

ISSN 2526-0774

HomaPublica

REVISTA INTERNACIONAL DE
**DERECHOS HUMANOS
Y EMPRESAS**



Vol. V | Nº. 01 | Jun 2021

Recibido: 11.05.2021 | Aceito: 26.06.2021 | Publicado: 30.06.2021

AVANCES DEL SISTEMA INTERAMERICANO EN DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS: EL INFORME DE REDESCA

**ADVANCES OF THE INTER-AMERICAN SYSTEM ON BUSINESS AND HUMAN
RIGHTS: THE REDESCA REPORT**

**AVANÇOS DO SISTEMA INTERAMERICANO EM DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS:
O RELATÓRIO DA REDESCA**

Andressa de Oliveira Soares

Universidade de São Paulo | São Paulo, SP, Brasil | [ORCID-ID](#)

João Pedro Brito Perillo

Universidade Federal de Juiz de Fora | Juiz de Fora, MG, Brasil | [ORCID-ID](#)

Sofia Miranda de Oliveira

Universidade Federal de Juiz de Fora | Juiz de Fora, MG, Brasil | [ORCID-ID](#)

Resumen

El presente artículo pretende analizar el Informe emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre los estándares interamericanos en Derechos Humanos y Empresas, el cual fue elaborado por la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA). El trabajo tiene como objetivo examinar, a través de la investigación documental, el reconocimiento, por parte de un órgano principal y autónomo de la OEA, es decir, la CIDH, la importancia de establecer parámetros de desempeño en materia de DDHH y Empresas. Destacando, así, innovaciones traídas por el Informe en la discusión de la materia, así como la posibilidad de aplicar estas innovaciones al proyecto del Tratado Internacional de Derechos Humanos y Empresas. Para esto, será desarrollado un panorama acerca del contexto del surgimiento del documento y su contenido, así como apuntes para los posibles aportes de estos estándares a los Estados y empresas. Las principales conclusiones son que el Informe de REDESCA trae varios avances como la importancia de se establecer obligaciones directas a las empresas transnacionales y medidas de responsabilización extraterritoriales.

Palabras clave

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Derechos Humanos y Empresas. Estándares Interamericanos de Derechos Humanos y Empresas. Tratado Internacional sobre Empresas y Derechos Humanos.

Abstract

This article aims to analyze the Report issued by the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) on inter-American standards on Business and Human Rights, which was prepared by the Office of the Special Rapporteur on Economic, Social, Cultural and Environmental Rights (REDESCA). The objective of the work is to examine, through documentary research, the recognition, by a main and autonomous organ of the OAS, that is, the IACHR, the importance of establishing performance parameters in matters of Human Rights and Business, highlighting thus innovations brought by the Report in the discussion of the matter, as well as the possibility of



applying these innovations to the project of the International Treaty on Human Rights and transnational corporations. In order to do so, the paper will develop an overview of the context of the emergence of the document and its content, as well as notes for the possible contributions of these standards to the States and companies. The main conclusions are that the REDESCA report brings several advances such as the importance of establishing direct obligations to transnational companies and extraterritorial liability measures.

Keywords

Inter-American Commission on Human Rights. Business and Human Rights. Inter-American Standards for Business and Human Rights. International Treaty on Business and Human Rights.

Resumo

Este artigo tem como objetivo analisar o Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) sobre as normas interamericanas sobre empresas e direitos humanos, elaborado pela Relatoria Especial para Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (REDESCA). O objetivo do trabalho é examinar, por meio da pesquisa documental, o reconhecimento, por um órgão principal e autônomo da OEA, a saber, a CIDH, da importância de se estabelecer parâmetros de atuação em matéria de Direitos Humanos e Empresas, ressaltando, assim, em inovações trazidas pelo Relatório na discussão do assunto, bem como a possibilidade de aplicação dessas inovações ao projeto de Tratado Internacional de Direitos Humanos e empresas transnacionais. Para tanto, o trabalho desenvolverá uma visão geral do contexto de emergência do documento e seu conteúdo, bem como notas para as possíveis contribuições dessas normas aos Estados e às empresas. As principais conclusões são que o relatório da REDESCA traz diversos avanços como a importância do estabelecimento de obrigações diretas às empresas transnacionais e medidas de responsabilidade extraterritorial.

Palavras-chave

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Empresas e Direitos humanos. Estândares Interamericanos em Empresas e Direitos Humanos. Tratado Internacional sobre Empresas e Direitos Humanos.

1. INTRODUCCIÓN

El escenario actual de las relaciones internacionales es el de un mundo altamente globalizado. En este contexto, principalmente a través del uso extensivo de la fragmentación de sus procesos productivos. Así las cadenas de valor de las transnacionales (ETN) han ido ganando un papel cada vez más destacado - tanto en el ámbito económico como político de los países - convirtiéndose en un agente internacional imponente (Zubizarreta & Ramiro, 2016).

Sin embargo, está claro que la expansión del poder político y económico de las ETNs ha traído, especialmente en el contexto de los países en desarrollo, una gran asimetría de poderes (Zubizarreta, 2009). En este sentido, se evidencia el desequilibrio entre la protección jurídica, económica y política de la que gozan las empresas transnacionales a costa de la debilidad institucional de algunos Estados capturados (Berrón, 2015) y la propia sociedad civil. Tal fenómeno que sustenta el fracaso en la responsabilización a las empresas se caracteriza como "arquitectura de la impunidad" (Zubizarreta & Ramiro, 2016, p. 8).

A este respecto, existe un vacío normativo en el área de Derechos Humanos y Empresas, que, en 2011, el entonces Secretario General, John Ruggie intentó llenar,

através de la publicación de los Principios Orientadores Principios Orientadores¹, luego de la reunión de algunos países en Naciones Unidas). Tales principios son recomendaciones prácticas de *soft law*, al no ser considerados normas de derecho internacional, lo que perpetúa, de esta forma, la ausencia de instrumentos vinculantes sobre el tema (Bilchitz & Deva, 2013).

Dados los aspectos defectuosos de los Principios Orientadores, los países del "Sur global" - los más afectados por la actividad exploratoria de las cadenas de producción de las empresas transnacionales - se organizaron para avanzar en la convergencia de esfuerzos para crear normas vinculantes para la operación de las ETNs. Así, en 2014, fue aprobada por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU la Resolución 26/9² (Aragão & Roland, 2017). Esta Resolución establece la elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre Derechos Humanos y Empresas, es decir, la redacción de un Tratado Internacional, que también será referido como LBI (Legally Binding Instrument). Como resultado de las negociaciones, en 2018 se publicó el *Borrador Cero*³, en 2019, el *Borrador Uno*⁴ y más recientemente, en 2020, el *Borrador Dos*⁵.

Ya en el ámbito del Sistema Interamericano, la Asamblea General de la OEA señaló la necesidad de discutir este tema y por lo tanto remitió a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) un estudio de los estándares interamericanos en el campo de Derechos Humanos y Empresas, de la Resolución 2887⁶, del 14 de junio de 2016. El análisis es orientado a partir del diagnóstico de las convenciones, jurisprudencia e Informes emitidos dentro del ámbito del Sistema Interamericano sobre estándares de acción en materia de Derechos Humanos y Empresas (CIDH / REDESCA, 2019, página 18).

Por lo anterior, esta investigación se dedica a examinar las innovaciones factibles que se pueden extraer de la compilación realizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y su Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) sobre estándares interamericanos en Derechos Humanos y Empresas. Si bien la participación de los órganos del Sistema Interamericano con este tema es reciente, el Sistema ya cuenta con una jurisprudencia consolidada y numerosas opiniones temáticas, que pueden contribuir sustancialmente a los estudios sobre el tema, justificando así la relevancia del análisis.

¹ Disponible en: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_en.pdf

² Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/52/PDF/G1408252.pdf?OpenElement>

³ Para fines del presente trabajo, el OEIGWG LegallyBindingInstrument será referido como Borrador Cero. Disponible en: <https://www.ohchr.org/documents/hrbodies/hrcouncil/wgtranscorp/session3/draftlbi.pdf>

⁴ Para fines del presente trabajo, el OEIGWG LegallyBindingInstrument será referido como Borrador Uno. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf

⁵ Para fines del presente trabajo, el OEIGWG LegallyBindingInstrument será referido como Borrador Dos. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf

⁶ Disponible en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2887_XLVI-O-16.pdf

En este contexto, el objeto del ensayo es establecer cuáles son las prerrogativas de esta sistematización para la Agenda de Derechos Humanos y Empresas, a partir de la importancia del reconocimiento de estos estándares por parte del órgano principal de la Organización de los Estados Americanos (OEA), la cual es responsable de la promoción y protección de los derechos humanos en América, con el fin de responder a la pregunta sobre el impacto real del Informe, considerando la posterior publicación del *Borrador Dos* de la Agenda Internacional de Derechos Humanos.

La hipótesis de investigación parte de la demostración de las innovaciones que trae el Informe emitido por REDESCA para toda la construcción teórica, doctrinal y jurisprudencial de la Agenda de Derechos Humanos y Empresas y cómo tales estándares pueden contribuir a profundizar el tema en la vertiente del Tratado Internacional de Derechos Humanos y Empresas.

Para ello, la técnica metodológica utilizada es la investigación cualitativa, con el uso del método de inferencia, así como la metodología crítico-dialéctica, a través de la cual se encamina el análisis crítico de las disposiciones textuales y su aplicación práctica. Así, existen dos bases principales: la revisión bibliográfica y la investigación documental, a través de la lectura de artículos, así como de documentos nacionales e internacionales sobre el tema, enfocándose en el *"Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos"*.

A continuación, se divide el trabajo para dar una perspectiva de las discusiones que suscita el Informe primero en relación con los Estados y luego con las empresas, respectivamente. En este ámbito, entonces, es importante el abordaje generalizado de los principios que deben, desde el punto de vista de la CIDH, orientar la acción en relación al tema de Derechos Humanos y Empresas, sin embargo, la perspectiva fundamental de la extraterritorialidad se destaca aisladamente.

2. CONTEXTO HISTÓRICO Y LA AGENDA DE DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS

Desde la mitad del siglo XX, con la creación de las Naciones Unidas, hubo una demanda de los países entonces llamados Tercer Mundo, por el control de las acciones de las grandes empresas en sus territorios. Estas empresas empezaron a buscar nuevas tierras para su producción y, sobre todo después de la descolonización de los países africanos, surgió un miedo latente a la "recolonización", que motivó este reclamo por regulación (Aragão, 2017, p. 52).

Sin embargo, con la globalización y el fortalecimiento del modelo económico neoliberal adoptado por los Estados, las empresas ganaron espacio como agentes destacados de las relaciones internacionales y la discusión comenzó a perder fuerza (Homa, 2016, p. 51).

Esto se debe a que, con la posibilidad de explorar nuevos mercados, además de contar con factores de producción económicamente ventajosos (insumos, mano de obra, etc.) en tierras extranjeras, las grandes empresas se han convertido en potencias económicas y, por tanto, han logrado influir activamente las acciones de los gobiernos para servir cada vez más a sus propios intereses. El poder económico de una gran empresa hoy en día puede superar al de muchos países y, dado que sus iniciativas están orientadas a los intereses del mercado, las empresas transnacionales se convierten en importantes violadores de los derechos humanos.

Durante mucho tiempo, los Estados fueron considerados los principales responsables de violar los derechos de sus ciudadanos, en una perspectiva vertical de los Derechos Humanos (Aragão, 2017, p. 53). Frente al panorama contemporáneo, lo que vemos es un incremento creciente de la vulneración de estos derechos por parte de empresas que, aprovechando la falta de debida observancia de sus acciones, anulan los derechos de pueblos y personas adquiridos y reconocidos desde hace tiempo.

Los Estados, especialmente aquellos en vías de desarrollo que sienten la necesidad de atraer inversión extranjera mediante el otorgamiento de exenciones tributarias y otros beneficios, se vuelven cómplices de estas violaciones, ya que las actividades de las corporaciones están protegidas por acuerdos bilaterales que facilitan la no rendición de cuentas. Dichos acuerdos pueden, por ejemplo, eximir a la empresa de la jurisdicción nacional y prever la resolución de controversias en tribunales arbitrales, lo que termina contribuyendo a este escenario (Zubizarreta & Ramiro, 2016, p. 9).

Además de los acuerdos bilaterales y la existencia de tribunales arbitrales, otros temas impiden la responsabilidad de las empresas transnacionales en los sistemas nacionales / domésticos. Es importante recordar que las grandes empresas transnacionales tienen su sede en un país y varias subsidiarias y sucursales en otros países. Además, existe un arreglo en grupos corporativos, en el que una empresa se convierte en accionista mayoritaria de otra, y al final forman estructuras tan complejas que encontrar a la persona legítima es una tarea sumamente ardua. Este proceso de “desterritorialización” de las empresas transnacionales socava inmensamente la debida investigación legal (Zubizarreta & Ramiro, 2016, p. 65).

En varios países en desarrollo, donde ocurren violaciones, no existe un marco legal para un proceso a gran escala que garantice el castigo, y las empresas transnacionales, conociendo esta situación, calculan sus acciones para permanecer intactas. En países de *common law*, como Estados Unidos y Reino Unido, que albergan varias corporaciones, es común invocar el principio de *forum non conveniens*, a través del cual la jurisdicción declina debido a la existencia de un foro más adecuado (Roland et al, 2017, p. 4), lo que acaba

retrasando la sanción correspondiente⁷. Incluso cuando existe un aparato institucional y un cierto deseo de realizar un proceso, la estructura de las empresas transnacionales y sus contratos y acuerdos firmados con los Estados se estancan. Todos estos factores crearon la llamada “arquitectura de la impunidad” (Zubizarreta & Ramiro, 2016, p. 8).

Dicho escenario es, entonces, uno en el que las empresas hacen que las leyes del mercado (*lex mercatoria*) tengan máxima vigencia, pero, en cambio, no existe un marco normativo real que tenga la misma vigencia para la protección de los Derechos Humanos (Zubizarreta & Ramiro, 2016).

Luego, en la década de 1990, al mismo tiempo que las corporaciones transnacionales utilizaban la estructura de la ONU para cumplir con sus agendas, segmentos populares junto con organizaciones no gubernamentales comenzaron a ejercer presión, llevando también a Naciones Unidas la demanda de un instrumento que pudiera prevenir y reparar lo que estaba (y continúa) pasando (Aragão, 2017, p. 58).

Tras algunos instrumentos desarrollados por el Consejo (antes Comisión) creado en la ONU para este propósito, el más famoso de los cuales fue el documento de Principios Rectores de John Ruggie, los resultados fueron frustrantes. El tono de *soft law* en torno a los principios no pudo satisfacer las demandas de la sociedad civil. Como ya no es posible invertir en otra medida que volvería a ser una medida paliativa, la ONU emitió la Resolución 26/9 en 2014 e inició negociaciones sobre un Tratado Internacional vinculante en la materia (Aragão, 2017, p. 54).

Sin embargo, aunque haya representado un avance enorme, llamando la atención sobre el problema, el Tratado ha enfrentado una gran resistencia de países desarrollados, como los países de la Unión Europea y Estados Unidos (Aragão, 2017, p. 60). En las últimas sesiones, se pudo observar una mezcla de estrategias para desmovilizar la posibilidad de un texto protector y eficiente. Y la dependencia de la firma y ratificación del Tratado por parte de los Estados para que entre en vigor puede retrasar el castigo de las empresas que lo violan constantemente.

Por esa razón, es importante mirar hacia a lo que ofrece el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en términos de avances y contribuciones para las discusiones en cómo mitigar la impunidad corporativa. El SIDH ha reconocido la participación de empresas y actores económicos en violaciones de derechos humanos y en la transgresión de algunas obligaciones estatales en su principal documento sobre el tema: el Informe publicado en enero de 2020 acerca de los estándares interamericanos en empresas y DDHH.

Este Informe temático tiene como objetivo orientar a los países miembros en la construcción de sus políticas nacionales de derechos humanos a partir de todo el *corpus*

⁷ Una decisión reciente de un tribunal de Reino Unido utilizó el *forum non conveniens* para no juzgar la acción de las víctimas del rompimiento de la presa de Mariana en contra de BHP Biliton.

ius ya consolidado del Sistema Interamericano. El estudio fue asignado a la recién creada Relatoría Especial de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA), debido a que una fracción sustancial de las violaciones de derechos humanos cometidas por las empresas están relacionadas con los DESCAs (Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales) (CIDH / REDESCA, 2019, pág.18). Es importante mencionar que, a lo largo del proceso de redacción del documento, REDESCA participó en varios eventos e instancias de discusión sobre el tema, como consultas informales y opiniones técnicas de centros académicos y movimientos sociales (CIDH/REDESCA, 2019, p.19).

En cuanto al desempeño de la Corte, el órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano ya viene construyendo una jurisprudencia consistente en el sentido de reconocer la relevancia de la discusión sobre Derechos Humanos y Empresas (CIDH/REDESCA, 2019, p. 22). Por ello, en decisiones recientes, la Corte ha emitido sentencias progresivas, señalando que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiende a adaptarse a la evolución de los tiempos (CIDH/REDESCA, 2019, p.25).

En las próximas secciones, el presente artículo discutirá las innovaciones del documento y sus puntos más relevantes, tanto para el Estado cuanto para la empresa.

3. INNOVACIONES DEL INFORME PARA LOS ESTADOS

En esta sección se examinarán todas las innovaciones que la redacción del Informe REDESCA puede aportar al desempeño de los Estados frente al tema de los Derechos Humanos y Empresas. Ante todo, es necesario afirmar que, por tratarse de una elaboración de la Comisión, el Informe no tiene fuerza vinculante. Así, el compilado emite recomendaciones y lineamientos para la acción desde la perspectiva estatal a la luz de los estándares interamericanos.

En este sentido, el documento demuestra un reconocimiento, por parte de la OEA, de principios fundamentales para la agenda de Derechos Humanos y Empresas, a través de una sistematización y atribución de criterios de aplicación. Tales prerrogativas son necesarias para la adopción de marcos regulatorios, estrategias y mecanismos para abordar y orientar el tratamiento de los desafíos en ese campo, especialmente dadas las particularidades existentes en las sociedades que conforman el Sistema Interamericano (CIDH/REDESCA, 2019, p.33).

En primer lugar, está el reconocimiento del principio de *centralidad de la persona y de la dignidad humana*, que adquiere una nueva interpretación frente a la redacción del Informe. En este sesgo, parece que todas y cada una de las decisiones sobre el tema de los derechos humanos emitidas por los Estados deben estar en línea con el precepto "*pro persona*" (CIDH/REDESCA, 2019, p. 33). Así, tal observación es de crucial importancia, ya que,

especialmente dentro de un contexto empresarial, se observa con frecuencia la mitigación de la dignidad de la persona a expensas de la política de ganancias.

Cabe mencionar que el Informe, por ser un documento que aborda el contexto de países esencialmente pertenecientes a América Latina, una de las regiones más desiguales del mundo (PNUD, 2019), aborda una preocupación pertinente por la aplicación de *igualdad y no discriminación*. Así, los Estados tienen la obligación de ir más allá de la simple garantía de la igualdad formal, abogando también por la implementación de la igualdad material y estructural (CIDH/REDESCA, 2019, p. 34). En este punto, una mención tan específica se puede considerar un logro para ciertos sectores sociales, tradicionalmente marginados, que requieren la adopción de medidas afirmativas para lograr una equivalencia efectiva.

También es cierto que la CIDH trabaja fuertemente con el contrapunto entre el derecho al desarrollo y el desarrollo sostenible. En lo que respecta al derecho al desarrollo, el Informe predica que es fundamental en los marcos normativos de los Estados que incorporen estrategias y políticas públicas con el propósito de empoderar a las personas y comunidades titulares de derechos, ubicándolas como objeto central de la discusión y no como meros espectadores (CIDH/REDESCA, 2019, págs.34-35).

Se observa, entonces, que existe un creciente reconocimiento de la relevancia del uso de nuevas medidas, técnicas de producción y modelos organizativos orientados al progreso económico sostenible. Así, las economías latinoamericanas podrían, al mismo tiempo que preservan los derechos fundamentales de sus poblaciones, como por ejemplo, el medio ambiente, la salud y la educación, desarrollar modelos económicos más competitivos en el escenario internacional, contrario a lo que ha sido hoy, como se desprende de los datos del último "Anuario Estadístico de América Latina y El Caribe" (CEPAL, 2020, p. 29-54).

En este sentido, la perspectiva de un medio ambiente sano y su vinculación con el desarrollo es también un tema que ha cobrado importancia en el escenario internacional, con la negociación de acuerdos globales y regionales para tratar de contener las amenazas humanas al planeta, por ejemplo, el Acuerdo de París⁸ y el Green Deal Europeo. Sin embargo, además de estas importantes iniciativas, la OEA también reconoce que corresponde a los Estados nacionales regular, fiscalizar y sancionar a las entidades - públicas o privadas - que violen el medio ambiente. En relación con esto, es fundamental que este sea considerado un bien jurídico interdependiente, es decir, que tenga relevancia propia e independiente de la utilidad para la explotación por parte de seres humanos. Por lo tanto, es importante que los Estados ratifiquen y apliquen las disposiciones que contienen políticas

⁸ Acuerdo internacional firmado por 195 países con el objetivo de frenar el aumento del calentamiento global fomentando la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero. Disponible en: https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf

basadas en la defensa de un medio ambiente saludable, como se detalla en el Acuerdo de Escazú⁹, de 2018 (CIDH/REDESCA, 2019, págs. 35-36).

Otro tema relevante es la importancia de reconocer que los Estados valoran el *consentimiento previo, libre e informado* y los mecanismos generales de participación. Así, se señala el mérito de tales espacios participativos e inclusivos, que posibilitan que la población pueda debatir sobre sus derechos vulnerados y también deliberar sobre emprendimientos que puedan tener impacto en sus comunidades.

De esa forma, para que se dé el consentimiento efectivo, es vital que las deliberaciones tomen en cuenta las circunstancias de cada caso, además de ser presentadas de forma amplia y orientada, de manera de incluir verdaderamente a las personas y comunidades directamente afectadas (CIDH/REDESCA, 2019, p. 37). Este hecho no demuestra más que un intento de superar la historia de opresión latinoamericana con los pueblos tradicionales, que ha durado más de 500 años y, hasta el día de hoy, no cuenta con mecanismos efectivos para proteger a estos sujetos, tanto a nivel nacional como internacional.

No obstante, el Informe también predica la tarea de que la figura estatal requiere que las empresas desarrollen un *plan interno de debida diligencia*, cuando actúen en sus territorios, con el fin de obtener protección previa y mitigar los impactos de las violaciones de derechos (CIDH/REDESCA, 2019, p. 38). También establece, en lo que respecta a la *prestación de cuentas y a la efectiva reparación*, que existe la obligación de los Estados de investigar, sancionar y reparar adecuadamente las violaciones de derechos humanos a través de la rendición de cuentas por parte de las propias autoridades estatales y también de las empresas.

Se hace relevante, aquí, la correlación con el previamente mencionado Tratado Internacional de Derechos Humanos y Empresas, que actualmente se encuentra en la tercera versión, su *Borrador Dos*, pues se observa una confluencia de entendimientos. En este sentido, se podría argumentar que la verificación por parte del Estado de las actividades empresariales que tuvieron lugar dentro de su territorio no constituye una innovación en la agenda del Tratado. Pero es importante mencionar que el intento, por parte de ambos textos, de insertar la perspectiva de la *due diligence* en el campo de los DH constituye el motivo de la mención. En este aspecto, por mucha regulación que le corresponda al Estado, aquí hay una apertura para la acción empresarial de camuflar situaciones que vulneran derechos.

Es importante decir, entonces, que en nombre del reciente auge del *compliance*, especialmente dentro del contexto empresarial, la empresa se coloca como

⁹ 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, adoptado el 4 de marzo de 2018. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf

protagonista de su regulación, es decir, existe un plan interno de la propia empresa, que se encarga de generar un programa de autorregulación de sus actividades. Sin embargo, la institución de tal prerrogativa, en el ámbito de los derechos humanos, o sea, derechos y garantías que pueden ser considerados fundamentales para la vida y dignidad de los sujetos, ser colocados como mera política empresarial no corresponde con la seriedad del trato que debe garantizarse al tema.

En este sesgo se incorpora el *acceso efectivo a la justicia*, pudiendo éste ocurrir a través de la *sanción penal, administrativa, civil* o del área de derecho más adecuado al hecho concreto. Así, se infiere que toda reparación debe ser adecuada a la luz de los estándares internacionales en materia de Derechos Humanos y Empresas y, para ello, es indispensable la presencia en el Estado de un Poder Judicial independiente, imparcial y efectivamente capacitado (CIDH/REDESCA, 2019, pág.38).

Finalmente, la CIDH y su REDESCA consideran importante reconocer el tema de la *captura corporativa del Estado* y, en este sentido, la necesidad de combatir la corrupción. Este es un fenómeno complejo que afecta los derechos humanos en su totalidad, incluido el derecho al desarrollo, que tiene un impacto diferente en poblaciones históricamente discriminadas. Así, corresponde a los Estados establecer marcos legales en la lucha contra la corrupción, además de incluir estrategias específicas para abordar cada una de las situaciones, dadas las múltiples causas y consecuencias.

Es fundamental que dichos marcos identifiquen no solo los mecanismos políticos, económicos y legales con los que las empresas ejercen su influencia abusiva, sino también las responsabilidades penales, civiles o administrativas aplicables a cada caso (CIDH/REDESCA, 2019, p.39). En ese sentido, el Sistema Interamericano apunta a un paso importante en el análisis de un obstáculo histórico en la protección de los derechos humanos, dado que la captura del Estado es responsable de debilitar la democracia y propiciar el dañino fenómeno de la *race to the bottom*¹⁰.

En este contexto, es importante decir que la *transparencia y el acceso a la información* también se ven obstaculizados debido a la corrupción. Hay que decir que en los Estados no estructurados la mayor parte de la información relevante para la defensa y protección de los derechos humanos se encuentra bajo el mando de entidades privadas, por lo que sería necesario que las entidades nacionales retomaran el deber de asegurar que toda la información sea proporcionados de manera oportuna, accesible y completa (CIDH/REDESCA, 2019, págs. 36-37).

De esta forma, el texto del Informe trabaja para combatir el profundo desequilibrio en la generación, interpretación y difusión de información entre las empresas - que actúan

¹⁰ Este fenómeno se caracteriza por una flexibilización progresiva de los requisitos y regulaciones en el campo empresarial, con el fin de atraer inversiones, siendo común en los países del Sur Global.

como propietarias exclusivas de la información – y las comunidades afectadas y las autoridades.

Como ya se señaló, existe un *gap* normativo en los instrumentos internacionales vinculantes en el área del Derecho Humano y Empresas, lo que contribuye a un escenario de impunidad. Así, para desarrollar una estructura de protección orientada a mitigar el problema de las violaciones a los derechos humanos, es fundamental construir una agenda de derechos humanos "desde abajo", es decir, con un enfoque en las bases y poblaciones más vulnerables para que, a través del enfoque en garantizar la dignidad de los afectados por las violaciones, se puedan desarrollar mecanismos para garantizar el acceso a la reparación efectiva.

En este contexto, al tratarse de un Informe emitido en el marco del Sistema Interamericano, se debe considerar todo el contexto histórico de la construcción de los Estados miembros de la OEA, tomando a los latinoamericanos como su principal perspectiva. Así, ante la explotación de los países del capitalismo central, los países de América Latina sufrieron prácticas colonialistas y neocoloniales depredadoras, desarrollando institucionalmente sus políticas socioeconómicas dirigidas, sobre todo, a los intereses de las grandes economías desarrolladas. Por tanto, se construyó un espacio que reverberaba con desigualdades estructurales, lo que intensificaba la vulnerabilidad de algunos sectores sociales.

Estos fueron examinados en detalle por el Informe y están compuestos, a saber: por personas defensoras de derechos humanos; por mujeres; por pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y población campesina; por niñez y adolescencia; por personas privadas de libertad; por personas en el contexto de movilidad humana; por las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGBTQIA+); por personas con discapacidad y por personas mayores.

Dicho esto, si bien el Informe REDESCA es previo a la redacción del *Borrador Dos*, es posible analizar que ciertas consideraciones presentadas por el documento de la CIDH no llegaron a ser incorporadas en el *Borrador*, o fueron agregadas de manera muy incipiente, por ejemplo, con poca mención al tema de las mujeres (OEIGWG, 2020). De esta forma, el no trato a los grupos vulnerables y sus particularidades, contribuye a un instrumento, todavía muy por debajo del remedio urgente frente a los problemas de violaciones de derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales.

3.1 EXTRATERRITORIALIDAD

En cuanto a la temática de Derechos Humanos y Empresas, principalmente dado el contexto del capitalismo emprendedor, cuya base se sustenta en las figuras de cadenas productivas esparcidas por los territorios del Sur global, simplemente es utópico trabajar

sobre conceptos y principios protectores de DDHH sin garantizar los mecanismos necesarios para su aplicación.

En este sentido, es necesario trabajar el tema de la extraterritorialidad, que genera grandes problemas en los debates internacionales. Pero antes es importante tener en cuenta dos factores: es un hecho que existe una gran expansión de empresas transnacionales y multinacionales en el mundo, y estas buscan aprovechar las brechas regulatorias en Estados con mayor vulnerabilidad estructural; así como la competencia para imponer sanciones y normas que frenen las violaciones de derechos humanos no le corresponde al SIDH, y solo puede ser instituida a través de tratados internacionales.

En consecuencia, las opiniones de la CIDH no vinculan a la actividad empresarial, ni las decisiones de la Corte Interamericana tienen efectos jurídicos en las empresas, por lo que están dirigidas a los Estados. Sin embargo, el reconocimiento por parte de la OEA, en la figura de la CIDH, de que es necesario el tratamiento extraterritorial de las obligaciones empresariales es una gran innovación en la Agenda de Derechos Humanos y Empresas y puede constituir un gran paso hacia la creación de un instrumento vinculante en este sentido, como el Tratado Internacional, cuyo proceso de negociación se encuentra en marcha en la ONU.

El Informe luego confirma la importancia de atribuir responsabilidad extraterritorial a las empresas, y como justificación para ello, se puede señalar el contexto especial de vulnerabilidad en el que se inserta América Latina - ya expuesta en este artículo - en el cual se tiene que apenas esta región es responsable de aproximadamente el 50% de las demandas internacionales por violaciones de derechos humanos en el planeta (CIDH/REDESCA, 2019, pág. 109).

Teniendo esto en cuenta, el Informe, así como los trabajos anteriores de Homa, expone la necesidad de una mayor atribución de responsabilidades a las empresas. Aquí, más específicamente tratase del tema de la aplicación extraterritorial de obligaciones, con el fin de disminuir el grave contexto de violaciones de derechos humanos actualmente en curso.

Como se dijo, la América Latina, en particular, presenta un escenario de Estados frágiles que ofrece una gran oportunidad para que las empresas internacionales aprovechen esta falta de estructura. Así, termina generando un gran problema en cuanto a la regulación y aplicación de sanciones a los violadores de Derechos Humanos en América en desarrollo.

Y es en este sentido que también se critica la baja explotación, como parte del *Borrador Dos*, igualmente a sus antecesores, de la implementación de un sistema más sólido de responsabilización extraterritorial, ya que se enfoca mucho en las obligaciones estatales, pero poco se considera (o sólo sea conveniente) la incapacidad de esos Estados para cumplir con las funciones que se les imputan (OEIGWG, 2020).

La importancia del Tratado Internacional sobre Empresas y Derechos Humanos se hace, entonces, en la medida en que posee la fuerza normativa vinculante que no tiene el Informe de la CIDH, y puede poseer la competencia para imponer obligaciones a las potenciales empresas que violen a los DDHH.

La posibilidad de la rendición de cuentas extraterritorial impregna entonces la discusión sobre el *forum non conveniens*. Ello importa, en gran parte, en el sobreseimiento del caso en relación a una determinada jurisdicción, bajo el argumento de que no sería competente para juzgar e imponer sanciones en el caso, hecho que acaba conduciendo a su no resolución, ya que no existe un tribunal competente para actuar en el *enforcement* de las obligaciones extraterritoriales de las empresas.

Como que las empresas transnacionales cuentan con un aparato legal mucho más estructurado que los sujetos habitualmente afectados por las violaciones a los derechos humanos, la incapacidad de estos sujetos para sostener cargos contra una entidad tan superior, constituye, básicamente, la imposibilidad total de persecución judicial de las víctimas para que se satisfaga su demanda.

En este sentido, el Informe CIDH/REDESCA enfatiza que la jurisdicción del país no debe restringirse a su territorio, siendo más importante entender la relación entre el control físico del Estado demandado y el sujeto denunciante, independientemente del tema de los límites territoriales (CIDH/REDESCA, 2019, pág.81).

En lo que respecta a este tema, Homa - Centro de Direitos Humanos y Empresas, ya ha criticado el hecho de que no se haya abordado este punto en la redacción del Tratado (Homa, 2019, p.20). En otras palabras, no se menciona, en el documento del *Borrador Uno*, la importancia de trabajar con la doctrina del *fórum necessitatis*, que busca enfocarse en la necesidad de la víctima de ver atendida su demanda, de una manera que todavía es efectivo cuando la sentencia se efectúa.

No obstante, el *Borrador Dos*, que es el más reciente sobre el Tratado Internacional de Derechos Humanos y Empresas, salvo dos menciones a lo largo del texto: en el recién creado artículo 7° "Access To Remedy", en supárrafo 5° y en el reformado artículo 9° "Adjudicative Jurisdiction", párrafo 3°.

Estos establecen una supuesta prohibición contra la doctrina del *forum non conveniens*, pero nada más concreto es determinado. Es decir, el nuevo Texto no se preocupa lo suficiente por la necesidad de la responsabilidad extraterritorial para instituir medidas que conduzcan a una estructura necesaria para su aplicación, ya sea a quienes cometen violaciones de derechos humanos como nacionales, actuando en contra de la legislación en territorio extranjero, o viceversa.

Así, hay una falta de preocupación en el documento por la necesidad de una mayor regulación de las actividades que se desarrollan fuera de los límites territoriales de los

Estados, lo que implica que las acciones u omisiones que ocurren, especialmente en los países en desarrollo, pasan con impunidad (OEIGWG, 2020).

Es importante señalar que en el Informe (CIDH/REDESCA, 2019), la CIDH reconoce que el Estado de origen de la empresa violadora debe tener la responsabilidad de fiscalizar también sus actividades fuera del territorio. Podemos afirmar que es deber del Estado velar por que quienes están bajo su jurisdicción no practiquen ningún tipo de violaciones de derechos humanos.

No basta, entonces, con que el Estado se abstenga de la práctica de conductas violadoras, sino que, efectivamente, cree mecanismos que actúen para frenar tales violaciones. En este sentido, dicho reconocimiento constituye otro gran avance para la Agenda de Derechos Humanos y Empresas. Ahora, pasa a tenerse fundamentos para exigir una postura más activa de los Estados con foco en la regulación, de forma que deba efectivamente actuar para prevenir violaciones, y no se involucre en acciones que, de alguna manera, les dan origen.

A su vez, entonces, se puede esperar que el *Borrador Dos*, como un instrumento que posee el liderazgo de un país latinoamericano miembro de la OEA (Ecuador), – que reconoce la necesidad de adoptarse una regulación extraterritorial - busque la adopción de dicha regulación, adoptándose esfuerzos para el *enforcement* de las obligaciones extraterritoriales. Sin embargo, lo más cercano a mencionar del tema se encuentra en el artículo Noveno, párrafo 2º, punto “a” de dicho documento, que hace una breve mención de la posibilidad de que los activos de la sociedad cuenten como criterio para el establecimiento de un domicilio (OEIGWG, 2020).

Con eso, podría haber una mejor definición de la situación de sometimiento jurisdiccional. La previsión no implica un hecho concreto, siendo vaga y ni siquiera presenta criterios o medios para una posible aplicación de obligaciones extraterritoriales por parte de estados extranjeros, aunque la empresa pudiera serlo, por tener activos en un territorio diferente de su origen, sometida a obligaciones extraterritoriales.

En el artículo 12 del *Borrador Dos* se encuentra la existencia de un elemento que podría contribuir a la aplicación extraterritorial de las obligaciones: una asistencia legal recíproca. En otras palabras, aquí hay una disposición para la colaboración interestatal, para compartir la información recopilada por los organismos reguladores, para hacer que el *enforcement* sea más efectivo (OEIGWG, 2020). Sin embargo, la información obtenida en este artículo también es superficial y sin la debida exposición de cómo ocurriría la asistencia; cuáles son los límites de información que deben ser pasados; hasta donde los Estados estarían autorizados a aplicar su legislación, con base en documentos proporcionados por terceros, etc. Es necesario dejar claro, aun así, que esta predicción es opcional, por lo que Estados con antecedentes de violaciones o encubrimientos de esta

naturaleza difícilmente brindarían voluntariamente información que pudiera corroborar la sanción de actores que cometen violaciones de derechos humanos en su territorio en suelo extranjero.

En definitiva, el artículo aportaría poco beneficio práctico para frenar acciones de violación de los derechos humanos mediante la aplicación de obligaciones extraterritoriales y, además, brinda una redacción que devalúa la supremacía de los DDHH en aras del mantenimiento del orden público del Estado, al negarse a proporcionar la información (Soares & Roland, 2020). En este sentido, actúa, por tanto, exactamente en contra de los principios reconocidos por el Informe.

Con eso es claro que la aplicación de obligaciones extraterritoriales también enfrenta el problema de la soberanía estatal, ya que la responsabilización o regulación de obligaciones en suelo extranjero dirigidas a un sujeto de otra nacionalidad generalmente no encuentra homologación. En consecuencia, es necesario que se imponga la supremacía de los derechos humanos, siendo papel del Tratado imponer exactamente tal situación, a fin de mitigar la impunidad de empresas y Estados juzgados fuera de su jurisdicción de origen.

En este sentido, el Informe (CIDH/REDESCA, 2019, p. 83) buscó abordar este punto de falla, enfatizando la necesidad de que los Estados se adapten, a través de reformas en la legislación y aplicación de los principios del Derecho Internacional, creando parámetros normativos para vincular legalmente el desempeño de potenciales empresas violadoras de Derechos Humanos. Es un intento llenar el vacío que el *Borrador Uno* cargaba sobre el desempeño extraterritorial, pero que permanece presente en la versión 2020 (*Borrador Dos*). Sin embargo, lo que se agrega en el Informe es que los Estados deben fundamentar su ejercicio jurisdiccional, interpretando los principios y normas de derechos humanos (CIDH/REDESCA, 2019, p. 79).

En resumen, es importante la necesidad, entonces, de rechazar la política del *forum non conveniens* a favor del *fórum necessitatis*. En otras palabras, es fundamental que el Tratado Internacional sobre Empresas y Derechos Humanos o cualquier otro documento que busque tratar del tema aborde una perspectiva sobre la superación de la jurisdicción restringida a una ubicación territorial, ya que debe considerarse que muchas veces la jurisdicción local no es suficiente para soportar un castigo efectivo para el infractor, o que ya no sea accesible para el sujeto violado. Así, la CIDH y su REDESCA entienden que las responsabilidades sancionadoras no pueden restringirse al país de origen de la entidad violadora ni al territorio en el que se cometió la violación. Ya, la jurisdicción puede actuar independientemente de la ubicación de los involucrados (CIDH/REDESCA, 2019, p. 80), siempre que sea más compatible y razonable atender las violaciones en cuestión.

No obstante, es necesario incluir en el texto del *Borrador* otras formas de regulación de actividades que puedan generar violaciones, a través de mecanismos que refuercen la

aplicación extraterritorial de obligaciones, no restringiendo la sanción a su incumplimiento de una jurisdicción específica, asegurando que la prioridad debe ser dada al sufrimiento de la víctima y la necesidad de hacer que cese lo más breve y eficazmente posible (de acuerdo con los Principios Orientadores de John Ruggie).

Asimismo, el Tratado debe buscar objetivar las obligaciones corporativas, en la medida en que debe adaptarse al contexto de América Latina y a la realidad de las grandes empresas internacionales que operan en territorio de esos Estados, muchas veces sin la debida regulación por la captura de los mismos y a la creciente falta de mecanismos para revertir esta situación de explotación.

El establecimiento de obligaciones que van más allá del límite territorial implica la posibilidad de responsabilización por el incumplimiento de los referidos parámetros, generando un “control difuso” que se realiza en varios frentes, a fin de garantizar el objetivo principal, que es la protección de Derechos Humanos.

4. INNOVACIONES DEL INFORME PARA LAS EMPRESAS

Hasta el momento, se han observado elementos abordados por el Informe de la CIDH y su REDESCA en relación al tema de Derechos Humanos y Empresas desde el punto de vista de las obligaciones de los Estados. Sin embargo, el documento del órgano de la OEA demuestra la necesidad cada vez más clara de imponer normas de derecho internacional también a las entidades privadas, quitando parte de la carga estatal de regular y sancionar, dentro de su propio sistema jurisdiccional, a las empresas responsables de violaciones de derechos humanos.

En el Informe, la CIDH destaca la importancia de la asignación directa de obligaciones a las entidades empresariales, que ya están calificadas para asumir las consecuencias de cualquier acto que vulnere los derechos humanos. Sin embargo, como ya se dijo, no le corresponde al Sistema Interamericano establecer sus términos, quedando este papel relegado a los Tratados de Derecho Internacional y normativa interna. Pero dado que no existe restricción en cuanto a emitir recomendaciones a las empresas que desarrollan actividades dentro de los países que forman parte del Sistema, el Informe hace ciertas recomendaciones para las entidades privadas.

En este sentido, tratándose ahora de las Empresas, es importante delimitar el tema relacionado con el desarrollo. Este tema, fuertemente abordado en el Informe, implicó el reconocimiento, por parte de la CIDH, de que no es admisible la permisibilidad de violaciones de derechos humanos para justificar beneficios económicos, ya sean privados o generales (CIDH / REDESCA, 2019, p. 14).

Así siendo, se observa que el crecimiento económico no es un fin en sí mismo, por lo que no existen violaciones tolerables y toda actividad empresarial debe seguir

procedimientos adecuados a los marcos de derechos humanos. De esta forma, los emprendimientos corporativos deben apuntar no solo a intereses económicos, sino también a la concretización del derecho al desarrollo de los derechos humanos de las personas y comunidades en general (CIDH/REDESCA, 2019, p. 35). En este sentido, es posible observar un gran paso en el intento de equiparar la preservación de los derechos humanos con el desarrollo económico, factor que ha sido desatendido desde los orígenes del capitalismo.

Sin embargo, las empresas también tienen la obligación de respetar los hitos de sus emprendimientos y en las relaciones comerciales, toda construcción normativa relacionada con la protección del medio ambiente y el uso sostenible de los ecosistemas y la diversidad ecológica. De esta forma, el contexto en el que operan las actividades empresariales debe asegurar el cumplimiento de todas las leyes ambientales aplicables y los principales estándares internacionales en la materia, además de poner en marcha procesos de debida diligencia en materia de impactos ambientales y climáticos (CIDH/REDESCA, 2019, p. 35). Vemos, entonces, la preocupación no solo por el desarrollo, sino por la sostenibilidad, dadas las crecientes crisis y desequilibrios ambientales.

Otro tema también mencionado, es la debida diligencia en el área de derechos humanos. En este sentido, el Informe señala que las ETNs deben implementar un proceso de gestión continuo, realizando la debida diligencia "a la luz de sus circunstancias", es decir, a partir de la previa identificación, prevención, mitigación y rendición de cuentas por los daños ocasionados, será posible que las entidades privadas asuman la responsabilidad de las violaciones de derechos a lo largo de los años. Sin embargo, esto no excluye la sanción de la empresa en caso de violaciones de derechos humanos, ya que la obligación también debe ser un resultado (CIDH/REDESCA, 2019, p. 37-38).

Frente a la rendición de cuentas y la debida reparación, las empresas deben dedicarse a evitar la repetición de violaciones. En este sentido, dicha prerrogativa puede desarrollarse a través de la rendición de cuentas, con la ayuda del acceso a la justicia mediante sanciones penales, administrativas o civiles y una adecuada reparación (CIDH/REDESCA, 2019, p. 38).

Además, varias empresas están involucradas en escándalos de realizar campañas de descrédito contra defensores de derechos humanos con el objetivo de afectar su credibilidad y aumentar el riesgo de amenazas (CIDH/REDESCA, 2019, p. 159). Así, el reconocimiento de la alta implicación de las empresas en incrementar la criminalización y estigmatización de grupos de defensores de derechos humanos es un hito relevante, ya que permite, desde ese punto, el mayor debate y sensibilización de la población y de los gobiernos sobre el daño causado por la actividad empresarial, en el ámbito de los derechos humanos.

En este sentido, el Texto muestra que la falta o el uso incorrecto de un plan de debida diligencia por parte de la empresa en materia de derechos humanos puede incrementar los

riesgos de violaciones de estos derechos a sus defensores. Sin embargo, es necesario señalar una vez más el problema de la autorregulación en el ámbito de las violaciones de derechos humanos, ya que la entidad violadora es quien busca evitar que tales situaciones ocurran.

El Informe también destaca la preocupación por salvaguardar los derechos de las mujeres, dadas las extremas disparidades en la participación y las oportunidades económicas. Así, el arraigado machismo estructural perpetúa la exclusión del género femenino en los puestos de liderazgo y dirección de las empresas, permitiendo que este grupo se afiance en la economía informal (CIDH/REDESCA, 2019, p. 166). Se recomienda que las empresas adopten en sus procesos de debida diligencia en derechos humanos, estudios sobre los impactos de sus operaciones y estructuras empresariales en los marcos de prevención, fiscalización y rendición de cuentas relacionados con los derechos de las mujeres (CIDH/REDESCA, 2019, p. 163).

Es bien sabido que las actividades empresariales pueden tener efectos severos sobre el bienestar y la calidad de vida de poblaciones adicionales e indígenas, además de reforzar, en muchos casos, estereotipos de género y prejuicios relacionados con la comunidad LGBTQIA+, actuando, incluso para la exclusión de las mujeres, las personas con discapacidad y la explotación de la población penitenciaria, a través de la privatización de los servicios penitenciarios y de los niños, niñas y adolescentes, utilizados como mano de obra barata (CIDH/REDESCA, 2019, p. 168-186).

Esta reiteración de que la dinámica empresarial no puede superponerse al beneficio que buscan sus emprendimientos sobre el bienestar de estos grupos no se refleja, sin embargo, desde la perspectiva del *Borrador Dos*, que, como se dijo, aborda muy brevemente la protección femenina, pero, aun así, claramente insuficiente para combatir el machismo estructural, que contamina todos los ámbitos sociales, incluido el empresarial.

4.1 EXTRATERRITORIALIDAD

Como ya se dijo, en lo que respecta a los Estados, la extraterritorialidad es un tema que viene provocando varias discusiones en la comunidad internacional, incluso en materia de negociación del Tratado, ya que se reconoce, por temas importantes, la necesidad de crear una Corte Internacional. Pero un tribunal especialmente diseñado para la sentencia de casos de violaciones de derechos humanos por parte de empresas enfrentaría muchos retos, entre ellos los altos costos de mantenimiento de este nuevo organismo internacional.

Sin embargo, es relevante debatir el tema desde el punto de vista de la atribución de responsabilidad corporativa, desde la perspectiva de la extraterritorialidad, ya que en el documento del Tratado hay una ausencia total de referencia a la rendición de cuentas de las empresas por el desempeño de sus filiales.

La CIDH, por su parte, considera que las empresas deben ejercer la *due diligence* sobre las actividades de las sucursales, así como sobre su cadena productiva, ya que la implicación directa con situaciones de violación derivaría en la responsabilidad de la matriz (CIDH/REDESCA, 2019, pág. 101). Es notable, sin embargo, que el Borrador Dos todavía, intenta reducir la responsabilidad de las corporaciones y atribuir tal carga a las entidades estatales (OEIGWG, 2020).

No obstante, es cada vez mayor el entendimiento de que las empresas tienen la capacidad no solo de actuar de manera que no cometan violaciones a los derechos humanos, tomando una postura activa de regular sus actividades, sino también de actuar de manera que impida a terceros (especialmente los vinculados a sus puestos de trabajo, es decir, los pertenecientes a cadenas de valor) de adoptaren tales comportamientos. Es decir, se empieza a pensar en una especie de deber de garantía que también es aplicable a las empresas, con el fin de facilitar la aplicación extraterritorial de sus obligaciones.

Los efectos de las obligaciones sobre las empresas, sin embargo, no están dentro del ámbito de competencia del Sistema Interamericano y su Corte (o cualquier otro sistema regional), como ya se ha mencionado, por no tener competencia para actuar en el ámbito privado, siendo su jurisdicción aplicable solo a los Estados nacionales - en este caso, miembros de la OEA que reconocen su competencia.

Al observar el texto del nuevo *Borrador* del LBI es notable que existe una omisión en cuanto a las obligaciones de las empresas, En ese sentido el *Borrador* también deja que desear en materia de atribución de las obligaciones empresariales, reforzando apenas la responsabilidad de los Estados de trabajar para regular y fiscalizar las actividades de las empresas, ya sean transnacionales o de operación interna (OEIGWG, 2020).

Lo que tenemos en los textos de los *Borradores* presentados hasta ahora, que aún se puede observar, aunque sea en menor escala, pero con los que se discrepa, es una reafirmación de principios vinculados al *soft law* y la *due diligence*. En otras palabras, el documento del Tratado prácticamente externaliza la imposición de obligaciones a las empresas, relegando dicha responsabilidad a las propias entidades empresariales, permitiéndoles así una forma de autorregulación.

Es decir, a pesar del reconocimiento por parte de la CIDH de la necesidad de asignar obligaciones extraterritoriales a las empresas, a través del Informe en cuestión, el escenario internacional insiste en mitigar dicha rendición de cuentas, así como en no considerar, en el texto legal, la posibilidad de captura corporativa empresarial - o, si se ha pensado en esto, se ha omitido claramente. Es obvio, por tanto, que el *Borrador* no prioriza obligaciones para las empresas, con efectos nocivos en relación con los intentos de frenar las violaciones de Derechos Humanos que muchas veces son perpetradas por este tipo de entidades económicas.

Por otro lado, de actuar según lo propuesto por la Comisión (CIDH), el Tratado buscaría establecer obligaciones basadas en principios y normas del Derecho Internacional, extendiendo su *enforcement* a las empresas, ya sean transnacionales o nacionales. Tal hecho daría lugar a la posibilidad de que los órganos encargados de regular dichas normas tuvieran competencia para imponer sanciones por incumplimiento de obligaciones.

La posición adoptada por la CIDH, entonces, muestra una visión más avanzada sobre las obligaciones que deben tener las empresas, manifestando que tienen la capacidad de cumplir con esta agenda, ya que es posible relacionar la ganancia con el crecimiento económico sostenible, garantizando los derechos humanos (CIDH/REDESCA, 2019, p. 142), sin embargo, aún faltan mecanismos para la adopción de estas medidas.

Como gran innovación, entonces, se puede decir que el Informe reconoce la posibilidad de asignar reglas de derecho internacional a las empresas, con el fin de incentivarlas a seguir trabajando con la protección de los derechos humanos incluso en caso de captura estatal y clara falta de regulación por parte de este último en el ámbito protector de DDHH. Aquí es clara la contradicción entre lo que propone la CIDH y lo que efectivamente ocurre en el contexto de las negociaciones del Tratado, que, como se ha señalado a lo largo de este texto, ha estado tratando de mitigar las responsabilidades de las ETNs.

Dado lo anterior, se puede decir que la redacción que se ubica actualmente al nivel del Tratado Internacional de Derechos Humanos y Empresas, no presenta consideraciones sobre el problema de las hipótesis por falla del Estado en cumplir con sus obligaciones en los casos de captura corporativa. En estos casos, entonces, por mucho que el Informe busque proteger los derechos humanos y sus defensores a través del reconocimiento de que las empresas también deben estar reguladas por el derecho internacional, la falta de un instrumento vinculante aún deja a los sujetos a merced del poder empresarial dependiente de la protección de aquellos Estados capturados.

5. CONCLUSIÓN

Considerando todo lo anterior, es posible decir que el Informe de la CIDH y su REDESCA, luego de analizar la realidad socioeconómica de los países latinoamericanos, así como los procesos en los que ha actuado la Corte y otras formas de recolección de datos sobre los episodios de violaciones de derechos humanos en el continente, hace una serie de recomendaciones, en gran parte aún no abordadas en el *Borrador* del Tratado internacional sobre empresas transnacionales y derechos humanos, lo que debería incorporar una vez que esté listo.

Uno de los mayores problemas de estas recomendaciones, sin embargo, es que para que se materialicen, dependen de la voluntad e interés de los países que están en proceso de negociación del LBI. En este sentido, es importante señalar que la aprobación es un

proceso largo y muy discutido e inevitablemente refleja los intereses predominantes de los gobiernos involucrados en los ajustes.

La política de muchos países tiende a asociarse con los ideales económicos neoliberales, históricamente conocidos por el aumento del poder empresarial y la búsqueda de ganancias, además de una reducción significativa del Estado - una receta exitosa para las violaciones de derechos humanos. En este contexto, es evidente que la disposición a adoptar las recomendaciones del documento de la CIDH es un factor que incidirá en gran medida en la aplicabilidad fáctica de dichos lineamientos, considerándolos como un contexto social poco favorable al garantismo.

Si bien el *Borrador Dos* del Tratado Internacional sobre Empresas y Derechos Humanos ha mostrado algunas pocas mejoras en relación con el *Borrador Uno*, la CIDH aún trae importantes lineamientos que deben ser pensados y incorporados en un nuevo *Borrador*, para que tenga posiciones más protectoras y garantice su eficacia.

Así, es claro que son necesarios nuevos mecanismos para que las empresas sigan parámetros de protección internacional, aunque los Estados guarden silencio sobre regulación e inspección, precisamente si se trabaja con la idea de Estados capturados. En este sentido, busca instituir la responsabilidad empresarial directa por la violación de los derechos humanos a través de instrumentos de derecho internacional.

Se puede decir, entonces, que los objetivos del Informe abogan por una mayor independencia en cuanto a la atribución de obligaciones y sanciones entre empresas y Estados-nación, con el fin de minimizar los impactos que se generan cuando ocurren capturas de Estado, o incluso de la fragilidad estructural de los mismos. Considerando el contexto de explotación de los Estados latinoamericanos y los intereses de lucro predominantes de las grandes corporaciones, hay un claro riesgo de violaciones colocarse a los derechos humanos.

El documento brinda un importante análisis sistemático que busca esclarecer, organizar y desarrollar los deberes estatales y los efectos que se pueden generar en las empresas desde la experiencia jurídica internacional y, de esta manera, la CIDH y la REDESCA proponen esbozar un parámetro sobre algunos temas identificados como centrales en el campo de los Derechos Humanos y Empresas, así como señalar bases generales comunes para el desarrollo continuo de la temática de manera cada vez más profunda.

Por tal motivo, si bien el documento busca identificar y establecer ciertos elementos y estándares interamericanos que, aunque iniciales, serán figuras centrales para el entendimiento de esta materia y la competencia de la CIDH, es importante analizar su impacto. En este sentido, señala el hecho de que las discusiones del instrumento internacional vinculante no han adoptado las propuestas realizadas por el Sistema Interamericano, aún como el peso de un sistema regional, cuya constitución ocurre,

básicamente, por países en desarrollo del Sur Global, en la Agenda Internacional de Derechos Humanos.

Es obvio que las consideraciones de la OEA constituyen un paso importante en la búsqueda de la consolidación de los derechos humanos en el ámbito empresarial, sin embargo, aún permanecen por debajo de la fuerza política o normativa necesaria para configurar cambios prácticos para la Agenda.

REFERENCIAS | REFERENCES | REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aragão, D. (2017). Controvérsias da Política Mundial em Direitos Humanos: o contexto em que se discute o Tratado sobre corporações transnacionais. *Homa Publica Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, 1(02), p. 49-63.
- Aragão, D. M & Roland, M. C. (2017). The Need for a Treaty: expectations on counter hegemony and the role of civil society. In: Deva, S. & Bilchitz, D. *Building a Treaty on Human Rights: context and contour*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 132-153.
- Berrón, G. (2014). Un tratado que obligará a las transnacionales: la vía expresa para la defensa de los derechos humanos. *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*. (127). p. 55-65. Disponible en: https://www.fuhem.es/papeles_articulo/un-tratado-que-obligara-a-las-transnacionales-la-via-expresa-para-la-defensa-de-los-derechos-humanos/ Acceso en: 01 abr. 2021
- Bilchitz, D. & Deva, S. (2013). The human rights obligations of business: A critical framework for the future. In: Deva, S. & Bilchitz, D. (Eds.) (2013). *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*. Cambridge: Cambridge University Press. p. 1-26. doi: 10.1017/CBO9781139568333.003
- CEPAL. (2020). *Anuario Estadístico de América Latina y El Caribe*. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/46739-anuario-estadistico-america-latina-caribe-2020-statistical-yearbook-latin>. Acceso en: 01 abr. 2021
- Homa - Centro de Direitos Humanos e Empresas. (2016). *Novos elementos para o Tratado de Empresas e Direitos Humanos da ONU*. Juiz de Fora: Homa. Disponible en: <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2017/07/Novos-elementos-para-o-Tratado-de-Empresas-e-Direitos-Humanos-da-ONU.pdf>. Acceso en: 10 abr. 2020
- OEIGWG. (2018). *Zero Draft Legally Binding Instrument To Regulate, In International Human Rights Law, The Activities Of Transnational Corporations And Other Business Enterprises*. Ginebra: UN. Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>. Acceso en: 10 jun. 2020
- OEIGWG. (2019). *Revised Draft Legally Binding Instrument To Regulate, In International Human Rights Law, The Activities Of Transnational Corporations And Other Business Enterprises*. Ginebra: UN. Disponible en:

https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf. Acceso en: 10 jun. 2020

- OEIGWG. (2020). *Second Revised Draft Legally Binding Instrument To Regulate, In International Human Rights Law, The Activities Of Transnational Corporations And Other Business Enterprises*. Ginebra: UN. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf. Acceso en: 10 ago. 2020
- PNUD. (2019). *Relatório do Desenvolvimento Humano 2019*. Disponible en: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_pt.pdf. Acceso en: 29 mar. 2021
- REDESCA (org.). (2019). *Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos (OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19)*. Washington: CIDH/OEA. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/Informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>. Acceso en: 28 mar. 2021
- Roland, M. C., Angelucci, P. D., Neto, A. A. D. N., Carvalho, L. D., Barbosa, L. V. & Carvalho, M. F. C. G. (2016). *As obrigações dos Estados de origem: suas obrigações extraterritoriais nas violações de direitos humanos por corporações transnacionais*. Juiz de Fora: Homa. Disponible em: <http://homacdh.com/wp-content/uploads/2016/06/AS-OBRIGAC%CC%A7O%CC%83ES-DOS-ESTADOS-DE-ORIGEM.pdf>
- Roland, M. C., Soares, A. O., Brega, G. R., Braga, L. D., Carvalho, M. F. C. G. & Rocha, R. P. (2019). Análise do Draft One: avanço ou retrocesso?. *Cadernos de Pesquisa - Homa*. 2 (8).
- Roland, M. C. & Soares, A. O. (2019). Retos para la aprobación de un tratado de Derechos Humanos y empresas en el Consejo de Derechos Humanos. In: Martínez, J. T. (ed.). (2019). *Desafíos para la regulación de los Derechos Humanos y las Empresas: ¿cómo lograr proteger, respetar y remediar?*. p. 145-174. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Soares, A. O. & Roland, M. C. (2020). A essencialidade do instituto da jurisdição extraterritorial no tratado internacional sobre direitos humanos e empresas. In: Roland, M. C. & Andrade, P. G. (org.). (2020). *Direitos humanos e empresas: responsabilidade e jurisdição*. p. 29-60. Belo Horizonte: D'Plácido.
- UNHRC. *Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights n° A/HRC/RES/26/9*. Human Rights Council Documents. Disponible en: <https://www.ohchr.org/documents/hrbodies/hrcouncil/wgtranscorp/session3/draftlbi.pdf>. Acceso en: 28 mar. 2021
- UNHRC. *Report on the first session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, with the mandate of elaborating an international legally binding instrument n° A/HRC/31/50*. Human Rights Council Documents. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf. Acceso en: 28 mar. 2021
- UNHRC. *Report On The Second Session Of The Open-Ended Intergovernmental Working Group On Transnational Corporations And Other Business Enterprises With Respect To Human Rights n A/HRC/34/47*. Human Rights Council Documents. Disponible en:

https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf. Acceso en: 28 mar. 2021

United Nations Organization. (2011). *Guiding Principles on Business and Human Rights: implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' framework*. Ginebra: Naciones Unidas. Disponible en: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf. Acceso en: 02 abr. 2021

Zubizarreta, J. H. & Ramiro, P. (2016). *Against the "Lex Mercatoria": proposals and alternatives for controlling transnational corporations*. Madrid: OMAL. Disponible en: https://omal.info/IMG/pdf/against_lex_mercatoria.pdf. Acceso en: 01 abr. 2021

Zubizarreta, J. H. (2009). *Las empresas transnacionales frente a los Derechos Humanos: historia de una asimetría normativa*. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales. Bilbao: HEGOA/OMAL.

Andressa de Oliveira Soares

Doctorante en Derecho en la Universidad de São Paulo
Magíster en Derecho en la Universidad Federal de Juiz de Fora
<http://lattes.cnpq.br/0678261430412688>
andressaosoares7@gmail.com

João Pedro Brito Perillo

Estudiante de Derecho en la Universidad Federal de Juiz de Fora
<http://lattes.cnpq.br/2744342143776383>
jpbperillo@gmail.com

Sofía Miranda de Oliveira

Estudiante de Derecho en la Universidad Federal de Juiz de Fora
<https://orcid.org/0000-0001-5182-5270>
sofiamiranda1197@gmail.com

Instagram & Twitter | @HomaPublicaDHE
periodicos.ufjf.br/index.php/homa/