

## EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS. LECTURAS A LA LUZ DEL *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE*

Judith SCHÖNSTEINER\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El Marco sobre Empresas y Derechos Humanos en las Naciones Unidas y en Latinoamérica.* III. *Conceptos, convergencias y tensiones: “empresas y derechos humanos” y el ICCAL.* IV. *Conclusiones.*

### I. INTRODUCCIÓN

El impacto que el sistema económico internacional —y con él, el derecho económico internacional (DEI)— genera en el goce de los derechos humanos ha sido descrito en contribuciones de toda índole dentro del debate académico y político.<sup>1</sup> También empezó a tratarse en el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, especialmente a partir de 2005, cuando se encargó a John Ruggie el desarrollo de estándares para las empresas en materia de derechos humanos. Su trabajo resultó en la adopción, en 2011, de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos (“Principios Rectores”) por parte del Consejo de Derechos Humanos. Múltiples iniciativas se han acoplado a ese proceso, por ejemplo las Directrices de

---

\* Profesora asociada, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile. Doctora en Derecho. Contacto: [Judith.schonsteiner@udp.cl](mailto:Judith.schonsteiner@udp.cl). Algunos argumentos recogidos en este artículo fueron presentados en la *Referentenbesprechung* del MPIL del 1 de diciembre de 2016, y en el marco de la XX Cátedra Europa de la Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia. Agradezco a los y las participantes, así como a los editores de este volumen, por sus comentarios. Además, quisiera agradecer a Marco Silva su valioso apoyo con las notas. La parte del artículo que se refiere a las empresas se nutre de la investigación sobre la Responsabilidad directa del Estado por acciones y omisiones de empresas estatales en materia de derechos humanos, apoyado por el proyecto Fondecyt de Iniciación N° 11150853. Los errores obviamente son solamente míos.

<sup>1</sup> Véase Sen, Amartya, *Development as Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1999; Stiglitz, Joseph, *The Price of Inequality*, Nueva York, W. W. Norton & Company, 2012.

la OCDE sobre Empresas Multinacionales, que prevén la creación de Puntos Nacionales de Contacto;<sup>2</sup> o la CEPAL con su mandato de implementar la Agenda 2030 de la ONU relativa al desarrollo sostenible, iniciativa de Naciones Unidas que sucede a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (2000-2015) y plantea 31 objetivos de desarrollo a alcanzar hasta 2030.<sup>3</sup> Algunos autores han sido críticos con estas propuestas, por un sinnúmero de razones.<sup>4</sup>

Esta contribución pretende hacer entrar en diálogo el concepto de “empresas y derechos humanos” con el *Ius Constitutionale Commune en América Latina* (ICCAL),<sup>5</sup> considerando que el marco del DEI es un factor determinante y, muchas veces, un riesgo para el modo en que los Estados logren (o no) cumplir con sus obligaciones de derechos humanos, y para el modo en que las empresas perciban los incentivos de implementar los Principios Rectores.

Varios economistas e ingenieros comerciales, así como algunos juristas, plantean que el principal argumento a favor del respeto a los derechos humanos por parte de las empresas sería que corresponde a un *business case*;<sup>6</sup> es decir, que económicamente sería más rentable respetar los derechos

---

<sup>2</sup> La razón del mencionado vínculo es que las Directrices deben ser interpretadas a la luz de los Principios Rectores. Lo que agregan los Puntos Nacionales de Contacto es un mecanismo de mediación para su implementación. Para un análisis sobre las Directrices de la OCDE, véase por ejemplo Ochoa, Juan Carlos, “The Roles and Powers of the OECD National Contact Points Regarding Complaints on an Alleged Breach of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises by a Transnational Corporation”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 84, núm. 1, 2015, pp. 89-126.

<sup>3</sup> Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Mainstreaming the 2030 Agenda for Sustainable Development*, febrero de 2016, disponible en: <https://undg.org/wp-content/uploads/2015/10/UNDG-Mainstreaming-the-2030-Agenda-Reference-Guide-Final-1-February-2016.pdf>.

<sup>4</sup> Véase por ejemplo, crítico con los Principios Rectores, Deva, Surya, “Treating Human Rights Lightly: A Critique of the Consensus Rhetoric and the Language Employed by the Guiding Principles”, en Deva, Surya y Bilchitz, David (eds.), *The Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Nueva York, Cambridge University Press, 2013, pp. 78-103. Críticos con el proceso, López, Carlos, “The «Ruggie Process»: from Legal Obligations to Corporate Social Responsibility?”, en Deva, Surya y Bilchitz, David (eds.), *The Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Nueva York, Cambridge University Press, 2013, pp. 58-77; Melish, Tara y Meidinger, Errol, “Protect, Respect, Remedy and Participate: New Governance Lessons for the Ruggie Framework”, en Mares, Radu (ed.), *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Foundations and Implementation*, Leiden, Koninklijke Brill, 2012, pp. 304-336.

<sup>5</sup> Véase al respecto von Bogdandy, Armin, “Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual”, en von Bogdandy, Armin et al. (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 3-23.

<sup>6</sup> Véase por ejemplo Baumann-Pauly, Dorothy y Posner, Michael, “Making the Business Case for Human Rights: An Assessment”, en Baumann-Pauly, Dorothy y Nolan, Justine (eds.), *Business and Human Rights. From Principles to Practice*, Nueva York, Routledge, 2016, pp.

humanos que no hacerlo. El ICCAL, al basarse en el respeto universal a los derechos humanos, es más compatible con la visión basada en que, aunque el respeto a los derechos humanos no fuera una ventaja económica, éste constituya una responsabilidad de los Estados.

Asimismo, según la interpretación del Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, CDESC), entre otros, los actores privados, especialmente las empresas, deben asegurarse de no impedir que el Estado cumpla con sus obligaciones en materia de derechos humanos, y deben ellas mismas respetar dichos derechos.<sup>7</sup>

Este capítulo reflexiona sobre la materia de empresas y derechos humanos, y sobre sus desafíos, oportunidades y tensiones a la luz de los conceptos clave que marcan el ICCAL. Indaga en el diálogo entre los distintos actores nacionales e internacionales acerca de la inclusión de grupos vulnerables (no solamente minoritarios) en el goce de los derechos humanos ante actividades empresariales. También se examina la “transformación real e incremental”<sup>8</sup> de las estructuras sociales y legales en las sociedades latinoamericanas, en el contexto de las políticas públicas en materia económica. Transversalmente, se da cuenta del rol que juega la participación y movilización de la sociedad civil en pos y alrededor de las causas de derechos humanos, tal y como reconocen varios trabajos fundamentales del ICCAL.<sup>9</sup>

---

11-21; Morrison, John, *The Business Case for Human Rights – Values, Expectations and Risk*, 28 de abril de 2011, disponible en: [http://www.ihrb.org/pdf/IHRB\\_Speech\\_2011\\_04\\_28\\_John\\_Morrison\\_The\\_Business\\_Case\\_for\\_Human\\_Rights.pdf](http://www.ihrb.org/pdf/IHRB_Speech_2011_04_28_John_Morrison_The_Business_Case_for_Human_Rights.pdf). Más escéptico, Addo, Michael, “The Mandate of the UN Working Group on Business and Human Rights Preliminary Thoughts”, en Cantú Rivera, Humberto (ed.), *The Special Procedures of the Human Rights Council: A Brief Look from the Inside and Perspectives from Outside*, Cambridge-Antwerp, Intersentia, 2015, pp. 97 y 98.

<sup>7</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 18, El Derecho al Trabajo (artículo 6)*, E/C.12/GC/18, 24 de noviembre de 2005, párr. 52; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 21, Derecho de toda persona a participar en la Vida Cultural (artículo 15, párr. 1 a, del Pacto Internacional de DESC)*, E/C.12/GC/21, 21 de diciembre de 2009, párr. 73. El Comité de Derechos Humanos no se refiere a obligaciones de las empresas, solo utiliza conceptos más amplios, como “privados” o “particulares”, y se refiere a la obligación del Estado de impedir que los particulares afecten derechos, sin decir en forma directa que las empresas están obligadas a respetarlos. Véase por ejemplo Comité de Derechos Humanos, *Observación General N° 18, No Discriminación*, 10 de noviembre de 1989, párr. 9; Comité de Derechos Humanos, *Observación General N° 28, La Igualdad de Derechos entre Hombres y Mujeres (artículo 3)*, CCPR/C/721/Rev.1/Add.10, 29 de marzo de 2000, párrs. 20 y 31; Comité de Derechos Humanos, *Observación General N° 34, artículo 19 – Libertad de Opinión y Libertad de Expresión*, CCPR/C/GC/34, 12 de septiembre de 2011, párr. 7. Esta lógica fue recogida, sin embargo, quitando la obligatoriedad, en el pilar II de los Principios Rectores.

<sup>8</sup> von Bogdandy, Armin, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, enero-junio de 2015, p. 20.

<sup>9</sup> Véase por ejemplo *ibidem*, p. 26.

## II. EL MARCO SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS EN LAS NACIONES UNIDAS Y EN LATINOAMÉRICA

Por segunda vez,<sup>10</sup> se ha intentado en las Naciones Unidas definir las responsabilidades empresariales respecto a los derechos humanos, y en 2011 fueron aprobados los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos.<sup>11</sup> Los Principios Rectores se dividen en tres pilares, la obligación del Estado de proteger de violaciones de derechos humanos por parte de las empresas (Pilar I); la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos (Pilar II) y la obligación/responsabilidad de proveer acceso a la justicia y mecanismos de solución de controversias (Pilar III), conformes con los estándares de debido proceso definidos en el derecho internacional de los derechos humanos.

La obligación de proteger consiste principalmente en el deber del Estado de prevenir violaciones de los derechos humanos por parte de las empresas, mediante la regularización, la fiscalización y las sanciones, pero también mediante incentivos tributarios o requisitos para participar del sistema de compras públicas. Más específicamente, el Estado debe, por ejemplo, fijar límites de emisiones; regular el uso de aguas según los lineamientos del derecho internacional de los derechos humanos y del ambiente; regular la limpieza de sitios industriales una vez abandonados; y asegurar que los productos de consumo no dañen la salud de las personas y que en la cadena de suministro no haya violaciones a los derechos humanos, especialmente trabajo infantil, trabajo forzado, violencia o graves daños ambientales o a los derechos laborales.<sup>12</sup> Otras obligaciones procesales estrechamente relacionadas consisten en proveer acceso a la información pública y garantizar

---

<sup>10</sup> En 2003, un borrador no obtuvo aprobación de la entonces Comisión de Derechos Humanos. Véase Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, *Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos*, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 26 de agosto de 2003.

<sup>11</sup> Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"*, A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011.

<sup>12</sup> Véase por ejemplo las distintas contribuciones en Deva, Surya y Bilchitz, David (eds.), *The Human Rights...*, cit.

el derecho a la participación en el proceso de toma de decisiones,<sup>13</sup> así como el acceso a la justicia.<sup>14</sup>

Tal y como se explica más en adelante, de las empresas se espera que respeten los derechos humanos y que ejerzan la debida diligencia empresarial. Esto implica que las empresas adopten una política de derechos humanos, procedan a evaluar los riesgos e impactos que generan sus actividades en materia de derechos humanos, y actúen previniendo, o de no ser esto posible, mitigando los impactos de sus actividades sobre los derechos humanos; además, deben proveer mecanismos de queja y de *whistleblowing*, publicar anualmente información sobre su impacto negativo y positivo en relación a estos derechos y sobre las medidas de prevención y mitigación, así como establecer mecanismos de reparación e indemnización.<sup>15</sup>

En el ámbito institucional, el Consejo de Derechos Humanos ha creado un Grupo de Trabajo que está a cargo de promover y facilitar la implementación de los Principios Rectores entre Estados y empresas.<sup>16</sup> Ha implementado su mandato a través de la promoción de Planes de Acción Nacional y otras herramientas políticas.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Derechos Humanos y Acceso a la Información Pública, Serie Cuadernos de Temas Emergentes*, Santiago de Chile, 2012, p. 30, disponible en: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/315/info-publica.pdf?sequence=1>; Bani-sar, David *et al.*, “Moving from Principles to Rights: Rio 2012 and Access to Information, Public Participation, and Justice”, *Sustainable Development Law & Policy*, vol. 12, núm. 3, 2012, pp. 8-14. Véase también las siguientes guías de participación ciudadana en OECD, “Focus on Citizens: Public Engagement for Better Policy and Services”, *OECD Studies on Public Engagement*, 2009, pp. 321 y ss., en la página 17 indica principios, disponible en: <http://www19.iadb.org/intal/intalcdi/pe/2009/03785.pdf>; World Bank Group, *Strategic Framework for Mainstreaming Citizen Engagement in World Bank Group Operations*, Washington, D. C., 2014, pp. 181 y ss., disponible en: <http://consultations.worldbank.org/Data/hub/files/consultation-template/engaging-citizens-improved-resultsopenconsultationtemplate/materials/finalstrategicframeworkforce.pdf>.

<sup>14</sup> Véase por ejemplo Zerk, Jennifer, *Corporate Liability for Gross Human Rights Abuses. Towards a Fairer and More Effective System of Domestic Law Remedies*, Report prepared for the Office of the UN High Commissioner for Human Rights, 2014.

<sup>15</sup> Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *op. cit.*, Principios Rectores 11-18.

<sup>16</sup> Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Resolución 17/4, Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/RES/17/4, 6 de julio de 2011, párr. 6; Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Resolución 26/22, Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/RES/26/22, 15 de julio de 2014, párr. 10.

<sup>17</sup> Véase Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Resolución 26/22...*, *cit.*

1. *¿Qué obligaciones le competen al Estado con relación a las empresas y los derechos humanos?*<sup>18</sup>

El Estado tiene obligaciones (en general, justiciables) en materia de empresas y derechos humanos. Estas obligaciones no emanan de los Principios Rectores, sino de los tratados de derechos humanos que el Estado ha ratificado, así como de la costumbre internacional. Seguidamente se recogen algunas obligaciones generales que competen al Estado, independientemente del sector productivo, del tamaño de la empresa, o de quienes sean los dueños de la empresa (personas naturales, otras personas jurídicas, o el propio Estado). Las obligaciones tienen un enfoque específico para cada derecho, que por motivos de espacio no se puede desarrollar aquí.<sup>19</sup>

Cuando el derecho internacional de los derechos humanos establece que los Estados deben garantizar los derechos consagrados en los tratados que han ratificado, abarca esta obligación también su efecto horizontal. Consiste principalmente en la obligación de los Estados de regular, fiscalizar y proveer acceso eficaz a la justicia y reparación para afectaciones a los derechos humanos entre actores privados. Ante la inactividad del Estado, o ante su complicidad, éstas se convertirían en violaciones de los derechos humanos atribuibles al Estado. En este sentido, la obligación del Estado tiene una faceta preventiva —muchas veces subestimada—<sup>20</sup> y una reparatoria, para el caso de que un actor privado viole los derechos de otro.<sup>21</sup> Se aplican los criterios de la debida diligencia estatal para definir si el Estado cumplió con

---

<sup>18</sup> Parte de esta sección se basa en una investigación anterior publicada en Araya, Fernando *et al.*, “Empresas y derechos humanos. Algunos resultados de una línea base para Chile”, en Vial, Tomás (ed.), *Informe anual sobre derechos humanos en Chile*, Santiago de Chile, Ediciones UDP, 2016, pp. 123-171.

<sup>19</sup> Véase en parte Pisillo Mazzeschi, Ricardo, *Responsabilité de l'état pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 333, Boston-Leiden, Brill, 2008, pp. 175-506.

<sup>20</sup> Pero véase por ejemplo De Sena, Pasquale, “Responsabilité internationale et prévention des violations des droits de l'homme”, en Décaux, Emmanuel y Touzé, Sébastien, *La Prévention des Violations des Droits de l'Homme. Actes du colloque des 13 et 14 juin 2013*, París, Pédone, 2013, pp. 36-56, así como Ebert, Franz Christian y Sijnienski, Romina, “Preventing Violations of the Right to Life in the European and the Inter-American Human Rights Systems: From the Osman Test to a Coherent Doctrine on Risk Prevention?”, *Human Rights Law Review*, vol. 15, núm. 2, 2015, pp. 343-368.

<sup>21</sup> En general véase Clapham, Andrew, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006; Muchlinski, Peter, *Multinational Corporations and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

sus obligaciones.<sup>22</sup> Esta lógica ha sido desarrollada con consistencia y sin mayores divergencias por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y los órganos de supervisión de los tratados de la ONU.<sup>23</sup> Extender esta lógica a la regulación de actores empresariales no ha sido una sorpresa, y de hecho se ha desarrollado sin mayor oposición doctrinal.<sup>24</sup>

Los Principios Rectores identifican, con un enfoque preventivo, varias áreas de especial sensibilidad para esta regulación de actividades económicas. Mencionan, aunque en lenguaje débil, las actividades extraterritoriales de empresas que están domiciliadas en el Estado en cuestión (Principio Rector 2); la regulación sectorial y transversal de actividades empresariales, y la adopción de políticas públicas para garantizar los derechos humanos (Principios Rectores 1 y 3). Entre estas se encuentran la regulación ambiental, laboral, de salud y seguridad en el trabajo, del uso de los recursos naturales, de la no discriminación, o de propiedad, tierras y territorios; la regulación de las empresas estatales (Principio Rector 4) y la de todos los servicios privatizados (Principio Rector 5), especialmente los que corresponden a la provisión de algún derecho humano en particular, como el derecho humano al más alto nivel de disfrute de salud física y mental. También destacan el respeto a los derechos humanos en las actividades comerciales del Estado, por ejemplo, las compras públicas (Principio Rector 6); el manejo de conflictos armados o sociales (Principio Rector 7); la adopción de políticas públicas que promuevan y posibiliten el respeto empresarial a los derechos humanos (Principio Rector 8), incluyendo la planificación territorial, la coordinación entre órganos y ministerios, pero también la política tributaria, la política de libre competencia y las políticas sectoriales como la energética, minera o pesquera, así como la incorporación de los estándares de derechos humanos en sus políticas de libre comercio y tratados de inversiones (Principio Rector 9). En ese contexto, el Estado debe adecuar también la regulación que emana desde el DEI, en la medida en que los Estados pueden influenciar su creación y negociación y en que no pueden contraer obligaciones que les impidan proteger los derechos

---

<sup>22</sup> Pisillo Mazzeschi, Ricardo, *op. cit.*; Kulesza, Joanna, *Due Diligence in International Law*, Leiden, Brill Nijhoff, 2016.

<sup>23</sup> Para una crítica al desarrollo de los conceptos en el TEDH, véase Ebert, Franz Christian y Sijnienski, Romina, *op. cit.*

<sup>24</sup> Para la posición mayoritaria, véase por ejemplo Clapham, Andrew, *op. cit.*; pero véase Pisillo Mazzeschi, Ricardo, *op. cit.*, que no está convencido de todos los elementos construidos por parte de los órganos de tratados.

humanos, siendo ellos los únicos sujetos plenos en el derecho internacional y los principales actores del proceso legislativo.<sup>25</sup>

Por ejemplo, en el caso *Sawhoyamaxa v. Paraguay*, la Corte IDH fue clara en señalar “que la aplicación de acuerdos comerciales bilaterales no justifica el incumplimiento de las obligaciones estatales emanadas de la Convención Americana; por el contrario, su aplicación debe ser siempre compatible con la Convención Americana, tratado multilateral de derechos humanos dotado de especificidad propia, que genera derechos a favor de individuos y no depende enteramente de la reciprocidad de los Estados”.<sup>26</sup> Esto no desconoce que varias situaciones de impactos negativos a gran escala, como la catástrofe del Río Doce en Brasil<sup>27</sup> o la contaminación masiva de la Bahía de Quintero-Puchuncaví en Chile,<sup>28</sup> se deben entera o parcialmente a la actuación de empresas estatales y no de empresas privadas que se acogen al DEI.

Finalmente, se consideran los mecanismos ordinarios o alternativos de acceso a la justicia en igualdad de condiciones para personas que sienten que sus derechos humanos han sido violados por parte de una empresa (Principios Rectores 25-27 y 31). Muchas veces se impide el acceso a la justicia por violaciones de derechos humanos por parte de actores empresariales, que quedan impunes por la falta de definición de los derechos; por

---

<sup>25</sup> Pero véase sobre *law-making* por parte de otros actores, por ejemplo, Arcari, Maurizio y Balmond, Louis (eds.), *Diversification des acteurs et dynamique normative en droit international*, Nápoles, Editionale Scientifica, 2013. En cuanto a la influencia de las empresas transnacionales, se destaca principalmente la influencia de los árbitros en Eberhardt, Pia y Olivet, Cecilia, *Profiting from Injustice*, 2012, disponible en: <https://corporateurope.org/trade/2012/11/chapter-4-who-guards-guardians-conflicting-interests-investment-arbitrators>.

<sup>26</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C, No. 146, párr. 140. Véase también casos similares: *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C, No. 125; *Caso Comunidad Indígena Xakmok Kásek v. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C, No. 214.

<sup>27</sup> Véase por ejemplo Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Brazilian Mine Disaster: “This is Not the Time for Defensive Posturing” – UN rights experts*, 25 de junio de 2015, disponible en: <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16803&LangID=E>; Conectas Human Rights et al., *The Impacts of the Brazilian Development Model on Human Rights and the Environment*, 2016, disponible en: <http://rpbrasil.org/wp-content/uploads/2016/10/Modelo-de-Desenvolvimento-Meio-Ambiente-Conectas-ISA-Relatoria-Povos-Ind%C3%ADgenas-Plataforma-DHesca.pdf>.

<sup>28</sup> Hervé, Dominique y Schönsteiner, Judith, “Violaciones a los derechos humanos y medioambiente en Puchuncaví-Ventanas”, en Coddou, Alberto (ed.), *Informe anual sobre derechos humanos en Chile*, 2012, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 131-161.

falta de ayuda legal, pero también por amenazas;<sup>29</sup> por corrupción,<sup>30</sup> y por otras causas.<sup>31</sup>

En general, uno de los puntos más relevantes para el cumplimiento de las obligaciones estatales en materia de empresas y derechos humanos es, tomando como ejemplo un mapeo que elaboró la autora sobre la actividad empresarial y los derechos humanos en Chile, la falta de regulación para la prevención del impacto negativo de dichas actividades. Por ejemplo, la falta de planificación territorial que implica la generación de “zonas de sacrificio” donde a pesar de la presencia de ecosistemas frágiles o asentamientos humanos no se impide la instalación de industrias peligrosas y contaminantes. Otro aspecto relevante atañe a la insuficiente fiscalización, cuando ésta carece de financiamiento y, por tanto, no puede actuar con la suficiente cobertura territorial para ser preventiva. En casos más graves, además, el fiscalizador debe apoyarse en la colaboración logística de las empresas, lo que le resta independencia. Por otro lado existen barreras en el acceso a la justicia, especialmente por la ausencia de asistencia jurídica gratuita para casos relacionados con empresas y derechos humanos.<sup>32</sup>

## 2. Las responsabilidades empresariales

Parecería útil, para determinar más concretamente cómo implementar las obligaciones del Estado en la materia, definir con suficiente precisión las “responsabilidades empresariales” que los Estados deben incentivar y ayudar a implementar. En este sentido, los tres pilares de los Principios Rectores están claramente entrelazados. Además, se evidencia que el segundo pilar de los Principios Rectores excede a lo que comúnmente denominamos

---

<sup>29</sup> CIDH, *Criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/IL, Documento 49/15, 31 de diciembre de 2015, párr. 163 y ss.; *Los riesgos a que se enfrentan determinados grupos de defensores de los derechos humanos: los periodistas y profesionales de los medios de información, los defensores que se dedican a cuestiones ambientales y relativas a la tierra y los que defienden los derechos de los jóvenes y los estudiantes*, Informe de Margaret Sekaggya, Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, A/HRC/19/55, 21 de diciembre de 2011.

<sup>30</sup> Véase Peters, Anne, “Korruption und Menschenrechte”, *Juristenzeitung*, 71, 2016, pp. 217-227; Zalaquett, José, “Transparencia, rendición de cuentas y lucha contra la corrupción en América. Informe de la Reunión Regional que tuvo lugar en Santiago de Chile entre el 3 y el 5 de diciembre de 2004”, Santiago, Universidad de Chile, 2005, 151 pp.

<sup>31</sup> Véase en general Zerk, Jennifer, *Corporate Liability...*, *op. cit.*

<sup>32</sup> Véase Schönsteiner, Judith *et al.*, *Estudio de línea base sobre empresas y derechos humanos*, Chile, 2016, disponible en: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/index.php/quienes-somos?layout=edit&id=157>.

responsabilidad social empresarial (RSE): hay varias “responsabilidades” a nivel internacional que corresponden, a nivel nacional, a obligaciones de las empresas en virtud de la regulación doméstica. Recaen en este ámbito, por ejemplo, medidas sobre medio ambiente, seguridad laboral, o consulta libre, previa e informada a los pueblos indígenas. La RSE es de carácter filantrópico y voluntario. Además, la RSE no se centra en los impactos que tienen las actividades propias de la empresa en los derechos humanos de las personas, ya sean trabajadores o comunidades.<sup>33</sup>

No se suelen reconocer en el derecho internacional, sin embargo, obligaciones empresariales directas, ya sean económicas, ambientales, o en materia de derechos humanos. Ello se debe a que el derecho hasta ahora desconoce que las empresas sean sujetos de derecho internacional de pleno derecho —y de plenos deberes—. <sup>34</sup> No hay responsabilidad penal internacional alguna de personas jurídicas, incluso si hubieran participado, por ejemplo, en el crimen de genocidio. Solo podría existir responsabilidad penal por crímenes internacionales de los gerentes de empresas, a título individual.<sup>35</sup> El reconocimiento de deberes explícitos de las empresas transnacionales juega también un rol en el trabajo de negociación y redacción de un borrador de tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos, en el marco del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.<sup>36</sup> En la doctrina, se ha argumentado de manera convincente que estas obligaciones existen.<sup>37</sup>

Los Principios Rectores requieren de las empresas que respeten los derechos humanos (Principio Rector 11), abarcando “como mínimo” los de la Carta de los Derechos Humanos (PIDESC, PIDCP y Declaración Universal) y la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (Principio Rector 12). Para ello, deben evitar consecuencias

---

<sup>33</sup> López-Francos de Busturia, Andrea, *Derechos humanos, empresas transnacionales y responsabilidad social empresarial*, Madrid, Berg Institute, 2015, pp. 113-154.

<sup>34</sup> Para el estado del debate, véase Letnar, Jerzej y Van Ho, Tara (eds.), *Human Rights and Business: Direct Corporate Accountability for Human Rights*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2015.

<sup>35</sup> Véase por ejemplo Plomp, Caspar, “Aiding and Abetting: The Responsibility of Business Leaders under the Rome Statute of the International Criminal Court”, *Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 30, núm. 79, pp. 4-29; van der Wilt, Harmen, “Corporate Criminal Responsibility for International Crimes: Exploring the Possibilities”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 12, núm. 1, pp. 43-77.

<sup>36</sup> Información actualizada sobre las negociaciones del tratado se encuentra en <https://business-humanrights.org/en/about-us/blog/debate-the-treaty>. Véase también al respecto la contribución de Douglass Cassel en este volumen.

<sup>37</sup> Véase por ejemplo Cantú Rivera, Humberto, “Los desafíos de la globalización: reflexiones sobre la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos”, en Cantú Rivera, Humberto (ed.), *Derechos humanos y empresas. Reflexiones desde América Latina*, San José, IIDH, 2017, pp. 37-86.

negativas de sus operaciones en el goce de los derechos humanos y prevenir su impacto (Principio Rector 13). En concreto, y con el afán de lograr ese compromiso, deben adoptar las siguientes políticas empresariales:

Para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias, a saber: a) Un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos; b) Un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos; c) Unos procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar.<sup>38</sup>

La debida diligencia empresarial abarca, más específicamente, la evaluación del impacto y el riesgo de una cierta inversión u operación empresarial en relación a los derechos humanos,<sup>39</sup> y debe ser un proceso continuo (Principio Rector 17, especialmente apartados a y c). La evaluación de impactos y riesgos debe incluir consulta a expertos y, aparte, consultas con las comunidades potencialmente afectadas (Principio Rector 18). El Consejo Internacional sobre Minería y Metales (ICMM), por ejemplo, recogió este principio en una iniciativa de autorregulación, editando guías sobre debida diligencia y sobre consulta indígena,<sup>40</sup> que deben ser usadas por los miembros del Consejo.

Existen hoy múltiples iniciativas mundiales y también regionales en relación a la autorregulación. Desde el sector financiero privado, un ejemplo son los *Equator Principles*.<sup>41</sup> Existen también iniciativas relacionadas con el

---

<sup>38</sup> Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, *op. cit.*, Principio Rector 15.

<sup>39</sup> Sobre las distintas herramientas para ello, véase por ejemplo Danish Institute of Human Rights, *Human Rights Impact Assessment Guidance and Toolbox*, disponible en: <http://www.humanrights.dk/business/tools/human-rights-impact-assessment-guidance-and-toolbox>, o también Centro Internacional de Derechos Humanos y Desarrollo Democrático, *Rights and Democracy: Getting it Right*, disponible en: <http://hria.equalit.ie>.

<sup>40</sup> Consejo Internacional de Minería y Metales, *Derechos humanos en la industria de minería y metales: la integración de la diligencia debida de derechos humanos en los procesos de gestión de riesgos corporativos*, 2012, disponible en: <https://www.icmm.com/website/publications/pdfs/social-and-economic-development/3308.pdf>; Consejo Internacional de Minería y Metales, *Los pueblos indígenas y la minería*, 2013, disponible en: [http://infoindigena.servindi.org/images/Publicaciones\\_generales/Mineria/Indigenous-Peoples-and-Mining-Position-Statement-Spanish.pdf](http://infoindigena.servindi.org/images/Publicaciones_generales/Mineria/Indigenous-Peoples-and-Mining-Position-Statement-Spanish.pdf).

<sup>41</sup> Véase específicamente <http://www.equator-principles.com/index.php/members-and-reporting>. Para una discusión al respecto véase por ejemplo Riegner, Michael, “The Equator Principles on Sustainable Finance Assessed from a Critical Development and Third World Perspective”, *Transnational Legal Theory*, vol. 5, núm. 3, 2014, pp. 489-510.

comportamiento de los consumidores, aunque de muy variada calidad, como los sellos de comercio justo.<sup>42</sup> Como último ejemplo, se pueden mencionar las iniciativas del Pacto Global, que consisten en una declaración básica y poco exigente de compromiso —una primera “puerta de entrada” al tema— y los estándares de informes sobre sostenibilidad de la *Global Reporting Initiative*, que para poder usar el logo de la iniciativa requieren publicar cierto tipo de información sobre impacto social y ambiental de la empresa.<sup>43</sup> Sin embargo, la verificación de la información no se hace sobre el terreno; es suficiente un informe de auditoría de documentos.

Del mismo modo, la Corporación Financiera Internacional (International Finance Corporation [CFI]) aprobó instrumentos que abordan temas relacionados con los derechos humanos y que prevén un proceso de debida diligencia.<sup>44</sup> Sin embargo, a pesar de la existencia de un mecanismo de mediación respecto a las normas aplicables a la CFI, la actuación del Asesor en Cumplimiento/Ombudsman cuenta con los límites usuales de los mecanismos voluntarios.<sup>45</sup> Además, no hay normas de derechos humanos que éste deba supervisar, a pesar de que los estándares sociales y ambientales podrían reflejar en algunas instancias medidas que también protegen a los derechos humanos, como por ejemplo medidas de limitación a la contaminación, las cuales previenen, indirectamente, violaciones al derecho a la salud.

---

<sup>42</sup> Hay sellos con base en estándares industriales; sin embargo, solamente la certificación independiente parece garantizar el cumplimiento de los estándares sociales, laborales, o ambientales que se declaran. Véase por ejemplo <http://www.flocert.net>; White, Lara y Marsh, Lauren, “Approaches in Promoting Fair and Ethical International Labour Recruitment”, en Beke, Laura *et al.* (eds.), *Protecting Labour Rights in a Multi-Polar Supply Chain and Mobile Global Economy*, La Haya, Kluwer Law International, 2015, pp. 49-72.

<sup>43</sup> Véase <https://www.globalreporting.org/Pages/default.aspx>.

<sup>44</sup> International Finance Corporation, *IFC Performance Standards on Environmental and Social Sustainability*, 2012, disponible en: [https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/c8f524004a73daeca09afdf998895a12/IFC\\_Performance\\_Standards.pdf?MOD=AJPERES](https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/c8f524004a73daeca09afdf998895a12/IFC_Performance_Standards.pdf?MOD=AJPERES); y Equator Principles Association, *Principios Equator III*, 2013, disponible en: [http://equator-principles.com/wp-content/uploads/2017/03/equator\\_principles\\_III.pdf](http://equator-principles.com/wp-content/uploads/2017/03/equator_principles_III.pdf). Un mecanismo casi idéntico fue adoptado por la organización hermana de la CFI, el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones: Multilateral Investment Guarantee Agency, *Performance Standards on Environmental and Social Sustainability*, 2013, disponible en: [https://www.miga.org/documents/performance\\_standards\\_env\\_and\\_social\\_sustainability.pdf](https://www.miga.org/documents/performance_standards_env_and_social_sustainability.pdf).

<sup>45</sup> Balaton-Chrimes, Samantha y MacDonald, Kate, *The Compliance Advisor Ombudsman for IFC/MIGA*, Corporate Accountability Research 2016, pp. 6 y 12, entre otras, disponible en: <http://corporateaccountabilityresearch.net/njm-report-xvii-cao>. Véase diferentes puntos de vista sobre el IFC, por ejemplo, en Wendt, Karen, *Risk Management Frameworks, Sustainable Financial Innovation and Soft law Standards*, Berlín, Heidelberg, Springer, 2015.

### 3. *Iniciativas específicas en la Organización de los Estados Americanos y en Latinoamérica*

Mientras la Comisión y Corte Interamericanas ya han informado y fallado sobre violaciones de derechos humanos en contextos económicos desde hace más de dos décadas,<sup>46</sup> y han desarrollado una importante jurisprudencia especialmente en asuntos de territorios indígenas afectados por proyectos de inversión,<sup>47</sup> no ha sido hasta 2015 que la Corte IDH ha recogido explícitamente el concepto de empresas y derechos humanos, refiriéndose a los Principios Rectores en el caso *Kaliña Lokono vs. Surinam*, al indicar “que las empresas deben actuar de conformidad con el respeto y la protección de los derechos humanos, así como prevenir, mitigar y hacerse responsables por las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos”.<sup>48</sup> La Corte IDH siguió, sin embargo, enfatizando el deber de protección del Estado, que es el que se encuentra bajo su jurisdicción.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha convocado, desde hace muchos años, audiencias sobre la temática.<sup>49</sup> En 2015, la CIDH publicó además su primer informe que trata explícitamente el tema de las empresas y los derechos humanos. El informe hace un análisis detallado de lo que significan las obligaciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en contextos de actividades empresariales,

---

<sup>46</sup> Los primeros casos usualmente considerados en la materia son CIDH, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo contra Belice*, Caso 12.053, Informe N° 40/04, 12 de octubre de 2004; CIDH, *Mercedes Julia Huentao Beroiza contra Chile*, Petición 4617/02, Solución Amistosa, Informe N° 30/04, 11 de marzo de 2004; Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79; Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yákye Axa v. Paraguay*, *op. cit.*

<sup>47</sup> Son emblemáticos los casos Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172; Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay*, *op. cit.*; Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay*, *op. cit.*; Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245.

<sup>48</sup> Corte IDH, *Caso Pueblos Kaliña y Lokono v. Surinam*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2015, Serie C No. 309, párr. 224.

<sup>49</sup> Véase por ejemplo CIDH, *Audiencia “Impacto de las actividades de empresas mineras canadienses sobre los derechos humanos en América Latina”*, Participantes: Canadá, Justice and Corporate Accountability Project (JCAP), Halifax Initiative, Mining Watch Canada, 153 Período de Sesiones, 28 de octubre de 2014; CIDH, *Audiencia “Derechos humanos y calentamiento global”*, Participantes: Center for International and Environmental Law, Earthjustice, Sheila Watt-Cloutier, 127 Período de Sesiones, 1 de marzo de 2007.

incluyendo las actividades de empresas estatales.<sup>50</sup> El Sistema Interamericano ha podido recurrir, para resolver las cuestiones jurídicas planteadas por el impacto negativo de las empresas en materia de derechos humanos, a su vasta jurisprudencia sobre la responsabilidad indirecta del Estado de proteger de las actividades de actores privados, así como sobre el desarrollo del concepto de debida diligencia.<sup>51</sup> Otra área en la que la Corte IDH ha definido estándares de derechos humanos en relación a actividades empresariales es el rubro de servicios de salud, donde destacó la responsabilidad directa del Estado en casos en los que ha privatizado ciertos servicios.<sup>52</sup>

También la Asamblea General de la OEA ha participado, desde hace algunos años, en el diálogo sobre empresas y derechos humanos. Así, ha adoptado dos resoluciones promovidas por Chile sobre la temática, una primera en 2014 promoviendo los Planes de Acción Nacional en materia de empresas y derechos humanos,<sup>53</sup> y una segunda en 2016, encargando a la CIDH un estudio de los estándares internacionales,<sup>54</sup> y al Comité Jurídico de la OEA un informe de buenas prácticas.<sup>55</sup> Ambos encargos están explícitamente sujetos a la disponibilidad presupuestaria,<sup>56</sup> lo que usualmente no se reitera en las resoluciones de este órgano.

Más allá del Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos,<sup>57</sup> son principalmente una asociación de actores de la sociedad civil —el *International Corporate Accountability Roundtable*— y una institución nacional de derechos humanos —el *Danish Institute of Human Rights*— quienes promueven

---

<sup>50</sup> CIDH, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, 31 de diciembre de 2015.

<sup>51</sup> Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C No. 1, párr. 172. Véase para una sistematización del desarrollo jurisprudencial posterior en la materia CIDH, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales...*, *cit.*, párrs. 40 y 65.

<sup>52</sup> Por ejemplo, Corte IDH, *Caso Ximenes López v. Brasil*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149.

<sup>53</sup> Organización de los Estados Americanos, *Promoción y protección de los derechos humanos en el ámbito empresarial*, Resolución AG/RES. 2840 (XLIV-O/14), 4 de junio de 2014, párr. 3. Para una visión panorámica, véase <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>.

<sup>54</sup> OEA, *Promoción y Protección de los Derechos Humanos*, Resolución AG/RES. 2887 (XLVI-O/16), 2016, párr. ii.4.

<sup>55</sup> *Ibidem*, párrs. ii.4 y iii.3.

<sup>56</sup> *Ibidem*, párr. ii.4.

<sup>57</sup> Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, *Guidance on National Action Plans on Business and Human Rights*, 2016, disponible en: [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/UNWG\\_NAPGuidance.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/UNWG_NAPGuidance.pdf).

la adopción de planes nacionales y apoyan su elaboración.<sup>58</sup> En Latinoamérica, Colombia era el primer país en contar con un Plan de Acción Nacional; no obstante, el proceso fue juzgado deficiente por la ausencia de un Estudio Línea Base (*Baseline Study*) que hubiera permitido identificar las principales brechas de cumplimiento (*compliance gaps*) en materia de empresas y derechos humanos.<sup>59</sup> En Chile, el gobierno optó por un proceso en distintas etapas, incluyendo un Estudio Línea Base sobre Empresas y Derechos Humanos,<sup>60</sup> y una fase de consultas con distintas partes interesadas en 2016.<sup>61</sup> También se elaboró un estudio sobre las mencionadas brechas a nivel nacional en México,<sup>62</sup> y en Estados Unidos.<sup>63</sup> Los Estados vinculan, en su mayoría, las medidas de los Planes de Acción Nacional de empresas y derechos humanos a la adopción de la agenda 2030.<sup>64</sup>

Como muestra el ejemplo chileno, el diálogo para la elaboración de un Plan de Acción Nacional, pese a ser eminentemente doméstico, se desarrolla en un escenario multinivel:<sup>65</sup> de esta manera, en un ámbito no-judicial, se recogen los estándares contenidos en resoluciones internacionales y

---

<sup>58</sup> Véase International Corporate Accountability Roundtable (ICAR)/Danish Institute for Human Rights (DIHR), *National Action Plans on Business and Human Rights: A Toolkit for the Development, Implementation, and Review of State Commitments to Business and Human Rights Frameworks*, disponible en: <https://static1.squarespace.com/static/583f3fca725e25fcd45aa446/t/5865d59fe6f2e17f4f0cb629/1483068841826/DIHR-ICAR-National-Action-Plans-NAPs-Report3.pdf>.

<sup>59</sup> Véase Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, *Colombia Avanza. Plan de Acción de Empresas y Derechos Humanos*, 2014, disponible en: [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/PNA\\_Colombia\\_9dic.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/PNA_Colombia_9dic.pdf).

<sup>60</sup> Encargado por el DIHR a la autora de este artículo en 2015 y finalizado en 2016, véase Schönsteiner, Judith *et al.*, *op. cit.*

<sup>61</sup> Para un análisis del proceso, véase Araya *et al.*, *Informe Anual 2016*, *op. cit.*

<sup>62</sup> Project Poder, *Diagnóstico de Línea Base para la Implementación de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de la ONU en México*, disponible en: <https://www.projectpoder.org/wp-content/uploads/2017/02/Libro-DiagnosticoLineaBase-WEB.pdf>.

<sup>63</sup> Para una evaluación del Plan de Acción y del proceso de elaboración, véase ICAR, *Assessment of the United States National Action Plan (NAP) on Responsible Business Conduct*, 2017, disponible en: <https://static1.squarespace.com/static/583f3fca725e25fcd45aa446/t/58da9da11b10e3e2a234983c/1490722210495/US+NAP+assessment+FINAL.pdf>.

<sup>64</sup> Véase por ejemplo *Borrador del Plan de Acción de Derechos Humanos y Empresas de Chile*, 20 de marzo de 2017, pp. 12-15, disponible en: [https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/extraccion\\_recursos\\_naturales/GOBIERNO%20DE%20CHILE.%202017.%20Borrador%20Plan%20de%20Acci%C3%B3n%20Nacional%20de%20DD.HH.%20y%20Empresas%20de%20Chile.pdf](https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/extraccion_recursos_naturales/GOBIERNO%20DE%20CHILE.%202017.%20Borrador%20Plan%20de%20Acci%C3%B3n%20Nacional%20de%20DD.HH.%20y%20Empresas%20de%20Chile.pdf). Véase en general De Felice, Damiano y Graf, Andreas, “The Potential of National Action Plans to Implement Human Rights Norms: An Early Assessment with Respect to the UN Guiding Principles on Business and Human Rights”, *Journal of Human Rights Practice*, vol. 7, núm. 1, 2015, pp. 40-71.

<sup>65</sup> Véase por ejemplo Acosta, Paola, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel*, Universidad Externado de Colombia, 2015.

regionales,<sup>66</sup> que antes fueron promovidas en estos foros por distintos actores nacionales. Por otro lado, las resoluciones sobre empresas y derechos humanos en la OEA fueron promovidas por el Ministerio de Relaciones Exteriores chileno, mientras distintos actores de la sociedad civil latinoamericana han estado haciendo una labor de incidencia por muchos años en espacios nacionales, en el Sistema Interamericano y en la ONU, para lograr la rendición de cuentas (*accountability*) de Estados y empresas por violaciones en el contexto de proyectos de inversión. En la elaboración del Plan de Acción Nacional en Chile y en México participaron distintos ministerios, organizaciones de la sociedad civil, gremios, y pueblos indígenas.<sup>67</sup>

Es fundamental cómo estos planes de acción se insertan en la agenda política de medio y largo plazo, ya que los compromisos internacionales en materia de derechos humanos seguirán vigentes y requieren cumplimiento. Así, por ejemplo, el Plan de Acción Nacional chileno contiene un mecanismo de seguimiento que incluye la creación de indicadores para la constante evaluación del mismo.<sup>68</sup> El primer Plan Nacional de Derechos Humanos de Chile, publicado el 22 de diciembre de 2017, contiene un capítulo de empresas y derechos humanos que recoge varias de las medidas previstas en el Plan de Acción, especialmente medidas relacionadas con la política económica exterior y los tratados internacionales económicos, la planificación energética, y las compras públicas.<sup>69</sup> Además, dichas medidas quedan sujetas a un, en principio, robusto mecanismo de seguimiento a cargo del Instituto Nacional de Derechos Humanos, un organismo estatal independiente, con participación por parte de la sociedad civil.<sup>70</sup> Especialmente interesante para efectos del presente análisis es el vínculo explícito que el Plan establece

---

<sup>66</sup> Véase Ahumada, Orielle *et al.*, *Matriz de Normas Internacional del Trabajo Vigentes en Chile*, 2015, disponible en: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/images/empresaddhh/Ahumada%20Matriz%20Est%20C3%A1ndares%20OIT%2027.5.2016.pdf>; Schönsteiner, Judith *et al.*, *Matriz de derecho internacional de los derechos humanos en materia de empresas y derechos humanos vigentes en Chile*, 2015, disponible en: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/images/empresaddhh/Sch%20C3%B6nsteiner%20Matriz%20Est%20C3%A1ndares%20ONU%20SIA%2027.5.2016.pdf>.

<sup>67</sup> Véase Ministerio de Relaciones Exteriores *et al.*, *Informe sobre diálogos participativos sobre empresas y derechos humanos en Chile*, 2016, disponible en: [http://derechoshumanosyempresas.minrel.gob.cl/ddhh/site/artic/20150422/asocfile/20150422104019/informe\\_final\\_conjunto\\_de\\_talleres\\_dialogo\\_chile\\_julio\\_2016.pdf](http://derechoshumanosyempresas.minrel.gob.cl/ddhh/site/artic/20150422/asocfile/20150422104019/informe_final_conjunto_de_talleres_dialogo_chile_julio_2016.pdf).

<sup>68</sup> Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, *Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas en Chile*, 2017, disponible en: [http://www.minrel.gob.cl/minrel/site/artic/20170821/asocfile/20170821145507/plan\\_de\\_accio\\_n\\_nacional\\_de\\_derechos\\_humanos\\_y\\_empresas.pdf](http://www.minrel.gob.cl/minrel/site/artic/20170821/asocfile/20170821145507/plan_de_accio_n_nacional_de_derechos_humanos_y_empresas.pdf).

<sup>69</sup> Subsecretaría de Derechos Humanos, *Primer Plan Nacional de Derechos Humanos, 2018-2021*, 2017, pp. 256-263, disponible en: <http://www.planderechoshumanos.gob.cl>.

<sup>70</sup> *Ibidem*, pp. 265 y 266.

con las recomendaciones de órganos internacionales de derechos humanos y con los Objetivos de Desarrollo Sostenible, la Agenda 2030.

#### 4. *Otros actores: estándares del Banco Mundial y del Banco Interamericano de Desarrollo*

Las organizaciones internacionales monetarias y financieras aún no han cambiado su paradigma de funcionamiento; pero empiezan a referirse a temas sociales y ambientales. El Banco Mundial indica que tiene una política de derechos humanos;<sup>71</sup> sin embargo, ésta es poco eficaz, y como el relator especial sobre pobreza extrema ha concluido de manera lapidaria en relación con el Banco Mundial, no tiene efectos en la institución: en sus palabras, el Banco Mundial es “una zona libre de derechos humanos”.<sup>72</sup> Con un volumen de 8.200 millones de USD de préstamos a gobiernos latinoamericanos y caribeños en el año fiscal 2016,<sup>73</sup> la adopción de políticas de derechos humanos en esta institución de DEI podría adquirir un impacto considerable.<sup>74</sup>

El Banco Interamericano de Desarrollo no tiene política en materia de derechos humanos, sin embargo, tiene políticas operacionales en materias relevantes como derechos de los pueblos indígenas,<sup>75</sup> equidad de género, medioambiente, acceso a la información, o reasentamiento forzado.<sup>76</sup>

La política operacional sobre pueblos indígenas, por ejemplo, hace referencia a los principales tratados de derechos humanos, aunque no aplica decididamente una perspectiva de derechos humanos. Además, la política operacional de dicho Banco identifica a la jurisprudencia de la Corte IDH como una de las principales fuentes para la política operacional en relación

---

<sup>71</sup> Véase World Bank Group, *Statement on Policies, Accountability Mechanisms and Stakeholder Participation in WBG Projects*, 2015, disponible en: <http://www.worldbank.org/en/news/press-release/2015/06/22/world-bank-group-statement-on-policies-accountability-mechanisms-and-stakeholder-participation-in-wbg-projects>.

<sup>72</sup> Al respecto, el relator especial ha criticado fuertemente al Banco Mundial en 2015, véase Relator Especial de Naciones Unidas sobre derechos humanos y extrema pobreza, *Informe del relator especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos*, A/70/274, 4 de agosto de 2015, párr. 68.

<sup>73</sup> Banco Mundial, *América Latina y el Caribe. Panorama general*, 2016, disponible en: <http://www.bancomundial.org/es/region/lac/overview#3>.

<sup>74</sup> Véase también la contribución de Armin von Bogdandy y Franz Christian Ebert en este volumen.

<sup>75</sup> El análisis crítico de estas políticas ha sido publicado principalmente por actores de la sociedad civil, por ejemplo en: <http://www.wrm.org.uy/oldsite/bulletin/106/IDB.html>.

<sup>76</sup> Para un listado completo, véase <http://www.iadb.org/en/about-us/sector-policies.6194.html>.

a los pueblos indígenas.<sup>77</sup> El Banco cuenta además, desde el 2015, con un mecanismo de denuncias.<sup>78</sup>

### III. CONCEPTOS, CONVERGENCIAS Y TENSIONES: “EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS” Y EL ICCAL

Ante estos estándares e iniciativas se recurre al ICCAL para analizar conceptualmente algunos aspectos del área de las empresas y los derechos humanos. Se discutirá, especialmente, el diálogo entre distintos actores para garantizar los derechos humanos ante actividades empresariales; la no discriminación y la inclusión como conceptos claves del discurso de derechos humanos, tal y como se relaciona con el ICCAL; y la pregunta sobre cómo compatibilizar la idea de una “transformación real e incremental” con las obligaciones inmediatas que establece el derecho internacional de los derechos humanos en algunas situaciones. Además, también se pretende reflexionar brevemente sobre cuáles podrían ser los aspectos del ámbito de las empresas y los derechos humanos que corren el riesgo de recibir menos atención si se adopta, como perspectiva de análisis, el ICCAL en su desarrollo actual. Estas preguntas se hacen en un contexto de debate sobre la conformación de un *Ius Constitutionale Commune*,<sup>79</sup> por un lado, y sobre el orden constitucional económico que cada país se da, por el otro.<sup>80</sup>

#### 1. *El diálogo como elemento constitutivo para la comprensión y la implementación de los estándares sobre empresas y derechos humanos*

El ICCAL hasta el momento parece haberse centrado principalmente en el diálogo judicial, si bien nunca excluyó de su análisis otros ámbitos de diálogo

---

<sup>77</sup> Banco Interamericano de Desarrollo, *Operating Guidelines for Indigenous People Policy*, 2006, párr. 3.16, disponible en: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=1442307>.

<sup>78</sup> Véase <http://www.iadb.org/en/mici/mici,1752.html>.

<sup>79</sup> von Bogdandy, Armin, “*Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*. Una aclaración...”, *cit.*, p. 9; von Bogdandy, Armin *et al.*, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina. A Regional Approach to Transformative Constitutionalism*”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 6.

<sup>80</sup> Véase Couso, Javier, “The «Economic Constitutions» of Latin America: Between Free Markets and Socioeconomic Rights”, en Dixon, Rosalind y Ginsburg, Tom (eds.), *Comparative Constitutional Law in Latin America*, Cheltenham-Massachusetts, Edward Elgar, 2017, p. 343.

sobre el derecho internacional.<sup>81</sup> En materia de empresas y derechos humanos, una revisión de la jurisprudencia de los distintos tribunales a lo largo del continente podría indicarnos si y cómo la justicia constitucional y ordinaria ha recogido la aplicabilidad de los derechos humanos a la actividad empresarial —de la misma manera que arriba lo hicimos para la Corte IDH. Probablemente, se encontrarían pocas referencias explícitas —si las hubiere— a los Principios Rectores. Por lo tanto, un estudio exhaustivo y empíricamente más completo debería analizar el diálogo que se desarrolla entre los juzgados y los órganos de derecho internacional sobre el concepto de empresas y derechos humanos en general, incluyendo sus contenidos (más que sus términos). Además, debería mapear este diálogo entre otros actores. Aquí solo se buscará esbozar algunos elementos de este diálogo, a saber, entre distintas áreas de derecho doméstico; entre el derecho nacional y el internacional; y finalmente, entre actores judiciales y no-judiciales.

Primero, la materia de empresas y derechos humanos tiene un vínculo estrecho con otras áreas del derecho; en el ámbito de derecho público ciertamente con el derecho administrativo, pero también con muchas áreas de derecho privado como son el derecho corporativo, contractual, comercial, de libre competencia o de consumo. Estos vínculos no se pueden obviar cuando se conceptualiza el diálogo entre distintos actores nacionales e internacionales, como sugiere el ICCAL. En este sentido, se podría aprovechar la estructura conceptual del ICCAL para incorporar el análisis sobre el diálogo entre las distintas disciplinas del derecho, así como con el Poder Ejecutivo y, eventualmente, también los parlamentos, donde debiera ocurrir gran parte del desarrollo actual de la implementación de los Principios Rectores.

Segundo, estamos ante una aún mayor complejidad de los órdenes jurídicos nacionales e internacionales. El desarrollo normativo de ambas esferas en relación a las empresas y los derechos humanos aún se encuentra en su tierna infancia. A nivel internacional, aún sigue abierta la pregunta de cómo demandar a las empresas transnacionales que transgreden los derechos humanos. Entre otras cosas debido al hecho de que no se considera a las empresas transnacionales sujetos que tengan deberes en el derecho internacional, sino solo derechos,<sup>82</sup> no está definida la responsabilidad extraterritorial de los Estados por no regular o regular deficientemente las

---

<sup>81</sup> Góngora Mera, Manuel Eduardo, “Judicializando las desigualdades raciales en América Latina: un diálogo interamericano, Diálogo sobre diálogos jurisdiccionales”, en von Bogdandy, Armin *et al.* (eds.), *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.

<sup>82</sup> Letnar, Jerzej y Van Ho, Tara (eds.), *op. cit.*

actividades de las empresas que estén domiciliadas en sus territorios;<sup>83</sup> ni se definen las obligaciones en materia de cooperación bilateral o multilateral institucionalizada que sean necesarias para implementar la protección de los derechos humanos.

Al mismo tiempo, podría ser también que la creciente interacción entre el derecho corporativo y los derechos fundamentales en el nivel interno genere un mayor grado de comprensión conceptual, que podría reflejarse a nivel internacional y así ayudar a superar el desafío de la fragmentación del derecho internacional. Será un ámbito a estudiar en el futuro, y los conceptos acerca del “diálogo interamericano”<sup>84</sup> ciertamente serán de utilidad para describir y analizar los fenómenos que ocurran, especialmente porque el modelo dialógico y participativo permite dar cuenta de aprendizajes “en ambas direcciones”. En este sentido, se podría hablar de una reiteración en el tiempo de procesos que se pueden describir con el modelo de bumerán de Keck y Sikkink.<sup>85</sup>

Además, el diálogo tendrá también lugar entre tribunales de *distintos* Estados, ya que la creciente urgencia de preguntas sobre la aplicación extraterritorial de ciertos estándares obligará a los tribunales de los países de origen de una empresa a mirar con detalle la argumentación de sus colegas en los países donde ocurre la inversión.<sup>86</sup> Dicho sea de paso, el enfoque que los Principios Rectores sitúan en la prevención podría generar la necesidad y oportunidad de desarrollar estándares más precisos en la jurisprudencia o en las observaciones generales de los órganos de tratados de la ONU.<sup>87</sup>

---

<sup>83</sup> Véase entre otros Langford, Malcolm *et al.* (eds.), *Global Justice, State Duties: The Extraterritorial Scope of Economic, Social, and Cultural Rights in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; De Vylder, Helena, “The Territorial Scope of the American Convention on Human Rights”, *Inter-American and European Human Rights Journal*, vol. 7, 2014, pp. 204-224.

<sup>84</sup> Góngora Mera, Manuel Eduardo, *op. cit.*

<sup>85</sup> Keck, Margaret y Sikkink, Kathryn, *Activists Beyond Borders. Advocacy Networks in International Politics*, Ithaca, Cornell University Press, 1998. Véase también una actualización a la luz del desarrollo doctrinario, Keck, Margaret y Sikkink, Kathryn, “Transnational Advocacy Networks in International and Regional Politics”, en Frederickking, Brian y Diehl, Paul (eds.), *The Politics of Global Governance*, Boulder, Rienner, 2015.

<sup>86</sup> Para el debate sobre extraterritorialidad, que aquí no se puede profundizar, véase por ejemplo Milanovic, Marko, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2011, y Soboka, Takele, *The Extraterritorial Application of the Human Right to Water in Africa*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

<sup>87</sup> Aunque la jurisprudencia aún no se ha dedicado a discutir los estándares de prevención de manera más detallada, hay trabajo doctrinario reciente relevante en la materia. Véase especialmente Pisillo-Mazzeschi, Ricardo, *op. cit.*; De Sena, Pasquale, *op. cit.* Véase también Touzé, Sébastien, “La notion de prévention en droit international des droits de l’homme”, en Décaux, Emmanuel y Touzé, Sébastien (eds.), *La Prévention des Violations des*

Por último, como las herramientas de implementación de estándares en materia de empresas y derechos humanos son de los tres poderes, también participarán los actores involucrados en la administración y en el proceso legislativo. Además, deben participar en los diálogos pueblos indígenas, sindicatos, organizaciones de la sociedad civil, comunidades campesinas, pero también gremios empresariales, cámaras de comercio, aseguradoras, agencias de *rating*, bancos privados y públicos, organizaciones internacionales y financieras, etcétera.<sup>88</sup> Este diálogo se daría no solamente entre distintos actores, sino como un diálogo interdisciplinario entre la gestión de empresas, las finanzas y el derecho. Por ejemplo, los términos de *due diligence* y evaluación del riesgo son familiares en el mundo empresarial, con lo que se constituye un puente a través del cual los conceptos de derechos humanos “viajan”,<sup>89</sup> como diría Twining, y tienen el potencial de ser acogidos más fácilmente. En este sentido, el tema de empresas y derechos humanos permitirá y requerirá una ampliación y profundización del marco conceptual del ICCAL, al aplicar sus acervos teóricos más allá del diálogo judicial, extendiéndolo a actores que solo indirectamente, informalmente o incluso, en caso de tráfico de influencias, ilegalmente, participan del proceso legislativo.

## 2. *Inclusión social y no discriminación como elemento básico del enfoque sobre empresas y derechos humanos*

Una de las grandes contribuciones del derecho internacional de los derechos humanos es la prohibición de la discriminación —desde su expresión más cruda en el genocidio,<sup>90</sup> el apartheid<sup>91</sup> o la persecución violenta de quienes

---

*Droits de l'Homme. Actes du colloque des 13 et 14 juin 2013*, París, Pédone, 2013, pp. 19-36. Igualmente, Ebert, Franz Christian y Sijniński, Romina, *op. cit.* Finalmente Stahl, Sandra, *Schutzpflichten im Völkerrecht – Ansatz einer Dogmatik*, Heidelberg, Springer, 2012; Xenos, Dimitris, *The Positive Obligations of the State under the European Convention on Human Rights*, Nueva York, Routledge, 2012.

<sup>88</sup> Véase Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Resolución 8/7, Mandato del representante especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales*, A/HRC/RES/8/7, 18 de junio de 2008, párr. 4, letra g).

<sup>89</sup> Twining, William, “Have Concepts, Will Travel: Analytical Jurisprudence in a Global Context”, *International Journal of Law in Context*, vol. 1, núm. 1, 2005, pp. 5-40.

<sup>90</sup> Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio, adoptada el 9 de diciembre de 1948, entrada en vigor el 12 de enero de 1951.

<sup>91</sup> Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado el 17 de julio de 1998, vigente desde el 1 de julio de 2002, artículo 7.1, letra j).

creen o viven distinto,<sup>92</sup> hasta la discriminación racial<sup>93</sup> o por discapacidad en la contratación,<sup>94</sup> la discriminación de género en el pago de sueldos,<sup>95</sup> o la falta de promoción en la empresa por ser homosexual o transexual.<sup>96</sup> Pero se prohíbe también la discriminación indirecta que se genera si la legislación trata por igual, sin promover sus derechos, a quienes han sido históricamente perjudicados. Por ejemplo, si concibe a los territorios indígenas de la misma manera que a cualquier otra propiedad,<sup>97</sup> o si trata a los estudiantes provenientes de familias de escasos recursos de la misma manera, es decir, sin becas o apoyos, que a los que pueden pagar por cualquier colegio que quieran.<sup>98</sup> Lo último no se justificaría ante el derecho internacional de los derechos humanos. Esta sección reúne reflexiones sobre estos conceptos en el contexto de empresas y derechos humanos, a la luz de los resultados del estudio del caso chileno sobre esta materia.

En esta misma tradición, el ICCAL constata primero la necesidad del “reconocimiento” de las realidades (empíricas) de exclusión y desigualdad,<sup>99</sup> y de las estructuras de discriminación y desigualdad histórica, que influyen en cómo abordar un trato discriminatorio particular.<sup>100</sup> Ahora bien, ni el

---

<sup>92</sup> Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), adoptada el 6 de septiembre de 1994, vigente desde el 3 de mayo de 1995.

<sup>93</sup> Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, adoptada el 21 de diciembre de 1965, vigente desde el 4 de enero de 1969.

<sup>94</sup> Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada el 13 de diciembre de 2006, vigente desde el 3 de mayo de 2008.

<sup>95</sup> Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), adoptada el 18 de diciembre de 1979, vigente desde el 3 de septiembre de 1981, artículo 11.1, letra d).

<sup>96</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Observación General N° 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párr. 32.

<sup>97</sup> Convenio sobre pueblos indígenas y tribales núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo, adoptado el 27 de junio de 1989, en vigor desde el 5 de septiembre de 1991, artículos 7.1, 13-19.

<sup>98</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Observación General N° 20...*, *cit.*, párr. 35; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Observación General N° 13: El Derecho a la Educación (artículo 13)*, E/C.12/1999/10, 8 de diciembre de 1999, párr. 26.

<sup>99</sup> von Bogdandy, Armin, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo...*”, *cit.*, p. 19.

<sup>100</sup> Aldao, Martín y Clérico, Laura, “De la inclusión como igualdad en clave de redistribución/reconocimiento. Rasgos, potencialidades y desafíos para el derecho constitucional interamericano”, en Fix-Fierro, Héctor *et al.* (eds.), *Ius constitutionale commune en América Latina*.

derecho internacional de los derechos humanos ni el ICCAL se pronuncian a favor de un modelo económico específico que fuese el único compatible con los estándares o el modelo.<sup>101</sup> Lo que sí destacan es que la superación de las estructuras discriminatorias actuales no es posible si el sistema sigue sin cambio alguno. Así, el ICCAL conlleva un “escepticismo” ante los efectos nocivos sobre la igualdad que genera la liberalización de comercio e inversiones y, en este sentido, el DEI.<sup>102</sup>

En el ámbito concreto de “empresas y derechos humanos”, si bien los mismos Principios Rectores son débiles en su definición de la discriminación,<sup>103</sup> la no discriminación por las causas prohibidas del derecho internacional de los derechos humanos es parte de las obligaciones básicas en relación a todos los derechos, incluyendo los DESC.<sup>104</sup>

---

*Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 221. Véase también Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Observación General N° 20...*, *cit.*, párrs. 8-9.

<sup>101</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Observación General N° 3: La Índole de las Obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, E/1991/23, 14 de diciembre de 1990, párr. 8; véase también von Bogdandy, Armin, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo...*”, *cit.*, p. 15; von Bogdandy, Armin *et al.*, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina. A Regional Approach...*”, *cit.*, p. 4; eso no significa que no haya ninguna crítica al sistema económico actual, por sus consecuencias violatorias en situaciones particulares, véase Relator especial sobre el derecho a la educación, *Informe del relator especial sobre el derecho a la educación*, Documento A/69/402, 24 de septiembre de 2014; relator especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, *Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos*, Philip Alston, A/HRC/29/31, 27 de mayo de 2015.

<sup>102</sup> von Bogdandy, Armin, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo...*”, *cit.*, p. 26.

<sup>103</sup> Paul, Geneviève y Schönsteiner, Judith, “*Transitional Justice and the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*”, en Michalkowski, Sabine (ed.), *Corporate Accountability in the Context of Transitional Justice*, Nueva York, Routledge, 2013, p. 76.

<sup>104</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Observación General N° 13...*, *cit.*, párr. 39; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Observación General N° 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 42; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Observación General N° 15: El Derecho al Agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Observación General N° 19: El Derecho a la Seguridad Social (artículo 9)*, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008, párrs. 45-46 y 78.

Lo que es clave para remediar la discriminación estructural<sup>105</sup> es la creación de estrategias (“adoptar medidas positivas”)<sup>106</sup> para cerrar las brechas entre los grupos discriminados y los demás, con base a un levantamiento de datos desagregados por categorías sospechosas. El proceso también debe contemplar la prescrita participación de la población, especialmente aquella directamente afectada.<sup>107</sup> Un mecanismo de este tipo es, por ejemplo, la consulta previa, libre e informada, consagrada en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y especificada en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del 2007 y en la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016,<sup>108</sup> que requiere, entre otros aspectos, que los pueblos indígenas puedan participar “con igualdad de oportunidades” (Artículo XXI.2 Declaración Americana) en la toma de decisiones en el Estado donde se hallan.<sup>109</sup> En este sentido, concordamos con Aldao y Clérico, quienes sostienen que las consecuencias de la desigualdad estructural de Latinoamérica no podrán ser “revertid[a]s de forma individual”.<sup>110</sup>

El ICCAL podría reflejar este aspecto de los estándares internacionales ante la desigualdad económica, integrando en sus modelos una sistematización de las reglas mínimas de un diálogo multiactor sobre empresas y derechos humanos. Estas reglas mínimas incluirían, por lo menos, el igual acceso a la información sobre el impacto de la regulación económica o de los proyectos de inversión, así como los ajustes en cuanto a los tiempos, los plazos y las condiciones materiales y educacionales del diálogo, para asegurar que los y las más vulnerables puedan participar en igualdad de condiciones con

---

<sup>105</sup> Pelletier, Paola, “La discriminación estructural en la evolución jurisprudencial de la Corte IDH”, *Revista IIDH*, núm. 60, julio-diciembre de 2014, pp. 206 y 207. Véase también Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Observación General N.º 20...*, *cit.*, párrs. 28 y 39; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2006, artículo 5.

<sup>106</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Observación General N.º 20...*, *cit.*, párr. 28; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Observación General N.º 5: Las Personas con Discapacidad*, E/1995/22, 9 de diciembre de 1994, párr. 5.

<sup>107</sup> Véase por ejemplo Convenio sobre pueblos indígenas y tribales núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo, artículo 6.

<sup>108</sup> Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), 14 de junio de 2016, artículos XVIII, párr. 4; XX, párr. 4; XXIII, párr. 2; XXVIII, párr. 3; XXIX, párr. 4.

<sup>109</sup> Se ha criticado el mismo proceso de consultas durante el mandato del representante general por no haber permitido la participación de la sociedad civil en igualdad de condiciones; véase por ejemplo Melish, Tara y Meidinger, Errol, *op. cit.*

<sup>110</sup> Aldao, Martín y Clérico, Laura, *op. cit.*, pp. 229 y 230.

los actores más poderosos. Finalmente, debería abarcar el rol del Estado como garante de los procesos y de la eficacia de los resultados del diálogo.<sup>111</sup>

### 3. *Iniciativas de políticas públicas: hacia una “transformación real e incremental”*

El ICCAL identifica como una de sus características normativas la “transformación real e incremental”<sup>112</sup> de las realidades latinoamericanas de derecho público, a partir de un diálogo entre jueces internos e internacionales o regionales sobre derechos humanos, Estado de derecho y democracia<sup>113</sup> que se sostiene en el tiempo. Por ello este concepto parece ser útil a primera vista para analizar el proceso de negociación y adopción de políticas públicas. Al mismo tiempo, hay reglas claras sobre la progresividad y la no-regresividad de la implementación a partir del artículo 2 del PIDESC, incluyendo las excepciones a este principio: las obligaciones básicas o inmediatas que no están sujetas a la progresividad ni a la disponibilidad de recursos.<sup>114</sup> Además, en relación con las cinco categorías de derechos humanos, hay obligaciones de resultado que no permiten incrementalidad o postergación de su cumplimiento.<sup>115</sup> Es clave para la comprensión de una “transformación real e incremental” y para la definición de los Planes de Acción Nacional que estas prioridades sean tratadas como tales.<sup>116</sup>

La consagración de la no discriminación y de un enfoque en derechos humanos es una tarea transversal del Estado, también en el ámbito de

---

<sup>111</sup> Estos elementos se inspiran en el derecho a la participación, y en su especificación en la consulta previa, libre e informada. Véase por ejemplo Corte IDH, *Caso Kaliña Lokono v. Surinam*, *op. cit.*; Corte IDH, *Caso Sarayaku v. Ecuador*, *op. cit.*

<sup>112</sup> von Bogdandy, Armin, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo...*”, *cit.*, p. 20.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 22; véase también Aldao, Martín y Clérico, Laura, *op. cit.*; Morales, Mariela, “El nuevo paradigma de la apertura de los órdenes constitucionales: una perspectiva sudamericana”, en von Bogdandy, Armin y Serna de la Garza, José María, *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 233-282.

<sup>114</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Observación General N° 3...*, *cit.*, párr. 9; y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Observación General N° 9: La Aplicación Interna del Pacto*, E/C.12/1998/24, 3 de diciembre de 1998, párr. 10.

<sup>115</sup> Pisillo Mazzeschi, Ricardo, *op. cit.*, pp. 175-506.

<sup>116</sup> Véase para la definición de prioridades, las contribuciones en Saul, Ben y Kinley, David, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Commentary, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2014; Riedel, Eibe y Gilles, Giacca, *Economic, Social and Cultural Rights in International Law: Contemporary Issues and Challenges*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

la regulación de las actividades empresariales. Aún más así, porque la regulación corporativa, comercial y de inversiones, con excepción de los derechos laborales, es en sus orígenes ajena al discurso de los derechos humanos.<sup>117</sup> De esta forma, la coordinación política queda recogida en el octavo Principio Rector como elemento clave para la realización concreta de las obligaciones estatales.

La coordinación política, en Chile, se dificultó por la ausencia de un Plan de Acción Nacional en materia de derechos humanos, que no fue aprobado hasta diciembre de 2017, después de haber sido elaborado por la Subsecretaría de Derechos Humanos.<sup>118</sup> Además, la coordinación política tropieza con las resistencias de ciertos actores del diálogo, especialmente de quienes tienen una visión general de la economía y del quehacer empresarial definida por la intervención mínima del Estado. Además, dependerá de las situaciones específicas en las que se ubiquen la apertura y la resistencia u oposición a los Planes de Acción Nacional y a la implementación de estándares de derechos humanos para la actividad empresarial. Por ejemplo, en Alemania, fue el Ministerio de Hacienda<sup>119</sup> y, por lo que se denuncia, el lobby empresarial el que influyó el proceso, hasta tal punto que su carácter participativo y transparente se abandonó a mitad de camino.<sup>120</sup> El Plan de Acción Nacional alemán fue finalmente adoptado el 21 de diciembre de 2016.<sup>121</sup>

En todo caso, parecería necesario que después de las negociaciones de las medidas concretas de un Plan de Acción Nacional, un órgano competente e independiente —por ejemplo, la institución nacional de derechos humanos— elabore un informe para el gobierno sobre la conformidad de las distintas medidas del Plan de Acción Nacional con el derecho internacional

---

<sup>117</sup> Para una lectura distinta, véase Petersmann, Ernst-Ulrich, “Why Justice and Human Rights Require Cosmopolitan International Economic Law”, en Lenzerini, Federico y Vrdo-ljak, Ana Filipa (eds.), *International Law for Common Goods: Normative Perspectives on Human Rights, Culture and Nature*, Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 117-135.

<sup>118</sup> Véase <http://www.minjusticia.gob.cl/subsecretaria-de-derechos-humanos/>.

<sup>119</sup> Véase CorA Netzwerk/Forum für Menschenrechte/Venro, *Bundesregierung verabschiedet schwachen Nationalen Aktionsplan Wirtschaft und Menschenrechte*, comunicado de prensa del 21 de diciembre de 2016, disponible en: <http://venro.org/presse/?presseUID=99&v=10&cHash=655c1ce2474aab57f09759ca10e081e7>.

<sup>120</sup> Véase, por ejemplo, <http://www.ipg-journal.de/schwerpunkt-des-monats/wirtschaft-und-menschenrechte/artikel/detail/der-nicht-aktions-plan-1781/>. Agradezco la discusión con Franz Ebert sobre el punto.

<sup>121</sup> Véase <https://business-humanrights.org/de/deutschland-auswaertiges-amt-schliesst-konsultations-phase-zum-nationalen-aktionsplan-zu-wirtschaft-und-menschenrechten-ab>. El Plan de Acción Nacional fue criticado inmediatamente como “débil” por parte de organizaciones de la sociedad civil que habían participado en el proceso de consultas.

de los derechos humanos.<sup>122</sup> Dicho de otra manera, se requiere de un control de convencionalidad legislativo y administrativo,<sup>123</sup> que asegure que las políticas que se adopten en materia empresarial respeten los derechos humanos, especialmente aquellos de grupos vulnerables o históricamente discriminados. Idealmente, además, se priorizarían las medidas que tengan que ver con los impactos más dañinos, es decir, que afecten al núcleo de los derechos.

Finalmente, el derecho internacional de los derechos humanos parte de la premisa de que el derecho a la participación y el acceso a la información deben garantizarse para las personas potencialmente afectadas por proyectos empresariales, según su origen étnico también en forma de consulta previa, libre e informada. La concreción de esta obligación aún busca su mejor forma en Latinoamérica. Volviendo una vez más a Chile, un país en general atrasado en cuanto a la participación ciudadana,<sup>124</sup> una iniciativa piloto se está llevando a cabo en el Consejo de Producción Limpia de Chile, donde se adoptó una guía para la elaboración participativa de Acuerdos de Pre-Inversión, que en parte responde a los requisitos que éstos acuerdos deberían tener según el derecho internacional.<sup>125</sup> En este sentido, estos acuerdos podrían constituir el inicio de una “transformación real e incremental” que, mediante un estándar posteriormente vinculante incorporado en los procedimientos de consulta previa, libre e informada, podría dar cumplimiento a la exigencia de hacer participar a los pueblos desde la fase de diseño del proyecto.

---

<sup>122</sup> El Instituto Alemán de Derechos Humanos se distanció del National Baseline Assessment después de las negociaciones con los distintos actores, indicando que no todos sus elementos representan la postura del Instituto. Véase Deutsches Institut für Menschenrechte, *National Baseline Assessment*, 2015, disponible en: <http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/publikationen/show/national-baseline-assessment-umsetzung-der-un-leitprinzipien-fuer-wirtschaft-und-menschenrechte/>.

<sup>123</sup> Este concepto ha sido planteado, por ejemplo, en Corte IDH, *Caso Gelman v. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párr. 193.

<sup>124</sup> Delamaza, Gonzalo, “Espacio público y participación ciudadana en la gestión pública en Chile: límites y posibilidades”, *Polis, Revista de la Universidad Bolivariana*, vol. 10, núm. 30, 2011, pp. 45-75.

<sup>125</sup> Para estándares aplicables a Chile, véase Barros, Alonso y Schönsteiner, Judith, “Diligencia debida: proyectos de inversión, propiedad sobre los recursos naturales y consulta libre, previa e informada a los pueblos y comunidades indígenas concernidos”, en Vial Solar, Tomás (ed.), *Informe anual sobre derechos humanos en Chile*, Santiago de Chile, Ediciones UDP, 2014, pp. 203-244.

#### IV. CONCLUSIONES

Varios son los problemas reales de violaciones a los derechos humanos en relación con las empresas que aún no han encontrado solución —prevención o reparación— por razones tales como la falta de jurisdicción, la falta de ayuda legal, la corrupción de actores judiciales, los problemas de extraterritorialidad, la definición de derechos o el velo corporativo, que tienden a impedir el acceso a la justicia.

La normativa nacional e internacional que se está desarrollando para responder a estos desafíos es incipiente y aún tiene múltiples lagunas. Las obligaciones estatales principalmente consisten en adecuar la normativa interna —incluyendo la constitucional— a los estándares de derechos humanos consagrados en los tratados ratificados por cada Estado. Estas obligaciones se extienden hacia los actores privados mediante la regulación de sus actividades, para evitar impactos sobre los derechos humanos. Así, se habla de las obligaciones relacionadas con el efecto horizontal de los derechos humanos. Esto significa que debe existir un sistema de fiscalización de los actores que actúe preventivamente, así como *ex post*, y un sistema de acceso a la justicia en igualdad de condiciones para todos y todas. Mientras en este ámbito las obligaciones están bastante claramente definidas, los obstáculos se encuentran en su implementación eficaz y en su aplicación extraterritorial.

Las responsabilidades directas que tienen las empresas transnacionales en el derecho internacional aún no son reconocidas como obligaciones vinculantes. Los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos solamente resultan vinculantes en cuanto recogen —y esto parcialmente— obligaciones *estatales* en materia de empresas y derechos humanos. Los Estados tienen el deber de proteger a los particulares de violaciones por parte de otros actores privados; deben actuar con debida diligencia para proveer el acceso efectivo a la justicia y deben adoptar todas las medidas razonables de prevención para que no se violen los derechos humanos. Adicionalmente, las normas sobre obligaciones extraterritoriales de los Estados en los Principios Rectores han sido recogidas en un lenguaje muy débil; y los foros de adjudicación de asuntos comerciales y de inversiones no reconocen el derecho internacional de los derechos humanos como derecho aplicable.

Como he argumentado en esta contribución, el ICCAL puede ser útil para conceptualizar el diálogo multiactor que ocurre en el ámbito de las empresas y los derechos humanos. Además, la prohibición de discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos, que se aplica igualmente en relación a los impactos empresariales, queda reflejada en el

enfoque del ICCAL en los temas de inclusión y no discriminación. La tendencia del ámbito de las empresas y los derechos humanos de concentrarse en el *policy-making* — más que en los tribunales — constituye, como he tratado de mostrar, una muestra de la transformación incremental del derecho y de la sociedad. Esta transformación está solo en parte gestada por los jueces nacionales o internacionales, y así el fenómeno invita al ICCAL a tomar en cuenta actores que antes no había estudiado en profundidad, así como a modelar sus relaciones como diálogo en torno a los derechos humanos.

Estamos entonces ante un diálogo emergente entre actores nacionales, transnacionales e internacionales que buscan a definir el alcance de las obligaciones estatales y empresariales, tal y como lo permite conceptualizar el ICCAL. Sin embargo, no solo es un diálogo entre jueces y juezas nacionales e internacionales; más bien participa un gran abanico de otros actores, desde el ejecutivo, los gremios empresariales, la sociedad civil y, para las necesarias reformas legislativas, también los Congresos, árbitros y aseguradoras.

El ICCAL, además, contribuye al debate sobre la incorporación de la perspectiva de derechos humanos en la actividad empresarial y en la regulación económica, con conceptos principales adicionales como la inclusión y la no discriminación, la “transformación real e incremental” de las circunstancias y la participación de las víctimas potenciales o reales de violaciones de derechos humanos, recogiendo las obligaciones respectivas que determina el derecho internacional.

Hay, sin embargo, elementos que el ICCAL aún no ha abordado. Ciertamente, logra conceptualizar los diálogos fuera del diálogo entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos; pero también se podría abrir a otras ramas del derecho y estudiar cómo ese diálogo entre los jueces de la respectiva jurisdicción y los jueces internacionales se desarrolla. Además, sería de gran provecho analizar cómo se desarrolla el diálogo en materia de empresas y derechos humanos entre los jueces internacionales y el ejecutivo o los Congresos, además del diálogo con actores interesados de la sociedad civil y del mundo empresarial. Sin embargo, el diálogo informal entre *stakeholders* no puede garantizar la correcta aplicación de los estándares, y el derecho internacional de los derechos humanos llama a una revisión de los resultados del diálogo a la luz del mismo, tal como lo practica, por ejemplo, la CIDH en relación a los acuerdos de solución amistosa que se negocien en su seno. Para la garantizar dicha aplicación, se requiere la actividad de (también) órganos judiciales y administrativos.

Tal como señala Manuel Eduardo Góngora Mera en el presente volumen, el rol de los árbitros que adjudican casos de derecho internacional comercial o de inversiones podría convertirse en clave. En la medida en que

los tratados internacionales económicos contengan cláusulas ambientales, sociales o de derechos humanos, los árbitros tendrán que pronunciarse sobre temas de empresas y derechos humanos. Considerando la seguridad jurídica, sería por lo menos deseable que lo hicieran apoyándose en la jurisprudencia existente adoptada por los tribunales internacionales y regionales y los órganos de tratados de derechos humanos, la voz autorizada en materia de interpretación.<sup>126</sup> No obstante, es sabido que los árbitros han tenido dificultades con la incorporación interpretativa de conceptos ajenos al DEI.<sup>127</sup> En este sentido, todavía no han hecho parte de un diálogo multiactor sobre derechos humanos, a pesar de argumentos doctrinales y algunas decisiones que consideran que la *lex arbitri* puede perfectamente recoger estas normas.<sup>128</sup>

En este contexto, hay un problema no menor que resolver: aunque la interpretación de los respectivos órganos de tratado y de los tribunales, como la Corte IDH, sea la más autoritativa que tengamos, el sistema internacional de derechos humanos no dispone de una autoridad/jerarquía que pueda asegurar que ésta sea la interpretación que también apliquen los paneles arbitrales. La falta de diálogo entre jueces de derechos humanos y árbitros podría en este caso conllevar —y eso queda ciertamente por desarrollar y comprobar— un *interpretation-shopping* en materia de empresas y derechos humanos, que podría no solo reflejarse en los árbitros que escojan las partes (más o menos favorables a los derechos humanos), sino también en una fragmentación reforzada del derecho internacional.

---

<sup>126</sup> Véase especialmente Orakhelashvili, Alexander, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008. Una tal visión del derecho internacional, a mi entender, no se contradice con el ICCAL, ya que los principios y conceptos que lo constituyen están consagrados en el derecho internacional

<sup>127</sup> Véase por ejemplo Hestermeyer, Holger, *Human Rights and the WTO*, Oxford, Oxford University Press, 2007; Leader, Sheldon, “The Collateral Protection of Rights in a Global Economy”, *New York Law School Review*, vol. 53, 2008/2009, p. 805.

<sup>128</sup> Véase por ejemplo Dupuy, Pierre-Marie y Viñuales, Jorge E., “Human Rights and Investment Disciplines: Integration in Progress”, en Bungenberg, Marc *et al.* (eds.), *International Investment Law*, Baden-Baden, Nomos, 2015, pp. 1739-1767.