilio Portes Gil, frente a las alegaciones de la empresa de que era propietaria de algunos predios por tener unos oficios que emitió la autoridad agraria en los años de 1960.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación dentro de la acción de amparo directo ordenó restituir la propiedad colectiva a los habitantes de la comunidad indígena; pero adoptó esta decisión únicamente para el caso específico, esto es, con efecto *Inter partes*, razón por la cual, si la comunidad indígena tiene reclamos respecto a otros actores por la posesión de sus tierras, debe emprender nuevas acciones legales¹⁸⁴.

De este caso se podría aseverar que el recurso no sería eficaz para garantizar el derecho a la propiedad colectiva de otras comunidades indígenas en virtud de instrumentos como el Convenio 160 de la Organización Internacional del Trabajo. En consecuencia, al establecer una sentencia con efecto *Inter partes* no atiende al espíritu de los instrumentos de derechos humanos y provoca que en todos los casos que se encuentren en la misma situación tengan que interponer acciones judiciales.

¹⁸³ Se considera importante citar esta sentencia por cuanto es un caso actual que se refiere al ámbito de las empresas y derechos humanos en México.

¹⁸⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos, *Segunda Sala Ordena la Restitución de Tierras a Comunidad Agraria de Tepoztlán, Morelos*, Boletín de noticias, No. 135/2018, México, 24 de octubre de 2018, disponible en: <http://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=5780>

Lo óptimo podría ser que el órgano judicial establezca las medidas de no repetición necesarias y efectivas para que este tipo de casos no ocurra nuevamente.

4.1.2. Mecanismos de supervisión del cumplimiento de las obligaciones de las empresas.

En el ámbito de las empresas y los derechos humanos, las medidas legislativas deben contener disposiciones vinculantes para que las empresas respeten los derechos humanos dentro de la jurisdicción del Estado, o fuera de su territorio como se desprende de la Opinión Consultiva OC/23 de 2017 de la Corte IDH, citada anteriormente.

Estas medidas legislativas deben enmarcarse en una política pública de protección a las personas y comunidades por las violaciones a sus derechos que puedan ocurrir por las operaciones empresariales. En consecuencia, si bien las empresas tienen una responsabilidad frente al ejercicio de los derechos humanos de las comunidades que podrían afectar, los Estados no se deslindan de sus obligaciones de supervisión.

La legislación debe considerar los mecanismos específicos para que el Estado exija el cumplimiento de las obligaciones a las empresas y no deje en indefensión a las personas afectadas. Para ello, atendiendo a una garantía institucional de los derechos humanos, establecerá los organismos e instituciones con competencia en materia de empresas y derechos humanos; sin perjuicio de que, al no haber una respuesta efectiva por parte de estas instituciones, las personas puedan acceder a un tribunal o juzgado para hacer valer sus derechos, así como la adopción de políticas públicas específicas y eficaces para su protección.

En consecuencia, la supervisión atiende al deber de prevención del Estado que ya se ha desarrollado en este estudio, en el sentido de que los Estados deben adoptar una política general de prevención para conocer y atender las situaciones de riesgo real e inminente para un individuo o grupo de personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad. La supervisión, en definitiva, permitirá a los Estados determinar la relación causa – efecto entre la afectación a los derechos y los hechos que generen esta vulneración, como son las actividades de terceros como las empresas.

Debe entenderse a la supervisión como la obligación del Estado de adoptar los mecanismos necesarios para observar las conductas de las empresas y actuar con debida diligencia en el caso de que dichas conductas ocasionen vulneraciones a los derechos humanos.

Por ejemplo, el Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos recomendó al Perú que:

Refuerce la capacidad institucional de la Autoridad Central del Sistema de Inspección del Trabajo en las tareas de supervisión de las prácticas empresariales, entre otras cosas, velando por que cuente con el personal y los

recursos necesarios para llevar a cabo la inspección del trabajo en todas las regiones, y tenga un mandato para realizar inspecciones sin previo aviso, así como facultades para imponer sanciones efectivas¹⁸⁵.

Esta recomendación surge por cuanto el Grupo de Trabajo, a lo largo de su informe, expresa que el Estado peruano había adoptado varios decretos legislativos entre los años 2013 y 2015, los cuales “tenían por objeto impulsar la inversión, pero que habían socavado la aplicación de la reglamentación ambiental y las facultades de supervisión”¹⁸⁶. Incluso, más adelante en el informe manifiesta:

Que el nivel de daño ambiental provocado por las actividades mineras es también muy elevado en el caso de las operaciones ilegales a pequeña escala, ya que no se supervisa el cumplimiento de las leyes de protección ambiental, laboral y de la salud. Al parecer, los trabajadores soportan condiciones extremas de salubridad y están muy extendidos el trabajo forzoso, el trabajo infantil y otras formas de explotación, como el tráfico sexual y laboral¹⁸⁷.

Con relación a la explotación laboral de niños, niñas y adolescentes, el Grupo de Trabajo celebró que se hubieran adoptado políticas y leyes para combatir el trabajo infantil, el trabajo peligroso y las prácticas de trabajo abusivas. No obstante, añadió que:

Alienta al Gobierno a aplicar las medidas adoptadas, en particular velando por que se disponga del presupuesto y la capacidad institucional necesarios y supervisando las prácticas de los empleadores, especialmente en el sector de la minería ilegal. El Grupo de Trabajo respalda también que se haya elevado la edad mínima de admisión al empleo a los 15 años, que es la edad de conclusión de la escolaridad obligatoria, como recomendó el Comité de los Derechos del Niño¹⁸⁸.

De este informe se desprende la importancia de que los Estados adopten regulaciones a nivel de todo su ordenamiento jurídico para proteger los derechos de las personas, con una mirada transversal de género y diversidad, poniendo especial énfasis en los grupos en situación de vulnerabilidad o de atención prioritaria. Sin embargo, no es suficiente adoptar las regulaciones que dispongan obligaciones a las empresas, sino que estas deben atender a los estándares de derechos humanos y, además, deben prever las medidas de supervisión para que las empresas rindan cuentas al Estado y

185 Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas acerca de su misión al Perú*, A/HRC/38/48/Add.2, del 9 de mayo de 2018, párr. 90, literal o).

186 Ibidem, párr. 32.

187 Ibidem, párr. 42

188 Ibidem, párr. 56.

a la sociedad sobre sus acciones y las vulneraciones de los derechos humanos que provoquen.

En adición, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva sobre medio ambiente da contenido a las obligaciones de supervisión y fiscalización que tienen los Estados frente a los actos de las entidades públicas y privadas. Establece que esta supervisión debe incluir la obligación de rendir cuentas que deben tener las empresas¹⁸⁹. Estas medidas están vinculadas al deber de prevención de los Estados frente al riesgo, especialmente en el ámbito del medio ambiente.

Uno de los mecanismos de supervisión es la exigencia de un estudio de impacto ambiental; sin embargo, no es el único, por cuanto el monitoreo debe ser constante mientras dure el proyecto o actividad que tenga impactos en el medio ambiente, especialmente cuando puedan producir un daño significativo al medio ambiente.

Las medidas de prevención deben estar acompañadas de otras apropiadas para la investigación, sanción y reparación; para ello, es necesario que implementen políticas públicas adecuadas, medidas reglamentarias y recursos judiciales que atiendan a una tutela judicial efectiva.

Incluso, para la Corte IDH es trascendental que, conforme a los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos, las empresas actúen respetando y protegiendo los derechos humanos, así como estableciendo medidas de prevención y mitigación, y asuman la responsabilidad por las consecuencias negativas de sus actividades corporativas que afecten y vulneren los derechos humanos¹⁹⁰.

En consecuencia, los Estados deben supervisar que las empresas atiendan y cumplan con sus obligaciones; y emitir las medidas legislativas necesarias para que las empresas cumplan con el respeto a los derechos humanos. Asimismo, los Estados deben establecer medidas que permitan la coordinación interinstitucional e interdisciplinaria para atender el respeto de los derechos humanos en el ámbito de operaciones de las empresas.

En cuestión de medio ambiente esta coordinación es indispensable, por cuanto es necesaria la actuación de todas las entidades estatales en el ámbito de sus competencias, al igual que lo es que se garantice el ejercicio del derecho de participación de la sociedad civil, especialmente aquella que puede ser afectada por las actividades empresariales.

189 op.cit.: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-23/17*, 15 de noviembre de 2017, párrs. 152 a 174.

190 Ibidem, 152 a 155.

4.1.3. Disposiciones en materia de contratación pública para garantizar la responsabilidad de las empresas.

De conformidad con los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos, la contratación pública es un ámbito en el que también las empresas deben respetar los derechos humanos, y los Estados promover que efectivamente así ocurra. Efectivamente, los principios 5 y 6, en su orden, indican:

Los Estados deben ejercer una supervisión adecuada con vistas a cumplir sus obligaciones internacionales de derechos humanos cuando contratan los servicios de empresas, o promulgan leyes a tal fin, que puedan tener un impacto sobre el disfrute de los derechos humanos.

Los Estados deben promover el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas con las que lleven a cabo transacciones comerciales.

La razón de estos principios es fundamentalmente dos: 1) Que el Estado tiene por deber garantizar los derechos humanos en todo su ámbito de acción, y la contratación pública no tiene por qué estar exenta; y 2) Que la interacción del Estado con el sector corporativo a través de las transacciones comerciales se convierte en una gran oportunidad para promover e impulsar a las empresas al respeto a los derechos humanos.

Ciertamente, se trata de principios que deben ser comprendidos en tono positivo. Conforme indica el comentario que sigue al principio 6, las múltiples transacciones comerciales que el Estado efectúa con las empresas, “les brinda oportunidades excepcionales – individual y colectivamente – de promover la concienciación y el respeto de los derechos humanos entre esas empresas, en particular al estipular los términos de los contratos...”.

De conformidad con la Organización Mundial del Comercio la contratación pública representa en promedio el 10 – 15% del Producto Interno Bruto (PIB) de una economía; mientras que la Secretaría Permanente del Sistema Económico Latinoamericano (SELA) señala que las compras públicas en el PIB de América Latina y el Caribe representó el 15,52%. Estos datos nos indican que los Estados son promotores de desarrollo a través de las transacciones comerciales. Requieren de bienes y servicios para cumplir con sus obligaciones sociales como la salud o la educación, o la construcción de infraestructura como autopistas, o la explotación de recursos como petróleo o minerales. Es importante añadir incluso que a través de políticas acertadas en la contratación pública puede incorporar a sectores excluidos al desarrollo.

Con la misma lógica de intervención del Estado a través de las transacciones comerciales con el sector corporativo para lograr resultados positivos ambientales, sociales y económicos, también el Estado tiene la oportunidad de alcanzar mejores resultados en el respeto a los derechos humanos por parte de las empresas, a través

del incentivo, aunque sin dejar de lado la penalización en casos de violación de los derechos humanos.

El Observatorio de Derechos Humanos y Empresas en Oriente Medio y el Norte de África (ODHE), sobre acabar con la impunidad empresarial y la importancia de la contratación pública, indica:

En las últimas décadas de hegemonía del modelo neoliberal, hemos asistido a la progresiva concentración del capital en grandes conglomerados empresariales con un enorme poder económico, pero también político. El peso político de estos grandes conglomerados, que tienen la capacidad de influir en decisiones gubernamentales, posiciona a los políticos y a las políticas en sus órganos de dirección, y chantajea a los Estados con sus desinversiones. Ello se refleja especialmente en la instauración de un entramado de normas vinculantes para los Estados que garantiza la impunidad de las acciones empresariales, atentando contra los pilares del Estado de Derecho y los derechos humanos más básicos.

Ante unas injusticias globales que nos hacen sentir impotentes, un instrumento para empezar a trabajar desde el refugio de la proximidad es promover una contratación pública que respete los derechos humanos en toda la cadena de suministro. Una contratación pública valiente, creativa y realmente justa tiene actualmente margen legal suficiente para desarrollar mecanismos que obliguen a las empresas a llevar a cabo la diligencia debida en sus actuaciones y no solo a través de declaraciones de intenciones o protocolos sellados que a menudo no tienen un seguimiento efectivo¹⁹¹.

La tarea, sin duda, es la creación de normativa y política pública que incentive a las empresas a mejorar sus niveles de respeto a los derechos humanos, así como establecer los mecanismos necesarios para la rendición de cuentas y la reparación efectiva de las víctimas de las vulneraciones de los derechos humanos. Tomamos como buena práctica la Guía para la protección y promoción de los derechos humanos en la contratación pública, diseñada para las administraciones públicas de Cataluña. De acuerdo con la Guía, se trata de proteger derechos humanos a través de medidas que intenten prevenir su violación:

En primer lugar (...) limitando el acceso a la contratación a las empresas que los vulneren; en segundo lugar, favorecer la protección y la promoción de estos derechos con medidas positivas a favor de las empresas que garanticen su protección y promoción, y, en tercer lugar, penalizar a las empresas que vulneren estos derechos.

¹⁹¹ Observatorio de Derechos Humanos y Empresas en Oriente Medio y el Norte de África, "Prólogo", en TORNOS, J., FERNANDEZ DE LOZADA, A., CALVETE, A., AMBROS, J., *Guía para la protección y promoción de los derechos humanos en la contratación pública*, 2017, pp. 51, 52.

La necesidad imperante de protección y defensa de los derechos humanos hace que deba considerarse como una intervención transversal que debe estar presente en todos los contratos. No se trata de cláusulas sociales que impongan obligaciones de cómo deben actuar las empresas contratistas y que, como tales, tengan que mantener una relación concreta con el objeto del contrato, como la prestación de un servicio de transporte con energía verde, o la prestación de otro servicio por parte de personas con dificultades de inserción laboral. Cualquier empresa que tenga la intención de contratar con la Administración debe respetar los derechos humanos. Lo que se impone es, pues, un deber de respeto de los derechos humanos, un comportamiento ético y una prohibición de ciertas prácticas. Por esta razón se introducen medidas en el proceso de contratación que pretenden garantizar este comportamiento, como medidas transversales y objetivas que son concreción de una finalidad estratégica de la contratación pública¹⁹².

Es necesario abordar la materia de contratación pública desde dos momentos. El primero antes del contrato, es decir, el procedimiento en el cual los Estados deben implementar medidas específicas para garantizar el acceso a cualquier empresa o persona privada a la contratación, bajo principios de igualdad y no discriminación y los intereses generales del Estado y la sociedad. En el segundo momento, el Estado debe garantizar que las empresas o personas que contrate cumplan con sus obligaciones legales y con los derechos humanos durante el proceso de ejecución del contrato.

En cuanto al proceso de contratación pública, las legislaciones de los Estados prevén que las figuras como la licitación, y los procesos de concursos públicos deben cumplir principios, como el de legalidad y publicidad, que eviten decisiones arbitrarias por parte de los funcionarios públicos.

Costa Rica, por ejemplo, desde su proceso constituyente de 1949 mantiene una línea definida sobre incorporar a la licitación como principio constitucional de la contratación administrativa como mecanismo idóneo para un procedimiento público de contratación con el Estado. Christian Campos profundiza sobre fallos de la Sala Constitucional de Costa Rica en esta materia, de donde rescata que la importancia radica en que la publicidad de estos procesos permite una mejor administración de los fondos públicos, evitando que los funcionarios públicos encargados de la contratación actúen con arbitrariedad y generen actos de corrupción que afectan la administración de los fondos públicos¹⁹³.

La Corte Constitucional de Colombia tiene una posición similar respecto a la importancia de utilizar procedimientos objetivos para escoger las mejores ofertas; sin

¹⁹² TORNOS, J., FERNANDEZ DE LOZADA, A., CALVETE, A., AMBROS, J., *Guía para la protección y promoción de los derechos humanos en la contratación pública*, 2017, pp. 35, 38.

¹⁹³ Christian Campos Monge, *Contratación Pública y Corrupción (Un análisis particular de los principios rectores de la contratación administrativa)*, Revista de Ciencias Jurídicas 112, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2007. p. 179.

embargo, añade que el fin de los procedimientos y establecer requisitos de selección objetiva debe ser el de asegurar el interés general¹⁹⁴. Sin embargo, cabe señalar que el interés general puede ser una cuestión bastante abierta si no se le da un contenido específico, aunque puede apuntar a cuestiones concretas que garanticen los derechos de las personas, como, por ejemplo, si se hace referencia a las personas y grupo de personas que históricamente han sido discriminadas y por este hecho se les puede garantizar su derecho al trabajo mediante medidas de acción afirmativa.

En este sentido, los Estados deben establecer las cláusulas contractuales que obliguen a las empresas en general a respetar cuestiones específicas en el momento en que empiezan a operar, por ejemplo, que garanticen los derechos laborales de sus trabajadores; garanticen el acceso al trabajo a las personas que pertenezcan a grupos y colectivos históricamente discriminados; garanticen que sus actividades corporativas no vulnerarán el derecho al ambiente sano y la naturaleza, así como tampoco el derecho a la salud de las personas en general; entre otras cuestiones que por sus actividades puedan afectar.

Esto implica que la administración pública no debe considerar que atender al interés general o público es únicamente revisar que el precio sea el más económico, sino realizar otro tipo de calificación de las personas o empresas para garantizar en el proceso de contratación el ejercicio de otros derechos como los enunciados anteriormente.

Debemos volver a replantear los criterios y principios por los que se rigen las licitaciones públicas, pensemos en las consecuencias directas e indirectas que están provocando en algunos casos las administraciones en la adjudicación de sus contratos al primar el precio por encima de cualquier otro factor: ¿no se está produciendo una merma en la calidad de los servicios públicos? ¿no hay acaso contrataciones públicas que generan empleo precario, mal pagado, en absoluto paritario, e insensible al medioambiente?

El objetivo de introducir criterios sociales y concretamente la perspectiva de género en la contratación pública es triple:

- Transformar políticas asistenciales y pasivas por otras productivas y activas.
- Avanzar hacia una corresponsabilidad social entre administraciones públicas, agentes sociales y el sector económico privado, involucrando a este último en la consecución de derechos fundamentales.
- Facilitar la sostenibilidad de las políticas de inserción laboral de mujeres, persiguiendo la obtención concreta de resultados y procurando la

¹⁹⁴ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-400/99*. Expediente D-2268, acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 24, 25, 28 y 29 del Estatuto de la Contratación Administrativa (Ley 80 de 1993).

efectividad de otras acciones que actúan sobre la discriminación en el origen¹⁹⁵.

Entre los ejemplos de cláusulas sociales en España se encuentran:

La Ley 4/2005 para la Igualdad de Mujeres y Hombres, como la Orden Ministerial de Presidencia 525/2005, de 7 de marzo, [que] han introducido recientemente la perspectiva de género en la contratación pública. No obstante, las cláusulas sociales llevan durante largo tiempo abriéndose paso en las licitaciones públicas y en la legislación de contratos¹⁹⁶.

En cuanto a los procesos de ejecución de los contratos, los Estados tienen la capacidad de actuar con el imperio de la ley para disponer obligaciones a los privados, en consecuencia, la legislación establece las obligaciones que deben cumplir los privados, y determina el tipo de sanciones en el caso que se incumplan las mismas. En tal virtud, es necesario que el Estado establezca ciertas reglas en los contratos que garantice que las personas privadas que han contratado con el Estado cumplan sus obligaciones con los derechos humanos, además de las obligaciones legales.

Aquí, sin embargo, es necesario dejar sentada la diferencia entre el cumplimiento de las obligaciones legales que tiene que ver con el cumplimiento de factores sociales y el respeto al núcleo central de los derechos humanos:

Es importante entender, sin embargo, que no existe una correspondencia plena entre derechos humanos y factores sociales. Esto se debe a que no todos los factores sociales que determinan la contratación pública sostenible se enmarcan dentro de los derechos humanos: por ejemplo, no cumplir con el requisito de emplear a un porcentaje concreto de personas con diversidad funcional no se puede considerar una vulneración de los derechos humanos. Y, del mismo modo, no todos los derechos humanos tienen una vertiente social (aunque sí que pueden tener, obviamente, repercusiones). Los derechos civiles (como el derecho a la presunción de inocencia o el derecho de asilo) y los derechos culturales (como el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad), por ejemplo, demuestran que el concepto de “derechos humanos” va mucho más allá de las cláusulas sociales típicamente incluidas en la contratación pública¹⁹⁷.

195 Santiago Lesmes Zabalegui. *Contratación Pública y Discriminación Positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral*. Texto completo de la ponencia presentada en la Conferencia <Mujeres y Mercado de Trabajo> organizada por el Departamento de Derecho de la Empresa y la E. U. De Relaciones Laborales (UPV/EHU), Leioa, 18 de noviembre de 2005, p. 65.

196 Ibidem, p. 67.

197 op.cit.: TORNOS, J., FERNANDEZ DE LOZADA, A., CALVETE, A., AMBROS, J., *Guía para la protección y promoción de los derechos humanos en la contratación pública*,

Daniel Martínez Fons hace referencia a la responsabilidad social en la contratación pública (RSCP), que pretende alcanzar una eficacia económica y a la par un progreso social¹⁹⁸. Para este autor, existen tres manifestaciones de la responsabilidad social en la contratación pública:

Una primera manifestación de la RSCP cabe identificarla con la labor de promoción de la normativa laboral –o, si se prefiere, del trabajo decente- que corresponde a la Administración Pública, en tanto que agente económico que actúa en el mercado. De conformidad con ello, se trata de evitar que la elección de la oferta económicamente más ventajosa fundamente su ventaja competitiva sobre la merma de las condiciones laborales de los trabajadores de las empresas concurrentes. En este caso, la cláusula social implica la obligación para la empresa adjudicataria de un contrato público de observar la normativa laboral en sentido amplio: cumplimiento de las normas legales y convencionales sobre tiempo de trabajo, salario, seguridad y salud en el trabajo, igualdad y no discriminación, etc. Ello incluye también la exclusión de los procesos de adjudicación de los oferentes que incumplan gravemente obligaciones de carácter sociolaboral.

En segundo lugar, la RSCP puede referirse también a la inclusión de ciertos objetivos de política sociolaboral en la contratación pública. Son sobradamente conocidas las limitaciones que en numerosas ocasiones encuentran los instrumentos legales en materia de empleo para alcanzar sus objetivos. En este sentido, es razonable pensar que la Administración deba asumir una labor promocional –o si se prefiere de fomento- del empleo, incluyendo de este modo objetivos vinculados con la política de empleo en la contratación pública. La actuación económica de la Administración puede emplearse con la finalidad de conformar un tejido empresarial que sea sensible al interés general que se manifiesta en las políticas de empleo: ofrecer oportunidad de empleabilidad a los colectivos que tienen especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo, tales como jóvenes, personas en situación de exclusión social, desempleados de larga duración o, en fin, trabajadores maduros; promoción de la calidad en el empleo favoreciendo el trabajo estable; limitación del recurso a la temporalidad; previsión de la subrogación laboral en los supuestos de sucesión de concesiones administrativas, etc.

Por último, en tercer lugar, también cabe aludir a la RSCP para describir las estipulaciones que tengan que ver con valores sociales o con objetivos de índole social, que se estiman de especial relevancia para el interés general en cada momento¹⁹⁹.

198 Daniel Martínez Fons, *Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública*. Fundación Alternativas. Documento de trabajo 153/2009, disponible en: http://www.tercersector.cat/sites/www.tercersector.cat/files/estudi_daniel_martinez_fons.pdf p. 10.

199 Ibidem, pp. 10, 11.

En definitiva, estas cláusulas pueden atender los derechos laborales de las personas que trabajan en las empresas que contraten con la administración pública; sin embargo, también deben atender a otras circunstancias como la protección ambiental. En España se tiene:

La Orden de la Ministra de Medio Ambiente, de 14 de octubre de 1997, [la cual] fijó los criterios de modificación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares que rigen en la contratación del Ministerio de Medio Ambiente, con el objeto de incluir la valoración ambiental como exigencia objetiva de resolución de los concursos que se convoquen²⁰⁰.

Adicionalmente, se debe considerar que los Estados tienen la potestad de definir los términos de contratación, en estricto respeto del principio de legalidad; razón por la cual, estas medidas como las cláusulas sociales tienen que incorporarse en la legislación respectiva. Asimismo, debe incluirse cuestiones específicas que garanticen que las empresas puedan ser investigadas y de ser el caso sancionadas por la violación de derechos humanos y de los derechos al ambiente sano y la naturaleza.

Esta cuestión es importante por ejemplo en los contratos de concesión para la exploración y explotación de recursos naturales no renovables como el petróleo, ámbito en el cual únicamente se dejará manifestada la importancia de observar las cláusulas de arbitraje internacional que se incluyen en estos temas, que en casos como el de Chevron – Texaco, empresa que contaminó la Amazonía ecuatoriana, ha dificultado la ejecución de la sentencia de los órganos de justicia de Ecuador para reparar las vulneraciones de derechos humanos y al medio ambiente cometidas durante su operación.

4.1.4. Medidas para garantizar la transparencia y sancionar la corrupción²⁰¹.

La corrupción tiene un vínculo directo con las violaciones a los derechos humanos y el derecho al desarrollo de las sociedades. El Relator de las Naciones Unidas sobre la deuda y los derechos humanos, Juan Pablo Bohoslavsky, realizó un pronunciamiento mostrando preocupación sobre el grave impacto a los derechos humanos que provoca la corrupción. Específicamente señaló que:

La corrupción es una grave preocupación para los derechos humanos en todas partes precisamente porque despoja a una parte considerable del presupuesto público de su función social. La captura del Estado por una pequeña élite es

200 op.cit.: Santiago Lesmes Zabalegui. *Contratación Pública y Discriminación Positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral*, p. 71.

201 Compendio del texto "Corruption and Human Rights: Making the Connection", International Council on Human Rights Policy, Transparencia International, Switzerland, 2009.

importante porque erosiona la confianza de las instituciones, dificulta la rendición de cuentas y debilita la democracia²⁰².

Añade que: “La corrupción obstaculiza la promoción de los derechos porque profundiza las inequidades existentes, a menudo, llevando a los pobres y marginalizados a las peores condiciones de vida y la disminución de su ya débil participación en la vida pública²⁰³.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales opina de la misma forma:

La corrupción constituye uno de los principales obstáculos a la promoción y protección efectivas de los derechos humanos, en particular en lo que respecta a las actividades de las empresas²⁰⁴. También socava la capacidad de un Estado para movilizar recursos destinados a la prestación de servicios esenciales para dar efectividad a los derechos económicos, sociales y culturales. Provoca discriminación en el acceso a los servicios públicos en favor de quienes pueden influir en las autoridades, por ejemplo, mediante sobornos o recurriendo a la presión política. Por lo tanto, se ha de proteger a los denunciantes de irregularidades²⁰⁵ y se deben establecer mecanismos especializados de lucha contra la corrupción, velar por su independencia y dotarlos de recursos suficientes²⁰⁶.

El Comité de Derechos del Niño menciona que la corrupción limita los recursos efectivos para la promoción y protección de los derechos de la niñez.

La corrupción y la mala gestión de los recursos públicos en la movilización, la asignación y el gasto de los ingresos del Estado representa el fracaso de este último en el cumplimiento de su obligación de utilizar el máximo de los recursos disponibles. El Comité subraya la importancia de que los Estados parte asignen recursos para impedir y eliminar cualquier corrupción que afecte a los derechos

202 Juan Pablo Bohoslavsky, *La corrupción la sufren los que menos pueden permitírsela*. Noticias ONU, en <https://news.un.org/es/story/2018/05/1434332>. Ver el texto original en inglés disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23118&LangID=E>.

203 Ibidem.

204 Véase la Resolución 23/9 del Consejo de Derechos Humanos y la Resolución A/RES/69/199 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

205 Véanse las conclusiones anexas a la Resolución relativa al Trabajo Decente en las Cadenas Mundiales de Suministro, adoptada por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 105ª reunión, párr. 16 g).

206 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 24 sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales*, E/C.12/GC/24 del 10 de agosto de 2017, párr. 20.

de los niños, de conformidad con la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción²⁰⁷.

Alicia Bárcena, como Secretaria Ejecutiva de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), nos deja ver algunas formas de corrupción que impactan negativamente en los Estados y el costo económico de lo que esto implica:

En las últimas décadas se ha acrecentado la importancia de los paraísos fiscales, dada la globalización económico-financiera, que conlleva significativos flujos comerciales y financieros transfronterizos en un marco de creciente desregulación financiera, los importantes aumentos en la inversión extranjera directa y la consolidación de las empresas transnacionales. Estos factores, junto a los avances tecnológicos, han permitido que las grandes corporaciones, nacionales o transnacionales. Así como las personas de altos patrimonios, utilicen métodos agresivos de planificación tributaria, que incluyen a los paraísos fiscales para aprovechar la falta de regulación, las lagunas jurídicas y la poca información que existe en las administraciones fiscales nacionales. Por su parte, la desregulación financiera, el secreto bancario y la falta de transparencia han facilitado que los flujos financieros ilícitos también transiten por los llamados paraísos fiscales.

El costo económico de estas prácticas es muy alto y su eliminación aportaría importantes recursos al financiamiento de la Agenda 2030. Cálculos de la riqueza estacionada en los paraísos fiscales la sitúan en 7,6 billones de dólares. Las pérdidas tributarias anuales por impuestos personales a nivel global llegan a aproximadamente 189.000 millones de dólares, de los cuales 21.000 millones corresponden a pérdidas de contribuyentes latinoamericanos. A nivel de empresas multinacionales, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y el Desarrollo (UNCTAD) estiman que la planificación tributaria agresiva por parte de estas empresas generó pérdidas tributarias a nivel global entre 100.000 y 240.000 millones de dólares en 2014.

En América Latina la Cepal ha estimado que la evasión al impuesto a la renta de empresas y personas físicas es del orden de 220.000 millones de dólares, equivalente a 4,3% del producto interno bruto (PIB) regional en 2015. Si a esto sumamos la evasión del impuesto al valor agregado (IVA) -de 120.000 millones de dólares- la cifra de evasión total llega a 340.000 millones de dólares equivalente a un monto cercano a 6,7% del PIB. Por concepto de flujos ilícitos

207 Comité de Derechos del Niño. *Observación General No. 19 sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño* (art. 4), CRC/C/GC/19 del 21 de julio de 2016, párr. 34.

vinculados al comercio internacional la CEPAL ha estimado pérdidas tributarias en torno a 31.000 millones de dólares en 2013²⁰⁸.

Dada esta importancia, es necesario que los Estados adopten medidas para garantizar la transparencia y combatir la corrupción. En tal virtud, el Relator sobre la deuda y los derechos humanos enfatiza la necesidad de que los Estados implementen esfuerzos, como en el caso de Ucrania, Estado del que elogió el desarrollo positivo en la materia, especialmente institucional. Sin embargo, el Relator considera que estos esfuerzos no serán suficientes si no se adopta un enfoque holístico que incluya la investigación, que conlleve la respectiva sanción a los responsables, de forma que se evite la impunidad; y la adopción de acciones tendientes para la prevención de la corrupción. Al respecto manifestó:

En el ánimo de prevenir y combatir la corrupción, elogio varios esfuerzos realizados en los años recientes, en particular la creación de una arquitectura institucional que considera ciertas áreas críticas. Esto incluye la Ley sobre Prevención de la Corrupción, así como la creación de la Agencia Nacional para la Prevención de la Corrupción, La Oficina Nacional Anti-Corrupción, La Oficina Especializada en Anti-Corrupción del Procurador y la Agencia de Recuperación y Gestión de Activos. Sin embargo, no se puede lograr erradicar la corrupción endémica sin un enfoque holístico que incluya a) investigación, procesamiento y sanciones efectivas para las que se necesita una reforma judicial que garantice jueces independientes y competentes; y b) más énfasis en la prevención para minimizar los incentivos para la corrupción. La solidez y la eficacia de la regulación económica son cruciales y deben avanzarse de manera coordinada con los organismos que luchan contra la corrupción, así como la aplicación de la ley²⁰⁹.

Los Estados americanos adoptaron la Convención Interamericana contra la Corrupción²¹⁰. Si bien es verdad que la Convención no hace ninguna referencia a los derechos humanos, sí establece los compromisos asumidos por los Estados suscribientes para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; así, deben aplicar medidas preventivas dentro de sus propios sistemas institucionales; medidas necesarias para ejercer su jurisdicción frente a los actos de corrupción; medidas legislativas para tipificar como delitos los actos de corrupción señalados en la Convención²¹¹; acciones de asistencia y cooperación entre los Estados en temas tales como la extradición, la identificación, rastreo, inmovilización, confiscación y decomiso

208 Alicia Bárcena, *Paraísos fiscales y el financiamiento de la Agenda 2030*, El Telégrafo, 27 de noviembre de 2016, puede verse en <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/columnistas/1/paraisos-fiscales-y-el-financiamiento-de-la-agenda-2030>

209 op.cit.: Juan Pablo Bohoslavsky, *La corrupción la sufren los que menos pueden permitírsela*.

210 Suscrita en Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996.

211 Ver artículo VI.1 de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

de bienes producto de la corrupción, la imposibilidad de anteponer el secreto bancario, y nombrar autoridades centrales para la efectiva cooperación.

También es necesario hacer referencia a la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción²¹². Respecto a ella, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito indica:

La Convención introduce un conjunto cabal de normas, medidas y reglamentos que pueden aplicar todos los países para reforzar sus regímenes jurídicos y reglamentarios destinados a la lucha contra la corrupción. En ella se pide que se adopten medidas preventivas y que se tipifiquen las formas de corrupción más frecuentes tanto en el sector público como en el privado. Además, se da un paso decisivo al exigir a los Estados Miembros que devuelvan los bienes procedentes de la corrupción al país de donde fueron robados²¹³.

La Convención establece finalidades específicas, tales como promover medidas para combatir la corrupción, facilitar la cooperación internacional, la obligación de rendir cuentas y de la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos; hace referencia a las obligaciones de los Estados como coordinar políticas que promuevan la participación de la sociedad, evaluar periódicamente los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas aplicables al combate a la corrupción, la colaboración con las organizaciones internacionales y regionales, entre otras.

Las medidas que adopten los Estados no deben menoscabar el ejercicio efectivo de los derechos humanos, sino que respetarán los estándares, especialmente los relacionados a la investigación de los casos de corrupción. Asimismo, este vínculo debe generar un empoderamiento de quienes legítimamente reclaman y demandan sus derechos con relación a los actos de corrupción, garantizándoles su derecho a la participación activa y efectiva en los esfuerzos para combatir la corrupción.

Entonces, los derechos humanos se convierten en medidas de prevención de la corrupción por el desarrollo de principios y derechos que son relevantes para esta temática. Por ejemplo, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, asamblea y asociación y el derecho de acceso a la información que garantizan la participación, son vitales para combatir la corrupción, e incluso empoderan a las personas afectadas, defensores de derechos humanos y comunicadores a denunciar de forma pública y mediante los mecanismos judiciales efectivos los actos de corrupción cometidos por las empresas públicas y privadas y/o los gobiernos.

212 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 58/4 de 31 de octubre de 2003. México desempeñó un rol fundamental al haberse efectuado en Mérida, México, la Conferencia política de alto nivel para la firma de la Convención.

213 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, Nueva York, 2004, p. iii, puede verse en https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf

En cuanto a los derechos de participación de la sociedad civil, la misma Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, en su artículo 13, estipula que los Estados parte deben asegurar que el público cuente efectivamente con el acceso efectivo a la información; y de conformidad con su artículo 10 los Estados adoptarán procesos o regulaciones que garanticen la obtención de información sobre la organización, funcionamiento y procesos de decisión de la administración pública.

Asimismo, el artículo 13 de la Convención establece que los Estados deben respetar, promover y proteger la libertad de investigar, recibir, publicar y difundir información relacionada a la corrupción. Este estándar también está desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Claude Reyes y otros contra Chile*. Esto implica que los Estados tienen una obligación de levantar las restricciones de acceso a la información sobre asuntos de corrupción.

Para el Relator sobre los efectos de la deuda y los derechos humanos, la transparencia también es importante para combatir la corrupción, para lo cual, es preciso adoptar mecanismos que procuren incrementar la transparencia:

Incluso ha puesto una serie de iniciativas para incrementar la transparencia, incluyendo la divulgación electrónica de activos, la contratación electrónica, la apertura de registros públicos y la puesta a disposición pública de varios conjuntos de datos. Sin embargo, a pesar de que estas instituciones son todavía relativamente jóvenes, existen varias deficiencias en su funcionamiento, incluido el requisito urgente de regular de manera efectiva varias áreas. Estas áreas son: a) conflictos de intereses, b) lobbie con varios sectores, c) protección robusta de los denunciantes, y lo más importante d) establecer un Tribunal Superior Anticorrupción verdaderamente independiente y efectivo para abordar los casos de corrupción al más alto nivel²¹⁴.

Las prácticas de corrupción que violan derechos humanos, sea directa o indirectamente, generan hacia los Estados las mismas obligaciones que se establecen en los instrumentos internacionales de derechos humanos, esto es, las de respetar, proteger y garantizar. Por esta razón, es importante que los Estados adopten un enfoque de derechos humanos que minimice las conductas de corrupción y genere procesos de investigación para detectar casos de corrupción, determinar responsables y de ser el caso, establecer sanciones.

El vínculo entre los actos de corrupción y las violaciones de derechos humanos crea nuevas posibilidades de acción para atender el problema de la corrupción; por ejemplo, permite visibilizar la importancia de utilizar los distintos mecanismos de protección de derechos a nivel nacional, regional e internacional. Estos mecanismos pueden actuar para establecer responsabilidades, disponer la rendición de cuentas,

214 op.cit.: Juan Pablo Bohoslavsky, *La corrupción la sufren los que menos pueden permitírsela*.

obligar a los Estados a que adopten mecanismos de prevención, investigación y que finalmente desincentiven la corrupción.

Asimismo, debe constituirse en una herramienta que asista a los Estados y autoridades públicas a respetar, proteger y garantizar los derechos humanos en todo nivel, en el sentido de que el diseño e implementación de la política pública de programas de anticorrupción adopte un enfoque de diversidad, en el que se observe los efectos que tendrá frente a las personas y grupos marginales o empobrecidos que son objeto de discriminación social o se encuentran en situación de desventaja. Los Estados deben identificar a las personas y grupos de personas que se encuentren en una situación de riesgo específica y ofrecer guías para el diseño e implementación de las políticas anticorrupción que atiendan a los efectos que estas prácticas producen en cada grupo particular.

Por ejemplo, en el ámbito de las empresas y derechos humanos, los Estados deben implementar medidas efectivas para proteger a las personas frente a la explotación laboral y tráfico de personas, y con especial énfasis en la protección de mujeres, niñas, niños y adolescentes. En el delito de tráfico de personas, con frecuencia ocurren actos de corrupción en los que están involucrados agentes de migración, policía, funcionarios judiciales; incluso, las mujeres migrantes a menudo no cuentan con un documento de identificación y se encuentran en mayor riesgo de violación de sus derechos, incluso a ser sometidas a violencia sexual.

Igualmente, con relación a la niñez y adolescencia, los inspectores de trabajo reciben sobornos para permitir que las empresas y/o personas particulares permitan explotar su trabajo, a pesar de que las leyes de los Estados lo prohíben. Cuando este tipo de actos de corrupción ocurren, los Estados fallan a su obligación de proteger los derechos de la niñez y adolescencia a no ser explotados laboralmente.

4.1.5. Medidas específicas de protección para los pueblos indígenas.

Disposiciones de la Convención 169 de la OIT.

Los Estados han suscrito diferentes instrumentos internacionales y regionales relacionados a la protección de los derechos de los pueblos indígenas. Por ejemplo, han suscrito el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (C 169 OIT), que establece varias obligaciones para los Estados; así, del artículo 2 se tiene la responsabilidad de los gobiernos de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática para la protección de los derechos de estos pueblos y a garantizar su dignidad, y define las medidas que deben adoptar:

Artículo 2.2. Esta acción deberá incluir medidas:

- a. Que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;

- b. Que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;
- c. Que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

También debe considerarse que este Convenio tiene una diferencia cualitativa en relación a su antecesor (el Convenio 107 de la OIT adoptado en 1957), por cuanto cambia el rol del Estado benefactor al rol del Estado protector que considera a los pueblos indígenas como sujetos de derechos y que pueden decidir sobre su desarrollo, por tal razón, este Convenio 169 de la OIT da una mayor importancia a la participación de los pueblos; así, el artículo 5 señala que al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

- a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;
- b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;
- c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.

Es en este contexto que el Convenio 169 instituye el derecho a la consulta previa, libre e informada frente a las medidas legislativas o administrativas que puedan afectar sus derechos. Efectivamente, el artículo 6 de dicho instrumento señala:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - a. Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
 - b. Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
 - c. Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.
2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

En consecuencia, el derecho a la consulta previa constituye una obligación específica del Estado para fortalecer la participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones de medidas legislativas o administrativas que puedan afectar sus derechos. Este derecho difiere de otros derechos de participación por cuanto los procedimientos deben ajustarse a la cultura de los pueblos indígenas y, además, debe contarse con sus instituciones representativas, por lo que el Estado no puede hacer un acercamiento por fuera de las instituciones de los pueblos a consultar.

El derecho a la consulta previa está conexo al artículo 7 del mismo instrumento, que establece el derecho de decidir sobre sus propias prioridades. De este artículo se desprende la importancia que tiene el derecho a la consulta previa que constituye un verdadero diálogo que garantice que los pueblos indígenas puedan exponer al Estado sus preocupaciones sobre las probables consecuencias por la adopción de determinadas medidas legislativas o administrativas y, en consecuencia, puedan llegar a acuerdos sobre los mecanismos para proteger sus derechos, e incluso pueda obtenerse el consentimiento.

Por su importancia, citamos el artículo 7 en su totalidad:

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.
2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.
3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.
4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

Además, este Convenio 169 de la OIT también establece varias medidas que tienden a garantizar el derecho a la propiedad colectiva o territorio de los pueblos indígenas, por cuanto considera la conexión espiritual que tienen. Al respecto, el artículo 13 de la Convención establece:

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.
2. La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

En consecuencia, los Estados deben respetar el derecho a la propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan y además deben establecer las medidas pertinentes para garantizar su protección efectiva, como se desprende del artículo 14:

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, que, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.
2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

Medidas en el contexto de las actividades extractivas: Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Los derechos de los pueblos indígenas, dentro del contexto de las operaciones que implementan las industrias extractivas autorizadas o no autorizadas por el Estado, se encuentran en situación de riesgo; por tal razón, los Estados deben implementar las regulaciones específicas para proteger, prevenir, mitigar y suspender los impactos negativos a sus derechos. Asimismo, los Estados deben adoptar mecanismos de supervisión y fiscalización de estas actividades y garantizar la participación efectiva, la transparencia y el acceso a la información en todo momento, incluso previo a la creación de la política pública o la disposición de dar en concesión a las empresas privadas o públicas de los bloques para la explotación de los recursos naturales renovables y no renovables.

En consecuencia, la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos han desarrollado la interpretación sobre la protección de los Estados en las circunstancias de violaciones de derechos humanos por parte de terceros. Por ejemplo, la CIDH en el Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador de 1997 señala que:

La información analizada sobre el impacto de las actividades de explotación petrolera en la salud y la vida de los residentes afectados plantea graves inquietudes, por lo que la Comisión alienta al Estado del Ecuador a tomar las medidas necesarias para asegurar que las acciones de sus agentes, a través de la compañía petrolera estatal, cumplan las obligaciones jurídicas tanto nacionales como internacionales. Asimismo, la Comisión exhorta al Estado a tomar medidas para evitar daños a las personas afectadas debido al comportamiento de los concesionarios y actores privados. El Estado del Ecuador deberá cerciorarse de que existen medidas de protección para que no ocurran incidentes de contaminación ambiental que amenacen la vida de los habitantes de los sectores en desarrollo. Cuando se haya infringido el derecho a la vida de los residentes del Oriente a causa de la contaminación ambiental, el Gobierno está obligado a responder con medidas apropiadas de investigación y desagravio²¹⁵.

Igualmente, la CIDH consideró que el derecho internacional de los derechos humanos establece salvaguardas para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, como la protección a su derecho a usar su idioma, ejercer su religión, y todas las características necesarias para proteger su identidad cultural. Este razonamiento se desprende del informe de fondo del caso del Pueblo Yanomami del Brasil, en el cual la Comisión menciona:

7. Que el Derecho Internacional, en su estado actual y tal como se encuentra cristalizado en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce a los grupos étnicos el derecho a una protección especial para el uso de su idioma, el ejercicio de su religión y, en general, de todas aquellas características necesarias para la preservación de su identidad cultural.

8. Que sobre el tema de las poblaciones indígenas la Comisión ha señalado:

Que la Comisión considera que la protección de las poblaciones indígenas constituye tanto por razones históricas como por principios morales y humanitarios, un sagrado compromiso de los estados;

Que en diversas oportunidades esta Comisión ha debido tomar conocimiento de casos en los cuales se ha comprobado que abusos de poder cometidos por funcionarios gubernamentales encargados de tareas de administración en relación con comunidades indígenas han ocasionado gravísima lesión a los derechos humanos de sus integrantes;

215 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*, Capítulo VIII. OEA/SerieL/V/II.96, del 24 de abril de 1997, disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/Ecuador-sp/Capitulo%208.htm>.

Que estos agravios a los derechos humanos resultan tanto más reprobables si se atiende al hecho de provenir de agentes del poder público y de tomar por víctimas a personas o grupos para los cuales es particularmente difícil el ejercicio eficaz de los medios de defensa establecidos por las legislaciones de los respectivos Estados²¹⁶.

En definitiva, la protección de los derechos de los pueblos indígenas constituye un deber ineludible para los Estados, incluso cuando las vulneraciones ocurran en el contexto de las actividades entre particulares. Por ejemplo, la CIDH se refirió al derecho a contar con un recurso efectivo para las personas que pertenecen a un pueblo indígena, de forma que puedan recurrir a las decisiones que generen o puedan generar una vulneración a sus derechos en el contexto de las actividades extractivas como la prospección aurífera. Esta decisión la adoptó en el informe de fondo, dentro del caso de Mary y Carrie Dann miembros del pueblo indígena Western Shoshone en el Estado de Nevada de Estados Unidos de América. Al respecto, la Comisión mencionó:

La Comisión considera que los principios jurídicos internacionales generales aplicables en el contexto de los derechos humanos de los indígenas incluyen:

- el derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento legal de sus formas y modalidades variadas y específicas de control, propiedad, uso y usufructo de los territorios y bienes;
- el reconocimiento de su derecho de propiedad y posesión con respecto a tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente; y
- en los casos en que los derechos de propiedad y uso de los pueblos indígenas deriven de derechos previamente existentes a la creación de sus Estados, el reconocimiento por los Estados de los títulos permanentes e inalienables de los pueblos indígenas y a que ese título sea modificado únicamente por consentimiento mutuo entre el Estado y el pueblo indígena respectivo cuando tengan pleno conocimiento y apreciación de la naturaleza o los atributos de ese bien. Esto también implica el derecho a una justa indemnización en caso de que esos derechos de propiedad y uso sean perdidos irrevocablemente.

Sobre la base de este análisis, la Comisión opina que las disposiciones de la Declaración Americana deben interpretarse y aplicarse en el contexto de los peticionarios indígenas con debida consideración de los principios particulares del derecho internacional en materia de derechos humanos que rigen los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas. Disposiciones particularmente pertinentes de la Declaración a este respecto son el Artículo II (derecho a la igualdad ante la ley), el Artículo XVIII (derecho a un juicio justo) y el Artículo XXIII

²¹⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Caso No. 7.615 – Pueblo Yanomami (Brasil)*, Resolución No. 12/85 del 5 de marzo de 1985, párrs. 7, 8.

(derecho a la propiedad). Como se indicó, este criterio incluye la adopción de medidas especiales para garantizar el reconocimiento del interés particular y colectivo que los pueblos indígenas tienen en la ocupación y el uso de sus tierras y recursos tradicionales y su derecho a no ser privados de este interés excepto con un previo consentimiento plenamente informado, en condiciones de equidad y previa justa compensación. La Comisión desea subrayar que, al interpretar la Declaración Americana en el sentido de que salvaguarda la integridad, supervivencia y cultura de los pueblos indígenas mediante una protección efectiva de sus derechos humanos individuales y colectivos, la Comisión está respetando los propósitos mismos en que se funda la Declaración que, como lo expresa su Preámbulo, incluyen el reconocimiento de que "es deber del hombre ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu". [...]

La Comisión desea subrayar que no compete a esta instancia, en las circunstancias del presente caso, determinar si, y en qué medida, las Dann pueden reivindicar con justicia la validez de un derecho de propiedad en las tierras ancestrales Western Shoshone. Esta cuestión involucra aspectos complejos de derecho y de hecho que competen más a la determinación del Estado a través de los procesos que considere adecuados a tales efectos. Sin embargo, estos procesos deben conformarse con las normas y principios de la Declaración Americana aplicables a la determinación de los derechos de propiedad de los indígenas conforme se describen en este informe. Ello exige en particular que se otorgue a las Dann el recurso ante la justicia para proteger sus derechos de propiedad en condiciones de igualdad y de manera que se considere el carácter colectivo e individual de los derechos de propiedad que las Dann puedan reivindicar por las tierras ancestrales Western Shoshone. El proceso también debe permitir la participación plena e informada de las Dann en la determinación de sus reivindicaciones del derecho de propiedad por las tierras ancestrales Western Shoshone²¹⁷.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha generado basta jurisprudencia sobre la protección de los derechos de los pueblos indígenas en el ámbito de las actividades extractivas, y en particular, ha desarrollado las obligaciones que tienen los Estados para proteger sus derechos frente a las actividades de particulares. Así, en el caso del Pueblo Indígena de Sarayaku en Ecuador, la Corte ratificó su jurisprudencia del caso Saramaka en Surinam sobre las salvaguardias que deben implementar los Estados:

En relación con la obligación de llevar a cabo estudios de impacto ambiental, el artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT dispone que "los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y

217 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Caso 11.140 – Mary y Carrie Dann (Estados Unidos)*, Informe de fondo No. 75/02, 27 de diciembre de 2002, párrs. 130, 131, 171. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/FEUU.11140.htm>.

cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas".

La realización de tales estudios constituye una de las salvaguardas para garantizar que las restricciones impuestas a las comunidades indígenas o tribales, respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio, no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo. En ese sentido, el Tribunal ha establecido que el Estado debía garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio de una comunidad indígena a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Además, la Corte determinó que los Estudios de Impacto Ambiental "sirven para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión. El objetivo de [los mismos] no es [únicamente] tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también [...] asegurar que los miembros del pueblo [...] tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad", para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto "con conocimiento y de forma voluntaria".

Por otro lado, la Corte ha establecido que los Estudios de Impacto Ambiental deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto; respetar las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas; y ser concluidos de manera previa al otorgamiento de la concesión, ya que uno de los objetivos de la exigencia de dichos estudios es garantizar el derecho del pueblo indígena a ser informado acerca de todos los proyectos propuestos en su territorio. Por lo tanto, la obligación del Estado de supervisar los Estudios de Impacto Ambiental coincide con su deber de garantizar la efectiva participación del pueblo indígena en el proceso de otorgamiento de concesiones. Además, el Tribunal agregó que uno de los puntos sobre el cual debiera tratar el estudio de impacto social y ambiental es el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos.

En el presente caso, la Corte observa que el plan de impacto ambiental: a) fue realizado sin la participación del Pueblo Sarayaku; b) fue realizado por una entidad privada subcontratada por la empresa petrolera, sin que conste que el mismo fue sometido a un control estricto posterior por parte de órganos estatales de fiscalización, y c) no tomó en cuenta la incidencia social, espiritual y cultural que las actividades de desarrollo previstas podían tener sobre el Pueblo Sarayaku. Por tanto, el Tribunal concluye que el plan de impacto

ambiental no se llevó a cabo de conformidad con lo dispuesto en su jurisprudencia ni con los estándares internacionales en la materia²¹⁸.

En definitiva, las medidas que adopten los Estados tienen que incluir la participación de los pueblos y comunidades indígenas cuyos derechos puedan afectarse o sean efectivamente afectados. Además, entre las medidas que deben adoptar están los estudios de impacto social y ambiental de los cuales deben desprenderse los criterios fundamentales para la ejecución de las actividades; lo que implica que, si el Estado decide finalmente llevar a cabo una actividad sin lograr acuerdos y menos aún, sin lograr el consentimiento previo, libre e informado, debe adoptar medidas especiales para la protección de los derechos de los pueblos indígenas. Por tal motivo, estos estudios de impacto ambiental son fundamentales para que los Estados puedan definir las medidas que deben adoptar para proteger los derechos colectivos en los niveles espiritual, social y cultural, protegiendo especialmente su relación con su territorio frente a los posibles impactos negativos.

Con relación al derecho al consentimiento, la Corte IDH no ha cambiado la regla establecida en su sentencia del caso Saramaka contra Surinam respecto a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado. Para la Corte, los Estados deben garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas cuando se trata de implementar los grandes planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio. En consecuencia, se genera el deber de consultar de forma activa y de acuerdo con las costumbres y tradiciones del pueblo indígena. Al respecto:

La Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones. Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si este fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por

²¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párrs. 204 a 207.

último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones²¹⁹.

Asimismo, la Corte IDH considera que es obligatorio que el Estado obtenga el consentimiento libre, previo e informado según las costumbres y tradiciones del pueblo indígena cuando se requiere implementar los proyectos a gran escala en los territorios de ellos. Al respecto la Corte manifiesta:

Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre “consulta” y “consentimiento” en este contexto requiere de mayor análisis.

Al respecto, el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas ha observado, de manera similar, que:

“Siempre que se lleven a cabo proyectos a gran escala en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes no son capaces de entender, mucho menos anticipar. Los efectos principales comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración y, en algunos casos, abuso y violencia”.

En consecuencia, el Relator Especial de la ONU determinó que “es esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo”. (...)

Es más significativo aún mencionar que el Estado reconoció, asimismo, que el “nivel de consulta que se requiere es obviamente una función de la naturaleza y del contenido de los derechos de la Tribu en cuestión”. La Corte coincide con el Estado y además considera que, adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo

²¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblo de Saramaka vs. Surinam*, Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 133.

adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones²²⁰.

En definitiva, el consentimiento no es un mero formalismo que el Estado debe agotar únicamente cuando requiere la aprobación de un determinado proyecto a gran escala, sino que debe ser garantizado de forma previa a la adopción de las decisiones, por cuanto constituye una salvaguarda para la protección de otros derechos como el derecho al territorio o propiedad colectiva. Sin embargo, el consentimiento no se convierte en una suerte de veto que tendrían los pueblos indígenas para impedir la implementación de los proyectos que el Estado proponga, puesto que se reconoce que el derecho al desarrollo implica la libertad que tiene cada Estado para explotar sus recursos naturales.

Esta libertad del Estado no implica que pueda explotar los recursos naturales afectando los derechos de los pueblos indígenas y de las personas que se encuentren en las zonas de incidencia, incluso si la explotación se realiza por terceros con autorización estatal, existen salvaguardas que debe adoptarse para proteger los derechos de las personas y los pueblos indígenas.

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala que:

“[...] ha advertido la importancia del desarrollo económico para la prosperidad de los pueblos de este hemisferio y ha afirmado que “reconoce que el derecho al desarrollo implica que cada Estado tiene la libertad de explotar sus recursos naturales, incluyendo el otorgamiento de concesiones y la apertura a inversiones internacionales”. Igualmente, la Comisión ha advertido que “las actividades de desarrollo deben ir acompañadas de medidas adecuadas y efectivas para garantizar que las mismas no se lleven a cabo a expensas de los derechos humanos de las personas que pueden ser particular y negativamente afectadas”. En similar sentido, la CIDH ha señalado que “la ausencia de regulación, la regulación inapropiada o la falta de supervisión en la aplicación de las normas vigentes, puede crear serios problemas al medio ambiente que se traduzcan en violaciones de derechos humanos protegidos por la Convención Americana”.

Las normas del sistema interamericano de derechos humanos no impiden ni desalientan el desarrollo, pero exigen que el mismo tenga lugar en condiciones tales que se respeten y se garanticen los derechos humanos de los individuos afectados. Cuando es el propio Estado el que implementa un proyecto, tendrá obligaciones directas de respetar y garantizar los derechos humanos involucrados, mientras que en contextos en que terceros lo realizan, tendrá también un conjunto de obligaciones específicas que cumplir. Sobre este segundo escenario, ya ha recordado la CIDH en los párrafos precedentes que la responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares ha sido abordada por la CIDH y la Corte Interamericana, reconociendo que los Estados

²²⁰ Ibidem, párrs 134, 135, 137.

tienen el deber de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos por los instrumentos interamericanos en las relaciones interindividuales, así como prevenir con la debida diligencia las violaciones de tales derechos e investigar, sancionar y reparar sus consecuencias. De este modo, si bien la Comisión reconoce las relaciones complejas y diversas que pueden tener el Estado y el sector privado, es indudable que, bajo el sistema interamericano, las normas de los derechos humanos imponen a los Estados obligaciones de respetar y garantizar estas salvaguardias en todo contexto. Esto incluye claramente cuando llevan a cabo directamente actividades de extracción, explotación y desarrollo, si optan por formas mixtas, o cuando permiten que terceros las realicen. También incluye situaciones en donde terceros son compañías extranjeras con sede fuera de la jurisdicción, pero operando dentro del Estado bajo examen. (...)

Es evidente el vínculo entre el goce efectivo de los derechos humanos mayormente afectados por proyectos de desarrollo, explotación y extracción, y la protección y preservación del medio ambiente. Aunque ni la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos incluyen referencias expresas a la protección del medio ambiente, varios derechos de rango fundamental requieren, como una precondition necesaria para su ejercicio, una calidad medioambiental mínima, y se ven afectados en forma profunda por la degradación de los recursos naturales. Tanto la Declaración Americana como la Convención reflejan una preocupación prioritaria por la preservación de la salud y el bienestar del individuo, bienes jurídicos protegidos por la interrelación entre los derechos a la vida, la seguridad de la persona, la integridad física, psíquica y moral, y la salud, y en esa medida refieren al derecho a un medio ambiente sano²²¹.

Entre las obligaciones que tienen los Estados en el contexto de la industria extractiva y que propone la Comisión a la luz de los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, se encuentran las siguientes:

- Implementación de un marco normativo específico y adecuado para la protección de los derechos humanos en las actividades extractivas, de explotación y desarrollo, así como la derogación de la normativa incompatible con el derecho internacional de los derechos humanos.

Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

Esta obligación supone contar con un marco normativo, sólido y eficaz, que exija el respeto de los derechos humanos por parte de los distintos actores que realizan actividades extractivas, de explotación y desarrollo, incluyendo las

²²¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, OEA/Ser.L/V/II del 31 de diciembre de 2015, párrs. 55, 56, 58.

entidades estatales a cargo, de manera tal que disuada cualquier amenaza a los derechos humanos más vulnerables en estos contextos²²².

Igualmente, la legislación que se adopte debe referirse también a la protección del medio ambiente, por el vínculo que tiene con otros derechos como el derecho a la vida y a la integridad. En ese sentido, deben adoptarse medidas para:

Incluir la exigencia de evaluaciones de impacto ambiental; el licenciamiento o regulación de actividades riesgosas; la provisión de incentivos o desincentivos económicos; la sanción de actividades particularmente dañinas mediante el derecho penal; o la creación de regímenes de responsabilidad privada para desestimular y compensar el daño ambiental. Con independencia de la opción escogida, la implementación de las normas de protección ambiental frente a actividades extractivas, de explotación y desarrollo, es requerida para evitar que el Estado sea internacionalmente responsable por violación de los derechos humanos de las poblaciones afectadas por actividades que afectan el medioambiente²²³.

También deben implementarse las medidas efectivas para garantizar el derecho al territorio, de forma que el Estado prevenga cualquier vulneración por el inicio de procesos de expropiación arbitraria, o incluso frente al acaparamiento de tierras que suele ser fuente de conflictos entre las poblaciones. Al respecto, el Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai señaló que:

Los Estados incluso tienen la obligación de prevenir el conflicto antes de que inicie, incluso creando leyes ambientales que promuevan la transparencia y equidad. El ámbito de los derechos al territorio, por ejemplo, es frecuentemente la clave. La ausencia de un marco legal que claramente establezca los derechos al territorio crea oportunidades para la expropiación arbitraria y el acaparamiento de tierras, que pueden crear situaciones de conflicto. Procesos opacos para otorgar las licencias y concesiones de explotación agravan la situación y son a menudo la fuente de las protestas sociales²²⁴.

La implementación también debe incluir el deber del Estado de hacer cumplir la legislación que adopte, en consecuencia, los Estados deben observar si las disposiciones legales en materia comercial y de contratación pública también incluyen disposiciones de respeto a los derechos humanos y, además, que estas leyes

²²² Ibidem, párr. 67.

²²³ Ibidem, párr. 68.

²²⁴ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai, A/HRC/29/25* del 28 de abril de 2015, párr. 15.

comerciales no tengan disposiciones contrarias al ejercicio de los derechos. Al respecto, la CIDH señala que:

Es también relevante que el Estado tenga en cuenta y haga cumplir su ordenamiento interno en sus relaciones comerciales con terceros, ya sea con Estados, empresas u otros entes no estatales. Para aquellos escenarios en que estas actividades se lleven a cabo por parte de terceros, se requiere incorporar garantías que aseguren el respeto a los derechos humanos en juego, en aquellas disposiciones que regulan la creación y actividades de las empresas, como las leyes mercantiles o comerciales, en tanto determinan directamente su comportamiento. Del mismo modo, los Estados están obligados a no adoptar legislación comercial o de inversión que pueda debilitar, socavar o negar las protecciones existentes y sus obligaciones internacionales de derechos humanos en general. Asimismo, la Comisión considera que el deber estatal de aplicación efectiva de las normas de protección medioambiental en vigor cobra especial importancia frente a actores no estatales cuya conducta puede ser dañina para los recursos naturales²²⁵.

- Establecimiento de un marco jurídico sobre las compañías extranjeras que incluya métodos efectivos de supervisión y mecanismos accesibles a la justicia cuando ocurren violaciones a los derechos humanos.

Este tipo de medidas deben nacer de las relaciones internacionales de los Estados, puesto que se necesita de la cooperación entre los Estados donde se encuentra el domicilio de la empresa y el Estado donde realiza sus operaciones corporativas. En este sentido la CIDH:

Continúa promoviendo que los estados extranjeros de origen establezcan mecanismos de forma voluntaria para asegurar mejores prácticas conforme a los derechos humanos de sus ciudadanos corporativos en el extranjero. La Relatora sobre Pueblos Indígenas también ha sostenido discusiones con representantes estatales sobre este tema con el objetivo de facilitar que se adopten protocolos con miras a lograr una protección más universal de los derechos humanos en el contexto general de los negocios y las empresas. En respuesta, la CIDH observa con apreciación que el estado de Canadá ha reconocido en audiencias, en discusiones con la CIDH y públicamente, que tiene la intención de fortalecer de forma voluntaria sus reglas de responsabilidad social corporativa aplicables a sus compañías operando en el extranjero. La CIDH ha notado en sus audiencias que estas reglas no incluyen el establecimiento de mecanismos específicos de monitoreo que pueden ser usados en operaciones corporativas en el extranjero.

²²⁵ op.cit.: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, párr. 74.

La CIDH reitera que aun cuando los negocios y las inversiones son objetivos legítimos que deben promoverse, sus actividades deben llevarse a cabo en una plataforma que avance los derechos humanos y no los debilite, a nivel nacional e internacional²²⁶.

En definitiva, sobre este ámbito el derecho internacional de los derechos humanos se encuentra frente a un reto en el nivel de la diplomacia. Frente a la realidad que impera se observa que es urgente que los Estados empiecen a considerar que los tratados bilaterales y multilaterales de inversión adopten un enfoque de derechos humanos y consideren cuestiones relacionadas a la prevención de las violaciones de derechos humanos, al acceso a la tutela judicial efectiva y la reparación integral.

Estos avances deben ser significativos, sin embargo, no es muy alentador que en casos como el de Chevron – Texaco en Ecuador existan trabas para un adecuado acceso a la tutela judicial y la consecuente reparación integral por los daños ocasionados por la falta de debida diligencia de la empresa para impedir y remediar la contaminación ambiental durante sus operaciones de exploración y explotación de petróleo.

En este caso se observa que los tratados bilaterales de inversión se enfocan únicamente en los aspectos comerciales para beneficiar a las empresas en el desarrollo de sus actividades aun frente a actos que transgreden la seguridad jurídica. Los tribunales arbitrales no revisan si la presunta inseguridad jurídica se debe a una cuestión vinculada a las vulneraciones de derechos humanos cometidas por acción u omisión de las empresas, por lo que sus decisiones pueden dejar en la indefensión a las comunidades y poblaciones afectadas, incluso si tienen una sentencia de juez competente que disponga a la empresa la reparación diligente y efectiva.

En consecuencia, este es uno de los puntos a considerar urgentemente para que los Estados atiendan a su deber de prevenir, mitigar y suspender los impactos negativos sobre los derechos humanos cuando estos son consecuencia de la actividad de compañías extranjeras.

4.2. Buenas prácticas de las INDH en materia de empresas y derechos humanos.

Origen, mandato y atribuciones de las INDH.

Las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (INDH) tienen un rol importante para la promoción y protección de los derechos humanos, razón por la cual estas instituciones deben tener competencias amplias y suficientes conforme a los Principios de París. Las INDH pueden generar mecanismos para la supervisión y monitoreo del cumplimiento de las obligaciones internacionales que han adoptado los Estados en virtud de los instrumentos internacionales de derechos humanos, así como

²²⁶ Ibidem, párrs. 80, 81.

de la legislación interna del Estado que haga referencia al respeto de los derechos, y también pueden asesorar y supervisar que el accionar de las empresas no contravenga las disposiciones establecidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Los Principios de París constituyen el principal instrumento internacional de sostén de las INDH pues en este se desarrollan las características de autonomía e independencia, sostiene que su función debe ser lo más amplia posible, y señala sus dos áreas fundamentales de competencia: la promoción y la protección de derechos humanos²²⁷. Estos Principios los adoptó la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución A/RES/48/134 del 4 de marzo de 1994.

Los principios 2 y 3, en referencia al mandato y atribuciones de las INDH, indican:

2. La institución nacional tendrá el mandato más amplio posible, claramente enunciado en un texto constitucional o legislativo, que establezca su composición y su ámbito de competencia.

3. La institución nacional tendrá, entre otras, las siguientes atribuciones:

- a. Presentar, a título consultivo, al gobierno, al parlamento y a cualquier otro órgano pertinente, a instancia de las autoridades interesadas o en ejercicio de su facultad de actuar de oficio, opiniones, recomendaciones, propuestas e informes sobre todas las cuestiones relativas a la promoción y protección de los derechos humanos; la institución nacional podrá decidir hacerlos públicos; las opiniones, las recomendaciones, las propuestas y los informes, así como cualquier prerrogativa de la institución nacional, abarcarán las siguientes esferas:
 - i. Todas las disposiciones de carácter legislativo y administrativo, así como las relativas a la organización judicial, destinadas a preservar y ampliar la protección de los derechos humanos; a este respecto, la institución nacional examinará la legislación y los textos administrativos en vigor, así como los proyectos de ley y las propuestas y hará las recomendaciones que considere apropiadas para garantizar que esos textos respeten los principios fundamentales en materia de derechos humanos; en caso necesario, la institución nacional recomendará la aprobación de una nueva legislación, la modificación de la legislación en vigor y la adopción de medidas administrativas o su modificación;
 - ii. Toda situación de violación de los derechos humanos de la cual decida conocer de oficio;

²²⁷ Nora Götzmann y Claire Methven O'Brien, *Empresas y Derechos Humanos: Guía para Instituciones Nacionales de Derechos Humanos*, Comité Internacional de Coordinación de las Instituciones Nacionales para la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos (CIC), Instituto Danés para los Derechos Humanos (DIHR), noviembre de 2013, p. 18.

- iii. La elaboración de informes sobre la situación nacional en materia de derechos humanos en general o sobre cuestiones más específicas;
- iv. Señalar a la atención del gobierno las situaciones de violación de los derechos humanos en todo el país, proponer medidas encaminadas a poner término a esas situaciones y, en su caso, emitir una opinión sobre la posición y reacción del gobierno;
- b. Promover y asegurar que la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales se armonicen con los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que el Estado sea parte, y que su aplicación sea efectiva;
- c. Alentar la ratificación de esos instrumentos o la adhesión a ellos y asegurar su aplicación;
- d. Contribuir a la elaboración de los informes que los Estados deban presentar a los órganos y comités de las Naciones Unidas, así como a las instituciones regionales, en cumplimiento de las obligaciones que les imponen los tratados y, en su caso, emitir una opinión a ese respecto, en el marco del respeto de su independencia;
- e. Cooperar con las Naciones Unidas y las demás organizaciones del sistema de las Naciones Unidas, las instituciones regionales y las instituciones de otros países que sean competentes en las esferas de la promoción y protección de los derechos humanos;
- f. Colaborar en la elaboración de programas relativos a la enseñanza y la investigación en la esfera de los derechos humanos y participar en su aplicación en el ámbito escolar, universitario y profesional;
- g. Dar a conocer los derechos humanos y la lucha contra todas las formas de discriminación, en particular la discriminación racial, sensibilizando a la opinión pública, en particular mediante la información y la enseñanza, recurriendo para ello a todos los medios de comunicación.

De este texto se desprende que las atribuciones de las INDH son de promoción y protección de los derechos humanos. Este mandato, al ser amplio, no puede dejar de lado el ámbito de las empresas y derechos humanos, lo que implica desarrollar actividades concretas en la implementación de las obligaciones que tienen los Estados y las empresas de acuerdo con los instrumentos internacionales de derechos humanos y observando los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos.

El ámbito de la promoción de los derechos humanos implica implementar acciones que permitan crear una cultura nacional de derechos humanos; asesorar al gobierno mediante la adopción de opiniones, recomendaciones, propuestas e informes; promover la armonización del ordenamiento jurídico interno con los instrumentos internacionales de derechos humanos; alentar la adopción de normas internacionales; colaborar con las organizaciones e instituciones de la sociedad civil, organismos nacionales con responsabilidad en el fomento y protección de los derechos humanos, órganos del sistema de Naciones Unidas, instituciones regionales e instituciones nacionales de otros países; implementar acciones de colaboración con programas

educativos y de investigación; y sensibilizar a la opinión pública en cuestiones relacionada a los derechos humanos²²⁸.

En el ámbito de la protección corresponde a las INDH implementar procesos de investigación de los abusos de derechos humanos y la interposición de acciones legales para que los responsables de las violaciones sean llevados ante la justicia y se proporcionen soluciones judiciales efectivas²²⁹.

Ambas medidas, de promoción y protección, deben atender al amplio espectro de los derechos humanos (derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales); razón por la cual, su mandato debe incluir las cuestiones relacionadas con las empresas y los derechos humanos²³⁰.

El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas reconoce la importancia de que los Estados cuenten con una INDH conforme a los Principios de París, así:

Reafirma el importante papel que desempeñan y seguirán desempeñando dichas instituciones nacionales de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en el fortalecimiento de la participación y el estado de derecho, y en la sensibilización y la creación de una mayor conciencia pública respecto de esos derechos y libertades fundamentales²³¹.

De igual forma, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 10 desarrolla la función de las INDH en la protección de tales derechos:

Desempeñan un papel que puede ser decisivo en la promoción y garantía de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos. Desgraciadamente, con demasiada frecuencia no se ha reconocido a la institución esa función, o esta ha sido descuidada o considerada de baja prioridad por la Institución. Es indispensable, pues, que se preste plena atención a los derechos económicos, sociales y culturales en torno a las actividades pertinentes de esas instituciones²³².

²²⁸ Ibidem, pp. 19, 20.

²²⁹ Ibidem, p. 19.

²³⁰ Ibidem.

²³¹ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Instituciones nacionales para la promoción y la protección de los derechos humanos*, A/HRC/RES/27/18, 7 de octubre de 2014, p. 1.

²³² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales*, Observación General No. 10, 1998.

La misma importancia les reconocen las Directrices de Maastricht sobre las Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1998, documento en el que se señala que:

Los órganos de promoción y vigilancia, entre ellos las instituciones nacionales de defensa cívica y las comisiones de derechos humanos, deben ocuparse de las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales con la misma energía con que se ocupan de las violaciones de los derechos civiles y políticos²³³.

Por esta importancia del rol de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas alentó a los Estados para que establezcan y/o fortalezcan las INDH en sus territorios, específicamente manifestó:

Alienta a los Estados Miembros a que establezcan instituciones nacionales eficaces, independientes y pluralistas de derechos humanos o a que las refuercen, si ya existen, a fin de que puedan cumplir eficazmente su mandato de promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas, según se indica en la Declaración y el Programa de Acción de Viena, y que lo hagan de conformidad con los Principios de París²³⁴.

Para cumplir con su mandato, las INDH deben contar con un marco jurídico adecuado, en el que se incluya competencias para:

1. Colaborar con los gobiernos para la consecución del pleno respeto de los derechos humanos a nivel nacional y la prevención mediante la asesoría al Estado sobre la aplicación de las obligaciones de los tratados internacionales.
2. Combatir las violaciones y conculcaciones de los derechos mediante la tramitación de denuncias y realización de investigaciones.
3. Promover la ratificación de instrumentos internacionales, así como el seguimiento y supervisión del cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados ante los procedimientos especiales, órganos de los tratados de derechos humanos de Naciones Unidas, el examen periódico universal (EPU) y de los Sistemas Regionales de protección de los derechos humanos.
4. Promover y recomendar cambios en las políticas, reformas legales y de procedimiento.
5. Implementar los procedimientos de capacitación y educación prácticas y pertinentes sobre derechos humanos.

²³³ Directrices de Maastricht sobre las Violaciones de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1998, directriz No. 25.

²³⁴ op.cit.: Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Instituciones nacionales para la promoción y la protección de los derechos humanos*, p. 2

6. Implementar los procedimientos de sensibilización de la opinión pública²³⁵.

Las competencias de las INDH deben considerarse en cualquier ámbito de planificación y acción de los Estados, pues son parte de este, por tal motivo, también encuentran sustento en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible²³⁶.

Rol de las INDH: Principales instrumentos internacionales y competencias.

Declaración de Edimburgo.

La Declaración de Edimburgo es un instrumento específico sobre la participación de las INDH en las cuestiones relacionadas a las empresas y los derechos humanos. Entre los objetivos que plantea se destaca el énfasis en la implementación de una mayor protección contra las violaciones de los derechos humanos cometidas por las empresas; que las empresas asuman mayor respeto por los derechos humanos y adopten mejores mecanismos de rendición de cuentas y acceso a la justicia²³⁷.

Entre las actividades que las INDH pueden implementar se encuentran:

- La supervisión del cumplimiento de los derechos humanos por parte de actores estatales y no estatales incluye a las empresas.
- Asesorar a los actores involucrados para prevenir y remediar las consecuencias de la vulneración de los derechos humanos.
- Proveer y facilitar el acceso a la reparación judicial o extrajudicial; para lo cual deben apoyar a las víctimas, tramitar quejas e implementar la mediación y conciliación.
- Realizar investigaciones e implementar actividades de educación, promoción y concientización.
- Integrar las cuestiones sobre derechos humanos y empresas cuando interactúan con los órganos internacionales como por ejemplo con el Consejo de Derechos Humanos mediante el Examen Periódico Universal, u otros órganos establecidos por los tratados internacionales o procedimientos especiales propios de los sistemas de protección internacional de los derechos humanos.
- Creación de alianzas con organizaciones internacionales, públicas y privadas, y organizaciones empresariales.

235 Ibidem, pp. 2, 3, 4. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*, Serie de Capacitación Profesional No. 12, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2004, p. X.

236 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015.

237 op.cit.: Nora Götzmann y Claire Methven O'Brien, *Empresas y Derechos Humanos: Guía para Instituciones Nacionales de Derechos Humanos*, p. 23.

- Creación de puntos focales sobre empresas y derechos humanos al interior de cada INDH.
- Presentación de informes sobre los avances en el desarrollo de los planes de acción nacionales²³⁸.

Bajo estos elementos, la Alianza Global de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (GANRHI por sus siglas en inglés) identificó algunas buenas prácticas de las INDH en relación con empresas y derechos humanos. Rescatamos las siguientes:

1. Corea del Sur: En relación con el principio rector número 3 sobre las funciones regulatorias y políticas generales del Estado, la Comisión Nacional de Derechos Humanos emitió una recomendación sobre discriminación que motivó al Gobierno coreano a introducir legislación específica para reforzar las medidas contra la discriminación.
2. Finlandia: En relación a los principios rectores 4, 5 y 6 sobre el nexo de las empresas estatales, por el cual los Estados deben adoptar medidas adicionales para la defensa de las violaciones de los derechos humanos que cometan las empresas comerciales de propiedad o que están controladas por el Estado, o que reciben un apoyo sustancial del Estado, el Centro de Derechos Humanos de Finlandia implementó procesos de capacitación a instituciones vinculadas a la agencia de crédito a la exportación.
3. Dinamarca: En relación al principio rector 7 relacionado al apoyo a los derechos humanos en las áreas afectadas por conflictos, donde se espera que los Estados adopten medidas adicionales para que las empresas que operan en estos contextos no se involucren en violaciones de derechos humanos, para lo cual es necesario que las empresas adopten compromisos de respeto a los derechos humanos en la etapa más temprana posible; el Instituto Danés de Derechos Humanos colaboró con la Asociación de Derecho Ambiental de Zimbabwe para implementar un foro de múltiples partes interesadas sobre las empresas y los derechos humanos. A este foro convocaron a las empresas de Zimbabwe, agencias gubernamentales, sindicatos y a la sociedad civil. El objetivo del foro fue presentar los Principios Rectores y abrir un debate sobre los principales problemas de derechos humanos en el sector minero del país.
4. Sudáfrica: En relación con los principios rectores 8, 9 y 10 relacionados a asegurar la coherencia política, según la cual los Estados tienen una obligación de garantizar la coherencia de las leyes y políticas. En ese sentido, los objetivos de comercio y desarrollo deben alinearse a los compromisos internacionales de derechos humanos. La Comisión Nacional de Derechos Humanos de Sudáfrica presentó un informe en el que examinó el contexto de los derechos humanos, las disposiciones de los tratados bilaterales de inversión y las obligaciones de las empresas sobre el respeto a los derechos humanos²³⁹.

²³⁸ Ibidem.

²³⁹ Unión Europea, *Principios rectores específicos de la ONU sobre el deber del Estado de proteger*, GANHRI, material de aprendizaje electrónico respaldado por la Unión Europea, pp. 1, 2.

Vínculo con los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Declaración de Mérida²⁴⁰ y la Agenda 2030.

La Agenda 2030, además de ser un instrumento guía fundamental para el desarrollo de los Estados, constituye un hito importante en la función de las empresas públicas y privadas pues les reconoce un rol en la consecución de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), que contienen 169 metas integradas e indivisibles, y que responden a las tres dimensiones del desarrollo sostenible: económica, social y ambiental.

Las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos no han permanecido ajenas a los espacios de desarrollo de las empresas y los derechos humanos, como tampoco lo han hecho respecto a la Agenda 2030 sobre desarrollo sostenible. En el primer caso, de manera específica suscribieron e implementaron en sus ámbitos de acción la Declaración de Edimburgo del 10 de octubre de 2010 a la que se hizo referencia; y en el segundo lo hicieron en la Declaración de Mérida del 10 de octubre de 2015.

En consecuencia, la Agenda 2030 para la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible impone a las INDH retos específicos en sus competencias; para ello, GANHRI sostiene un Grupo de Trabajo sobre el Desarrollo Sostenible para construir capacidades y fortalecer el trabajo de las INDH en el seguimiento de la mencionada Agenda. Las acciones que las INDH deben adoptar, entre otras, son:

- Levantar información sobre casos de vulneración de derechos humanos por parte de las empresas.
- Levantar procesos de capacitación sobre derechos humanos y desarrollo sostenible a nivel nacional para proporcionar asesoría a los gobiernos nacionales y locales, a los titulares de derechos y a otros actores como las empresas.
- Levantar procesos regionales de cooperación entre las INDH para estudiar y generar doctrina con fundamento en las realidades de la región y para aprender de las experiencias regionales sobre los avances en la consecución de los ODS y la Agenda 2030.
- Crear unidades misionales que adquieran y generen conocimiento sobre las empresas y derechos humanos para colaborar con los titulares de los deberes, derechos y otros actores clave para la ejecución de políticas encaminadas en la protección de derechos, elaboración de indicadores, supervisión del cumplimiento de las obligaciones estatales y de las empresas de forma participativa con la sociedad civil.

240 Suscrita el 10 de octubre de 2015 durante la décimo segunda Conferencia Internacional del Comité Internacional de Coordinación de Instituciones Nacionales para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos (CIC), auspiciada por la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México (CNDH), *El Papel de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos en la ejecución de la Agenda de 2030 para el Desarrollo Sostenible*, disponible en: <https://nhri.ohchr.org/EN/ICC/InternationalConference/12IC/Background%20Information/Merida%20Declaration%20FINAL%20ESP.pdf>

- Responder y llevar a cabo procesos de investigación ante las denuncias de violaciones de derechos humanos, así como facilitar el acceso a la justicia y mecanismos de reparación integral, incluso mediante prácticas de litigio estratégico con miras a la consecución de los ODS²⁴¹.

La Declaración de Mérida profundiza el rol de las INDH en relación con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Uno de los temas importantes fue no perder de vista la integralidad de los derechos humanos de la manera que está prevista en la Declaración y Programa de Acción de Viena²⁴², esto significa que, debido a la prevalencia de la dignidad del ser humano, todos los derechos humanos deben ser promovidos y protegidos de la misma forma. Los participantes también resaltaron la importancia de la relación entre los derechos humanos, desarrollo, paz y seguridad. En atención a estos temas manifestó:

La Agenda es amplia y establece ambiciosas metas que abarcan la gran gama de cuestiones que afectan a las personas y al planeta. Por ejemplo, se basa en los derechos económicos y sociales, cuando el objetivo es erradicar la pobreza (Objetivo 1) y el hambre (Objetivo 2), y en garantizar el acceso a la atención médica (Objetivo 3), a la educación (Objetivo 4), al agua y el saneamiento digno (Objetivo 6), así como el derecho a un empleo y trabajo decente (Objetivo 8). El Objetivo 16 tiene como meta lograr que haya sociedades que vivan en paz y sean inclusivas, que haya acceso a la justicia y que haya instituciones responsables e inclusivas que representen a una serie de derechos civiles y políticos

Los participantes hicieron hincapié en que la erradicación de la pobreza y las desigualdades y la materialización de la dignidad humana, son algunos de los objetivos clave de la Agenda, y que la promesa de no excluir a nadie, y de que esta alcance primero a todos aquellos que más lo necesitan, representa un compromiso con los principios de derechos humanos para la igualdad y la no discriminación²⁴³.

La Declaración de Mérida no dejó de mencionar a los objetivos relacionados a la mitigación de la desigualdad entre países, la igualdad de género, pueblos indígenas, personas con discapacidad, niños inmigrantes, comunidades afrodescendientes en

241 Declaración de Mérida. *El papel de las INDH en la ejecución de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Mérida, Yucatán, México, del 8 al 10 de octubre de 2015, párr. 17. Ramiro Rivadeneira Silva, “La experiencia y retos para las instituciones nacionales de derechos humanos latinoamericanas en torno a la protección de los derechos humanos frente a actividades empresariales”, en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina*, San José de Costa Rica, 2017, pp. 352 a 354.

242 Adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en 1993.

243 op.cit.: Declaración de Mérida. *El papel de las INDH en la ejecución de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, párrs. 7, 8.

las Américas, entre otros, colectivos sobre los cuales debe enfrentarse la discriminación que sufren. En este sentido, la Declaración señaló que “la sociedad civil tiene un papel importante que desempeñar a la hora de contribuir al logro de la Agenda²⁴⁴.

En la materia que nos atañe, la Declaración de Mérida fue específica en señalar:

Los participantes también reafirmaron el importante papel que pueden desempeñar las empresas en el cumplimiento de la Agenda, y en las posibilidades de colaboración que estas ofrecen. Destacaron la necesidad de alinear la aplicación de los Principios Rectores de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos y acogieron con satisfacción la referencia explícita a estos Principios en la Agenda. Recordaron la Declaración de Edimburgo del CIC 2010, sobre el papel de las INDH en relación con empresas y derechos humanos²⁴⁵.

4.2.2. Elementos generales para la adopción de prácticas de transversalización en las INDH. Prácticas generales para la adopción de acciones con instituciones del Estado y sociedad civil.

Como se mencionó en el acápite anterior, las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos tienen un rol importante en el cumplimiento de los objetivos de desarrollo sostenible, a través de considerar la transversalidad de los derechos humanos en todos los objetivos y metas de la Agenda 2030. Aunque en algunos de ellos su vinculación no aparezca de manera directa, en todos los casos al menos tiene una relación colateral y en algunos a través de una emergente protección del medio ambiente.

Las INDH pueden promover y vigilar el cumplimiento de los derechos humanos en el plano nacional; para ello, las estrategias que adopte cada INDH deben ser producto de amplias consultas y con la participación de las partes interesadas. Asimismo, si bien los gobiernos son quienes deben adoptar las medidas que garanticen la coordinación interinstitucional a nivel regional, nacional y/o local, pueden contar con la asesoría de las INDH, con más razón si esta ha decidido iniciar una investigación particular o por una problemática sistemática²⁴⁶.

En consecuencia, las INDH deben adoptar estrategias y prácticas de transversalización de derechos humanos, con enfoque de género, diversidad cultural, etaria, de discapacidades, y cualquier otra para impulsar medidas de protección y

²⁴⁴ Ibidem, párr. 10.

²⁴⁵ Ibidem, párr. 11.

²⁴⁶ op.cit.: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*, p. 21.

abordar las investigaciones que efectúe, considerando las afectaciones específicas de los derechos de las personas y colectivos según corresponda. De esta forma, las INDH pueden abordar las preocupaciones y experiencias de las personas y colectivos atendiendo a sus diferencias y en atención a la igualdad material como principio y derecho.

Para ello, es necesario que toda INDH como mínimo cuente con datos desagregados por sexo, edad, grupo cultural, discapacidades y ubicación geográfica para establecer estrategias y acciones de promoción y protección de derechos. Con esta información pueden impulsar, analizar y diferenciar como impactan las políticas públicas sobre cada grupo social atendiendo a las diferencias, y puede medirse la efectividad de las acciones en cada aspecto que diferencia a las personas y colectivos²⁴⁷.

Este enfoque de transversalidad de derechos humanos que adopten las INDH deben tener un impacto positivo en los gobiernos locales y nacionales, así como en las actividades corporativas relacionadas con el respeto a los derechos humanos. En consecuencia, el marco jurídico y de políticas públicas que adopten los Estados debe considerar este enfoque para lograr una mayor efectividad en las obligaciones que asumirán las empresas.

En el caso concreto de las empresas mineras, la Federación Iberoamericana del Ombudsman (FIO) generó un estudio que refiere a los retos que tienen las INDH para adoptar prácticas de transversalización al recopilar y analizar los datos que recaben cuando atienden, tramitan y registran las quejas, peticiones y casos. De acuerdo con el estudio de FIO:

Las actividades mineras no son neutrales al género: ello significa que las mujeres podrían estar expuestas a patrones de discriminación y diversas formas concretas de violencia en estos contextos. Lo anterior, porque tradicionalmente esta actividad se ha asignado a los hombres y se han arraigado estereotipos sobre la labor de las mujeres en las operaciones mineras que limitan su libre participación, encasillándolas en ciertas labores en concreto y excluyéndolas de otros beneficios como puestos de empleo, servicios complementarios de alimentación, educación y salud, debido a que los mismos no son adecuados a sus necesidades.

Los Principios Rectores establecen salvaguardas para incorporar la perspectiva de género al valorar los impactos y riesgos de las empresas sobre los derechos humanos en las mujeres. Por ello, los comentarios al Principio Rector 3 recomiendan que las empresas reciban el asesoramiento del Estado sobre los problemas específicos en estos contextos. A su vez, recomiendan a los Estados

²⁴⁷ Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos (COPREDEH), *Manual para la transversalización del enfoque de derechos humanos con equidad*, Departamento de Información y Comunicación Social Manuel de Jesús Coguo Ramón, Guatemala, pp. 24 a 26.

asegurar que las empresas no cometan violaciones o impactos sobre los derechos de las mujeres, especialmente de aquellas que se ubican en las zonas afectadas por los conflictos armados²⁴⁸.

En tal virtud, por la adopción de la perspectiva de género es necesario que las INDH consideren las barreras que enfrentan las mujeres en los contextos de la minería y adopten una perspectiva interseccional. Al respecto, el estudio indica:

Por ello, las INDH deben planificar, organizar, promover y monitorear las acciones necesarias para la reducción de las barreras que enfrentan las mujeres en estos contextos. Entre las principales se encuentran: los niveles bajos de escolaridad, la pobreza, la edad, las cargas familiares, la pertenencia étnica, el monolingüismo, entre otras. Así mismo, en aplicación de los Principios Rectores 13 y 26, las INDH deberán supervisar que las empresas eviten provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos de las mujeres que forman parte de la cadena de valor de las operaciones mineras, al tener en cuenta las dificultades específicas que tienen para activar los mecanismos estatales de reclamación.

Además, las INDH deberán adoptar una perspectiva interseccional que reconozca que en las mujeres concurren un universo de identidades que conjugan varios factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, pertinencia étnica, situación de pobreza, persona viviendo con VIH/SIDA, discapacidad u otras condiciones sociales relevantes para analizar el ejercicio de sus derechos frente al sector minero. Si los sistemas y políticas para la gestión de información institucional son sensibles a esta interseccionalidad, las INDH podrán identificar a tiempo los riesgos específicos, los impactos adversos, los casos complejos y las eventuales violaciones de los derechos humanos, comprendiendo la diversidad de su naturaleza. [...]

No obstante, resulta necesario que el enfoque se transversalice con otras estrategias adicionales, incluida aquella que permita a los sistemas de información visibilizarlo con las interseccionalidades mencionadas. Entre las acciones sugeridas se encuentran 1) la elaboración y la aplicación de indicadores, guías y protocolos, sensibles al género, 2) el diseño de sistemas de información que brinden datos desagregados por género que analicen los factores de vulnerabilidad y sus contextos, 3) la adopción de mecanismos participativos cuyos métodos empoderen y fortalezcan las capacidades de los titulares de los derechos, 4) la elaboración de recomendaciones que

²⁴⁸ Federación Iberoamericana del Ombudsman, *Recomendaciones para la incorporación del enfoque de empresas y derechos humanos en la gestión defensorial en contextos mineros. Experiencias Institucionales de las Oficinas del Ombudsman de Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Portugal*, agosto, 2018, pp. 49, 50.

establezcan reparaciones colectivas que trasciendan el caso concreto bajo examen, 5) evaluación periódica de las medidas de respuesta²⁴⁹.

4.2.3. Conocimiento y supervisión de casos de violaciones de derechos humanos: Principios de París y legislación comparada de las INDH.

De conformidad con los Principios de París, las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos tendrán un mandato amplio, de forma que puedan adoptar medidas que promuevan la eficacia de las reparaciones judiciales y extrajudiciales en todos los ámbitos de los derechos humanos, lo que incluye el ámbito relacionado con las empresas.

En ese sentido, las INDH pueden abordar casos individuales o cuestiones sistemáticas (casos similares en los que exista un patrón de comportamiento) en los que ocurra violaciones a los derechos humanos; por lo que no es ajeno a las INDH conocer sobre las barreras de acceso a la reparación judicial que mantienen la impunidad en el ámbito de las empresas y los derechos humanos; y si bien muchos de estos temas en la práctica aparecen como confrontativos por estar en juego la vulneración de derechos, las INDH deben construir la capacidad de dialogar con representantes del Estado y otros actores sobre estas cuestiones.

El amplio mandato de las Defensorías del Pueblo implica que pueden contactar y asesorar a las víctimas de violaciones de derechos humanos, y uno de los objetivos es que obtengan el acceso a los mecanismos de reparación judicial; y también pueden facilitar el acceso de las víctimas por actividades empresariales a los mecanismos extrajudiciales que se encuentren disponibles²⁵⁰.

Los Principios de París también establecen una competencia extrajudicial a las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos para abordar la reparación en los casos de violaciones a los derechos humanos, por lo que pueden tramitar, investigar y mediar las reclamaciones, atribuciones que también se aplican a los supuestos de procedencia de los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos. Este tipo de atribuciones se encuentran detallados en la parte de los Principios complementarios de los Principios de París, donde indica:

La institución nacional podrá estar facultada para recibir y examinar denuncias y demandas relativas a situaciones particulares. Podrían recurrir a ella los particulares, sus representantes, terceros, organizaciones no gubernamentales, asociaciones y sindicatos, y cualquier otra organización representativa. En ese caso, y sin perjuicio de los principios antes mencionados que se refieren a otros aspectos de la competencia de las comisiones, las

²⁴⁹ Ibidem, pp. 50, 51.

²⁵⁰ op.cit.: Nora Götzmann y Claire Methven O'Brien, *Empresas y Derechos Humanos: Guía para Instituciones Nacionales de Derechos Humanos*, pp. 74, 75.

funciones que se les encomienden podrán inspirarse en los siguientes principios:

- a) Tratar de hallar una solución amistosa mediante la conciliación o, dentro de los límites establecidos por Ley, mediante decisiones obligatorias o, en su caso, cuando sea necesario, siguiendo un procedimiento de carácter confidencial;
- b) Informar al autor de la demanda acerca de sus derechos, en particular de los recursos de que dispone, y facilitarle el acceso a esos recursos;
- c) Conocer de todas las denuncias o demandas o transmitir las a cualquier otra autoridad competente, dentro de los límites establecidos por ley;
- d) Formular recomendaciones a las autoridades competentes, en particular promover adaptaciones o reformas de leyes, reglamentos y prácticas administrativas, especialmente cuando ellas sean la fuente de las dificultades que tienen los demandantes para hacer valer sus derechos²⁵¹.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos de México (CNDH) se rige por la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de junio de 1992, cuya última reforma fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de junio de 2018.

Esta Ley establece la competencia de la CNDH, al respecto:

Artículo 3º.- La Comisión Nacional de Derechos Humanos tendrá competencia en todo el territorio nacional, para conocer de quejas relacionadas con presuntas violaciones a los derechos humanos cuando éstas fueren imputadas a autoridades y servidores públicos de carácter federal, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación.

Con respecto a las atribuciones de la CNDH, la Ley dice:

Artículo 6º.- La Comisión Nacional tendrá las siguientes atribuciones:

I.- Recibir quejas de presuntas violaciones a derechos humanos;

II.- Conocer e investigar a petición de parte, o de oficio, presuntas violaciones de derechos humanos en los siguientes casos:

- a) Por actos u omisiones de autoridades administrativas de carácter federal;
- b) Cuando los particulares o algún otro agente social cometan ilícitos con la tolerancia o anuencia de algún servidor público o autoridad, o bien cuando estos últimos se nieguen infundadamente a ejercer las atribuciones que

²⁵¹ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos*, A/RES/48/134, 4 de marzo de 1994. Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/116/27/PDF/N9411627.pdf?OpenElement>.

legalmente les correspondan en relación con dichos ilícitos, particularmente en tratándose de conductas que afecten la integridad física de las personas;

III.- Formular recomendaciones públicas no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas (...);

IV.- Conocer y decidir en última instancia las inconformidades que se presenten respecto de las recomendaciones y acuerdos de los organismos de derechos humanos de las Entidades Federativas a que se refiere el capítulo 102, apartado B, de la Constitución Política;

V.- Conocer y decidir en última instancia las inconformidades por omisiones en que incurran los organismos de derechos humanos a que se refiere la fracción anterior, y por insuficiencia en el cumplimiento de las recomendaciones de éstos por parte de las autoridades locales, en los términos señalados por esta Ley;

VI.- Procurar la conciliación entre los quejosos y las autoridades señaladas como responsables, así como la inmediata solución de un conflicto planteado, cuando la naturaleza del caso lo permita; [...]

XII.- Supervisar el respeto a los derechos humanos en el sistema de reinserción social del país mediante la elaboración de un diagnóstico anual sobre la situación que éstos guarden.

En dicho diagnóstico deberán incluirse, además de las evaluaciones que la Comisión pondere, datos estadísticos sobre el número, las causas y efectos de los homicidios, así como de las riñas, motines, desórdenes, abusos y quejas documentadas que sucedan en las prisiones, centros de detención y retención federales y locales. [...]

XV.- Investigar hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, el Gobernador de un Estado, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal o las legislaturas de las entidades federativas [...].

Se tiene que la ley es rígida en cuanto al alcance de la competencia de la CNDH, en el sentido de dirigirla exclusivamente a presuntas violaciones a los derechos humanos de la institucionalidad pública, o en contra de particulares siempre que concurra la tolerancia, anuencia o inacción del Estado. Otras legislaciones que regulan a las INDH tienen normas más flexibles sobre el alcance de sus acciones, aunque ciertamente este tema no queda exento de la polémica sobre que al ser los derechos humanos el ámbito de acción de las INDH no debería exceder las obligaciones del Estado asumidas en los instrumentos internacionales de los derechos humanos que ha ratificado.

La Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo de Ecuador permite a la INDH iniciar una investigación frente a acciones u omisiones de personas naturales o jurídicas de derecho privado. El artículo 13 de la Ley dice:

Art. 13.- El Defensor del Pueblo podrá iniciar y proseguir de oficio, o a petición de parte, las investigaciones necesarias para el esclarecimiento de los hechos a los que se refieren los literales a) y b), del artículo 2 de esta Ley, ya provengan del sector público o de los particulares.

Sus facultades de investigación se extienden a las actividades de cualquier autoridad, funcionario, empleado público o personas naturales o jurídicas relacionadas con los casos que se investiguen.

Por supuesto, la norma mencionada implica que la actividad del particular investigada debe estar vinculada necesariamente a una responsabilidad del Estado. El límite que tiene la Defensoría del Pueblo de Ecuador para iniciar una investigación defensorial es cuando el asunto de la queja está sometida a una resolución judicial o administrativa, frente a lo cual únicamente podrá vigilar el respeto al debido proceso.

La Defensoría del Pueblo de Perú tiene competencia para recibir y tramitar cualquier tipo de quejas, y en los casos de empresas, cuando estas prestan un servicio público. En el caso de las empresas que no presten un servicio público puede receptar la queja e instar a las autoridades administrativas con competencia que supervisen y fiscalicen. En contraste, la INDH de Colombia tiene un mandato más amplio en el ámbito de empresas y derechos humanos, por cuanto puede recibir y tramitar las quejas y peticiones entre empresas y comunidades en relación con cualquier derecho humano²⁵².

En relación a la supervisión, y específicamente en relación a los proyectos mineros que puedan generar impactos negativos y violaciones a los derechos humanos, las INDH han desarrollado varias estrategias que coinciden en responder con visitas in situ para verificar en el terreno las violaciones de los derechos humanos, y realizan otras acciones como reuniones de trabajo con representantes de las empresas para señalar las observaciones y darles continuidad adoptando un diálogo constructivo con todos los actores involucrados. Estas verificaciones en el terreno permiten que identifiquen, de primera mano, los hechos y riesgos y además que puedan diseñar planes de acción o intervención generales y aportar con soluciones integrales a los problemas encontrados²⁵³.

252 op.cit.: Federación Iberoamericana del Ombudsman, *Recomendaciones para la incorporación del enfoque de empresas y derechos humanos en la gestión defensorial en contextos mineros. Experiencias Institucionales de las Oficinas del Ombudsman de Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Portugal*, pp. 23, 24.

253 Ibidem, pp. 34, 35.

4.2.4. Buenas prácticas de acercamiento de las INDH con las empresas o sectores empresariales.

Para las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos es importante que exista un instrumento internacional de derechos humanos vinculante para las empresas, por cuanto su poder económico dificulta que los Estados puedan corregir los desequilibrios del poder de las corporaciones transnacionales que derivan en violaciones de derechos humanos.

Este instrumento vinculante podría dotar a las INDH de una herramienta fundamental para sus acciones de incidencia y protección; sin embargo, en el estado actual de cosas, las INDH han logrado generar acciones importantes en relación con la protección de derechos por las vulneraciones provocadas por las empresas, los procesos de construcción de normativa y también de promoción de derechos.

A continuación, se mencionan ejemplos de buenas prácticas relevantes en este ámbito:

Defensoría del Pueblo de Perú.

La Defensoría del Pueblo de Perú implementó un sistema de prevención de conflictos²⁵⁴ que pueden ocurrir por las operaciones de las empresas y los diferentes intereses entre estas y las poblaciones, que cuando no están bien canalizados desencadenan violencia.

Para la Defensoría del Pueblo del Perú es importante contar con un sistema que les permita desplegar sus facultades para prevenir e intermediar en las distintas situaciones que puedan amenazar o vulnerar derechos.

Uno de los conflictos asistidos se refiere a la compañía minera Sulliden, la cual tenía en ese entonces una concesión de más de 8 mil hectáreas para explotar oro y plata en el sector denominado Cajamarca, que compromete los territorios de la Comunidad Campesina de San Ignacio. La Comunidad no permitía el ingreso de la compañía a la zona para operar. Por esta razón, se solicitó la intervención de la Defensoría del Pueblo para que entable un diálogo entre los actores. La Defensoría del Pueblo participó en su rol de observancia, mediación y como garante durante las negociaciones.

En el marco de esta competencia, la Defensoría del Pueblo abordó la situación de los derechos humanos en la zona. Recibió y dio seguimiento a las quejas que se le presentaron, atendió consultas, medió entre pobladores y autoridades estatales. En este proceso detectó la transformación de rondas campesinas en comités de

254 Disponible en https://www.defensoria.gob.pe/areas_tematicas/paz-social-y-prevencion-de-conflictos/.

autodefensa; reclutamiento arbitrario de personas por parte del ejército; situaciones de violaciones a la libertad de expresión; casos de personas privadas de libertad y la deficiente condición carcelaria; y verificó el limitado acceso de la población a las autoridades del Estado por la distancia, debido a la ubicación geográfica²⁵⁵, todos estos temas que abordaría según su competencia.

En cuanto a la empresa y la población, en un proceso de solución alternativa de conflictos, en esencia los compromisos que asumieron fueron por parte de la compañía a indemnizar a la comunidad por los daños que ocasionen al medio ambiente, mientras la comunidad se comprometió a permitir las operaciones de la empresa²⁵⁶.

Comisión Australiana para los Derechos Humanos.

La Comisión Australiana para los Derechos Humanos lanzó un proyecto de colaboración con el Mercado de Valores Australiano luego de los resultados del censo de 2008 sobre Liderazgo de Mujeres Australianas, por el cual se determinó que las mujeres solo presiden el 2% de las 200 principales compañías cotizadas en el Mercado de Valores Australiano. El resultado es que desde el 2011 las compañías informan públicamente el cumplimiento de los objetivos voluntarios de diversidad de género; además, estos objetivos buscan crear mayor transparencia y responsabilidad en el papel que se asigna en el sector empresarial.

Asimismo, en el ámbito de promoción de los derechos humanos realizó las siguientes publicaciones:

- “Buenas Prácticas, Buenas Empresas”. Esta publicación tiene un enfoque de lucha contra la discriminación, contra el acoso laboral, y la accesibilidad para las personas con discapacidades y está dirigida para las empresas.
- “Trabajadores con salud mental: Una guía práctica para los gestores”. Con este texto aborda la salud mental en el trabajo.

También ha prestado colaboración con las empresas para sensibilizar a los directivos sobre las ventajas de realizar ajustes en el entorno laboral para las personas con discapacidad y superar los conceptos erróneos sobre estas personas en el trabajo.

Para atender la igualdad de género creó un grupo al que denominó “Campeones Masculinos por el Cambio” con el que pretende colaborar con los consejeros

²⁵⁵ Defensoría del Pueblo de Perú, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Jaén, Bagua y San Ignacio*, Informe Defensorial No 31, noviembre 1999. Disponible en https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe_31.pdf.

²⁵⁶ Ibidem, párrs. 59, 60.

delegados y miembros de los consejos de administración de las grandes empresas australianas para trabajar en la igualdad de género²⁵⁷.

Comisión Canadiense para los Derechos Humanos.

La Comisión Canadiense para los Derechos Humanos desarrolló varias herramientas de diligencia debida para sensibilizar y asesorar a las organizaciones reguladas federalmente. Implementó, por ejemplo, el Modelo de Madurez de los Derechos Humanos para eliminar la discriminación en las organizaciones; este es un marco de trabajo de gestión empresarial que pretende favorecer el cambio organizativo, de forma que se incremente la sensibilización y respeto de los derechos humanos dentro y fuera del lugar de trabajo. Asimismo, el objetivo se centra en prestar asistencia a las empresas para que no se limiten únicamente a cumplir requisitos básicos, y que la evaluación del estatus se realice mediante un sistema online. Igualmente, la Comisión ofrece formación a gestores y empleados sobre la prevención de violaciones de derechos humanos²⁵⁸.

Sobre este tema, Canadá dio un paso importante para la protección de las comunidades y personas que sean afectadas por las empresas canadienses en otros países, mediante la reciente implementación de una Defensoría que tiene como competencia investigar de forma independiente las quejas de violaciones de derechos humanos por las operaciones de las empresas canadienses en el extranjero, proponer reformas de política pública y legislación como medidas de prevención, y emitir recomendaciones sobre reparación por las violaciones de derechos humanos detectadas. Uno de los retos importantes para este mecanismo es abordar la violencia sexual hacia las mujeres, particularmente indígenas, en el contexto en el que operan los proyectos comerciales de Canadá en otros países²⁵⁹.

Defensoría del Pueblo de Ecuador.

La Institución Nacional de Derechos Humanos de Ecuador conformó el Comité Ejecutivo de Empresas y Derechos Humanos de la Defensoría del Pueblo²⁶⁰. Esta resolución se fundamentó en normativa nacional e internacional sobre derechos humanos. Entre la nacional cita a la Constitución de Ecuador y a la Ley de la Defensoría del Pueblo. Con estos instrumentos hace referencia a la obligación que

257 op.cit.: Nora Götzmann y Claire Methven O'Brien, *Empresas y Derechos Humanos: Guía para Instituciones Nacionales de Derechos Humanos*, pp. 61, 62.

258 Ibidem, p. 62.

259 Business & Human Rights Resource Centre, *Las comunidades afectadas por las empresas canadienses en el extranjero por fin podrán hacerse escuchar: el Gobierno crea un ombudsman para los derechos humanos*, comunicado de prensa, 17 de enero de 2018, disponible en: <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/Comunicado%20de%20prensa%20CNCA.pdf>

260 Resolución No. 041-DPE-CGAJ-2016 de 12 de mayo de 2016.

tiene el Estado de garantizar sin discriminación el efectivo goce de los derechos; los principios que rigen a la administración pública y las obligaciones de los servidores públicos; y al mandato y competencias de la Defensoría del Pueblo en relación con la promoción y protección de los derechos humanos. En cuanto a la normativa internacional, destacan los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, al cual considera como el instrumento fundante para poner en práctica los derechos humanos en el marco de las empresas.

El Comité Ejecutivo de Empresas y Derechos Humanos se integró por 6 personas. Entre sus funciones, conforme se desprende del artículo 2 de la Resolución, tiene las siguientes:

- Emprender acciones encaminadas a promover el respeto de los estándares internacionales de derechos humanos por parte del sector empresarial en el Ecuador, mediante la adopción de planes y programas específicos;
- Articular acciones con los actores internacionales involucrados en la temática, en particular designar un punto focal permanente ante el Grupo de Trabajo del CIC sobre empresas y derechos humanos;
- Incidir en el diseño de la política pública sobre empresas con un enfoque de derechos humanos.

Comisión Nacional de Derechos Humanos de México.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos creó el Programa de Empresas y Derechos Humanos, el cual está a cargo de la Segunda Visitaduría General. La creación la realizó mediante acuerdo del Presidente de la CNDH del 19 de febrero de 2018.

Con la adopción de este programa, la CNDH implementa los principales instrumentos de derechos humanos relacionados a las competencias de las INDH en el contexto de las empresas y los derechos humanos. En definitiva, asume el compromiso de promover y proteger los derechos humanos frente a las actividades de las empresas, e incorpora en su mandato este tema de forma amplia. Estos instrumentos son:

- Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar.
- La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015.
- La Declaración de Edimburgo del 10 de octubre de 2010.
- La Declaración de Mérida de 2015.

La necesidad de contar con un Programa de Empresas y Derechos Humanos, de acuerdo con la CNDH, surge tanto por el marco normativo internacional existente, como también por las violaciones a los derechos humanos que son de gran impacto, o acontecen contra los colectivos o comunidades.

Los sectores en los que acaecen estos conflictos son los de servicios públicos (agua, gas, transporte, educación, salud y telecomunicaciones), agroindustria, hidrocarburos, construcción, energético, extractiva, manufacturero, seguridad privada, química – farmacéutica y financiero.

Dentro de los objetivos del Programa la CNDH se ha propuesto el de transversalizar el enfoque de derechos humanos y empresas, de forma que puedan enfrentar la problemática del país generada en los sectores enunciados; así mismo, busca la posibilidad de incidir en las políticas públicas atinentes a la materia de empresas y derechos humanos; y pretende promover la cultura de derechos humanos en las empresas públicas y privadas.

Las acciones que la CNDH se propone implementar son las de divulgación y promoción del respeto de los derechos fundamentales frente a las actividades de las empresas; la elaboración de diagnósticos sobre la problemática, la capacitación en este ámbito; y la elaboración de campañas informativas de difusión con el objetivo de prevenir los abusos cometidos por las empresas, sean públicas o privadas²⁶¹.

261 Acuerdo del Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos mediante el cual crea el Programa de Empresas y Derechos Humanos. México, 19 de febrero de 2018.

CONCLUSIONES

La presente investigación sobre empresas y derechos humanos se ha fundamentado en tres ejes: las obligaciones de las empresas, la responsabilidad de los Estados y el rol de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos para prevenir y proteger los derechos humanos.

Estos ejes se desarrollaron en cuatro temas: el contexto de la responsabilidad empresarial; los estándares internacionales vinculados a la responsabilidad empresarial; los parámetros para la empresa prototipo que protege los derechos humanos; y las obligaciones del Estado y el rol de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos.

Respecto al primer tema, sobre el contexto de responsabilidad empresarial y el respeto a los derechos humanos, se concluye que, si bien fue beneficioso que las empresas empiecen por preocuparse por su responsabilidad social corporativa, es ideal avanzar hacia el respeto de los derechos humanos. Es verdad que ambos conceptos tienen similitudes, como la de mejorar la imagen de las empresas; la diferencia radica en la voluntariedad de la responsabilidad social corporativa frente a la responsabilidad vinculante de las empresas de respeto a todos los derechos humanos.

La necesidad de que las empresas asuman obligaciones sobre derechos humanos se observa en los casos emblemáticos sobre la materia, desarrollados en el capítulo primero, que muestran los efectos sociales, ambientales y económicos que son de responsabilidad de las empresas, aunque hayan sucedido también por la falta de prevención de los Estados, que no adoptaron medidas suficientes que impidan la vulneración de derechos en contra de las personas y comunidades.

Esta falta de prevención por parte del Estado permite en lo posterior vulneraciones, que de quedar en la impunidad generan un ambiente permisivo para la vulneración sistemática de derechos humanos. Por tal razón, el deber de prevención que tienen los Estados es importante y va de la mano de las medidas para evitar la impunidad.

En materia de empresas y derechos humanos los Estados cuentan con una guía importante como son los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, que si bien constituye un instrumento de soft law, contiene la sistematización de algunas normas del derecho internacional de derechos humanos que son vinculantes para los Estados, y que se resumen en tres pilares: la obligación de protección de los Estados; la obligación de respeto de las empresas; y la adopción de un recurso frente a las vulneraciones de derechos humanos para lograr la consecuente reparación integral.

En el segundo tema, sobre los estándares internacionales de derechos humanos, se concluye su importancia porque los avances han sido significativos en cómo entender a los sujetos obligados en la protección de los derechos humanos frente a las

actividades corporativas; responsabilidad que prima sobre los Estados, pero de la cual no se deslindan las empresas.

En consecuencia, estos estándares han mostrado que los Estados tienen responsabilidad frente al actuar de terceros ajenos al Estado, bien porque actúan con su anuencia, o por concesión, o simplemente porque el Estado ha permitido que se genere un contexto de riesgo estructural para el ejercicio de derechos humanos, provocado por las acciones de terceros. En este estándar entran las obligaciones de las empresas, que como agentes económicos deben actuar con debida diligencia para reparar las violaciones a los derechos humanos.

El papel del Sistema de Naciones Unidas y el Sistema Interamericano por medio de sus agencias y mecanismos ha sido de relevancia en el desarrollo de los estándares en la materia, aunque evidentemente están en una etapa inicial y por ende aún falta mucho por desarrollar. La interpretación evolutiva de los derechos humanos ha permitido una mayor protección al enfocar de mejor forma el contenido esencial de los derechos. En consecuencia, los Estados y las empresas atenderán también a estos avances para mejorar la protección de los derechos humanos.

Sin embargo, la protección de los derechos humanos puede mejorar exponencialmente si los Estados juntan esfuerzos para continuar los diálogos y finalmente aprobar un instrumento vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos. La creación de este instrumento es un gran reto que involucra también la participación de la sociedad civil e incluso de las mismas empresas. A la par, la comunidad internacional debe debatir sobre cómo dará vida a este instrumento para que sea efectivamente implementado y logre los objetivos deseados.

En el tercer tema, sobre la identificación de parámetros para la empresa prototipo que protege los derechos humanos, cabe resaltar que las empresas tienen el reto de implementar políticas y reglamentos internos para proteger los derechos humanos. Esta obligación es independiente del giro del negocio y del sector empresarial al que pertenezcan. Sin embargo, a los Estados les corresponde conocer el impacto que tiene cada sector económico, para determinar las políticas públicas relacionadas a la materia, por lo que es importante conocer la tipología de actividades corporativas, el tamaño de las empresas y el sector económico al que pertenecen.

Para las empresas es necesario determinar las acciones que implementarán para proteger los derechos humanos, para lo cual, deben tener claro cuál es su campo de acción, quiénes los afectados o posibles afectados por su actividad, el riesgo sobre los derechos humanos que implican sus actividades, por ejemplo, en los pueblos indígenas, mujeres, niños, niñas y adolescentes, entre otros.

Para las empresas la implementación de medidas para proteger los derechos humanos les puede permitir réditos económicos tangibles e intangibles porque, por ejemplo, realza su imagen corporativa frente a los consumidores y al público en

general, lo cual implica un activo invaluable; y este activo incide en las decisiones del consumidor, que se traduce en confianza y ganancias para la compañía. También deben tener claridad sobre que las medidas para respetar los derechos humanos implican costos, que a la larga podrían ser menores que los costos de no implementar ningún tipo de medida, si es que a la empresa le toca reparar las violaciones de derechos humanos que haya producido o contribuido a producir.

En consecuencia, implementar acciones concretas y prácticas que garanticen el respeto a los derechos humanos es beneficio para las empresas. Por ejemplo, pueden implementar medidas mínimas de debida diligencia, las cuales conviene se enriquezcan con un enfoque de género y diversidad, y atender a los derechos de los trabajadores y trabajadoras, prevenir la explotación laboral especialmente en los casos que estén involucrados niños, niñas y adolescentes, prevenir la contaminación ambiental y respetar los derechos de los pueblos indígenas, especialmente cuando el Estado ha fallado en su obligación de garantizar la consulta y consentimiento previos.

Igualmente considerarán la adopción de medidas para identificar los riesgos de vulneración de los derechos humanos, y tomar decisiones para mitigar o disminuir dichos riesgos; y cuando tales vulneraciones ocurran, implementar medidas de reparación que atiendan a la integralidad del problema, de forma que incluso esos riesgos no vuelvan a suceder. Asimismo, considerarán la implementación de medidas a nivel contractual para influir sobre las acciones de otras empresas con las que tengan relaciones comerciales, de forma que a lo largo de la cadena de producción hasta la comercialización las empresas respeten los derechos humanos. También es necesario que las empresas establezcan indicadores para medir sus avances y dificultades en el respeto de los derechos humanos.

El cuarto tema es sobre las obligaciones del Estado y el rol de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos. Respecto a los Estados, se concluye que estos no deben deslindarse de sus obligaciones generales de proteger, promover y hacer que los derechos puedan ejercerse en esta materia. Si bien, todavía no se han llegado a acuerdos en la comunidad internacional para la creación de un instrumento vinculante en materia de empresas y derechos humanos, los instrumentos internacionales que han suscrito los Estados los obligan a adoptar medidas de derecho interno para proteger los derechos humanos frente a la acción de terceros, como son las empresas.

En consecuencia, es necesario que los Estados generen políticas públicas y legislación básica con miras a que las empresas respeten los derechos humanos mediante la adopción de políticas internas y que tengan la obligación jurídica de rendir cuentas de sus acciones. Asimismo, deben existir reglamentos para que las instituciones públicas competentes supervisen y coordinen el cumplimiento de las obligaciones de las empresas.

Las empresas públicas o que presten servicios públicos, bien sea por concesión o delegación, o que tengan licencia para operar o reciban financiamiento público tendrán

disposiciones contractuales de respeto y protección de los derechos humanos que puedan estar en riesgo por las actividades que desempeñen.

Por tal razón, las empresas concesionarias adoptarán con mayor rigurosidad una política interna y reglamentos que les facilite el respeto de los derechos, por ejemplo, de los pueblos indígenas, entre ellos, su derecho al territorio, consulta y consentimiento previo, vida digna, entre otros, de acuerdo con cada tipo de actividad que desempeñen.

Finalmente, los Estados deben garantizar la implementación de una Institución Nacional de Derechos Humanos autónoma e independiente, con mandato amplio para la promoción y protección de los derechos humanos, mandato que también les permita proteger y promocionar los derechos en el ámbito de las empresas.

Las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos realizarán acciones que respondan a las necesidades de la población afectada o posiblemente afectada por las empresas; y buscarán un acercamiento efectivo con las empresas y asociaciones de empresas para que respondan a su obligación de respetar los derechos humanos.

En consecuencia, es fundamental que las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos incorporen prácticas de transversalización y coordinación entre instituciones del Estado y la sociedad civil; así también procesos de conocimiento y supervisión de los casos de violaciones de derechos humanos, y tengan un rol activo para la conciliación, resolución y reparación integral.

Las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, a pesar de los grandes retos que aún tienen en la materia, se encuentra transitando en el camino correcto, pues así lo devela haber suscrito la Declaración de Edimburgo por la cual crean, como parte de la Alianza Global de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, el Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos, y se comprometen a realizar acciones concretas para su progreso; y la Declaración de Mérida, México, por la cual se vinculan directamente a aportar en la realización de la Agenda 2030 para la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.