

Escenarios regulatorios internacionales

Por Juan E. Osorio¹¹ y Agustina N. Vázquez¹²

I. Introducción

La globalización ha puesto a prueba al mundo moderno ante un nuevo desafío: cómo generar crecimiento, desarrollo, mientras se lucha contra la pobreza mediante el flujo de capitales. Todo ello sin menoscabar derechos humanos reconocidos por múltiples instrumentos internacionales.

La presión resulta mayor en países de menor nivel de desarrollo humano, puesto que compiten –en desventaja– para la atracción de capitales extranjeros. Por otra parte, la búsqueda del desarrollo es en sí un derecho humano: el derecho al desarrollo, que encuentra su génesis en la década del 60 en el seno de las Naciones Unidas (Haász, 2013).

¹¹ Abogado (UFLO Universidad). Lic. en Ciencia Política (UBA). Investigador en formación. Contacto: juan_osorio@uflouniversidad.edu.ar.

¹² Abogada (UBA). Magister en Derecho Internacional y Desarrollo por la University of London, especializada en Políticas Pública por la Universidad de San Andrés y en Educación Superior por UFLO Universidad. Directora del proyecto “El Estado frente a la regulación internacional de las empresas multinacionales: conjunción del ‘deber de proteger’ y la normativa anti-discriminación” bajo la programación de la UFLO Universidad. Investigadora externa del proyecto “Empresas y Derechos Humanos” de la Universidad Católica de Córdoba. Contacto: avazquez@uflouniversidad.edu.ar.

Al igual que en todos los aspectos, el derecho adquiere un rol fundamental y así también sus órganos legislativos. ¿Cómo encontrar la mejor ley posible para regular el accionar de poderosos conglomerados económicos en búsqueda de ganancias? Más aún, ¿cómo lograr una postura unánime entre los distintos estados para legislar en un sentido algo que es de carácter tan delicado?

Se propone entonces esbozar algunas reflexiones en sentido orientador, para quien desee conocer la actual situación regulatoria en materia de empresas y derechos humanos. A tales efectos, se ofrecerá un relevamiento diacrónico de los distintos instrumentos atinentes a la materia, concluyendo en profundidad acerca del desafío en ciernes: un tratado en materia de empresas y derechos humanos.

II. Escenarios regulatorios

En primer lugar, debemos preguntarnos: ¿a qué hacemos referencia cuando hablamos de escenarios regulatorio? Nos referimos al ámbito normativo bajo el cual deben regirse las empresas —especialmente las multinacionales— para no lesionar derechos humanos en sus operaciones económicas.

Se compone de distintos instrumentos, algunos vinculantes y otros no, que procuran proteger a la población del daño de las operaciones comerciales de las empresas que interactúan en distintos puntos del globo. Decimos que algunos son vinculantes y otros no ya que, como veremos, los dos principales documentos sobre el tema no lo son.

Sin embargo, existen tratados de índole vinculante que, aun siendo mucho más generales, forman parte del universo en cuestión: la Carta Internacional de Derechos Humanos, la Declaración de la OIT Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, etc.

Atento a la enorme variedad de instrumentos internacionales, cabe preguntarse por qué este tema ha recobrado la centralidad en los últimos años.

En las últimas décadas, hemos sido testigos del mayor avance de la globalización, entendida como “el proceso de aumento de la integración a nivel mundial de las relaciones políticas (...) económicas, a menudo resultando en un socavamiento la tradicional soberanía estatal” (Mingst & Karns, 2006).

Esto nos lleva a pensar que, en la búsqueda de mayor desarrollo económico para sus ciudadanos, los Estados están abiertos a recibir inversiones de empresas multinacionales, capaces de operar en distintos puntos del globo. Dichas compañías, en la búsqueda de obtener ganancias, pueden gravar derechos humanos de las poblaciones locales, tanto con sus operaciones propias como de sus socios (Subedi 2012).

Es por este motivo que resulta clave el rol de los Estados como entes que aseguren el respeto de los derechos humanos; de otra forma la población se vería enfrentada a gigantes económicos con peso global.

Si bien todos los Estados se encuentran obligados a hacer respetar los derechos humanos por distintos instrumentos, no existe a la fecha ninguno vinculante en la materia.

III. El contexto geopolítico

El surgimiento de Estados en la segunda mitad del siglo XX, luego de la Segunda Guerra Mundial y en el contexto de la Guerra Fría, generó un nuevo interés en regular normativamente la explotación de los recursos naturales por grandes empresas, necesarias para desarrollar las economías de posguerra, con vistas a evitar el daño ambiental, a la salud, o a los derechos humanos de la población local. Cabe mencionar que nos referimos a países “jóvenes”, con poco peso en el ámbito político y económico internacional.

Es en este contexto, a mediados de la década del 70, la ONU comenzó a delinear un código de conducta para empresas transnacionales. Esta iniciativa no vio la luz ya que por distintas cuestiones ideológico-políticas los líderes mundiales no llegaron a un acuerdo. Sin embargo, permitió que la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos) adopte una serie de instrumentos tendientes a generar cierto consenso acerca de la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos en los territorios donde estas operen.

Estos instrumentos tienen como objetivos principales a ciertos países. En efecto, aquellos Estados que pretendan ser más abiertos a la inversión extranjera son aquellos sobre los cuales más atención debe prestarse. Resulta

sencillo entender que los países en búsqueda de inversiones internacionales que generen crecimiento y desarrollo económicos sean los que potencialmente más sufran el daño colateral sobre los derechos humanos. Dicho de otra manera, quienes deseen recibir inversiones extranjeras deben ser cautelosos y tener bien aceitados los mecanismos de contralor sobre esta materia. He aquí la clave: ¿cómo atraer inversiones internacionales sin poner en jaque los derechos humanos consagrados por un sinfín de instrumentos internacionales? Necesariamente esta pregunta ha de hacérsela la gran mayoría de los países en vías de desarrollo, como muchos de los Estados latinoamericanos, entre los que se encuentra la Argentina.

IV. ¿Qué alternativas propone el derecho internacional?

Existen dos grandes instrumentos que debemos tener en cuenta para entender la regulación que el derecho encuentra en el ámbito internacional sobre la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos. El primero y principal son los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas del año 2011. Este instrumento ha sido objeto tanto de críticas como de halagos. En primer lugar, la mayor cantidad de ataques a estos principios suele centrarse en el carácter no imperativo categóricamente de sus postulados.

En este sentido, Humberto Fernando Cantú Rivera ofrece un análisis acerca del tema, en el cual afirma: “... los principios rectores son un ejercicio de voluntarismo. Si bien la creación de derecho internacional positivo no hubiera tenido la misma facilidad ni involucramiento de las partes interesadas, la adopción de una postura de *soft law* en el tema no hace más que perpetuar la imagen de que las empresas no tienen obligaciones jurídicas en materia de derechos humanos, y por tanto, que estos no les pueden ser exigidos...” (Cantú Rivera 2013).

Debemos añadir a éste, otro aspecto criticado a los PRNU de 2011. Aquel marco conceptual de proteger, respetar y remediar resulta de un nivel de vaguedad que lleva a pensar que el instrumento resulta irrelevante. Suele pensarse en el derecho que una norma solo reviste el carácter de tal si es posible de

ser aplicada y acatada. En definitiva, ¿qué peso puede tener un instrumento muy poco específico para regular el accionar de poderosos actores económicos? En sintonía con esta última crítica suele señalarse que los principios no establecen mecanismos efectivos de cumplimiento. Esto no solo violenta el derecho humano a un recurso efectivo, sino que a su vez dificulta su puesta en práctica.

Al no estar claramente establecidos los mecanismos a los que puede acceder un ciudadano cuando se vean violentados los derechos protegidos por los PRNU, Cantú Rivera se pregunta si estos no son más que aspiraciones ideales, construcciones teóricas o meras guías de accionar para las empresas. Nuevamente, debemos preguntarnos acerca del peso jurídico y efectivo de una norma cuyo incumplimiento no puede verse reclamado por un perjudicado.

Un segundo documento para tener en cuenta en la materia son las Directrices para Empresas Multinacionales y los Puntos de Contacto Nacional de la OCDE. Este ha sido reformulado en distintas oportunidades, siendo la más trascendente la realizada en 2011, en sintonía con los PRNU del mismo año. Las Directrices no se proponen superar a los PRNU en cuanto a la efectividad jurídica ni tienen como objetivo regular el accionar directo de las empresas en materia de derechos humanos. “El objetivo de las Directrices fue establecer estándares aceptados de buenas prácticas para todas las empresas multinacionales operando en países miembros de la OCDE, con la finalidad de desarrollar un parámetro internacional común en relación con la inversión extranjera (...) como principios voluntarios que los gobiernos recomiendan a sus empresas, constituyen estándares para generar una conducta empresarial responsable...” (Rivera, 2015).

Con la aparición en la escena del instrumento de los PRNU, las Directrices se vieron actualizadas incorporando un apartado explícito que establecía la responsabilidad de respetar por parte de las empresas tanto los derechos humanos en sí, como los principales instrumentos jurídicos del ámbito internacional. Si bien dicha incorporación presenta algunas cuestiones puntuales, que mencionaremos más adelante, resulta menester destacar dos. En primer lugar, atribuir la responsabilidad a las empresas para prevenir y reparar el daño que causen sus operaciones. En segundo lugar, extiende su responsabilidad a toda su cadena de suministro. Esto resulta clave ya que las empresas multinacionales constantemente se asocian con otras para llevar adelante sus

operaciones (proveedores, financistas, cadenas de ventas, etc.). Mencionábamos anteriormente que se puede evidenciar algunos puntos centrales incorporados a las Directrices, a saber:

- a)** El respeto a los derechos humanos implica también hacer frente a las consecuencias negativas de sus operaciones.
- b)** Prevenir los impactos negativos antes de que sus consecuencias generen el daño.
- c)** La responsabilidad empresarial no se limita a sus propias actividades sino también a las de sus asociadas. Se tiende a multiplicar la responsabilidad para generar mayor conciencia. Este punto resulta de gran importancia, puesto que la mayoría de las empresas transnacionales, las cuales son el objeto principal de las Directrices, no actúan solas, sino que para sus operaciones se asocian con otras multinacionales, o bien con empresas de índole local.
- d)** Incorporación de respeto a los derechos humanos en los niveles más altos de la estructura empresarial.
- e)** Responsabilidad de diligencia en materia de derechos humanos en función de su tamaño. Vale decir que cuanto mayor es el peso de la compañía, mayor responsabilidad le cabe.
- f)** Deber de cooperación con las instituciones judiciales y no judiciales en la reparación del daño de sus actividades.

Las Directrices no constituyen una norma de carácter vinculante sino que se proponen establecer un estándar de comportamiento de las empresas a nivel internacional de respeto hacia los derechos humanos, un piso mínimo de conductas que se esperan de las empresas. Ahora bien, si revisten un carácter voluntario, entonces distan mucho de ser un instrumento obligatorio que le interese al derecho. Esto es cierto solo en parte.

Si bien, como decíamos, una de las principales críticas a las Directrices es

que son de carácter “voluntario”, no es menos cierto que las empresas multinacionales compiten entre ellas por los espacios en el mercado. Por lo tanto, todas ellas están sujetas de manera constante a la opinión pública.

De esta manera, una empresa que trasgreda las Directrices, o bien que dañe de manera sistemática derechos humanos básicos, será reprobada por el público en general, viéndose lesionada su imagen y probablemente perdiendo participación en el mercado. Este argumento puede traer cierto grado de veracidad. Sin embargo, también es sabido que muchas de las empresas internacionales operan durante cierto tiempo en países y luego de concluidas sus actividades se retiran de ese territorio. Las empresas explotadoras de recursos naturales son los mejores ejemplos de ello. En ese sentido, la opinión pública local poco podría importarle puesto que al terminar sus operaciones se retiraría a otros territorios y así sucesivamente. No obstante, las Directrices siguen siendo una fuente de referencia a nivel internacional sobre responsabilidad empresarial. En efecto, se propone generar una conciencia y un parámetro homogéneo acerca de cómo debe comportarse una compañía en sus actividades económicas. A diferencia de los PRNU, las Directrices establecen ciertos procedimientos para encauzar de alguna manera los reclamos ante el incumplimiento. Para eso son creados los llamados Puntos de Contacto.

Durante mucho tiempo, en el ámbito internacional solo encontrábamos estos documentos como marco en materia de responsabilidad empresarial sobre derechos humanos, ambos de carácter más idealista que jurídicamente vinculante, más una guía que normas que generen obligaciones y sanciones.

Desde el año 2014, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU ha decidido llevar adelante un proceso que culminaría con la ratificación de un instrumento que establezca las normas jurídicas básicas que los Estados deben incorporar a su legislación para controlar las actividades de las empresas. En efecto, existen distintas guías, costumbres y documentos acerca de esta materia. Sin embargo, la unificación de todas las normas básicas que permitan atribuir responsabilidad a actores económicos por daños a derechos humanos, en un instrumento vinculante daría por culminada una etapa de elaboración teórica, para pasar a la etapa normativa.

Los preceptos existen dentro del ámbito internacional. Sin embargo, el derecho no se alimenta de preceptos, estándares, sino de normas y procedimientos. En el ámbito de negociación actualmente en curso resultará clave la

manera en que se vincule el deber de prevención que los Estados deben procurar para supervisar sobre las compañías con el proceso por el cual pueda ser judicializado el reclamo por incumplimiento. “... El desafío no es menor, pero las exigencias de justicia y reparación justifican un esfuerzo concertado para intentar construir una arquitectura internacional que responda a los desafíos de la globalización...” (Cantu Rivera, 2020).

V. Conclusiones

La cuestión acerca del accionar de las empresas transnacionales y sus potenciales menoscabos a los derechos humanos ha cobrado una relevancia en aumento durante la segunda mitad del Siglo XX. La globalización acelera el accionar, por tanto, resulta trascendental la atención de los Estados sobre las operaciones de las compañías. Esto ocurre especialmente en los países en vías de desarrollo, interesados en recibir inversión extranjera, puesto que sus ciudadanos son los más vulnerables a ser objeto de daños en tales derechos.

El derecho internacional aún tiene un largo camino que recorrer en materia de empresas y derechos Humanos. Los PRNU y las Directrices, si bien deben ser reconocidos como un avance importante en la materia, dejan un sabor amargo, puesto que al ser de carácter más bien voluntario desprotegen a la población de países en vías de desarrollo frente a las grandes empresas internacionales. Es necesario, en sintonía con lo anterior, la redacción y ratificación de un instrumento único que establezca ciertas obligaciones de índole jurídica vinculante en materia de empresas y derechos humanos. Una vez instrumentada la voluntad de la comunidad internacional en un solo acto jurídico, se dará una vuelta de página en el libro que comenzó a escribirse hace décadas pero que lejos está de finalizarse. En efecto, el camino es esperanzador pero largo.

VI. Bibliografía

- Bacevich, A. (2005). *The New American Militarism*. Oxford: Oxford University Press.
- Cantu Rivera, H. (2013) “Empresas y derechos humanos: ¿hacia una regulación jurídica efectiva, o el mantenimiento del status quo?” En *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*.
- Cantu Rivera, H. (2015). “La OCDE y los derechos humanos: el caso de las Directrices para Empresas Multinacionales y los Puntos de Contacto Nacional”. En *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*.
- Cantu Rivera, H. y Kessedjian, C. (eds.) (2020). *Private International Law Aspects of Corporate Social Responsibility*. Berlín: Springer.
- Fabbrini, S. (2009). *El Ascenso del Príncipe democrático*. Buenos Aires: Fondo De Cultura Económica.
- Haasz, V. (2013). “The Role of National Human Rights Institutions in the Implementation of the UN Guiding Principles”. En *Human Rights Rev*, 14, 165–187, Springer Science+Business Media Dordrecht.
- Mingst, K. y Karns, M. (2006). *The United Nations In The 21st Century*. Boulder, Colorado: Westview Press.
- Subedi, D. (2012). “Economic Dimension of Peacebuilding: Insights into Post-conflict Economic Recovery and Development in Nepal”. En *South Asia Economic Journal*.