

Empresas y derechos humanos en el siglo XXI

La actividad corporativa bajo la lupa,
entre las regulaciones internacionales
y la acción de la sociedad civil

César Rodríguez Garavito

editor

Centro de Estudios de
Derecho, Justicia y Sociedad
(Dejusticia)

Traducción de Carlos F. Morales de Setién Ravina

los PR serían un medida para hacer progresar los estándares; ya que una herramienta limitada como esa podría y debería ser un escalón más en el camino hacia instrumentos adicionales futuros con un ámbito de aplicación más amplio, que incluyan otros derechos igual de importantes, como los socioeconómicos o los ambientales, entre otros, que pueden verse afectados de forma negativa y profunda por las actividades empresariales.⁶⁹ Una vez más, destaco que la energía puesta en conseguir un tratado, sea cual sea su ámbito, no debería ser la única estrategia y, en todo caso, necesitaría combinarse con otra clase de esfuerzos en el campo de las empresas y los derechos humanos. De esta forma, los PR serían el fin del comienzo y una manera de participación entre muchas, que permitirían un conjunto de prácticas verdaderamente policéntricas –y cabe esperar que, en conjunto, exitosas–, idóneas para hacer progresar los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales.

69 Para argumentos a favor de incluir estos derechos en un nivel de igualdad con las graves violaciones de derechos humanos en un instrumento regulatorio internacional, véanse los capítulos de Deva, Kweitel y Melish en este libro. Para una crítica del enfoque de "derecho duro", véase el capítulo de Backer, también en este volumen.

2. ¿Jerarquía o ecosistema?

La regulación de los riesgos relativos a los derechos humanos provenientes de las empresas multinacionales

John Gerard Ruggie

Los llamados a que se regulen las empresas transnacionales (ET) mediante un único tratado internacional exhaustivo se remontan a la década del setenta. A lo largo de los años, los más persistentes en demandar esa clase de tratado han sido los activistas, mientras que la presión de los países en vías de desarrollo ha sido más intermitente.¹ Una reseña reciente sobre la intervención de la sociedad civil en este campo resume la historia hasta la fecha: "Todos estos esfuerzos enfrentaron una oposición vigorosa de las ET y sus asociaciones empresariales, y en última instancia fracasaron" (Martens, 2014: 5). Eso incluye una iniciativa de 2003 conocida como Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos, desarrollada por un órgano subsidiario formado por expertos pertenecientes a la ya extinta Comisión de Naciones Unidas de Derechos Humanos (hoy Consejo de Derechos Humanos), pero que fueron rechazadas por la misma Comisión en pleno.²

En cambio, en junio de 2011 el Consejo de Derechos Humanos respaldó de forma unánime los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (PR), que se desarrollaron durante el mandato de seis años del Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas (RESG), después de casi cincuenta consultas internacionales celebradas en todas las regiones del mundo.³ Los PR son la primera guía acreditada que el Consejo, y su órgano predecesor, la Comisión de Derechos Humanos,

1 Véase Sagafi-nejad (2008).

2 La Comisión declaró que no había solicitado el texto y que no tenía legitimidad procesal. También ordenó que ningún órgano de derechos humanos de Naciones Unidas vigilara el cumplimiento del texto. Véase el documento E/CN.4/DEC/2004/116, del 20 de abril de 2004.

3 Para el texto completo de los PR, véase el documento A/HRC/17/31, del 21 de marzo de 2011. Desarrollo la forma de pensar y las actividades que dieron

han aprobado para los Estados y las empresas mercantiles, en la que se establece cuáles son las obligaciones de aquellos y estas en el campo de las empresas y los derechos humanos (EDH). Fue la primera vez en la historia que una de esas instituciones “respaldó” un texto normativo sobre un tema que los Estados no hubieran negociado.

En comparación con los desarrollos normativos y de política pública en otras áreas difíciles, como el cambio climático, la adopción de los PR fue relativamente rápida y generalizada por otras entidades internacionales que establecen estándares, por Estados, por empresas, por la sociedad civil y los sindicatos, por colegios de abogados, por inversores internacionales y, hace muy poco, por la Fédération Internationale de Football Association (FIFA), el órgano rector del deporte más popular del mundo.

Algunos observadores atribuyen el éxito de los PR al hecho de que no son jurídicamente vinculantes. Sin duda, eso hizo más fácil que el Consejo de Derechos Humanos los adoptara, pero no explica demasiado lo que ocurrió después. En realidad, los PR no fueron concebidos como un documento estático, que los Estados debían adoptar y que luego debía esperar que impusieran a las empresas. En lugar de eso, fueron diseñados para generar una nueva dinámica regulatoria, diferente, en la que los sistemas de gobernanza públicos y privados, fueran empresariales o civiles, pudieran aportar cada uno algo con un valor diferenciado, compensar las debilidades del otro y reforzarse mutuamente. De allí debería surgir un régimen global más integral y efectivo, con medidas jurídicas específicas. La imagen espacial que incorporan los PR es la de un ecosistema regulatorio, no la de una jerarquía.

El capítulo de Rodríguez Garavito trata varias cuestiones fundamentales sobre cómo promover el programa de acción en el campo de las empresas y los derechos humanos a partir de las bases establecidas por los PR. Valoro su comprensión de los PR como un proceso dinámico, en lugar de limitarse a juzgarlos como un documento estático. Estoy en gran medida de acuerdo con su argumento en cuanto a la conveniencia de seguir insistiendo en un “enfoque policéntrico” y en identificar formas de tratar los problemas subsecuentes de “desarrollo” de los PR. Reconozco el reto que supone la institucionalización de lo que denominan “políticas de responsabilidad de las empresas ante la sociedad” con el fin de

lugar a los PR en mi libro publicado en 2013, *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*.

eleva continua y progresivamente la interiorización y el cumplimiento de los estándares de derechos humanos en las corporaciones. También coincido con su conclusión de que moverse hacia una mayor juridificación internacional en ese espacio no reemplaza el tener que ocuparse de las necesidades existentes en cada momento y que la prioridad deberían ser las violaciones graves de derechos humanos.

En las páginas que siguen, comienzo con una breve historia de los PR y de la lógica tras ellos. Luego desarrollo dos de las cuestiones planteadas en otros capítulos del libro. En primer lugar, me ocuparé de la crítica de Rodríguez Garavito, con la que otros están de acuerdo, que postula que los PR no hacen lo suficiente para garantizar lo que ellos llaman “la participación empoderada de la sociedad civil”. En segundo lugar, analizaré la función y las formas del derecho internacional que reforzarían los PR y que permitirían un mayor desarrollo de estos, en lugar de enfrentar el uno con los otros y, por consiguiente, arriesgarme a repetir una vez más los fracasos del pasado.

Los Principios Rectores

El discurso de los derechos humanos está inspirado en el supuesto de una jerarquía fundamentada en la importancia de los derechos: en la idea de que los derechos humanos no sólo son superiores en un sentido moral, sino que también lo son, o al menos deberían serlo, en términos jurídicos. Sin embargo, en un influyente informe a la Asamblea General de las Naciones Unidas, la autorizada Comisión para el Derecho Internacional concluyó que “desde una perspectiva realista, no cabe recurrir a ningún metasistema jerárquico homogéneo” en el orden jurídico internacional para resolver el problema de las normas incompatibles entre los diferentes conjuntos normativos legales, incluidas las decisiones de los diversos tribunales que tienen jurisdicciones concurrentes para ocuparse del mismo conjunto de hechos y, sin embargo, llegan a conclusiones disímiles.⁴ Por lo tanto, los PR parten de un enfoque distinto.

⁴ Véase “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006.

Gobernanza policéntrica

Los PR están basados en la observación de que la conducta empresarial en la esfera global está configurada por tres sistemas de gobernanza distintos. El primero es el sistema nacional e internacional de derecho público y gobernanza. El segundo es un sistema de gobernanza civil en el que participan todos los interesados afectados por las empresas y que emplea varios mecanismos sociales para conseguir el cumplimiento de las normativas, como las campañas activistas y otras formas de presión. El tercero es la gobernanza empresarial, que interioriza elementos de los otros dos sistemas (de manera desigual, sin duda). No había un fundamento legitimado que lograra que esos sistemas de gobernanza se alinearan mejor con respecto a las empresas y los derechos humanos, compensaran entre sí sus debilidades y se reforzaran mutuamente, lo que facilitaría cambios acumulativos con el transcurso del tiempo.

Para fomentar esa alineación, los PR se basaron en diferentes discursos y lógicas que reflejan las diversas funciones sociales que tienen esos sistemas de gobernanza a la hora de regular la conducta empresarial.⁵ Por consiguiente, los Estados subrayan sus obligaciones jurídicas, conforme al régimen internacional de derechos humanos, de protección ante las violaciones de derechos humanos de terceras partes, incluidas las empresas. En el mismo sentido, robustecen una lógica de la política pública que sea congruente y apoye el cumplimiento de esas obligaciones. Para las empresas, más allá del cumplimiento de obligaciones jurídicas, los PR se concentran en la necesidad de gestionar los riesgos de involucrarse en violaciones de los derechos humanos, lo que les exige actuar con la diligencia debida para evitar violar los derechos de otros y ocuparse de los daños cuando eso ocurra. Para los individuos y las comunidades afectadas, los PR determinan formas para otorgarles un mayor poder que permita hacer efectivo su derecho a una medida judicial o administrativa. Describo este enfoque como "pragmatismo de principios".

Si se tienen en cuenta estos tres elementos fundacionales, se puede decir que los PR descansan sobre tres pilares:

1. El deber del Estado de proteger contra las violaciones de derechos humanos cometidas por terceros, entre los cuales estarían las empresas, mediante políticas, legislación y decisiones judiciales adecuadas.
2. Una responsabilidad empresarial independiente aplicable a los derechos humanos, lo que quiere decir que las empresas deberían actuar con la diligencia debida para evitar infringir los derechos de terceros y para solucionar los efectos negativos conectados con ellas.
3. Conseguir un mayor acceso de las víctimas a medidas judiciales y administrativas efectivas.

Los PR comprenden treinta y un principios, cada uno acompañado de un comentario que explica su significado y sus consecuencias para el derecho, la política pública y la práctica. Engloban todos los derechos reconocidos internacionalmente y se aplican a todos los Estados y empresas. No crean por sí mismos nuevas obligaciones vinculantes para estas últimas, sino que su fuerza normativa deriva del reconocimiento de las expectativas sociales que tienen los Estados y otros interesados esenciales de la sociedad, como las propias empresas.

Implementación descentralizada

Tras la conclusión de mi mandato como RESG, me sucedió en el cargo un equipo de cinco expertos –el Grupo de Trabajo (GT), que Rodríguez Garavito estudia en su capítulo–, uno por cada región geográfica reconocida en Naciones Unidas, cuya labor fue promover los PR y facilitar su aplicación. Aquí quisiera subrayar que el modelo de implementación que contemplé desde el inicio involucraba a una variedad de actores. Como es obvio, entre ellos estaban cada uno de los gobiernos y las empresas. Unos treinta Estados han aprobado o están en proceso de desarrollar planes de acción nacionales (PAN) para implementar los PR, y las empresas más importantes han alineado sus políticas y prácticas a ellos.⁶ Más allá de eso, he trabajado codo a codo con la Organización

⁵ Para un interesante análisis del discurso sobre el desarrollo de los PR, véase Buhman (2013).

⁶ El Business and Human Rights Resource Centre procura realizar un seguimiento de los compromisos de las empresas y los Estados; véase <www.business-humanrights.org>.

para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para asegurar que sus Directrices sobre Empresas Multinacionales se ajustaran a lo dispuesto en los PR. Las Directrices de la OCDE son importantes porque cada uno de los cuarenta y dos Estados firmantes tiene que establecer mecanismos de queja, conocidos como puntos nacionales de contacto (PNC). Las versiones previas de las Directrices carecían de un capítulo sobre derechos humanos, pero la versión de 2011 lo tiene y está basado directamente en los PR. Los primeros indicios disponibles sobre sus efectos muestran que las quejas sobre derechos humanos tienen mayores probabilidades de éxito en el proceso de los PNC que aquellas de otro tipo (Ruggie y Nelson, 2015).

Asimismo, trabajé con la Corporación Financiera Internacional para incluir criterios apropiados de derechos humanos en su marco de sostenibilidad y estándares de desempeño, los cuales deben ser respetados por sus clientes. A su vez, esos criterios son adoptados por los llamados “bancos del Ecuador”, es decir, por instituciones financieras privadas que proporcionan tres cuartos del total mundial de los créditos para proyectos de desarrollo. La Unión Europea ha establecido un nuevo requisito obligatorio de entrega de información no financiera para empresas que superen determinado tamaño, y ese es un requerimiento que remite a los PR.

También he intentado garantizar que las normas de derechos humanos del estándar ISO 26 000, una nueva guía de responsabilidad social aprobada por la Organización Internacional de Estandarización, fueran plenamente compatibles con los PR. La importancia de los PR también se hace evidente en el fuerte arraigo que tienen en Asia. La Comisión Intergubernamental de Derechos Humanos de la ASEAN (por sus siglas en inglés: Association of Southeast Asian Nations) basa su trabajo en los PR; como además lo hace la Unión Africana en su programa Visión de la Minería en África. También la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos ha apoyado formalmente los PR. Asimismo, los importadores de metales, minerales y químicos de la Cámara China de Comercio aprobaron directrices sobre responsabilidad social en las inversiones mineras en el exterior que ordenan a las empresas chinas “seguir los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos durante todo el ciclo de vida del proyecto minero”.⁷

7 Véase <oecdinsights.org/2015/06/18/corporate-respect-for-human-rights-in-the-chinese-context>.

Un número siempre mayor de empresas informan estar ajustando sus sistemas de gestión y supervisión internos a los PR. Las organizaciones de trabajadores y varias ONG mundiales están recurriendo a los PR como herramientas para el activismo jurídico y político. Organizaciones de abogados, como la Internacional Bar Association, la UK Law Society y la American Bar Association, están promoviendo la incorporación de los PR a la profesión jurídica, abarcando la asesoría a los clientes por parte de los despachos.

Tal vez el converso a la causa menos esperado de los PR haya sido la asediada FIFA. La decisión de la FIFA de revisar sus requisitos vinculantes con respecto a los derechos humanos se remonta a 2011, no mucho después de la elección de Rusia y Catar como anfitriones de las Copas del Mundo de 2018 y 2022. Entre otras fuentes de presión externa, en junio de 2014, Mary Robinson (ex presidenta de Irlanda y ex Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos) y yo le enviamos una carta abierta al presidente de la FIFA en ese momento, Joseph Blatter. Le recomendamos que la FIFA incorporara los PR a sus políticas, prácticas y relaciones.⁸ A principios de 2015, el personal de la FIFA solicitó al Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos asistencia técnica sobre los PR con el fin de aplicarlos a los documentos vinculantes para la Copa del Mundo de fútbol masculino de 2026. En julio de 2015, la FIFA publicó un comunicado de prensa en el que declaraba que su Comité Ejecutivo había decidido que para

futuras ofertas [de organización de la Copa del Mundo de hombres] habrán de reunir varios criterios adicionales importantes. En concreto, la FIFA reconocerá las normas de los PR y hará obligatorio su cumplimiento para sus socios contractuales y para aquellos de sus cadenas de suministro.⁹

8 Enviamos la carta en nombre del Institute for Human Rights and Business (IHRB), de la que ella es patrocinadora y yo presidente del Consejo Asesor Internacional. La carta está disponible en <www.ihrb.org/focus-areas/mega-sporting-events/submission-open-letter-robinson-ruggie-fifa-human-rights>. También incluimos un reporte reciente del IHRB, disponible en <www.ihrb.org> bajo el título: “Striving for Excellence: Mega-Sporting Events and Human Rights”.

9 Véase <www.fifa.com/governance/news/y=2015/m=12/news=fifa-to-further-develop-its-human-rights-approach-with-international-e-2744747.html>.

La FIFA me solicitó a continuación, como autor de los PR, que les hiciera recomendaciones para “incorporarlos adicionalmente” a las “políticas y prácticas de la FIFA”.¹⁰ En febrero de 2016, el Congreso de la FIFA adoptó una nueva norma en los Estatutos de la FIFA que declara que la “FIFA está comprometida con el respeto de todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos y se esforzará en promover la protección de esos derechos”.¹¹ Así, los requisitos obligatorios para la Copa del Mundo de 2026 incluirán por primera vez criterios de derechos humanos, en general alineados con los PR.

Mi tarea abarcó dos aspectos. Por un lado, se me pidió asesoramiento, entre otras cosas, acerca del lenguaje de derechos humanos que quería incluirse en los Estatutos de la FIFA y en los requisitos obligatorios de la Copa del Mundo masculina de 2026, y también se me solicitó que identificara los principales vacíos de las políticas y prácticas actuales de la FIFA. En segundo lugar, estuvimos de acuerdo en que se publicaría un informe público e independiente, exhaustivo, sobre qué significaba para la FIFA incorporar el respeto por los derechos humanos en toda la variedad de sus actividades y relaciones, usando como patrón los PR. El informe fue publicado en abril de 2016.¹²

Los países candidatos no serán excluidos perentoriamente de ser anfitriones de una Copa del Mundo. En todo caso, la manera en que se aplicarán los requisitos obligatorios de derechos humanos para la FIFA es exigiendo que los aspirantes realicen una diligencia debida de tales derechos. Si se identifican riesgos graves de cumplimiento, la FIFA solicitará a los postulantes desarrollar estrategias de mitigación efectivas a efectos de la Copa. Si se consideran apropiadas, la postulación será contemplada junto con las demás; si no lo son, la FIFA pasará al siguiente candidato. Para los torneos ya programados, la FIFA procura utilizar su influencia para reducir los daños causados por las violaciones de derechos humanos, algo que ya ha comenzado a

10 Véase “FIFA to further develop its human rights approach with international expert John Ruggie”, disponible en <www.fifa.com>.

11 Véase el art. 3 de “Draft FIFA Statutes. Extraordinary Congress 2016”, disponible en <www.resources.fifa.com>.

12 Véase Ruggie (2016).

hacer con respecto a Rusia y Catar.¹³ Nunca en la historia del deporte ocurrió algo parecido.

Los dos componentes de los PR que han tenido una recepción más rápida son los requisitos de diligencia debida relativos a los derechos humanos para las empresas y a la expansión del papel de los mecanismos de queja no judiciales, incorporados a las operaciones de las corporaciones o a las prácticas locales de estas, o a las actividades en las que están involucradas. La razón es simple: cada uno de los tres principales grupos de interesados quiere que estos elementos funcionen, al menos en principio, aunque sus motivos puedan diferir. Para los Estados, promover o exigir mecanismos de diligencia debida y de quejas contribuye a su obligación de proteger. Para las empresas, son medios de gestionar los riesgos relacionados con su actividad. Para los individuos y comunidades afectadas, ofrecen la promesa de reducir la incidencia general de los daños provocados por las compañías, y también sirven como una posible fuente de remedios cuando se produce el daño. Espero que esta clase de interacción dinámica continúe alentando el cambio. Las transformaciones de las medidas judiciales avanzan mucho más despacio.

Me ocupo ahora de dos críticas efectuadas por otros autores de los capítulos de este libro.

La sociedad civil en los Principios Rectores

Los PR fueron desarrollados mediante un proceso “policéntrico”, en el que participaron representantes de los Estados, las empresas y la

13 En una visita a Moscú, le preguntaron a Gianni Infantino, presidente de la FIFA, sobre las leyes rusas de “propaganda gay”. Dijo que “la FIFA no es ningún organismo mundial de asistencia social, pero tenemos que ser responsables sobre estas cosas y sobre la posición que tomamos con respecto a los derechos humanos”. Unos pocos días después, en Catar, cuando le preguntaron sobre la situación de los trabajadores emigrantes en el país, anunció que la FIFA lideraría un comité de vigilancia en el que habría miembros de la sociedad civil. Véanse, respectivamente, “FIFA’s Infantino Wants Video Assistance at 2018 World Cup”, *New York Times*, 19 de abril de 2016; y Owen Gibson, “FIFA promises panel to ensure decent working conditions for 2022 World Cup workers”, *The Guardian*, 22 de abril de 2016.

sociedad civil.¹⁴ En concreto, con respecto a la sociedad civil, celebré gran cantidad de reuniones bilaterales con ONG y también con personas y comunidades afectadas de forma negativa por las actividades empresariales. Los grupos de la sociedad civil suelen ser los participantes más numerosos en las consultas convocadas con diversos interesados, muchas de las cuales tuvieron lugar en el Sur Global. Pero a veces todavía surge la pregunta: ¿dónde está la sociedad civil en los PR? Rodríguez Garavito argumenta que el éxito futuro de los PR depende en gran medida de la “participación empoderada de la sociedad civil” y concluye que los PR se quedan cortos al respecto. Tara Melish y Errol Meidinger han sugerido que los PR deberían tener un cuarto pilar, que reconociera oficialmente la intervención fundamental de la sociedad civil (Melish y Meidinger, 2012).¹⁵ En su capítulo incluido en este libro, Melish repite esa propuesta y argumenta que, en los PR, los “compromisos expresivos” con la participación de la sociedad civil son limitados, y el resultado es que las ONG no pueden recurrir suficientemente a los PR para presionar la conducta estatal y empresarial y cambiarla.

Sin duda, estoy de acuerdo con la idea de que la participación de la sociedad civil es esencial y desde el principio desarrollé los PR teniendo eso presente: de ahí su fundamento en la noción de gobernanza policéntrica. Además, ni las ONG ni los sindicatos de trabajadores han tenido la menor dificultad en usar los PR para persuadir transformaciones. Pero hay varias cuestiones lógicas, prácticas y empíricas relacionadas que deben aclararse.

Para empezar, Rodríguez Garavito toma su concepto de “participación empoderada” de un importante estudio elaborado por Archon Fung y Erik Olin Wright sobre las innovaciones institucionales en países democráticos cuyo propósito es conseguir una participación ciudadana más directa a la hora de diseñar e implementar las políticas públicas que afectan a su vida cotidiana (Fung y Wright, 2003). Puede aprenderse mucho de los datos en los que se basan las conclusiones y

14 Véase Ruggie (2014b), artículo en el que desarrollo el marco analítico del proceso de los PR.

15 Es curioso que los autores aseguren que incluso el tercer pilar fue una victoria “duramente peleada de la comunidad de derechos humanos” (p. 314). Esa afirmación es incorrecta. El Marco Proteger, Respetar y Remediar (Marco PRR) se presentó como un instrumento único desde el comienzo.

generalizaciones de ese estudio. Pero recordemos también cuáles son esos casos y su contexto: consejos vecinales en Chicago, que se ocupan de cuestiones relacionadas con políticas y escuelas públicas; la conservación del hábitat conforme a lo dispuesto en la Ley de Especies Protegidas, de los Estados Unidos; el presupuesto participativo en Porto Alegre, Brasil; y ciertas medidas dirigidas a la descentralización fiscal y administrativa, en beneficio de municipios y pueblos, en los estados de Bengala Occidental y Kerala (India). Fung y Wright creen que estas innovaciones son transferibles y aplicables a otra escala en algunos contextos. De hecho, las normas de los PR sobre mecanismos de queja no judiciales para las empresas y los individuos y las comunidades afectadas cristalizan algunas de las ideas de Fung y Wright.¹⁶ Pero, respecto de la política global, hay límites estrictos a la aplicabilidad de las innovaciones institucionales que esos autores identifican, como el que se verifica en el sistema de carácter estatal de Naciones Unidas (y tal vez sobre todo ahí).

¿Y qué pasa con el pilar “participativo”, que recomiendan Melish y Meidinger? Identifico dos problemas con esa idea en este contexto. En primer lugar, la propuesta tendría sentido si los PR fueran una iniciativa de participación discrecional de diversos interesados –como el Proceso Kimberley para reducir el comercio de diamantes procedentes de países en conflicto, o el Consejo de Administración Forestal–, pero no lo son. Los PR son un instrumento de derecho blando que prescribe estándares mínimos de conducta para todos los Estados y las empresas con respecto a los derechos humanos en su conjunto. No hay ninguna institución central de gobierno como tal. Además, Rodríguez Garavito sugiere que la introducción de ese cuarto pilar también podría haber requerido contemplar estándares para los actores de la sociedad civil, lo que les hubiera encantado a algunos Estados y a muchas empresas, pero que –sospecho– hubiera encontrado resistencia por parte de la sociedad civil.

16 Uno de los esfuerzos más exitosos que conozco es la creación de ocho Consejos de Desarrollo Regional mediante el Global Memorandum of Understanding establecido entre Chevron Nigeria Limited y las comunidades de los estados de Delta, Rivers, Bayelsa, Ondo e Imo, en Nigeria. Mi mandato en Naciones Unidas dio lugar a un breve documental titulado “The Only Government We See: Building Company-Community Dialogue in Nigeria”, galardonado, que está disponible en <www.shiftproject.org>. Este documental fue financiado mediante una subvención de Noruega.

En segundo lugar, y desde un punto de vista más práctico, tengo serias dudas de que un pilar “participativo” hubiera sobrevivido durante el proceso político de Naciones Unidas que llevó a la aprobación de los PR. Más y más países están poniendo límites a la libertad de las organizaciones de derechos humanos, en especial a las que tienen vínculos internacionales, y les están pidiendo que se registren y se sometan a la vigilancia de las autoridades. Eso está sucediendo en China, India, Rusia, varios países de Oriente Medio e incluso Ecuador, que durante un momento se había convertido en el héroe de las ONG cuando propuso un tratado internacional sobre derechos humanos y empresas. Va más allá de lo creíble pensar que en ese entorno los Estados estarían de acuerdo con que las ONG participaran en igualdad de condiciones en el pilar “participativo” para regular el sector empresarial.

Pero en caso de no ser un pilar, ¿por qué no “compromisos expresivos” que apoyaran la participación de la sociedad civil y que se recogieran en el texto de los PR? Melish hace referencia la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como precedente y argumenta que los PR son más débiles al respecto y no dan suficiente apoyo a la sociedad.¹⁷ En efecto, el art. 4.3 de esa Convención dispone que “los Estados parte celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan”.¹⁸ Acerca de esta cuestión, quisiera señalar dos cosas.

En primer lugar, incorporé de hecho a las comunidades y los individuos afectados, junto con actores de la sociedad civil que pudieran representarlos, en los tres pilares. Hay referencias específicas a la necesidad de incluir, consultar e informar a las personas y comunidades afectadas como parte de los requisitos que los PR disponen para los procesos de diligencia debida. Además, se establecen criterios detallados de legitimidad y efectividad para los mecanismos de queja no judiciales, públicos y privados, partiendo de la premisa de que “un mecanismo de reclamación sólo puede cumplir su función si las personas a las que debe servir lo conocen, confían en él y son capaces de utilizarlo”.¹⁹ Por último,

17 Véanse Melish y Meidinger (2012) y el capítulo de Melish, en este libro.

18 Véase “Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, disponible en <www.un.org>.

19 Véase el Comentario al PR 31.

los PR en su conjunto proporcionan una herramienta para el activismo público y judicial (y así han sido utilizados) y, por lo tanto, son una base legítima para efectuar reclamaciones a los Estados y las empresas. A esa herramienta han recurrido organizaciones globales de derechos humanos, asociaciones de trabajadores y también grupos de activistas del derecho.²⁰ Puede que nada de eso sea suficiente, como alegan Melish y Meidinger y, en menor medida, Rodríguez Garavito. Pero no soy capaz de concebir qué más podríamos haber logrado –no como ejercicio teórico, sino en la práctica– con respecto al empoderamiento de la sociedad civil en las normas de los PR.

La segunda mención que haré es sobre las inapropiadas analogías entre un entorno y otro, que suelen generar confusión. Hay diferencias sustantivas en cuanto al ámbito, el tamaño y la dinámica política entre la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los intentos por regular las empresas multinacionales. La primera apunta un grupo de personas y enumera los derechos relevantes para que puedan tener vidas dignas. Al igual que otros tratados sobre derechos económicos, sociales y culturales, los compromisos de los Estados están sujetos a la “realización progresiva”, es decir, ligados a la capacidad del Estado. Además, existe un consenso generalizado sobre los fines subyacentes. En cambio, los tratados del campo de las empresas y los derechos humanos se ocupan de todos los derechos de todas las personas, de todos los Estados y de todas las empresas. Se caracterizan por abarcar una amplia diversidad de problemas, variaciones institucionales significativas e intereses en conflicto entre Estados y a su interior, dentro de los cuales no son de menor importancia los intereses y la influencia de las multinacionales. En consecuencia, me parece cuestionable efectuar una analogía directa entre el tratado sobre discapacidad y la regulación de las empresas y derechos humanos, tanto por razones sustantivas como metodológicas.

20 La International Corporate Accountability Roundtable (ICAR) ha hecho un trabajo impresionante para usar los PR como plataforma a partir de la cual fomentar la responsabilidad social de las empresas, y hay incluso legislación nacional nueva. La ICAR es una colación de organizaciones importantes de derechos humanos, y de su Comité de Dirección forman parte EarthRights International, Human Rights Watch, Human Rights First, Global Witness y Amnistía Internacional. Véanse también International Trade Union Confederation (2012) y Advocates for International Development (2013).

En última instancia, mi principal preocupación con la crítica que alega que los PR no proporcionan suficientes apoyos para la sociedad civil es el riesgo potencial de hacer predicciones que se acaben cumpliendo por formularlas y creer en ellas. Rodríguez Garavito señala que muchas organizaciones de derechos humanos en los países en vías de desarrollo carecen de la capacidad de aplicar los procesos de gobernanza global, como son los PR, y participar plenamente en ellos. Por consiguiente, buscan que los líderes de opinión, cuyas ideas y preferencias reflejan en gran medida las suyas, les faciliten pistas. Sería mucho más útil, no sólo para los PR, sino para aquellos cuyos derechos humanos son vulnerados por las empresas, si esos líderes de opinión ofrecieran más claves sobre cómo esas organizaciones pueden usar los PR y hacer contribuciones a ellos, en lugar de volver a abrir la discusión sobre si el texto de los PR adoptados en 2011 dice lo suficiente con respecto a la intervención de la sociedad civil o no.

Juridificación internacional

A medida que se despliega la agenda sobre empresas y derechos humanos, una mayor juridificación es un elemento inevitable y necesario para los desarrollos futuros. Pero a la luz del fracaso de los pasados esfuerzos en pos de un tratado en este campo, hay que preguntarse qué forma de juridificación debería producirse en la esfera internacional. ¿Cuál es el enfoque que, basándose en la experiencia, arrojaría el mayor beneficio para las comunidades y personas afectadas? No es una cuestión puramente académica. En septiembre de 2013, Ecuador propuso que el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas estableciera un grupo de trabajo interestatal para negociar esa clase de tratado y unas seiscientas ONG formaron una "Alianza para el Tratado" con el fin de apoyar la solicitud.²¹ En una votación muy dividida, el Consejo adoptó la propuesta el 26 de junio de 2014.

21 Véase el sitio web de Treaty Alliance, <www.treatymovement.com>. Hay que señalar que las principales organizaciones de derechos humanos, como Amnistía Internacional y Human Rights Watch, no se unieron a la alianza, lo cual reveló sus dudas sobre la viabilidad y eficacia de la propuesta de Ecuador.

¿Acabará este último intento por imponer obligaciones de derecho internacional a las empresas transnacionales como otro caso más de la clásica disfunción de hacer una y otra vez la misma cosa y esperar un resultado distinto? ¿O podrían las negociaciones llevar a una reflexión más profunda sobre las razones de ese pasado y moverse en una dirección productiva? A simple vista, los partidarios y los oponentes del tratado parecen destinados a chocar. Pero si se mira hacia delante, la respuesta depende de si los adeptos a la iniciativa están más interesados en conseguir cambios reales que en dejar clara su posición, y de si los adversarios pueden aceptar que es necesaria, y también deseable, alguna forma de juridificación internacional adicional en relación con las empresas y los derechos humanos. A continuación desarrollo esas posibilidades.

Comencemos por el pronunciamiento realizado por Ecuador y la votación al respecto. La resolución pide el establecimiento de un grupo de trabajo interestatal en el Consejo de Derechos Humanos, "cuyo mandato será elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos".²² Por consiguiente, la resolución no va dirigida a regular ninguna violación específica de los derechos humanos. En todo caso, pretende establecer un marco jurídico internacional, de carácter general —una especie de Constitución global—, que regule la conducta de las corporaciones en materia de derechos humanos. Acto seguido define el término "otras empresas" de modo que queden excluidas las nacionales, con lo que el nuevo marco legal aplicaría sólo a las transnacionales.²³ Por consiguiente, por ejemplo, la redacción del tratado propuesto cubriría a las empresas internacionales que compraban las prendas elaboradas en el edificio colapsado Rana Plaza, pero no a los propietarios de las fábricas en las que se producían dichas prendas.

A la resolución de Ecuador se sumaron Bolivia, Cuba, Sudáfrica y Venezuela como copatrocinadores. La votación en el Consejo fue de 20 votos a favor, 14 en contra y 13 abstenciones. Hubo una mayoría de miem-

22 Véase el documento A/HRC/26/L.22/Rev. 1, 24 de junio de 2014.

23 Una nota a pie de página de la resolución apunta: "'Otras empresas' se refiere a todas aquellas cuyas actividades operacionales tienen carácter transnacional y no se aplica a las registradas a nivel local con arreglo a la legislación nacional pertinente". La resolución no dice nada sobre los acuerdos empresariales de colaboración con las empresas nacionales ni sobre otras formas de relación del Estado con las compañías transnacionales.

bros africanos que votó a favor, y en el mismo sentido votaron China, India y Rusia. Más allá de los promotores de la iniciativa, los otros países latinoamericanos se abstuvieron, y cabe destacar que Brasil lo hiciera. La Unión Europea y los Estados Unidos votaron contra la resolución porque pensaron que era contraproducente y divisiva; ambos declararon que no participarían en el proceso de negociación del futuro tratado.²⁴ Japón y Corea del Sur también votaron en contra. Los representantes de la coalición de la sociedad civil mostraron su euforia, aunque varias ONG criticaron la exclusión de las empresas nacionales.²⁵ Cuando China explicó su voto no manifestó un apoyo exultante. El delegado chino declaró que la decisión estaba basada en una "interpretación" específica. Primero afirmó que la cuestión de un tratado sobre empresas y derechos humanos era compleja y que existían diferencias en los sistemas económicos, judiciales y empresariales de los países, y que también su historia y cultura eran distintas. Por ende, concluyó que sería necesario llevar a cabo estudios "detallados y en profundidad" y crear un proceso para el tratado que fuera "gradual, incluyente y abierto".²⁶ Como es obvio, no es más probable que China imponga a sus multinacionales estándares de derechos humanos no aceptados en su normativa interna de lo que lo es para los Estados Unidos.²⁷

24 Véase "Explanation of Vote: A/HRC/26/L.22/Rev.1 on BHR Legally-Binding Instrument", disponible en <www.geneva.usmission.gov>.

25 Véase Ganesan (2014): "Un defecto fundamental es la insistencia de Ecuador en que el tratado se concentre en las empresas multinacionales, a pesar de que cualquier empresa puede causar problemas y que la mayoría de los estándares, incluidos los Principios [Rectores] de Naciones Unidas, no hagan esa distinción artificial".

26 Véase "A/HRC/26/L.22/Rev.1 Vote Item: 3 - 37th Meeting 26th Regular Session Human Rights Council", disponible en <www.webtv.un.org>.

27 Esto plantea un aspecto fundamental que los activistas de la sociedad civil y otros partidarios del tratado han pasado por alto cuando critican lo que consideran la "debilidad" del segundo pilar, respetar. Todos los miembros del Consejo en 2011 pudieron respaldar la responsabilidad empresarial con respecto a todos los derechos humanos porque en el marco de los PR la responsabilidad está fundamentada en una norma social global, no en una obligación jurídica. En cambio, si la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos se convierte en una obligación contenida en un tratado internacional, su aplicabilidad y el rango de derechos humanos a los que tendría que atenerse estaría determinado por los casos específicos de ratificación estatal del tratado, lo que no sólo afectaría al nuevo, como es evidente, sino también a los estándares variables de derechos humanos que los Estados reconocen como obligaciones jurídicamente vinculantes.

En síntesis, un número considerable de los miembros del Consejo no votó a favor de la resolución. Los países sede de la inmensa mayoría de las empresas transnacionales se opusieron, se abstuvieron o, en el caso de China, condicionaron el apoyo significativamente. Los que se oponen se niegan también a participar en las negociaciones futuras del tratado. Por lo tanto, hasta ahora esta tentativa de lograr un tratado se parece mucho a un caso de disfunción repetido. ¿No podemos aprender nada de los últimos cuarenta años de historia, y de la creación de normas internacionales en general, que nos permita garantizar remedios adicionales a las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con las empresas? Creo que sí hay cosas que aprender, pero eso requeriría que las principales preferencias doctrinales dejaran paso a la realidad práctica. De forma resumida, señalo tres impedimentos.

En primer lugar, los partidarios del tratado, tanto Estados como ONG, deberían reconocer que no va a aprobarse ninguna iniciativa similar en el futuro próximo. El propio Ecuador, en las consultas informales antes de la votación, estimó que eso podría llevar una década o más. De hecho, si los participantes no superan el bloqueo actual, podríamos ser testigos de una repetición de las negociaciones sobre el Código de Conducta para Empresas Transnacionales que tuvieron lugar en la década del setenta y que estuvo a la deriva durante años, hasta que finalmente fue abandonado en 1992. Recuérdese que incluso en el caso de la Declaración sobre los Pueblos Indígenas, pasaron veintiséis años desde su concepción hasta su adopción, aun dado su carácter no vinculante. Eso no es una razón para retrasar la iniciativa, pero plantea una pregunta básica a los partidarios del tratado: ¿qué proponen hacer entre hoy y ese momento, cuando quiera que llegue? La respuesta obvia sería implementar y desarrollar los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, pero esto genera un dilema para muchos de los impulsores del tratado. Me explicaré.

Prácticamente todos los países que hablaron durante el debate en el Consejo destacaron la importancia de implementar los PR. De hecho, el día después del voto muy dividido sobre la propuesta de Ecuador, el Consejo adoptó una segunda resolución, presentada por Argentina, Ghana, Noruega y Rusia, con el apoyo de otros cuarenta Estados de todas las regiones del mundo. Esa resolución extiende el mandato del Grupo de Trabajo conformado por expertos que estableció el Consejo en el año 2011 para promover y desarrollar los PR. También solicita al Alto Comisionado para los Derechos Humanos que facilite un proceso con-

sultivo con Estados, expertos y otros actores interesados con el fin de explorar "la variedad completa de opciones jurídicas y medidas prácticas que mejoren el acceso a los remedios de las víctimas de violaciones de derechos humanos relacionados con las empresas".²⁸ Por otro lado, le pide al equipo de expertos que informe al Grupo de Trabajo sobre la implementación de los PR, ya que la falta de conciencia de lo que ocurre en la práctica es lo que lleva a muchos a creer que no se están realizando grandes avances. El Consejo adoptó esta resolución por consenso, sin necesidad de votación.

Pero ahí está el problema: muchos de los países que apoyan el proceso del tratado han llevado a cabo mínimas acciones, si acaso alguna, para hacer efectivos los PR. En el mismo sentido, numerosas ONG de la Alianza para el Tratado han hecho poco por promoverlos y algunos incluso hicieron campaña en contra de su aprobación por el Consejo de Derechos Humanos en 2011. Ambos grupos se han limitado a mantener todo el tiempo la posición doctrinal de que sólo medidas jurídicas internacionales pueden producir cambios significativos y, puesto que los PR no crean por sí mismos nuevas obligaciones jurídicas internacionales, es necesario un tratado. Pero si se tiene en cuenta la propia conjetura de Ecuador de que un tratado de empresas y derechos humanos puede tardar a una década o más, quienes proponen un tratado se tomarán ahora la implementación de los PR con más seriedad, aunque más no sea considerándolos sólo medidas provisionales? Si no, ¿qué es lo que les dirán a las víctimas, en cuyo nombre se enarbolan todas estas batallas?

Una segunda posición doctrinal obstaculiza el progreso: la amplitud del tratado propuesto. La idea de establecer un marco jurídico internacional de carácter general mediante un único tratado que regule todos los aspectos de las empresas transnacionales en relación con los derechos humanos parece una aspiración razonable y una tarea simple. Sin embargo, ni el orden político ni el orden jurídico internacional pueden conseguir eso en la práctica. La esencia del problema es que la cuestión de las empresas y los derechos humanos no abarca un área temática tan determinada como para prestarse a un conjunto único de obligaciones detalladas, consignadas en un tratado. Desde el punto de vista político, los problemas de la diversidad, las variaciones institucionales y los inte-

28 Véase el documento A/HRC/26/L.1, Rev.1.

reses en conflicto entre los Estados lo único que hacen es aumentar a medida que crece el número de países sede de empresas transnacionales (léanse los comentarios ya citados de China). Desde el punto de vista jurídico, la categoría de "empresas y derechos humanos" incluye demasiadas dimensiones complejas del derecho internacional y nacional como para que un único tratado solucione toda la problemática de los derechos humanos.²⁹ Cualquier documento que intentara cumplir con ese objetivo tendría que formularse en un grado tan alto de abstracción que carecería de sustancia, sería de poco uso práctico para la gente real en lugares reales y tendría gran potencial de causar una grave reacción negativa contra toda forma futura de juridificación internacional en este campo (como ya empezamos a observar en el reciente debate en el Consejo).

Esto me lleva al tercer impedimento doctrinal. Los oponentes del tratado necesitan afrontar la realidad de que el derecho internacional en este terreno no puede permanecer inmutable por siempre. Si algunos de los argumentos de Ecuador y de la Alianza en pos del tratado suenan como un eco del pasado, algo similar ocurre con algunas de las respuestas del otro lado. Por ejemplo, el delegado del Reino Unido declaró que "es una cuestión del imperio de la ley, del Estado nación de derecho en Estados individuales".³⁰ En el mismo sentido, la Cámara Internacional de Comercio (ICC, por sus siglas en inglés) declaró en un comunicado de prensa que "no hay ninguna iniciativa ni ningún estándar con respecto a las empresas y los derechos humanos que pueda reemplazar el papel fundamental del Estado y las leyes nacionales en esta área".³¹ Ambas declaraciones son absolutamente correctas en este momento. Pero si bastaran el derecho y los tribunales nacionales, ¿por qué las ET no recurren a ellos para resolver los conflictos de inversión con los Estados? ¿Por qué es necesario el arbitraje vinculante internacional, aprobar más de tres

29 En un primer recuento, se me ocurre: los derechos humanos, el derecho laboral, las normas contra la discriminación, el derecho de la salud y la seguridad, las normas de protección de la intimidad, el derecho de protección al consumidor, el derecho medioambiental, las normas contra la corrupción, el derecho humanitario, el derecho penal, las normas sobre inversiones, el derecho del comercio, el derecho tributario, el derecho de propiedad y, de suma importancia, el derecho societario y de títulos valores.

30 Véase "A/HRC/26/L.22/Rev.1 Vote Item: 3 - 37th Meeting 26th Regular Session Human Rights Council", cit.

31 Véase "ICC disappointed by Ecuador Initiative adoption", 20 de junio de 2014, disponible en <www.iccwbo.org>.

mil tratados bilaterales y los capítulos de inversión en los acuerdos de libre comercio? La justificación de esto ha sido siempre que las leyes y los tribunales nacionales no son adecuados y necesitan el complemento de los instrumentos internacionales.

En respuesta a la resolución de Ecuador, el Reino Unido y la ICC expresaron su decidido apoyo a los PR. De hecho, ambos han promovido y contribuido de forma activa a su implementación, y el Reino Unido fue el primer país en adoptar un plan de acción nacional. Pero debemos tener claro qué son los PR y qué hacen. Los PR establecieron fundamentos basados en la evidencia y el consenso. Han generado nuevos requisitos nacionales e internacionales de política pública y también algunas exigencias jurídicas. En los lugares en los que se implementan y desarrollan, adicionalmente, ayudan a reducir la incidencia general de los daños a los derechos humanos provocados por las empresas y también proporcionan fuentes de remedios no judiciales que antes no existían. Pero su creación nunca pretendió cerrar el paso a otras vías futuras necesarias o deseables.

Ya al comienzo de mi mandato identifiqué un enfoque sobre la jurisdicción internacional en el área de las empresas y los derechos humanos congruente con el pragmatismo basado en principios que llevó a los PR (Ruggie, 2007). Esta corriente considera el derecho internacional como una herramienta para la solución de problemas colectivos, no sólo como un fin en sí mismo. Reconoce que el desarrollo de cualquier instrumento jurídico internacional requiere cierto grado de consenso entre Estados y sostiene que antes de iniciar el proceso de aprobación de un tratado los objetivos deberían estar claros, deberían existir expectativas razonables de que las partes relevantes puedan hacerlos cumplir y lo hagan, y debería ser efectivo para abordar los problemas específicos existentes. Esto iría en la dirección de instrumentos jurídicos internacionales sobre empresas y derechos humanos con propósitos limitados –yo los llamé “herramientas de precisión”–, centrados en vacíos de gobernanza específicos que no estén cubiertos por otros medios.³²

32 Soy muy consciente de la función “expresiva” del derecho, a diferencia de su función reguladora. Pero en el campo de los derechos humanos internacionales no faltan instrumentos jurídicos expresivos, sino vías operativas que consigan cambios acumulativos.

Un candidato obvio sería escoger como objeto de regulación lo peor de entre lo peor: las empresas en graves violaciones de derechos humanos, muchas de las cuales cometen crímenes internacionales, como el genocidio, los asesinatos extrajudiciales y la esclavitud, además del trabajo forzado. Hice una propuesta a este respecto en una nota que envié a los Estados miembros de Naciones Unidas en febrero de 2011, en la que expresaba mis recomendaciones para las medidas posteriores a mi mandato (Ruggie, 2011c). En el caso de las personas naturales, existe en la práctica un consenso amplio sobre las prohibiciones pertinentes, que por lo general gozan de una aplicación extraterritorial mayor que otros estándares de derechos humanos. Pero se requiere una mayor especificidad en cuanto a qué medidas los Estados deberían adoptar para con las empresas –personas jurídicas– y sobre la relevancia que la cooperación internacional podría tener para ayudar a los gobiernos a aplicar esas medidas. Un instrumento jurídico con ese enfoque tendría el efecto secundario de elevar la conciencia de los Estados y las empresas en cuanto a la necesidad de que estas últimas eviten infringir los derechos humanos, de una forma muy parecida a lo que hizo el Alien Tort Statute antes de que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos restringiera su aplicabilidad extraterritorial en el caso “Kiobel”.³³

En resumen, nunca me opuse a la jurisdicción internacional en sí; deberíamos sopesar con cuidado cuáles son sus variantes necesarias, posibles y capaces de conseguir resultados prácticos, al tiempo que se va trabajando sobre la base de los PR.

Este análisis lleva a tres conclusiones. La primera es que si Ecuador y los partidarios de su resolución mantienen los términos y la intención de esta, sólo hay dos posibles desenlaces. O bien las negociaciones se prolongan durante una década o más y siguen el camino de los intercambios por el Código de Conducta de los años setenta, o bien logran persuadir a un número suficiente de países en vías de desarrollo para que adopten un tratado como ese, pero no es ratificado por la mayoría de los países sede de las multinacionales, que no quedarían obligados. Más allá del re-

33 En “Kiobel c. Royal Dutch Petroleum Company”, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos declaró que hay una presunción en contra de la aplicación extraterritorial de la ley y que “incluso cuando las reclamaciones afectan y se refieren al territorio de los Estados Unidos, deben hacerlo con la suficiente fuerza como para desplazar la presunción en contra de la aplicación extraterritorial”.

sultado que prevalezca, representará otro camino sin salida y no les dará nada a los individuos y las comunidades afectadas negativamente por la conducta empresarial.

En segundo lugar, si los opositores al tratado sostienen su posición de que basta con el derecho nacional y las iniciativas voluntarias, argumentarán que no es necesaria ninguna clase de juridificación, ni ahora ni en el futuro. Eso contribuirá al resurgimiento de la polarización que hemos contemplado durante el último año y en el camino se socavarán los PR, no porque carezcan de valor, sino porque menospreciar o descartar ese valor es conveniente para quienes proponen un tratado desde el punto de vista político.

En tercer lugar, la resolución introducida por Argentina, Ghana, Noruega y Rusia, que en la actualidad ha sido opacada por la resolución de Ecuador, tendría gran relevancia para avanzar en el tema. A corto plazo, pide al Alto Comisionado que celebre consultas con todos los grupos de interesados que consideren “el rango pleno de opciones jurídicas y medidas prácticas que mejoren el acceso a los remedios”. Esto proporcionará información práctica, ideas y directrices a medida que las negociaciones para un tratado progresen. Pero si el proceso para la elaboración de un tratado termina por privilegiar la doctrina por sobre los resultados prácticos, esa resolución consensuada podría generar perfectamente un proceso paralelo formativo por derecho propio.

Cualquiera sea el camino, los Estados, las empresas y las ONG necesitan redoblar (o en muchos casos iniciar) esfuerzos en implementar y desarrollar más los PR, a través –por ejemplo– de planes de acción nacionales que establezcan expectativas claras para los gobiernos y toda clase de empresas.³⁴ Ningún tratado futuro, real o imaginario, puede sustituir la necesidad de conseguir mayores progresos ahora. De hecho, cuantos más logros conquisten los participantes a partir de esta base ampliamente apoyada, menos politizado y polarizado estará el debate sobre la juridificación internacional. El pragmatismo de principios podría continuar imponiéndose.

34 Véase ICAR y DIHR (2014), para una excelente guía al respecto.

Conclusión

En general, los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de Naciones Unidas han tenido éxito en iniciar una nueva dinámica regulatoria global. Su triunfo, hasta ahora modesto –salvo si se compara con las alternativas–, se debe al hecho de que el desarrollo de los PR reflexiona y está informado de manera consciente por las razones de los fracasos pasados. Busca de forma explícita implementar un enfoque diferente, como ya se ha descrito antes en este capítulo. Por consiguiente, una de las grandes ironías para mí, desde el comienzo de mi mandato en Naciones Unidas, fue el deseo de muchos activistas y algunos académicos de derechos humanos de regresar al molde convencional. ¿Por qué? Porque así es cómo los derechos humanos se aplican y deben aplicarse, según ellos.³⁵ El capítulo de Rodríguez Garavito tiene el valor de reconocer los límites no sólo de la posición convencional, sino también de sus consecuencias potencialmente perjudiciales para las comunidades y los individuos afectados, en especial en los contextos institucionales del Sur Global.

35 Para un ejemplo académico del tema, véase Bilchitz (2013).