

ISSN 2526-0774

Vol. III, Nº 02
Fev - Jul 2019

Recibido: 11.11.2018

Aprovado: 24.10.2019

* Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Investigadora postdoctoral de la Universidad de Vigo, Departamento de Derecho Público, Área de Derecho constitucional (actualmente en estancia de investigación en la Universidade Federal do Pará, Brasil –Instituto Ciências Jurídicas). Contrato financiado por el programa de *Axudas de apoio á etapa de formación posdoutoral nas universidades do SUG, nos organismos públicos de investigación de Galicia e noutras entidades do Sistema de I+D+i galego. Consellería de Educación, Cultura e Ordenación Universitaria e da Consellería de Economía, Emprego e Industria, Xunta de Galicia*. CV disponible en: orcid.org/0000-0002-5834-782X | cmontesinos@uvigo.es.

ENTRE LO DESEABLE Y LO FACTIBLE: HACIA UN TRATADO VINCULANTE SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

ENTRE O DESEJÁVEL E O VIÁVEL: RUMO A UM
TRATADO VINCULANTE SOBRE EMPRESAS E DIREITOS
HUMANOS

BETWEEN A DESIRED AND A FEASIBLE OUTCOME.
TOWARDS A BINDING TREATY ON BUSINESS AND
HUMAN RIGHTS

*Carmen Montesinos Padilla **
Vigo, Espanha

Resumen

Aunque cada vez es más habitual encontrar, entre la doctrina más especializada, a quienes defienden el reconocimiento de obligaciones jurídicas vinculantes a las empresas en materia de derechos humanos, el debate sigue estando muy polarizado. Situándonos en el marco de las teorizaciones sobre la gobernanza global, en estas páginas defenderemos el pragmatismo de los Principios Ruggie y su conveniente complementariedad con un futuro tratado internacional. Ahora bien, si por un lado entendemos que el desarrollo e implementación de los Principios de Naciones Unidas debe proceder mediante el refuerzo de un enfoque basado en las víctimas, por otro consideramos que los contornos de un futuro tratado internacional habrán de delimitarse tanto con un adecuado grado de precisión técnica, como con un suficiente nivel de generalidad y abstracción. Y en este sentido se formularán, para finalizar, algunas propuestas de reforma del llamado Draft 0 del futuro tratado internacional sobre empresas y derechos.

Palavras-chave

Draft 0. Gobernanza global. Principios Ruggie. Sistemas de gobernanza policéntricos. Tratado internacional sobre empresas y derechos humanos.

Resumo

Embora seja cada vez mais comum encontrar, entre a doutrina mais especializada, aqueles que defendem o reconhecimento de obrigações legais obrigatórias para as empresas no que diz respeito aos direitos humanos, o debate permanece altamente polarizado. Colocando-nos no quadro das teorizações sobre governação global, nestas páginas defenderemos o pragmatismo dos Princípios de Ruggie e a sua conveniente complementaridade com um futuro tratado internacional. No entanto, se por um lado entendemos que o desenvolvimento e a implementação dos Princípios das Nações Unidas devem prosseguir através do reforço de uma abordagem baseada na vítima, por outro consideramos que os contornos de um futuro tratado internacional terão que ser delimitados tanto com um grau adequado de precisão técnica como com um nível suficiente de generalidade e abstracção. E, nesse sentido, serão formuladas algumas propostas de reforma da chamada Minuta 0 do futuro tratado internacional sobre negócios e direitos.

Palavras-chave

Rascunho 0. Governação global. Princípios Ruggie. Sistemas de governança policêntricos. Tratado internacional sobre empresas e direitos humanos.

Abstract

Although it is increasingly common to find, among the most specialised doctrine, those who defend the recognition of binding legal obligations to companies in the field of human rights, the debate remains highly polarised. Positioning ourselves within the framework of theories on global governance, in these pages, we will defend the pragmatism of the Ruggie Principles and their convenient complementarity with a future international treaty. Now, if on the one hand we understand that the development and implementation of the United Nations Principles must proceed through the

reinforcement of a victim-based approach, on the other hand we believe that the contours of a future international treaty will have to be delimited with an adequate degree of technical precision, as with a sufficient level of generality and abstraction. So in this sense, proposals to reform the so-called Draft 0 of the future international treaty on companies and rights will be formulated.

Keywords

Draft 0. Global Governance. International Treaty on Business and Human Right. Polycentric Governance Systems Ruggie Principles.

“(T)he more the public domain is privatized,
the more that the private is politicized
and becomes a matter of public concern”
Shamir, R. (2005, 93)

1. GLOBALIZACIÓN: LA TEORÍA (CORREGIDA) DE LOS SISTEMAS DE GOBERNANZA COMO RESPUESTA RAZONABLE

Cuando el gobierno deja de depender de Dios y de la Iglesia, es a los legítimos representantes de los gobernados a quienes corresponde garantizar los derechos humanos (DH o derechos) de estos últimos (HUNT, 2007: 30). Así, aunque se habla de una prehistoria medieval de los derechos definida por la limitación del poder político mediante privilegios otorgados a determinadas clases sociales y gremios, será el advenimiento de la Edad Moderna lo que, bajo el influjo de la reforma protestante, el humanismo y la ideología del pacto social, marcará su nacimiento como hoy los conocemos. Esto es, como límites al poder público. En otros términos, el Estado ha sido concebido históricamente como el enemigo por el que, y frente al que, se ha forjado la teoría de los DH, correspondiendo a sus autoridades responder frente a sus posibles vulneraciones, y actuar a favor de su efectiva protección. Por ello hoy sigue siendo tan controvertida la atribución de obligaciones jurídica vinculantes a las empresas frente el impacto negativo de su actividad sobre los derechos y libertades de las personas.

Aunque resulta muy arriesgado afirmar con total rotundidad que hubo un momento en que los Estados fueron los únicos creadores de Derecho y que el Derecho de la sociedad internacional estuvo siempre sometido a su voluntad (CLAVERO, 2014: 129-130), hoy, más que nunca, debemos ajustar a la realidad esa imagen, de omnipresencia y omnipotencia del Estado, que sus instituciones y la doctrina han tendido a ensalzar. Debemos redefinirla atendiendo a un escenario político, económico y social que cambia a un ritmo vertiginoso y cuya cadencia viene marcada por una imparable globalización que está desplazando a los Estados en el escenario regulatorio a nivel mundial. Sibilinamente y con todas las cautelas, sí, pero con una clara determinación. La globalización representa el destino irremediable del mundo, un proceso irreversible. Y debido a la nueva “incorporeidad” del Poder, especialmente en su forma financiera, sus detentores son esencialmente extraterritoriales. Los Estados se están convirtiendo así en ejecutores y plenipotenciarios de fuerzas que no esperan controlar políticamente (BAUMAN, 1999: 23-73). El Estado-nación está languideciendo bajo el influjo de fuerzas erosivas de alcance transnacional (VON WRIGHT, 1997: 47-52). En este contexto, su actuación (y actitud) ante las graves vulneraciones de DH acometidas por las empresas, muy especialmente por las transnacionales, viene demostrándose claramente insuficiente (y meridianamente reprochable).

La búsqueda del mayor beneficio al menor coste ha auspiciado la actuación de las empresas como verdaderos *free-riders*, aprovechando los réditos generados al operar en Estados que o bien carecen de capacidad para imponer su Derecho interno y la normativa internacional, o bien

directamente no disponen (o no quieren hacer por disponer) de un ordenamiento jurídico respetuoso con los derechos. Ello sin olvidar las consecuencias prácticas que para las víctimas supone el no reconocimiento de responsabilidad extraterritorial por parte de los Estados de las empresas matrices. Así, frente a la postura tradicionalmente dominante de quienes han defendido y defienden que el Estado es, y debe ser, la base sobre la que se asienten las obligaciones corporativas en materia de DH, cada vez son más quienes abogan por el reconocimiento de responsabilidades directas a las empresas. De hecho, la relación entre estas últimas y los derechos ha sido una de las cuestiones más polémicas en los últimos años, ocupando un lugar destacado en la agenda política (nacional e internacional) y conformándose como objeto de atención prioritaria en el campo de la investigación científica.

En el caso de la disciplina jurídica, la trascendencia del debate no es de extrañar, pues se trata esta de una relación que, como se apuntaba, controvierte los fundamentos mismos de la dogmática de los DH, muy especialmente desde la perspectiva del Derecho internacional (DI). Afirmar que solo los Estados detentan subjetividad internacional, no parece encajar con la realidad contemporánea. Como nos recuerda DE SHUTTER (2006: 33), la personalidad jurídica internacional es el resultado de la capacidad del sujeto de poseer derechos o de ser sometido a obligaciones internacionales y, por tanto, de ejercer esos derechos o rendir cuentas de tales deberes. Afirmar lo contrario sería como si se le atribuyera un cierto contenido sustantivo a esa personalidad jurídica una vez que la misma ya se ha reconocido a su titular. Por tanto, la atribución de subjetividad internacional a las transnacionales no debería verse como una exigencia previa a la imposición de obligaciones, del mismo modo que su afirmación no se ha considerado como un pre-requisito para reconocerles derechos en virtud, por ejemplo, de acuerdos de libre comercio. Sin embargo, el debate sigue estando muy polarizado entre quienes mantienen una visión estado-céntrica del Derecho, quienes afirman que las entidades privadas pueden ser ya consideradas como sujetos de verdaderas obligaciones jurídicas en materia de DH y quienes adoptan una postura intermedia, ya sea reconociendo la existencia solo de ciertas obligaciones, ya aceptando tal posibilidad, pero sin dejar de advertir sobre sus riesgos.

En definitiva, los efectos de la llamada “omnipotencia de los agentes privados en el orden económico mundial” (GRAZ, 2012) y la tensión entre la globalización y la protección de los DH, han hecho que cada vez sean más quienes defienden la necesidad de controlar su posicionamiento como nuevos soberanos en el ámbito internacional (RONDINELLI, 2002: 391-413), preconizan su deber jurídico de responder por las violaciones de derechos, e incluso ensalzan la necesidad de impulsar su conversión en auténticos instrumentos de desarrollo humano (DE SCHUTTER, 2005: 403-444). Pero no hay acuerdos unánimes, siquiera mayoritarios (¿cómo podría haberlos?), que respalden el impulso de una única respuesta frente a las graves vulneraciones de DH acaecidas en el marco de la actividad empresarial. Y es que, más allá de los confines del debate teórico, lo cierto es que identificar la mejor alternativa de las posibles, no es tarea fácil. Pero partiendo de la fuerte oposición a la que se ha enfrentado tradicionalmente el reconocimiento de obligaciones jurídicas vinculantes a las empresas en la materia, este trabajo pretende fundamentar una necesaria complementariedad entre medidas vinculantes y voluntarias, legales y para-legales.

Recurriendo a la célebre expresión de BORDIEAU, pretendemos aquí hacer de la necesidad virtud e incitar a que se saque provecho de un contexto (el de la globalización) y de sus consecuencias (la fragmentación jurídica y la heterarquía normativa) que ya no podemos ignorar. Nos situaríamos así entre los autores que DE SOUSA SANTOS (2005: 5-6) acomoda en el marco de la “*literature on global*

governance”, que analiza empíricamente nuevas formas de gobernar la economía basadas en la colaboración. Estudios y teorizaciones que, partiendo de las dificultades que enfrentan los Estados para aplicar su “lógica reguladora descendente” a industrias y empresas con un sistema de producción altamente globalizado, propugnan redes de colaboración que, basadas en una lógica reflexiva, se articulan entre distintos grupos de interés. En otros términos, entendemos que los sistemas de gobernanza en red o policéntricos, en los que el Estado ya no es la única autoridad decisora, ofrecen una solución razonable a los problemas que, en el contexto de la globalización, plantea la relación entre las empresas y los DH. Es por ello que aquí se defenderá la funcionalidad o pragmatismo de los Principios Rectores de Naciones Unidas (UN) sobre Empresas y Derechos Humanos (PR)¹.

Dos precisiones son, sin embargo, necesarias. Por un lado, y para evitar que ese pragmatismo puentee a las y los más vulnerables (SIMON, 2003: 23), para sortear un evidente peligro de profundización de las asimetrías de poder entre los actores implicados en la relación, incidiremos en la necesidad de aplicar un correctivo a las denominadas teorías de la gobernanza. Concretamente, defenderemos la urgencia de articular propuestas que fortalezcan la aplicación de los PR desde un enfoque “de abajo hacia arriba”, centrado en las víctimas. Por otro, partiendo de su naturaleza policéntrica, trataremos de justificar la plena compatibilidad de estos principios con un futuro tratado internacional vinculante en materia de empresas y derechos humanos (Tratado). No obstante, para poder prosperar y resultar fructífero, entendemos que los contornos jurídicos de un futuro Tratado deberían perfilarse tanto con un adecuado grado de precisión técnica, como con la suficiente generalidad y abstracción como para generar el mayor consenso posible. En caso contrario, tememos que podamos correr el riesgo de efectivamente otorgar prioridad a lo deseable, sobre lo factible.

2. LAS ALTERNATIVAS EN DISPUTA

La vulnerabilidad de los Estados postcoloniales frente al fenómeno de la deslocalización empresarial y el consecuente aprovechamiento por las emergentes multinacionales de las denominadas “brechas de protección de los derechos” para obtener ventajas competitivas, engendró el debate sobre la necesidad de un nuevo orden económico internacional a mediados de la década de los setenta del pasado siglo². Pero el nuevo contexto postbélico no cambió en exceso la situación. La responsabilidad de las empresas se mantuvo mediatizada por los Estados y las iniciativas regulatorias de la época fueron reducidas a una plasmación de directrices de conducta de asunción meramente voluntaria. Recuérdese que los términos del debate sobre el fallido Código de Conducta para las Empresas Transnacionales (Código UN)³ fueron edulcorándose hasta su definitiva suspensión en 1992⁴, siendo la propuesta de su adopción y su posterior fenecimiento coetáneos a la proliferación de estrategias multilaterales de Responsabilidad Social Corporativa (RSC). Así lo ejemplifica la respectiva adopción por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (1976 –Directrices OCDE) y la Declaración Tripartita de Principios sobre Empresas Multinacionales y

¹ A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011.

² UN doc A/Res/3201 (S-VI), de 1 de mayo de 1974 y GA Res 3281(XXIX), de 15 de enero de 1975.

³ UN doc E/5500/Rev.1/Add 1 1974.

⁴ UNdoc E/CN.4/Sub.2/1996/12, párs. 61–62).

la Política Social (1977 –Declaración OIT). Además, las Normas sobre la Responsabilidad de las Corporaciones Transnacionales y otras Empresas en materia de Derechos Humanos (Normas UN)⁵ no corrieron mucha mejor suerte que el referido Código UN, sucumbiendo finalmente la extinta Comisión de Derechos Humanos (Comisión UN) a la mordaza con la que los Estados, bajo la presión de las patronales, siempre quisieron aplacar iniciativas de este tipo. Pero hoy ya no escapan a nadie las debilidades de los códigos de conducta como canalizadores de la responsabilidad corporativa en materia de DH.

2.1 LOS CONFINES REGULATORIOS (AUTORREGULACIÓN VS DERECHO POSITIVO)

A pesar de haber jugado un papel fundamental en las denuncias de graves violaciones, las Directrices OCDE han sido tradicionalmente criticadas por su incapacidad para proporcionar reparaciones efectivas. Piénsese, entre otros muchos casos, en su utilización por el Panel de Expertos creado por el Consejo de Seguridad de UN para investigar la incidencia de distintos Estados y de sus transnacionales en las violaciones de DH en la guerra de la República Democrática del Congo (RDC) de finales de la pasada década de los noventa. En el Anexo III de su Informe Final de 2002⁶, el mencionado Panel enumeró más de ochenta empresas que, al menos aparentemente, incumplían las Directrices OCDE. El informe advirtió sobre prácticas relativas, entre otros abusos, al acceso a mano de obra cautiva, la provisión de armas, el lavado de dinero y el contrabando de diamantes. Como resultado de sus hallazgos, muchos Estados dejaron de comprar minerales provenientes de la RDC. Sin embargo, más de un año después de la publicación, ninguno de los gobiernos implicados había tomado medidas para investigar el comportamiento de ninguna de las empresas afectadas (PAIOANNOU, 2006: 263-283). Igualmente cuestionada ha sido (y sigue siendo) la Declaración OIT. En cualquier caso, lo que aquí nos interesa destacar es que el infructuoso intento por atribuir obligaciones jurídicas vinculantes a las empresas que supuso el fin de las negociaciones del Código UN corrió en paralelo a un progresivo proceso de multilateralización de estrategias de RSC intensamente criticadas, ya no solo por ser consideradas como una mera operación de marketing o lavado de cara, sino por ser incluso pensadas como una verdadera “fuerza constitutiva en la configuración de la relación entre las empresas y la sociedad en el capitalismo global contemporáneo”. Es decir, como una práctica que, ajustándose cada vez más al “marco neoliberal” en el que se desarrolla, acaba sometida a los intereses de actores próximos a las propias empresas, o incluso dominadas por ellas (SHAMIR, 2005: pp. 95-109). El ejemplo paradigmático lo encontramos en el llamado Pacto Global, promovido durante la Cumbre Económica Mundial celebrada en Davos (Suiza, 1999).

Como las Directrices OCDE y la Declaración OIT, el *Global Compact* no impone obligaciones a las empresas en materia de DH, sino que más bien está diseñado “para estimular el cambio y promover la buena *ciudadanía corporativa* para fomentar alianzas y soluciones innovadoras”⁷. Es por ello que, al igual que las iniciativas que lo precedieron, ha sido objeto de voraces críticas basadas tanto en su mero valor cosmético, como en su concepción como un producto más de la ideología neoliberal imperante. Se ha llegado incluso a afirmar que la creación de esa suerte de “ciudadanía corporativa”,

⁵ UN doc E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003).

⁶ UN doc S/2002/1146, 16 October 2002.

⁷ Así lo concreta la propia ONU en la siguiente dirección electrónica: <https://www.unglobalcompact.org/about/faq>.

no pretende otra cosa que construir un “espacio de excepción” en el que se persigue la definitiva desvinculación de las transnacionales de los DH (CAVERO, 2014: p. 196). En todo caso, lo cierto es que tanto las Directrices de la OCDE y la Declaración de la OIT, como el propio Pacto Global, fueron resultado de los obstáculos a los que se ha enfrentado tradicionalmente el tránsito desde la mera voluntariedad hacia la vinculatoriedad jurídica en el ámbito de la relación entre los derechos y las empresas. Barreras (políticas, económicas y jurídicas) con las que volvieron a toparse víctimas y miembros de la sociedad civil en las negociaciones de las también mencionadas Normas UN. Un proyecto este último que, basado en la percepción de las empresas como órganos de la sociedad y, por tanto, como responsables de las violaciones del DI, fue igualmente criticado⁸. Sus principales detractores afirmaron que las Normas UN privatizaban la responsabilidad en la protección de los DH sin que el DI proveyera de una base general para responsabilizar a las empresas por sus acciones perjudiciales. El resultado no fue otro que el de su rechazo por la extinta Comisión UN que, en la misma decisión, solicitó al Secretario General la elaboración de un informe en el que se detallaran el alcance y la situación jurídica de las iniciativas existentes en materia de empresas y derechos⁹.

2.2 EL CAMINO DE EN MEDIO (PRINCIPIOS RUGGIE)

La mencionada solicitud al Secretario General fue la que originó el nombramiento del profesor Ruggie como Representante Especial en el ámbito de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales (SRSG), título bajo el cual desarrolló el bien conocido Marco Proteger, Respetar y Remediar (Marco UN)¹⁰, que sirvió de base para la elaboración de los ya referidos PR. Principios que, articulándose entre los definidos como fundacionales¹¹ y los adjetivados como operacionales¹², parten de la obligación de los Estados (con fundamento en el DI) de respetar, proteger y realizar los DH de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción (incluso frente a los abusos cometidos por actores privados), urgiendo a los mismos a preocuparse por medidas generales de regulación y política, así como a la articulación de mecanismos efectivos de reparación. Simultáneamente, recomiendan a las empresas, con independencia de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura, tanto la asunción de un compromiso político de respetar los DH, como la adopción de un procedimiento de diligencia debida que les permita prevenir, mitigar y remediar los impactos negativos de su actuación. De este modo, su responsabilidad exige a las empresas que eviten provocar consecuencias negativas sobre los derechos a través tanto de sus propias actividades, como de sus relaciones comerciales.

2.2.1 EL PRAGMATISMO DE LA GOBERNANZA POLICÉNTRICA

En palabras del propio profesor Ruggie, los PR “fueron diseñados para generar una nueva dinámica regulatoria en la que los sistemas de gobernanza públicos y privados (...) pudieran aportar

⁸ UN doc E/CN.4/2005/91, de 15 de febrero de 2015.

⁹ E/CN.4/2005/L.10/Add.17

¹⁰ A/HRC/8/5, 7 de abril de 2008

¹¹ En cuanto a la obligación de los Estados de proteger, Principios 1, 2 y 25; en cuanto al deber de las empresas de respetar, Principios 11 a 15; en cuanto a las reparaciones, Principio 25.

¹² En cuanto a la obligación de los Estados de proteger, Principios 3 a 10; en cuanto al deber de las empresas de respetar, Principios 16 a 24; en cuanto a las reparaciones, Principios 26 y 27 –reparaciones estatales, judiciales y extrajudiciales-, Principios 28 a 30 –mecanismos no judiciales-, Principio 31 –criterios de eficacia.

cada uno algo con un valor diferenciado, compensar las debilidades del otro y reforzarse mutuamente". Articulados sobre tres sistemas de gobernanza distintos (sistema de Derecho público y sistemas civil y corporativo), los PR adoptan de este modo el esquema propio de los sistemas policéntricos (RUGGIE, 2006: 75-97).

A estas alturas no descubrimos nada nuevo al afirmar que los Estados, sus instituciones y sus sistemas jurídicos, se enfrentan a importantes dificultades para adaptarse a la realidad en la que se integran, como tampoco es original proclamar que esta situación ha conducido a la búsqueda de nuevas fórmulas con vocación regulatoria. La sociedad global ha forzado la irrupción de técnicas de naturaleza colaborativa y de coordinación, de procedimientos ajenos al tradicional sistema de fuentes del Derecho que dicen pretender una mejor adaptación a escenarios que requieren de mayor flexibilidad, inmediatez y participación (SARMIENTO, 2008: 28). Por ello, aunque cuando hablemos de "global" lo hagamos siempre "en términos de tendencia o de vocación, no de consumación ni de logro" (CLAVERO, 2014: 133), es difícil negar la emergencia de una suerte de Derecho que, así adjetivado, hoy se basa más en la cooperación, que en la soberanía; más en las redes coordinadas, que en la jerarquía; más en una pluralidad descentralizada de actores, que en una única autoridad decisora (BACKER, 2012: 177-199). Si es cierto que, como señalara TOMÁS Y VALIENTE (1997: 257-263), no hay dogmática sin historia, no lo es menos que hace ya tiempo que presenciamos un desarrollo jurídico, y una subsiguiente teorización, sustentados en la proliferación de sistemas de gobernanza (policéntricos) en los que coexiste una pluralidad de sedes de decisión que producen un comportamiento cooperativo (OSTROM, 2010, 552). En definitiva, un conjunto de regímenes regulatorios superpuestos, pero no jerárquicamente relacionados, en el que los Estados ya no son la única fuente de autoridad (RAUSTIALA & VÍCTOR, 2004: 277-309; BLACK, 2008; 137). Y es precisamente a esta lógica a la que responden los PR (MONTESINOS PADILLA, 2018a) que, desde su adopción, han impulsado avances significativos en materia de prevención, protección y reparación de vulneraciones de DD con origen en la actividad empresarial.

Piénsese, por ejemplo, en la progresiva proliferación (a nivel nacional e internacional) de medidas legislativas vinculantes en materia de diligencia debida y acceso y divulgación a información relevante¹³, en su incidencia en resoluciones judiciales relativas al *forum non conveniens*¹⁴ e incluso en el creciente número de importantes proyectos de autorregulación que implican a diversos grupos de interés¹⁵ (MONTESINOS PADILLA, 2018b). Como advierte RODRÍGUEZ-GARAVITO (2018: 29), la evaluación de los logros y las limitaciones de estos Principios debe tener en cuenta tanto su aspecto estático (o retrospectivo), como el dinámico (o prospectivo). Y las mencionadas iniciativas, conjuntamente con la progresiva adopción de Planes de Acción Nacional (PAN) (Montesinos Padilla, 2018c), nos llevan a defender el pragmatismo de los PR, a promover su desarrollo e incitar al aprovechamiento de todo su potencial. Ahora bien, este aparente entusiasmo es más comedido de lo que pudiera parecer.

¹³ A nivel nacional es paradigmática la *Loi no. 2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre* (Francia). En el ámbito supranacional europeo puede destacarse, por ejemplo, el Reglamento 2017/821 del Parlamento y del Consejo, de 17 de mayo de 2017 sobre las importaciones de minerales de zonas de conflicto o alto riesgo.

¹⁴ Muy destacadamente, *Lungowe and others v. Vedanta Resources Plc and Konkola Copper Mines, Garcia v. Tahoe Resources Inc. y Chandler v Cape PLC, Araya v. Nevsun Resources Ltd.*

¹⁵ Entre otras, *End Human Trafficking Now!*; *Conflict-Free Sourcing Initiative, Malawi Tea 2020*

Con carácter general, se ha señalado que los PR exoneran de obligaciones jurídicas vinculantes a las empresas y diluyen los deberes de los Estados (DEVA, 2013: 91-103). Pero no nos parece que el de la no vinculatoriedad sea un problema de las dimensiones con las que suele presentarse. Como se intentó poner de manifiesto en líneas precedentes, esta autora comparte, al menos en lo fundamental, la opinión de quienes atisban en la gobernanza policéntrica una solución sensata, funcional al escenario global en el que nos movemos. Por ello, el recurso al *soft law* no se considera, *prima facie*, descartable. Sobre todo cuando, como ocurre con los PR, nos referimos a iniciativas que, desde un enfoque procedimental, pueden conceptualizarse como una suerte de mecanismo de coordinación, como un paraguas bajo el que se cobijan distintas acciones normativas de muy diversa naturaleza (legales y paralegales, de Derecho duro y blando) que tienden a complementarse, reforzando sus fortalezas y compensando sus debilidades. Como el propio profesor Ruggie advirtió en su informe final al Consejo de Derechos Humanos de UN (Consejo UN), los PR son “una plataforma global común de acción, a partir de la cual fundamentar un progreso acumulativo, paso a paso, sin cerrarse a otros desarrollos prometedores a largo plazo”¹⁶. Evidentemente, no se trata aquí de defender una contracción del Estado a su mínima expresión (¿cómo podría hacerlo alguien que se dedica a la enseñanza y defensa de la Constitución y su Derecho?), sino de poner de manifiesto la necesidad de conciliar la dogmática y la realidad práctica (GUNTHER, 2004: 71-87) pues, al menos en el ámbito que nos concierne, los avances generados en torno a la implementación de los PR son un argumento más para abandonar la tradicional dicotomía entre una “regulación efectiva por ley” y un “compromiso voluntario ineficaz”. En definitiva, los PR representan un prometedor comienzo. Pero como se advirtió, se trata este de un entusiasmo moderado. Los PR no son la panacea, ni se pretende que lo sean. Y para que, como aquí se defiende, puedan ser parte de la solución, deben atender a la opinión tanto de quienes los censuran, como de sus partidarios menos condescendientes.

Junto a las críticas suscitadas por la falta de carácter vinculante y las que se refieren, ya en el plano de su internalización, a la estrecha vinculación de los PAN con los ciclos políticos, de los PR se ha cuestionado también tanto una aparente preferencia por las medidas de reparación extrajudicial frente a una aparente falta de determinación para crear y fortalecer los mecanismos judiciales¹⁷, como la relativización del papel otorgado a los titulares de los derechos afectados por la actividad empresarial. De hecho, las objeciones a la ausencia de la “participación empoderada de la sociedad civil” (RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2018: 35) son frecuentes. Así, por ejemplo, para MELISH (2018: pp. 117-147) los PR no reconocen su rol fundamental a la hora de identificar las violaciones de DH y sus causas, ni en la concretización de los mejores mecanismos para prevenirlas. De hecho, esta es una de las principales fallas a colmar, y lo es porque, de no hacerlo, la implementación de los PR puede acabar por profundizar en las asimetrías de poder entre los diferentes *stakeholders*. Por ello, aunque partiendo de su funcionalidad al objetivo perseguido, aquí se defiende la correlativa necesidad de reforzar el enfoque ascendente en su desarrollo y aplicación.

2.2.2 EL NECESARIO CORRECTIVO DEL ENFOQUE ASCENDENTE

¹⁶ A/HRC/17/31, párr. 13

¹⁷ Más información en: https://www.fidh.org/IMG/pdf/Joint_CS0_Statement_on_GPs.pdf

Aunque contaron con el respaldo unánime del Consejo UN, en su proceso de adopción los PR también fueron ampliamente criticados por parte de la sociedad civil (fundamentalmente organizaciones de DH) al entender que no se habían tenido en cuenta suficientemente sus opiniones. El cuestionamiento del procedimiento seguido es claramente legítimo, pero ello no justifica que nos quedemos anquilosados en la crítica retrospectiva. Se impone, por el contrario, la formulación de propuestas de mejora futura. Y para filtrar un enfoque ascendente en la implementación de los PR, debería reforzarse el “contrapoder de los titulares de derechos, las comunidades afectadas y las organizaciones de la sociedad civil” (RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2018: 46). En este sentido, por ejemplo, nos parece muy interesante la propuesta de la incorporación de un cuarto pilar “participativo” al Marco UN que se erija en el andamiaje de una serie de principios transversales que hagan operativa la participación de las víctimas y del resto de los actores de la sociedad civil, entre otras cosas, en la previa evaluación de contratos de concesión, en la realización de estudios de impacto, en el desarrollo de los PAN, en la supervisión y revisión de los procedimientos de queja contra las empresas, en los programas de diligencia debida y en los mecanismos de denuncia (MELISH Y MEIDINGER, 2012). Como apuntábamos, la propuesta es, desde luego, pertinente. Téngase en cuenta que, por ejemplo, tal y como han destacado ICAR, ECCJ y DeJusticia¹⁸, ni los primeros PAN adoptados en Europa ni la mayoría de los que los han sucedido en el tiempo, han garantizado la efectiva participación en su elaboración de todos los grupos de interés, omitiéndose en todos los casos la inclusión de medidas tendentes a asegurar la de los grupos más desfavorecidos. Se impone, por tanto, reforzar el papel de los titulares de derechos y de las comunidades de víctimas. Y para ello encontramos también propuestas relativas a las funciones del propio Grupo de Trabajo de UN sobre la cuestión de las Empresas y los Derechos Humanos (GT).

Respecto de este último, aunque se aprecian ya algunos avances significativos que han ampliado paulatinamente la participación (por ejemplo, mediante la obtención de fondos para apoyar los viajes al foro anual celebrado en Ginebra o la modificación del formato del Foro global para incentivar una mayor participación de la sociedad civil y las comunidades de víctimas), nos parece de la mayor relevancia la propuesta de desarrollo de “estándares adicionales de derechos para los diferentes sectores de la sociedad con necesidades particulares en la materia” siguiendo, por ejemplo, el modelo de los Principios sobre los Derechos de los Niños y las Empresas (DEVA, 2017: p. 29). Asimismo, debería también prestarse atención a las propuestas relativas a la elaboración de un plan de acción que otorgue prioridad a áreas y temáticas susceptibles de progreso a corto plazo, articulando el mismo sobre el eje del Pilar III y haciendo de la delimitación de las reparaciones efectivas, un proceso eminentemente participativo. Igualmente interesantes resultan las propuestas concernientes a la consolidación de un sistema transparente y explícito de procesamiento de peticiones individuales (RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2018: 69-71).

En todo caso, dado el carácter abierto y generalista de los PR, su concretización debe darse a través tanto de un liderazgo por el GT que filtre esa perspectiva ascendente en el ejercicio de sus funciones, como de iniciativas de los Estados y de las propias empresas que respondan del mismo modo al necesario protagonismo de víctimas, reales y potenciales, y de grupos especialmente vulnerables. Así, por ejemplo, a los Estados corresponde la elaboración de PAN que, basados en un

¹⁸ Esta afirmación es deducible de los informes disponibles en <https://www.icar.ngo/about/publications/>

diagnóstico previo de las brechas de gobernanza, se yergan como una hoja de ruta política y económicamente contextualizada, en cuyos procesos de elaboración, revisión y monitoreo intervengan activamente víctimas y miembros de la sociedad civil. Desde el punto de vista procedimental, se impone un mapeo de grupos de interés con carácter previo a la elaboración del PAN, la garantía de su participación (en concreto, de la de las víctimas y los miembros de organizaciones y movimientos sociales) en las consultas previas y posteriores a su adopción y su incorporación como miembros permanentes del órgano de seguimiento. Asimismo, los PAN deberían incorporar propuestas de acción centradas en los grupos más vulnerables o con mayor riesgo de exclusión, otorgando a las mismas preferencia en cuanto a su materialización. El principio de no discriminación y la perspectiva de género deben ser además transversales tanto a los procesos de elaboración y adopción del PAN, como a su propio contenido. Ello sin olvidar que, bien entendidos y correctamente implementados, los PR pueden impulsar coaliciones estratégicas multipartitas que sirvan de catalizador tanto para la integración de la perspectiva de DH en las políticas internas de las empresas, como para el impulso de iniciativas legislativas que tengan a las víctimas como principales protagonistas MONTESINOS PADILLA, 2018b).

2.3 UNA SALIDA DESEABLE (LA SENDA DE LA COMPLEMENTARIEDAD)

Todavía hoy no es infrecuente encontrar, entre la literatura especializada, la opinión de quienes afirman apreciar una dicotomía insalvable entre los PR y la adopción de un tratado internacional vinculante en materia de empresas y DH. De hecho, el proceso hacia el Tratado se ha concebido en buena medida como “un espacio para la expresión directa del descontento” frente a los PR (VARGAS, 2018: 167). Sin embargo, la relación entre ambos instrumentos no debiera sino estar definida por la complementariedad y el fortalecimiento recíproco (METHVEN O'BRIEN, MEHRA, BLACKWELL & POULSEN-HANSEN, 2016: 118). Tratado y PR deberían ser considerados como un continuo, más que como parte de una división binaria imposible de superar. No hay necesidad de adoptar un enfoque dual, pues ambas alternativas son, a la vez, viables y defectuosas (MEYERSFELD, 2018: 263-268). Si partimos de la consideración de los PR como una nueva manifestación del Derecho blando, las insuficiencias de su utilización para proteger los DH frente a la actividad empresarial no son difíciles de imaginar. Si bien los instrumentos de *soft law* proporcionan una mayor flexibilidad, incentivan una cooperación más intensa (granjeando así con mayor facilidad mayores consensos) y afrontan mejor la diversidad (SHAFFER & POLLACK, 2010: 719) y las transformaciones propias de la globalización, por el lado de los contras, sin embargo, limitan significativamente el grado de seguridad jurídica y el costo de su rechazo (SHAFFER & POLLACK, 2011: 1164). Como advirtiera KLABBERS (1998: 382) “*violations of soft law are by definition soft violations, which may give rise to soft responsibility which will, in turn, be enforced by means of soft sanctions*”. De estas afirmaciones podría deducirse que los PR no son el medio adecuado para conseguir el fin perseguido. Posicionamiento igualmente defendido al amparo de las virtudes que, en contraposición, han sido tradicionalmente atribuidas al *hard law*, generalmente reconducibles al mayor costo de su incumplimiento. El temor a las sanciones legales y a los daños reputacionales que se derivan de la violación del *hard law* favorece, se argumenta, un mayor grado de compromiso de cumplimiento. Ahora bien, si descendemos del plano de lo abstracto al de lo concreto, ni podemos obviar los avances impulsados por los PR, ni debemos

dejar de considerar los desafíos que habrá de afrontar la adopción e implementación de un futuro Tratado.

Por un lado y como ya apuntamos, en un mundo cada vez más globalizado e interconectado jurídicamente, una multiplicidad de sistemas, parcelados según la materia, incorpora una miríada de mecanismos regulatorios resultantes de la actividad de diferentes actores, estatales y no estatales, que interactúan entre sí (FISCHER-LESCANO Y TEUBNER, 2004: 999-1046). En este contexto se enmarcan los PR, producto de un proceso dialógico que derivan su fuerza normativa del apoyo que, como consecuencia de una serie de expectativas sociales compartidas, obtienen de varias partes interesadas, incluidos los Estados y las empresas (RUGGIE, 2017). Por ello, su definición más adecuada es la que parte de una conceptualización procedimental, de su consideración como un “mecanismo de coordinación” bajo el que se aglutinan iniciativas de la más variada naturaleza (GOOD, 2016: 255-272). Y es precisamente esa estructura policéntrica la que está permitiendo canalizar en una misma dirección los esfuerzos de los distintos sujetos implicados. Desde luego, todavía de forma lánguida e insuficiente, pero no por ello menos merecedora de consideración.

Por otro lado y sin olvidar que ese mínimo que representan los PR deja a muchos insatisfechos, debemos tener muy presente que la aprobación de un futuro Tratado plantea importantes retos. Sobre sus negociaciones se advirtió desde el principio que podrían enturbiar las aguas (BICKFORD, 2018: 223), quebrar (KWEITEL, 2018: 233) o romper el consenso (CANTÚ RIVERA, 2016: 429) que ha tardado tanto en alcanzarse, alertando además sobre la posibilidad de que con las mismas los Estados impulsores no persigan sino eludir sus propias obligaciones internacionales (RHODES, 2014; RUGGIE: 2014). Pero con independencia de la intencionalidad real de la iniciativa (que no creemos pueda generalizarse en los términos apuntados), lo cierto es que la adopción de un instrumento vinculante en materia de empresas y DH se enfrenta, entre otras muchas cuestiones, tanto a unos elevados costos de transacción, como a un posible incremento de poder de las propias corporaciones (CATÁ BACKE, 2018: 163-164). Asimismo, el desarrollo y la implementación de un Tratado requieren de “un uso significativo de recursos escasos” (JOHNICK, 2018: 198-199). E igual de problemática resulta la cuestión de la articulación de un órgano encargado de la fiscalización de su cumplimiento. De la propuesta de la creación de una corte mundial especializada se ha dicho que sobrevalora la función que pueden tener los mecanismos judiciales, minusvalorando correlativamente el gigantesco trabajo de base necesario antes de que ese mecanismo pueda ser útil (ALSTON, 2014). Y dado el carácter declarativo que les es propio a las sentencias de los tribunales internacionales, las negociaciones sobre un futuro Tratado no deberían menospreciar la necesidad ineludible de cooperación por parte de los Estados (PAK & NUSSBAUMER, 2009: 36).

Frente a la complejidad del escenario hasta aquí descrito, no han sido pocos los que se han manifestado a favor de una alternativa al tratado, como DEVA (2018: 113), quien se ha referido a la posibilidad de “comenzar con un instrumento general de Derecho blando (...) con una Declaración sobre las Obligaciones de Derechos Humanos de las Empresas, parecida a la Declaración Universal de Derechos Humanos”. Ahora bien, el impulso de un Tratado no está carente de buenas razones. Y a diferencia de la opinión de autores como BILCHITZ (2016: 223-227), dichos argumentos no tienen por qué conducir necesariamente a la atribución de obligaciones vinculantes directas a las empresas. Un Tratado podría consolidar un enfoque integrado que formalizara ese sistema de gobernanza a tres bandas auspiciado por los PR y, consecuentemente, mejorase el propio contenido del DI público.

Podría además imponer obligaciones extraterritoriales a los Estados (BACKE, 2018: 163-164) y, al dotarse de fuerza jurídica vinculante, legitimar su contenido “empoderando a la sociedad civil para reclamar su implementación”, incluso en un contexto de reducido número de ratificaciones (VARGAS, 2018: 173-179). En todo caso, son muchos los interrogantes a resolver. ¿De dónde se obtendrán los recursos económicos y humanos para este proyecto? ¿Está el sistema internacional preparado para vigilar a miles de empresas actuando en las distintas regiones del mundo? El Tratado, ¿se aplicará solo a empresas transnacionales o a todo tipo de corporaciones privadas? ¿Frente a la vulneración de qué derechos se exigirán responsabilidades? ¿En qué foro se situará la competencia jurisdiccional para conocer de las demandas a nivel nacional? ¿Deben ser las empresas matrices responsables de los actos de sus filiales y subsidiarias en todo caso? ¿Es viable la creación de un tribunal internacional especializado? En ese caso, ¿qué competencias se le reconocerían?, ¿qué principios regirían sus relaciones procesales con los órganos jurisdiccionales domésticos? ¿Es realista obligar a los Estados a asumir obligaciones extraterritoriales frente a las vulneraciones de DH acaecidas a lo largo de toda la cadena de valor de las transnacionales? Nos parece así que la eficacia del Tratado dependerá de la acomodación a la realidad política, económica y social de las respuestas que se den a estas preguntas.

Concluyendo, en opinión de esta autora efectivamente parece que el “camino más seguro está en un enfoque dual” (MELISH, 2018: 141), resultando innecesario e improductivo observar el fenómeno de la responsabilidad empresarial desde la dicotomía de la adopción de estándares voluntarios o vinculantes (DEVA, 2012: p. 193; RUGGIE, 2013: xxiii). Desde luego, es posible combinar mecanismos policéntricos y centralizados, o mecanismos voluntarios y obligatorios, en un mismo régimen. Pero para que esta combinación pueda surtir los efectos deseados, se impone tanto un desarrollo de los PR que incida en una perspectiva ascendente que sitúe a las víctimas y la sociedad civil en el centro del debate, como un Tratado que no peque de codicioso, que preste igual atención a consideraciones normativas y pragmáticas y que esté redactado con un nivel adecuado de generalidad (RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2018: 57).

3. EL PROYECTO DE TRATADO SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS (¿AVANCES Y RETROCESOS?)

Los primeros impulsos para la aprobación del tratado por la Resolución 26/9¹⁹ vinieron de la mano de la delegación de Ecuador, que comenzó ya a promover su adopción durante la vigésimo cuarta sesión del Consejo UN, en septiembre de 2013²⁰. Así, en respuesta a la propuesta para establecer un proceso interestatal mediante el cual se estableciera la forma y el contenido de un tratado vinculante en materia de empresas y DH, en junio de 2014 el Consejo UN adoptó la referida Resolución 26/9 (con el voto favorable de veinte países²¹, catorce votos en contra²² y trece

¹⁹ A/HRC/RES/26/9, de 26 de junio de 2014.

²⁰ Las razones que explican porqué un país tan pequeño se ha erigido como impulsor de tamaña iniciativa, son relatadas con todo detalle por GUAMÁN Y MORENO (2017: 153-211).

²¹ Argelia, Benín, Burkina Faso, China, Congo, Costa de Marfil, Cuba, Etiopía, Rusia, Filipinas, India, Indonesia, Kazajistán, Kenia, Marruecos, Namibia, Pakistán, Sudáfrica, Venezuela y Vietnam.

²² Alemania, Austria, Estados Unidos de América, Estonia, Macedonia, Francia, Irlanda, Italia, Japón, Montenegro, Gran Bretaña, República Checa, Corea y Rumania.

abstenciones²³), en virtud de la cual las dos primeras sesiones del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en materia de Derechos Humanos (OEIGWG)²⁴ se dedicarían a deliberar sobre la forma y las áreas a cubrir por el futuro Tratado, siendo a partir de la tercera sesión que comenzarían las discusiones sobre el proyecto propuesto por la Presidencia.

La primera sesión del OEIGWG (julio de 2015) estuvo de esta forma dedicada a discusiones en torno al contenido, el ámbito, la naturaleza y la forma del futuro Tratado. Las alternativas se mostraron ya entonces muy diversas, incluyendo desde la concreción de deberes cuyo cumplimiento se pudiera encomendar a los Estados (aprobación de PAN o tipificación de ciertas violaciones de DH por las entidades empresariales), hasta la consagración de obligaciones jurídicas directamente atribuibles las empresas y cuya conculcación pudiera ser objeto de una queja individual ante un tribunal internacional. Pero, y posiblemente como resultado de la ausencia de la mayor parte de los países integrantes del bloque occidental, la ocasión para el consenso se abrió ya paso en esta primera sesión en materias de tanta envergadura como lo son la delimitación de los específicos derechos que deberían protegerse (núcleo de DH amparados por el DI), las consecuencias de su vulneración y el tipo de responsabilidad que de la misma podría derivarse (tanto penal, como civil y administrativa). Y hubo igualmente un convenio más o menos extenso entre los participantes respecto de la necesidad de colmar las lagunas jurídicas existentes en torno a la cuestión de la jurisdicción extraterritorial y de delimitar la jerarquía de los DH frente a los instrumentos internacionales de protección de inversiones. Sin embargo, la naturaleza del órgano con competencias para conocer de quejas relativas a vulneraciones de derechos y la determinación del tipo de empresas que habrían de someterse a un futuro Tratado, fueron especialmente controvertidas. De hecho, con carácter previo a la celebración de esta primera sesión, la delegación de la UE, apoyada por Francia y Luxemburgo, propuso dos modificaciones al programa de trabajo. Condicionó así su participación tanto a la inclusión de un panel referente a los PR, como a la ampliación del ámbito subjetivo del Tratado a todo tipo de empresas, con independencia del alcance territorial de su actividad. Los posibles efectos de esta última propuesta (inefectividad como consecuencia de la imposibilidad de dar seguimiento preciso a millones de empresas y sometimiento a control de corporaciones con sede en Estados en desarrollo) impulsaron su rechazo, admitiendo sin embargo la Presidencia del OEIGWG la incorporación de un panel sobre los PR.

Por su parte, la rendición de cuentas protagonizó el mensaje del Alto Comisionado de UN para los Derechos Humanos con el que se abrió la segunda sesión (octubre de 2016), en la que la relatora-ponente identificó la articulación de remedios y el acceso a la justicia como objetivos prioritarios. La importancia del acceso a los recursos y de las reparaciones efectivas fue también subrayada tanto por diferentes delegaciones nacionales, como por la mayoría de ONGs. Pero aunque ni el tipo de derechos a proteger (todos los reconocidos en el DI), ni la definición de los objetivos (colmar lagunas del DI, hacer a las empresas responsables, proporcionar vías de reparación) plantearon demasiados problemas, en esta segunda sesión no tardaron en resurgir posturas enfrentadas en cuanto a la forma que debería adoptar el futuro Tratado. En todo caso, fueron muchos los que advirtieron sobre la

²³ Arabia Saudita, Argentina, Botsuana, Brasil, Chile, Costa Rica, Emiratos Árabes Unidos, Gabón, Kuwait, Maldivas, México, Perú y Sierra Leona.

²⁴ Toda la información en <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOnTNC.aspx>

necesidad de reforzar el papel de los Estados como sede para la observancia de los DH, y el de los sistemas judiciales domésticos como garantía de acceso a recursos efectivos. Tanto es así que el impulso por reforzar la mediación estatal quedó claramente reflejado en el documento “Elementos para el Proyecto de Instrumento Jurídicamente Vinculante sobre Empresas Transnacionales y otras Empresas con respecto a los Derechos Humanos” (Elementos OEIGWG), una propuesta cuyo objetivo era el de “reflejar los aportes realizados por los Estados y otras partes relevantes en el marco de las (dos primeras) sesiones”²⁵.

3.1 NUEVOS SOPLOS DE ESPERANZA

Los Elementos OEIGWG pusieron ya de manifiesto tanto la conveniente complementariedad entre el futuro Tratado y los PR, como el necesario refuerzo de la función protectora de los DH tradicionalmente atribuida a los Estados. Así, por ejemplo, entre las referencias a incluir en el Preámbulo, el documento proponía una expresa mención a los PR incorporando, entre los principios a consagrar, la “responsabilidad primordial” de los Estados de “proteger contra violaciones o abusos de derechos humanos cometidas dentro de su territorio y/o jurisdicción por parte de terceros”. Facilitar “la plena aplicación” de esta responsabilidad de los Estados era así uno de los objetivos principales que el documento vinculaba a un futuro Tratado, cuyo ámbito era proyectado a todas las violaciones de derechos resultantes de las actividades de las empresas con carácter transnacional. Es decir, este documento proponía una solución “políticamente astuta” (Cassel, 2018a) al polémico debate sobre el tipo de empresas que habrían de someterse al Tratado. En otros términos y como ya habían aconsejado algunos especialistas (CANTÚ RIVERA, 2017: 46), se pasaba de la delimitación del sujeto en función del tipo de empresa, a su especificación casuística en base al tipo de actividad. Ahora bien, como acertadamente reflexiona CASSEL (2018), en una economía globalizada resulta muy complejo determinar qué tiene o no “carácter transnacional”. Sin duda, esa ambigüedad fue intencionada. Y los esfuerzos por granjear el mayor consenso posible se vieron también reflejados en la delimitación de las obligaciones de los Estados y las empresas.

En este sentido, por ejemplo, se advirtió que si bien los Elementos OEIGWG reconocían obligaciones directas a las empresas en materia de DH, dicho documento no establecía con la claridad necesaria ni su modo de aplicación, ni los efectos derivados de su incumplimiento, ni el sujeto encargado de la efectiva rendición de cuentas (LÓPEZ, 2018a). En todo caso, lo cierto es que los Elementos OEIGWG proponían la atribución de obligaciones directas a las empresas, insuflando nuevos soplos de esperanza entre distintas organizaciones y movimientos de la sociedad civil que, desde el principio, habían apostado por el reconocimiento formal de personalidad jurídica internacional a las corporaciones privadas. Los Elementos OEIGWG impulsaban la incorporación en el Preámbulo del futuro Tratado de una referencia explícita a las Normas UN. Además, alentaban (apdo. 3.3) a la identificación en su articulado de obligaciones específicas de las empresas relativas al deber de cumplimiento de las leyes con independencia del territorio en el que operasen y a lo largo de toda su cadena de suministro; el diseño, la adopción y la aplicación de políticas internas para la identificación de riesgos y prevención de vulneraciones; el establecimiento de mecanismos de

²⁵ Disponibles en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs_OBEs_SP.pdf

monitoreo y revisión y la puesta a disposición de las víctimas de remedios efectivos, tanto judiciales como extrajudiciales. Todo ello sin olvidar que contemplaban la posibilidad (apdo. 9.b) de que los Estados acordaran el establecimiento de una Corte Internacional sobre Empresas Transnacionales y Derechos Humanos.

Se trataba esta última, como decíamos, de una facultad cuya materialización se dejaba a la libre decisión de los Estados, al igual que ocurría con la creación de un Comité que, bajo la misma nomenclatura, se encargara de evaluar, investigar y monitorear la conducta de Estados y empresas. Este órgano se ha mantenido, aunque con las matizaciones a las que ahora nos referiremos, en el llamado *Draft Zero*²⁶, esto es, en el primer borrador de Tratado que, dado a conocer por la Presidencia del OEIGWG el pasado mes de julio de 2018 tras la sesión celebrada en octubre de 2017 (GUAMÁN, 2018: 5-6), cercena las expectativas generadas por el documento que lo precedió en cuanto al reconocimiento de obligaciones directas a las empresas y la posibilidad de creación de un tribunal internacional especializado.

3.2 EL INEVITABLE PINCHAZO DEL GLOBO

El denominado *Draft Zero* exhorta a la articulación de un “tratado-marco” (SUÁREZ FRANCO & FYFE, 2018: 36) que, en la dirección apuntada por DE SCHUTTER (2016: 56), define obligaciones generales de resultado, dejando un amplio margen de actuación a los Estados en la elección de los medios para la implementación. Continúa la senda marcada por los Elementos OEIGWG en tanto que se presenta como un instrumento complementario o continuista de los PR (BUSINESS AND HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE, 2018: 15, 22, 31) al incidir en la responsabilidad prioritaria de los Estados de promover, respetar y proteger los DH (art. 2.c). Sin embargo, no reconoce obligaciones directas a las corporaciones privadas. Y esta divergencia respecto de los Elementos OEIGWG, conjuntamente con la limitación del objeto del Tratado a las empresas transnacionales (arts. 2.1.a y 3.1), son dos de sus aspectos más criticados (GUAMÁN, 2018)²⁷.

Efectivamente, solo en el Preámbulo del Borrador²⁸ se incorpora una referencia que podría interpretarse como algo similar a un deber de respeto de los DH por las empresas bajo el DI, limitándose su articulado a mencionar una responsabilidad corporativa conforme al Derecho interno. Ahora bien, compartimos aquí con CASSEL (2018b) que una expectativa realista de adopción de un futuro Tratado políticamente viable y verdaderamente significativo para la protección de los DH solo puede sustentarse en el marco conceptual aportado por el *Draft Zero*. Esto es, entendemos que la adopción de un Tratado que imponga obligaciones directas a las empresas no resulta conveniente por correr el riesgo de erosionar en exceso consensos ya relativamente alcanzados, dificultar en demasía su operatividad y, consiguientemente, reducir su potencial eficacia. Además, esta opción ha sido seguramente la que ha permitido expandir el alcance del Borrador a violaciones de todos los derechos reconocidos por el DI, pues entendemos que la responsabilización directa de las corporaciones privadas conllevaría una necesaria restricción del Tratado a las violaciones más graves, con las

²⁶ Disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>

²⁷ Las referencias biblii

²⁸ “Underlining that all business enterprises, regardless of their size, sector, operational context, ownership and structure shall respect all human rights, including by avoiding causing or contributing to adverse human rights impacts through their own activities and addressing such impacts when they occur.”

dificultades que ello implica como consecuencia de la indeterminación de dicha gravedad. Todo ello no significa, sin embargo, que el llamado *Draft Zero* no tenga que ser objeto de una profunda reflexión. Tiene, sin duda, que serlo, y muy especialmente en cuanto su ámbito de aplicación, el mandato a los Estados de imponer legalmente la debida diligencia, la delimitación de la jurisdicción y los mecanismos de fiscalización de su cumplimiento.

El documento que ahora analizamos mantiene el enfoque de las actividades (en vez del propio del tipo de empresas) para delimitar el ámbito de aplicación de un futuro Tratado, que quedaría así constreñido a las actuaciones de alcance transnacional. Pero es que, como apunta el profesor RUGGIE (2018: 12), en función de la definición aportada por el art. 4.2 *Draft Zero*²⁹, la nueva formulación lo limita aún más al circunscribirlo a las actividades económicas "con fines de lucro", lo cual podría conducir a la exclusión de las empresas de propiedad estatal que participan en actividades transnacionales, pero cuya misión no es estrictamente lucrativa. Aunque la amplitud de la definición propuesta podría llegar a cubrir empresas nacionales de un tamaño significativo (CASSEL, 2018), no compartimos la restricción del ámbito de aplicación a las actividades exclusivamente transnacionales ni la referencia al ánimo de lucro en tanto que, como ya señalamos, este Borrador no imputa obligaciones directas a las empresas y, además, su art. 9.5 autoriza a los Estados a eximir a las pequeñas y medianas empresas de las obligaciones de diligencia para evitar la imposición de cargas administrativas indebidas³⁰.

Por su parte, en relación precisamente al deber de diligencia debida *ex art. 9.2 Draft Zero* debemos además advertir sobre su insuficiencia (BUSINESS AND HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE, 2018: 4-5). El art. 9.1 del Borrador establece el deber de los Estados de garantizar, a través de su legislación doméstica, "que todas las personas con actividades comerciales de carácter transnacional dentro de (su) territorio (...) o de otro modo bajo su jurisdicción o control asumirán obligaciones de diligencia debida". El contenido de dicho deber de vigilancia es desgranado en el segundo apartado del mismo precepto convencional, que identifica como tal los deberes de: identificar, evaluar y prevenir cualquier violación real o potencial de DH; informar pública y periódicamente sobre cuestiones no financieras incluyendo, como mínimo, información sobre asuntos ambientales y derechos; realizar evaluaciones de impacto previas y posteriores, integrar los hallazgos en las funciones y procesos internos y tomar las medidas apropiadas; proyectar todas las exigencias previas en todas las relaciones contractuales que impliquen actividades empresariales de carácter transnacional; llevar a cabo consultas significativas con grupos cuyos derechos pueden verse afectados y otras partes interesadas relevantes, a través de procedimientos apropiados y prestando especial atención a quienes se enfrentan a mayores riesgos de vulneración. Refiriéndose todos estos requisitos tanto a la actividad de la que podríamos considerar como la "empresa matriz", como a la de sus subsidiarias y las entidades bajo su control directo o indirecto o directamente vinculadas a sus operaciones, productos o servicios, el art. 9.2 *Draft Zero* no incluye, sin embargo, mención alguna sobre el deber de reparación, y es por ello que se impone alinear su definición con el proceso en el

²⁹ "Business activities of a transnational character" shall mean any for-profit economic activity, including but not limited to productive or commercial activity, undertaken by a natural or legal person, including activities undertaken by electronic means, that take place or involve actions, persons or impact in two or more national jurisdictions".

³⁰ "States Parties may elect to exempt certain small and medium-sized undertakings from the purview of selected obligations under this article with the aim of not causing undue additional administrative burdens".

que la diligencia debida se articula bajo los PR, esto es, incluir obligaciones de “mitigación” (BUSINESS AND HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE, 2018: 13-14, 24, 29).

Por su parte, aunque la amplitud de la definición de la jurisdicción y de la ley aplicable (arts. 5 y 7) ha sido considerada como una posible ventaja para las víctimas, debemos subrayar también las carestías del art. 5 *Draft Zero*. El art. 5.1 del Borrador, con respecto a las acciones emprendidas por un individuo o grupo de individuos, independientemente de su nacionalidad o lugar de domicilio, que surjan de actos u omisiones que resulten en violaciones de DH cubiertos por el tratado, atribuye competencia jurisdiccional a los tribunales del Estado donde tales actos u omisiones hubieran acaecido, o del Estado donde la persona física o jurídica o la asociación de personas físicas o jurídicas que presuntamente hubieran cometido dichos actos u omisiones, estén domiciliados. A tales efectos, el apdo. 2 del mismo art. 5 identifica el domicilio con el lugar donde una persona jurídica o asociación de personas físicas o jurídicas tiene su sede estatutaria o administración central, un interés comercial sustancial, o la filial, agencia, organismo, sucursal, oficina (o similar) de representación. Se trata esta, sin duda, de una previsión de la máxima relevancia, pero teniendo en cuenta que el art. 7.1 especifica que “todos los asuntos de fondo o procedimiento relacionados con las reclamaciones ante el tribunal competente que no estén específicamente regulados en la Convención se regirán por la ley de ese tribunal” y para evitar que los potenciales efectos del art. 5 queden soslayados por el recurso a la técnica del levantamiento del velo corporativo, sería conveniente la incorporación de una expresa mención a las obligaciones extraterritoriales de los Estados. Además, frente a las limitaciones derivadas de la “interpretación menos restrictiva” auspiciada por el art. 13.7³¹ en cuanto a los tratados de comercio e inversión, se ha vuelto a vindicar la incorporación de una cláusula que consagre la primacía de los DH- Y ello sin olvidar ni la débil perspectiva de género adoptada en la redacción del Borrador, ni la insuficiente atención prestada a la protección de las y los defensores de los DH (BUSINESS AND HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE, 2018: 6-8, 20-21, 32, 37). Finalmente, en lo que a los instrumentos de fiscalización del futuro convenio respecta, dos apreciaciones parecen oportunas.

Por un lado, el Comité al que se refieren los apdos. 1-4 del art. 14 del *Draft Zero* estaría conformado por una serie de expertos (inicialmente doce) elegidos entre los propuestos por los Estados parte. A cada Estado correspondería la propuesta de un candidato, siendo la mayoría de la Conferencia de Estados (art. 14.5-6) la encargada de su designación por voto secreto. Ahora bien, este proceso corre el riesgo de acabar en la conformación de un Comité de composición claramente favorable a los Estados, sin dar visibilidad a los intereses de otros *stakeholders*. Es por ello por lo que podrían barajarse otras posibilidades, como la de prever que los Estados presenten una terna de candidatos en la que estén representados todos los actores implicados (Estado, empresas, víctimas y sociedad civil), correspondiendo a cada grupo de interés la presentación al Estado de su propio/a candidato/a. Así, el listado resultado de la suma de todas las ternas de todos los Estados podría presentarse a la Conferencia de forma anónima, acompañando las candidaturas con una reseña curricular y correspondiéndole a aquella la designación de un número de miembros a convenir pero que, en todo caso, equilibre los intereses en juego, dando voz a todos los grupos implicados.

³¹ “States Parties agree that all existing and future trade and investment agreements shall be interpreted in a way that is least restrictive on their ability to respect and ensure their obligations under this Convention, notwithstanding other conflicting rules of conflict resolution arising from customary international law or from existing trade and investment agreements”.

Por otro lado, en lo que al Mecanismo de Implementación Nacional (MIN-Protocolo Facultativo) respecta, tanto el sistema de informes como el de comunicaciones, se nos antojan insuficientes. En cuanto al primero, en caso de identificarse un incumplimiento por parte de personas físicas o jurídicas de sus obligaciones de diligencia debida, el MIN deberá proporcionar recomendaciones o, en caso de que se estime que ello no sería suficiente, informar a las autoridades competentes (art. 5.3 Protocolo). Sería, por tanto, conveniente especificar a qué tipo de “autoridades competentes” se refiere el Protocolo. En este sentido y atendiendo, por ejemplo, a si hay o no apariencia de lesión, podría distinguirse entre las actuaciones u omisiones que requieren de la acción jurisdiccional (lo que sería viable dado que el art. 9 *Draft Zero* impone a los Estados establecer un deber legal de diligencia debida), y las que podrían ser objeto de remisión al propio Comité para que este, mediante el reenvío a la Asamblea General UN, ejerza presión para el cumplimiento. A esta remisión se refiere precisamente el art. 6.6 Protocolo para el sistema de quejas, en caso de no lograrse un acuerdo amistoso y “sin perjuicio del derecho a instituir procedimientos judiciales o administrativos apropiados contra la parte que no cumple”. Nos parece, sin embargo, que la lógica debiera ser distinta. El sistema de quejas, relativo a la consideración de posibles vulneraciones de DH, tendría que reconducirse, en el caso de no alcanzar tal acuerdo, a la vía jurisdiccional.

4. SEAMOS AMBICIOSOS. PUGNEMOS POR LO REALISTA

Los esfuerzos para la implementación de los PR en el sentido apuntado en estas páginas no son incompatibles con los que se inviertan para la aprobación de un futuro Tratado. De hecho, gracias a su naturaleza policéntrica, los PR canalizan un uso integrado de herramientas voluntarias y obligatorias, de Derecho blando y de *hard law*, a nivel tanto nacional y local, como internacional y supranacional. La complementariedad, y no la dualidad o dicotomía, debería así ser el principio que rijan las relaciones entre estas directrices y un futuro tratado vinculante. En esta senda se enmarca el *Draft Zero*, difundido por la Presidencia del OEIGWG en julio de 2018.

El primer Borrador del futuro Tratado ha optado por un claro alineamiento con los PR y esta coherencia es, sin duda, un buen comienzo, como lo son la incidencia en las obligaciones del Estado y el carácter general tanto de las obligaciones que a los mismos atribuye el *Draft Zero*, como de las responsabilidades que, en su articulado, asigna a las empresas. Afirmar a día de hoy la imposibilidad de reconocer obligaciones directas a las empresas en materia de DH nos parece, desde luego, un anacronismo anclado en una dogmática jurídica que difícilmente puede reflejar la realidad de los hechos. Ahora bien, la supresión de los Estados de la relación empresas-DH resulta muy compleja de articular jurídicamente, como lo es también la imposición simultánea de obligaciones a ambos tipos de actores. En este último caso no solo existe el riesgo de erosión de consensos alcanzados, sino que se plantean innumerables interrogantes frente a situaciones de desequilibrios en la ratificación por parte de Estados y empresas. Además, frente a quienes consideran que es precisamente la aprobación de un Tratado que imponga obligaciones directas a las empresas el medio necesario para favorecer el acceso a las reparaciones (BILCHITZ, 2016: 216-220), no creemos que esa atribución sea un requisito *sine qua non*. Piénsese, por ejemplo, en la atribución de competencia jurisdiccional a los tribunales doméstico a través de la ley francesa de debida diligencia. Desde luego, no es razonable esperar que un tratado internacional en materia de empresas y DH pueda incluir demasiadas especificidades en cuanto a la competencia jurisdiccional y la ley aplicable (BUSINESS AND HUMAN RIGHTS RESOURCE

CENTRE, 2018: 130). Además, aunque sin obviar todas las matizaciones posibles, las propuestas incorporadas al Borrador Cero en materia de cooperación judicial y las relativas a los mecanismos de monitoreo son aceptables. La creación de un tribunal internacional era, desde luego, demasiado arriesgada. Lamentablemente, nos parece “utópico suponer que los Estados se pondrán de acuerdo para establecer una corte mundial y esperar que la ONU esté en capacidad de controlar con eficacia las actividades de miles de corporaciones.

Por todo lo dicho, apostamos por un Tratado que sin dejar de contemplar las responsabilidades de las empresas, incida en las obligaciones de los Estados; que sin dejar de considerar las consecuencias jurídicas propias de la globalización, deje el necesario margen de actuación a las autoridades nacionales para configurar sus opciones políticas fundamentales con un suficiente grado de contextualización; que sin descuidar una necesaria precisión técnico-jurídica, se revista de una conveniente generalidad capaz de aglutinar los consensos necesarios. En definitiva, sin dejar de ser idealistas, optamos por lo factible frente a lo que, pudiéndonos resultar (muy) atractivo, podría acabar por hacer del Tratado una realidad impracticable.

REFERENCIAS

- ALSTON, Philipp, “Against a World Court”, *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, No 13-71, 2014
- BACKER, Larry Catá, “The Structural Characteristics of Global Law for the 21st Century: Fracture, Fluidity, Permeability, and Polycentricity”, *Tilburg Law Review*, No. 17, 2012, 177–199
- BAUMAN, Zygmunt, *Globalização. As consequências humanas*, PENCHEL, M. (trad.), Rio de Janeiro: Zahar, 2012
- BICKFORD, Louis, “¿Qué viene ahora para las empresas y los derechos humanos? Un enfoque desde los movimientos sociales”, RODRÍGUEZ GARAVITO, César (ed). *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI. La actividad corporativa bajo la lupa, entre las regulaciones internacionales y la acción de la sociedad civil*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018, 219-231
- BILCHITZ, David, “The Necessity for a Business and Human Rights Treaty” *Business and Human Rights Journal*, Vol. 1 Issue 02, 2016, 203 - 227
- BLACK, Julia, “Constructing and Contesting Legitimacy and Accountability in Polycentric Regulatory Regimes”, *Regulation & Governance*, No. 2, 2008, 137-164
- BUSINESS AND HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE, **Compilation of Commentaries on the “Zero Draft”**. En <https://www.business-humanrights.org/en/compilation-of-commentaries-on-the-“zero-draft”>
- CANTÚ RIVERA, Humberto, “Los desafíos de la globalización: re exigencias sobre la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina*, San José de Costa Rica: IIDH, 2017, 37-83
- (2016), “¿Hacia un tratado internacional sobre la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos? Reflexiones sobre la primera sesión del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI, 425-460

CASSEL, Douglas (2018a), ***Ecuador's Proposed Elements of a Treaty on Business and Human Rights: Off to a Good Start***, en <https://www.business-humanrights.org/en/ecuador%E2%80%99s-proposed-elements-of-a-treaty-on-business-and-human-rights-off-to-a-good-start>

- (2018b), ***At Last: A Draft UN Treaty on Business and Human Rights***, en: <https://lettersblogatory.com/2018/08/02/at-last-a-draft-un-treaty-on-business-and-human-rights/#more-27105>

CLAPHAM, Andrew, "The question of jurisdiction under international criminal law over legal persons: lessons from the Rome Conference on an international criminal court". KAMMINGA, M., ZIA ZARIFI, S. (eds), ***Liability of Multinational Corporations Under International Law, Netherlands: Kluwer Law International***, 139-195

CLAVERO, Bartolomé, ***Derecho Global. Por una historia verosímil de los derechos humanos***, Madrid: Editorial Trotta, 2014

DE SHUTTER, Olivier, "Towards a New Treaty on Business and Human Rights", ***Business and Human Rights Journal***, Vol. 1 Issue 01, 2016, 41-67

- (2006), "The Challenge of Imposing Human Rights Norms on Corporate Actors". DE SHUTTER, O. (ed), ***Transnational Corporations and Human Rights, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing***, 1-40

- (2005) "Transnational corporations as instruments of human development", ALSTON, P., ROBINSON, M. (eds.), ***Human Rights and Development: Towards Mutual Reinforcement***, Oxford: **Oxford University Press**, 403-444

DE SOUSA SANTOS, Boaventura, RODRÍGUEZ-GARAVITO, César (eds), ***Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality***, Cambridge: **Cambridge University Press**, 2005

DEVA, Surya, "Empresas y derechos humanos: algunas reflexiones sobre el camino a seguir", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, ***Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina***, San José de Costa Rica: IIDH, 2017 27-33

- (2013), "Treating Human Rights Lightly: A Critique of the Consensus Rhetoric and the Language Employed by the Guiding Principles", DEVA, S. & BILCHITZ, D. (eds.), ***Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?***, Cambridge: **Cambridge University Press**, 91-103

- (2012) ***Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business***, Londres: Routledge

FISCHER-LESCANO, Andreas, TEUBNER, Gunther, "Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law", ***Michigan Journal of International Law***, Vol. 25 Issue 4, 2004, 999-1046

GRAZ, Jean-Christophe, "La omnipotencia de los agentes privados en el orden económico mundial", ***El estado del mundo: Anuario económico geopolítico mundial 2012***, No 28, 2012, 64-72

GOOD, Christoph, "Mission Creeps. e (Unintended) Re-enforcement of the Actor's Discussion in International Law through the Expansion of Soft Law Instruments in the Business and Human Rights Nexus", LAGOUTTE, S., GAMMELTOFT-HANSEN, T. (eds), ***Tracing the Roles of Soft Law in Human Rights***, Oxford: **Oxford University Press**, 2016, 255-272

GUAMÁN, Adoración, "El Draft 0 del Binding Treaty: análisis crítico del contenido del texto y su adecuación con el objetivo de la Resolución 26/9", ***Cadernos de Pesquisa Homa***, No 6, Vol. I, 2018

GUAMÁN, Adoración, MORENO, Gabriel, ***El fin de la impunidad. La lucha por un instrumento vinculante sobre empresas transnacionales y derechos humanos***, Navarra: Icaria Editorial, 2017

GUNTHER, Teubner, "Global private regimes: neospontaneous law and dual constitution of autonomous sectors in world society?", LADEUR, K.-H. (ed.) **Globalisation and Public Governance**. Ashgate: Aldershot, 2004, 71-87

HUNT, Lynn, **La invención de los derechos humanos**, Barcelona: TusQuets Editores, 2009

JOCHNICK, Chris, "Reconducir el poder en el campo de las empresas y los derechos humanos", RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (ed). **Empresas y derechos humanos en el siglo XXI. La actividad corporativa bajo la lupa, entre las regulaciones internacionales y la acción de la sociedad civil**, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018, 191-218

KLABBERS, Jan, "The Undesirability of Soft Law", **Nordic Journal of International Law**, 67, 1998, 381-391

KWEITEL, Juana, "Entorno regulatorio de las empresas y los derechos humanos Vías en la esfera internacional e ideas sobre las funciones de los grupos de la sociedad civil", RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (ed). **Empresas y derechos humanos en el siglo XXI. La actividad corporativa bajo la lupa, entre las regulaciones internacionales y la acción de la sociedad civil**, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018, 233-250

LÓPEZ, Carlos (2018a), **The Elements for the treaty on business & human rights: Is it a step forward?**, en <https://www.business-humanrights.org/en/the-elements-for-the-treaty-on-business-human-rights-is-it-a-step-forward>

- (2017), "El camino hacia un instrumento jurídicamente vinculante en el área de empresas y derechos humanos: ¿de la responsabilidad social de la empresa a la responsabilidad legal de la empresa por vulneraciones a los derechos humanos?", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, **Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina**, San José de Costa Rica: 119-135

MELISH, Tara, "Volver a incluir "los derechos humanos" en los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Cambiar de marco e incorporar los derechos de participación", RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (ed). **Empresas y derechos humanos en el siglo XXI. La actividad corporativa bajo la lupa, entre las regulaciones internacionales y la acción de la sociedad civil**, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018, 117-147

MELISH, Tara, J., MEIDINGER, Errol, "Protect, Respect, Remedy and Participate: 'New Governance' Lessons for the Ruggie Framework", MARES, R. (ed.), **The Un Guiding Principles on Business and Human Rights: Foundations and Implementation**, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012

METHVEN O'BRIEN, Claire, MEHRA, Amol, BLACKWELL, Sara, POULSEN-HANSEN, Cathrine B., "National Action Plans: Current Status and Future Prospects for a New Business and Human Rights Governance Tool", **Business and Human Rights Journal**, Vol. 1 Issue 1, 2016, 117-126

MONTESINOS PADILLA, C. (2018a), "Protecting Human Rights Against Globalized Business Activity. Renewed Challenges to the Legal Taxonomy", **University of Oslo Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series**, No. 2018-24. En: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3262577

- (2018b) "La implementación de los Principios Ruggie. ¿Nuevos avances en la conformación de un Derecho global emergente?", **Homa Publica**, Vol. 02, N° 02, pp. 78-107

- (2018c), "Los Principios Ruggie y la Agenda 2030. Un futuro de recíprocas influencias por explorar", **Revista Española de Derecho Internacional**, Vol. 70/2, 183-208

OSTROM, Elinor, "Polycentric Systems for Coping with Collective Action and Global Environmental Change", **Global Environmental Change**, Vol. 20, Issue 4, 2010, 550-557

PACK, Natalya S., NUSSBAUMER, James P., "Beyond Impunity: Strengthening the Legal Accountability of Transnational Corporations for Human Rights Abuses", **Hertie School of Governance Working Papers**, No. 45, 2009

PAPAIOANNOU, Asimina-Manto, "The Illegal Exploitation of Natural Resources in the Democratic Republic of Congo: A Case Study on Corporate Complicity in Human Rights Abuses", DE SHUTTER, O. (ed), **Transnational Corporations and Human Rights, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing**, 2006, 263-286

RAUSTIALA, Kal, VÍCTOR, David G., "The Regime Complex for Plant Genetic Resources", **International Organization**, 58(2), 2004, 277-309

RHODES, Aaron (2014) The False Promise of an International Business and Human Rights Treaty, **Huffington Post**. The Blog, 07/10/2014: http://www.huffingtonpost.com/aaron-rhodes/the-false-promise-of-an-i_b_5575236.html

RODRÍGUEZ GARAVITO, César, "Empresas y derechos humanos. Un marco conceptual y un mapa de estrategias regulatorias", RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (ed), **Empresas y derechos humanos en el Siglo XXI. La actividad corporativa bajo la lupa, entre las regulaciones internacionales y la acción de la sociedad civil**, Buenos Aires: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), 2018, 29-74

RONDINELLI, Dennis A., "Transnational Corporations: International Citizens or New Sovereigns?", **Business and Society Review**, 107:4, 2002, 391-413

RUGGIE, John G., "The Social Construction of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights", *Corporate Responsibility Initiative. Harvard Kennedy School, Working Paper n. 67*, June 2017

- (2014), **International Legalization in Business and Human Rights**. En <http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/research/WFLS.pdf>

- (2013), **Just Business: Multinational Corporations and Human Rights**, Nueva York: W. W. Norton & Co.

- (2007), **Business and Human Rights: Mapping International Standards of Responsibility and Accountability for Corporate Acts**. En <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/media/bhr/files/SRSG-report-Human-Rights-Council-19-Feb-2007.pdf>

- (2006), "¿Jerarquía o ecosistema? La regulación de los riesgos relativos a los derechos humanos provenientes de las empresas multinacionales", DE SHUTTER, O. (ed), **Transnational Corporations and Human Rights, Xford and Portland, Oregon: Hart Publishing**, 2006, 75-97

SARMIENTO, Daniel, **El Soft Law Administrativo. Un estudio de los efectos vinculantes de las normas no vinculantes de la Administración**, Pamplona: Thomson Civitas, 2008

SHAFFER, Gregory C., POLLACK, Mark A., "Hard versus soft law in international security", **Boston College Law Review**, Vol. 52 Issue 04, 2011. 1147-1261

- (2010), "Hard vs soft law: alternatives, complements, and antagonists in international governance", **Minnesota Law Review**, Vol. 94, 709-799

SHAMIR, Rhonen, "Corporate social responsibility: a case of hegemony and counter-hegemony", DE SOUSA SANTOS, B., RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. *Law and globalization from below. Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge: **Cambridge University Press**, 2005, 92-117

SIMON, William H., "Solving Problems v. Claiming Rights: The Pragmatist Challenge to Legal Liberalism", **Columbia Law School**, Pub. Law Research Paper No. 03-58. En: <https://ssrn.com/abstract=459325>

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, "Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales", **Obras Completas**. Vol. III, Madrid: CEPC, 1997

VON WRIGHTS, George H., "The crisis of social sciences and the withering away of the nation state", **Associations**, No 1, 1997, 49-52