

EL ROL DE LAS COMPAÑÍAS MULTINACIONALES Y LA SOCIEDAD CIVIL GLOBAL EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL COMO COMPONENTE DE LA GOBERNANZA GLOBAL CONTEMPORÁNEA

THE ROLE OF MULTINATIONAL CORPORATIONS AND GLOBAL CIVIL SOCIETY IN THE CONSTRUCTION OF CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY AS AN ELEMENT OF THE CONTEMPORARY GLOBAL GOVERNANCE

✉ Por: Sara Botero-Restrepo*

Fecha de recepción: 15 de octubre de 2014
Fecha de aprobación: 18 de noviembre de 2014

Resumen

El proceso de globalización ha convertido a las corporaciones multinacionales en actores poderosos de la gobernanza global contemporánea. Por esto, cuando incurren en violaciones a los Derechos Humanos, resultan impunes. Por un lado, existen normas de soft law que las harían responsables de dichas violaciones, así como algunas regulaciones privadas; sin embargo, su efectividad depende de la voluntad de las compañías de aplicarlas. Por otra parte, el Derecho Internacional se enfoca en vincular directamente a los Estados en los que operan las compañías, pero frecuentemente estos carecen de una institucionalidad fuerte que permita implementarlas, o evitan hacerlo porque temen a perder la inversión que llevan las multinacionales a sus países. La sociedad civil global presiona a los Estados y a las organizaciones internacionales de manera directa, así como indirecta, con el fin de conseguir un marco normativo más vinculante y comprensivo.

Palabras clave: *Gobernanza global, sociedad civil global, compañías multinacionales, responsabilidad social empresarial, Derechos Humanos.*

* Abogada Universidad EAFIT, Colombia. sbotero9@eafit.edu.co



Abstract

The globalization process has turned multinational corporations into powerful actors in the contemporary global governance. This is why, when they incur in violations of Human Rights, the offenses often go unpunished. On one hand, there are soft law rules that would make them liable, as well as some private regulations; however they rely on the will of the corporations. On the other hand, International Law is more focused on binding directly the countries in which they operate, but they often lack the means to implement those rules, or avoid doing so because they are afraid to lose the investment brought by multinationals. The global civil society puts pressure both directly and indirectly to states and international organizations, pushing for a more binding and comprehensive legal framework.

Key words: *Global governance, global civil society, multinational corporations, corporate social responsibility, Human Rights.*

Introducción

Dentro de la gobernanza global, existen unos actores que no gozan de personalidad jurídica en el Derecho Internacional como los Estados, pero que por sus particularidades tienen unas obligaciones con respecto a los Derechos Humanos, no necesariamente relacionadas directamente con el desarrollo de su objeto social, pero que su actividad y el giro ordinario de sus negocios, les conduce a afectar muchas veces de manera negativa a las comunidades en las que operan y al medio ambiente.

En este sentido, se encuentra la necesidad de construir mecanismos normativos, desde una perspectiva que trascienda los accionistas de las empresas, es decir, desde una perspectiva de los *stakeholders*¹, que pretenda vincularlos jurídica y/o políticamente. Puesto que en la actualidad, la normatividad existente tiene problemas estructurales que conducen a que estos actores no sean directamente responsables de los mencionados abusos. Lo anterior se debe al poder que tienen que se hace evidente gracias a la globalización económica, y a la dificultad o falta de voluntad de los Estados de cumplir con el deber de proteger los derechos de sus ciudadanos. Los Estados encuentran beneficios a la inversión extranjera, particularmente por parte de las compañías multinacionales, que han influenciado a los Estados para obtener beneficios regulatorios, a cambio de la inversión, que tanto creen éstos que puede contribuir a su desarrollo.

1 El Diccionario Oxford en línea, traduce al español el término *stakeholder* como depositario o interesado, sin embargo, define en su diccionario en inglés el término como “una persona con un interés o a quien preocupa algo, especialmente, un negocio”. Por lo tanto, se considera que ni depositario ni interesado son palabras que abarquen de manera suficiente lo que los autores quieren decir con el término *stakeholder*, y por esto se continuará utilizando la palabra en inglés a lo largo del texto. En el inglés original: “A person with an interest or concern in something, especially a business”. (Oxford University Press, 2014)



En este sentido, se señalarán las características del actual marco jurídico que regula las operaciones de las compañías, con el fin de criticar el alcance limitado que tiene éste, analizar el rol que juega la sociedad civil global en la gobernanza global, y la manera en que hace presión para exigir un mayor control respecto de los abusos frecuentes a los Derechos Humanos de las compañías multinacionales.

Así, se plantea examinar el marco jurídico que regula a las multinacionales en cuanto a los Derechos Humanos, como ámbito de regulación de la responsabilidad internacional de las compañías multinacionales, e identificar el rol de la sociedad civil global en llamar la atención sobre la insuficiencia del mismo. Insuficiencia que se da en cuanto a una real protección de los derechos de las comunidades afectadas. A partir del mismo, se pretende describir las compañías multinacionales como actores emergentes y poderosos dentro de la gobernanza global contemporánea, identificar las características de la sociedad civil global a partir de su relación con las compañías multinacionales y estudiar el marco jurídico existente con respecto a las operaciones de éstas. Por último, analizar el rol de la sociedad civil global en exigir acciones positivas por parte de los Estados y las organizaciones internacionales en la aplicación de los mecanismos de control de los efectos colaterales de las operaciones de las compañías multinacionales.

Actores y gobernanza global

1. Compañías multinacionales

Las compañías multinacionales² se destacan como las más poderosas entre los actores estatales, debido a que son empoderadas por la globalización, que ha facilitado la movilidad del capital.³ Así, se han convertido en el centro de atención de los demás actores internacionales, puesto que son políticamente poderosas tanto en el ámbito local como en el global, al tener el poder de poner asuntos en la agenda o de orientar la toma de decisiones como la de invertir o no en una u otra jurisdicción.

La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OECD por sus siglas en inglés)⁴ define a las multinacionales como:

“empresas u otras entidades establecidas en más de un país y relacionadas de tal modo que pueden coordinar sus actividades de diversas formas. Aunque una o varias de estas entidades puedan ser capaces de ejercer una influencia

2 Aunque existe una distinción teórica entre los términos compañías multinacionales y transnacionales, en el presente texto se hablará de las mismas como compañías multinacionales.

3 Peter J. Spiro, “Constraining Global Corporate Power: A Short Introduction”, en: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 43, 2013, p. 1103.

4 “Agrupa a 34 países miembros y su misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo” OECD, *Líneas Directrices de la OECD para Empresas Multinacionales*, París, OECD Publishing, 2011, p. 19.



significativa sobre las actividades de las demás, su grado de autonomía en el seno de la empresa puede variar ampliamente de una empresa multinacional a otra. Pueden ser de capital privado, público o mixto”⁵.

Son entonces entes económicos de origen privado, con fines y operaciones lucrativas en Estados y mercados diferentes. A pesar de estar ancladas a un domicilio social localizado, se valen de tendencias como la tercerización y la deslocalización para potenciar su objeto social a favor de sus inversionistas. Así, se adaptan a los requerimientos de cada ordenamiento jurídico donde deseen desarrollar su actividad económica. Es probable que tengan estructuras jerárquicas, con alianzas estratégicas con otros productores, en busca de economías de escala para la manufactura.

Para muchas compañías, operar globalmente implica adoptar un modelo operacional que, por naturaleza, requiere que la matriz se despoje de un cierto grado de control sobre un número significativo de operaciones, sustituyendo relaciones de negocios por estructuras jerárquicas⁶, haciendo más riesgoso el control de las instancias superiores sobre las inferiores.

En el Derecho interno, la naturaleza integrada de los grupos corporativos no es reconocida, entonces, las compañías pueden legítimamente usar una subsidiaria para proteger su matriz y otros miembros de un grupo corporativo que pueda atraer responsabilidad legal. Incluso en casos en los que una subsidiaria es declarada responsable de abusos a los Derechos Humanos, la responsabilidad no necesariamente está ligada a la de las demás compañías del grupo empresarial, por lo tanto, no necesariamente podría accederse a los activos de un grupo empresarial o los activos de los miembros o directivos. Los jueces locales, son reticentes a levantar el velo societario de los grupos empresariales de las matrices por actuaciones de las subsidiarias⁷.

De este modo, al descentralizarse se les hace más difícil controlar las actividades de sus subsidiarias y proveedores. Un factor que dificulta el control, es que las compañías operan globalmente, pero no están reguladas globalmente. En cambio, cada componente de la Entidad, está sujeto a la jurisdicción en la que opera⁸.

Al mismo tiempo, las compañías eluden efectivamente las responsabilidades de las jurisdicciones mientras se benefician de los sistemas locales, que difícilmente se

5 *Ibíd.*

6 Al respecto: John G. Ruggie *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, New York, W.W. Norton & Company Inc., 2013, p. 2.

7 Penelope Simons, “International Law’s invisible hand and the future of corporate accountability for violations of Human Rights”, en: *Journal of Human Rights and the Environment*, vol. 3, núm. 1, marzo de 2012, p. 32.

8 J. G. Ruggie *Op. cit.*, p. XVI.



encuentran adaptados para la regulación corporativa efectiva. Por su parte, los gobiernos nacionales tratan de atraer o mantener negocios, al ofrecer subsidios, exenciones de impuestos, inversiones en infraestructura y recortes a las regulaciones proteccionistas⁹. Entonces, las compañías explotan la competencia regulatoria para disminuir los costos de producción¹⁰.

El panorama empeora puesto que parece que existiera una simbiosis negativa entre los peores abusos a los Derechos Humanos y los países anfitriones de inversión extranjera, que se caracterizan por una combinación de bajos ingresos nacionales, un conflicto armado reciente o actual y un gobierno débil o corrupto¹¹. Sin embargo, aun cuando existen leyes nacionales que prohíben conductas abusivas, los Estados en muchos casos, fracasan implementándolas porque tienen pocas capacidades, tienen miedo a las consecuencias competitivas de hacerlo, o porque sus líderes subordinan el bien público a la ganancia privada.¹²

De esta manera, las compañías multinacionales han abusado de su influencia en el mundo globalizado de hoy, ya que muchas compañías disponen incluso de más recursos que los Estados mismos. Los actores corporativos multinacionales son infiltrados privilegiados del sistema legal internacional, no son sujetos formales del Derecho Internacional, sin embargo, juegan roles de promoción, negociación y redacción de tratados, acuerdos y regímenes de inversión y disfrutan de un gran éxito en sus estructuras y operaciones¹³. Lo anterior, les da un poder especial, de juez y parte en el sistema internacional.

Cuando están negociando la entrada a un país, las compañías tienen una ventaja, ya que pueden trasladarse con facilidad, lo que hace que el Estado anfitrión sienta miedo de perder los puestos de trabajo que las compañías generan, tornándolos cada vez más dependientes de estas compañías¹⁴. Además, los acuerdos de inversión que suscriben las compañías con los Estados anfitriones, crean una protección fuerte para los inversionistas extranjeros, permitiéndoles que se impongan coactivamente ante la regulación de esos Estados.

Pues en virtud de los acuerdos de inversión, los inversionistas tienen el derecho de llevar al Estado anfitrión a arbitrajes vinculantes por violaciones a cláusulas del Tratado. A través

9 Guido Palazzo y A. G. Sherer, "The New Political Role of Business in a Globalized World: A Review of a New Perspective on CSR and its Implications for the Firm, Governance, and Democracy", en: *Journal of Management Studies*, vol. 48 núm. 4, junio de 2011, p. 905.

10 P. J. Spiro, *Op. cit.*, p. 1103.

11 J. G. Ruggie, *Op. cit.*, p. 29.

12 *Ibíd.* p. XVI.

13 P. Simons, *Op. Cit.* p. 33.

14 C. Wells y Juanita Elias, "Catching the Conscience of the King: Corporate Players on the International Stage", en: Philip Alston, ed., *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, Oxford U. P., 2005.



del arbitraje o la amenaza del arbitraje, un inversionista puede aislar su negocio de nuevas normas y regulaciones, o buscar una compensación del Gobierno por el costo de cumplir esas nuevas normas¹⁵.

Las compañías han creado un nuevo mundo transnacional de flujos de transacciones que no existía anteriormente y han desarrollado e instituido sistemas de administración innovadores para sí mismas por sus relaciones con sus subsidiarias, así como con sus proveedores y distribuidores, necesarios por sus campos de acción, su ritmo y la complejidad de operar los espacios de transacciones. En otras palabras, las compañías multinacionales han transformado sus funciones en globales en tiempo real, dejando atrás el mundo de las transacciones económicas tradicionales, que se movía más despacio, era mediado por los Estados y los mecanismos legales tradicionales¹⁶.

2. Sociedad civil global

La sociedad civil global representa un contrapeso que reta al mundo de los negocios, e influencia a los gobiernos¹⁷. Anheier¹⁸, define a la sociedad civil como el conjunto de instituciones, organizaciones y comportamientos, que se sitúan entre el Estado, el mundo corporativo y la familia. Por su parte, Castells¹⁹ afirma que el componente esencial de la organización socio política es la esfera pública, porque en este espacio las personas se reúnen como ciudadanos y articulan sus puntos de vista autónomos sobre la influencia de las instituciones políticas de la sociedad, entonces, la sociedad civil es la expresión organizada de estos puntos de vista. Sin una sociedad civil efectiva, capaz de estructurar y canalizar los debates de los ciudadanos sobre diversas ideas e intereses contrapuestos, se crea una amplia brecha entre gobernantes y gobernados.

La definición de sociedad civil ha cambiado desde las primeras nociones en la antigüedad, hasta su denominación global en la actualidad. Sin embargo, referencias específicas al término sociedad civil global han emergido sólo hasta finales del siglo XX, en el que los científicos sociales adaptaron el término para describir a los actores no estatales involucrados en las instituciones y los regímenes regulatorios multilaterales de la gobernanza global.

15 P. Simons, *Op. Cit.* p.15.

16 John G. Ruggie, "Reconstructing the Global Public Domain: Issues, Actors, and Practices", en: *European Journal of International Relations*, vol. 10, núm. 4, 2004 p. 503.

17 Yves Fassin, "Inconsistencies in Activists' Behaviours and the Ethics of NGOs", en: *Journal of Business Ethics*, vol. 90, núm. 12, 2009, p. 503.

18 Helmut K. Anheier, *Nonprofit Organizations: Theory, Management and Policy*, citado en: Krishan Kumar, "Global Civil Society", en *European Journal of Sociology*, vol. 48, núm. 3, diciembre de 2007, p. 419.

19 Manuel Castells, "The New Public Sphere: Global Civil Society, Communication Networks, and Global Governance", en: *The Annals of the American Academy of Political Science*, vol. 616, núm. 1, 2008 p. 78.



Entre ellos, Kaldor²⁰ la define como el proceso a través del cual los individuos negocian, debaten, luchan o están de acuerdo entre ellos, y con los centros de autoridad política y económica. A través de asociaciones voluntarias, movimientos, partidos políticos y sindicatos, el individuo actúa públicamente. El término se ha expandido desde la década de 1960 debido a diferentes causas relacionadas con la supra territorialidad, que creó un impulso causado por del activismo transfronterizo creciente²¹.

Los académicos hablan indistintamente de ONG internacionales, redes de defensa multinacionales, movimientos de la sociedad global, un nuevo multilateralismo, entre otros términos. Dichas discusiones hacen parte de una preocupación más amplia en cuanto a la globalidad (la condición de ser global) y la globalización (la tendencia de una globalidad creciente)²².

Por otro lado, las relaciones globales son confecciones sociales en las que la ubicación, la distancia y las fronteras territoriales no tienen una influencia determinada. En un espacio global, el lugar no está determinado por el territorio, la distancia territorial se cubre efectivamente en tiempo real, y las fronteras territoriales no representan un impedimento particular. Lo anterior no significa que la geografía territorial ha perdido relevancia a finales del siglo XX. Habitamos un mundo en vías de ser globalizado, más que un mundo completamente globalizado²³. Sin embargo, no debe exagerarse su impacto, pues la sociedad civil global no ha reemplazado los canales políticos más antiguos, sólo ha abierto dimensiones adicionales²⁴.

Así las cosas, la sociedad civil global abarca una actividad cívica que aborda asuntos transmundiales, involucra una comunicación transfronteriza, tiene una organización global y funciona bajo la premisa de solidaridad supra territorial. Con frecuencia, esos cuatro atributos van de la mano, pero las asociaciones cívicas pueden tener un carácter global en uno o alguno de los cuatro aspectos²⁵.

La sociedad civil no pretende minimizar o reemplazar al Estado, sino incrementar la responsabilidad y receptividad de las instituciones políticas, de radicalizar la democracia y redistribuir el poder político²⁶. Por consiguiente, no son parte del gobierno ni pretenden

20 Mary Kaldor, "The Idea of Global Civil Society", en: *International Affairs*, vol.79, núm. 3, 2003, p.. 585.

21 B. Woodward, "Global Civil Society and International Law in Global Governance: Some Contemporary Issues", en: *International Community Law Review*, vol. 6, núm. 2, 2006, p. 355.

22 Jan Aart Scholte, "Global Civil Society", en: N. Woods, ed., *The Political Economy of Globalization*, Londres, Macmillan, 2000, p. 237.

23 *Ibíd.*, p. 238.

24 *Ibíd.*, p. 245.

25 *Ibíd.*, p. 238.

26 H. Anheier, M. Glasius y Mary Kaldor, "Introducing Global Civil Society", en: H. Anheier, M. Glasius y Mary Kaldor, eds., *Global Civil Society*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 11.



hacer negocios, pero están involucradas en la promoción de ciertos intereses, causas y objetivos como afirman Crane and Matten²⁷.

De acuerdo con lo expuesto, podría decirse que las características que agrupan a las organizaciones de la sociedad civil (de beneficio público) es el carácter sin ánimo de lucro, el hecho de no ser gubernamentales, de ser grupos voluntarios, organizadas a nivel local, nacional o internacional; para abordar asuntos que buscan el beneficio general del público o el mundo en su extensión, a través de la provisión de servicios específicos o las campañas de defensa (*advocacy*)²⁸.

A pesar de la extrema diversidad interna, hay de hecho una crítica compartida sobre la administración del mundo por sus instituciones internacionales hechas exclusivamente por los gobiernos nacionales. Es una expresión de la crisis de legitimidad, que se transforma en la acción política de oposición²⁹. La acción política de estas organizaciones está en expansión.

Las tácticas claves de las ONG para conseguir resultados y apoyo para sus causas, es la política a través de los medios, llegando al público y movilizándolo para que las apoye³⁰. Esto es posible, gracias a los canales de comunicación que tienen disponibles, especialmente Internet, que les permite alcanzar notoriedad y generar presión social, y ésta podría transformarse en presión de los clientes potenciales o actuales de las compañías multinacionales³¹. En suma, la sociedad civil global ahora tiene los medios tecnológicos para existir de manera independiente de las instituciones políticas y de los medios de comunicación masiva. Sin embargo, la capacidad de los movimientos sociales para cambiar la mentalidad pública, todavía depende, en gran medida, de la habilidad de forjar el debate en la esfera pública³².

Muchas organizaciones a nivel nacional, han sido llamadas grupos de interés o de presión y se han aliado con sus contrapartes en otros países a través de redes o federaciones, explotando al máximo el trabajo de esta manera a partir de las facilidades que brinda la era de la información y la globalización. Las redes son formas de organización que se caracterizan por ser voluntarias, recíprocas y tienen patrones de comunicación e intercambio horizontales. No tienen estructuras jerárquicas como las firmas, y defienden una causa o una proposición.

La sociedad civil global, ha transformado completamente la idea de democracia. Hoy, los asuntos de la democracia entendida como participación, consulta, debate abierto,

27 Andrew Crane y Dirk Matten, *Business Ethics*, citados en: Yves Fassin, Op. Cit., p. 504.

28 B. Woodward, *Op.Cit.*, p. 345.

29 Manuel Castells, *Op.Cit.*, p. 86

30 *Ibíd.*

31 Alasdair Marshall et al. "An Examination of 'Irregular Competition' between Corporations and NGOs". En: *VOLUNTAS: International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations*, vol. 23, núm. 2, junio de 2012, p. 376.

32 Manuel Castells, Op. Cit., pp. 86-87.



representatividad, transparencia y rendición de cuentas, no son abordados adecuadamente en términos de instituciones territoriales y comunidades por sí solas. La sociedad civil global ha ampliado el alcance de la práctica democrática.

La importancia de las organizaciones de la sociedad civil a nivel internacional es otorgada incluso por las organizaciones internacionales, como en la Organización Internacional del Trabajo (ILO por sus siglas en inglés) y la Organización Internacional para la Estandarización (ISO por sus siglas en inglés)³³. Asimismo, el artículo 71 de la Carta de las Naciones Unidas de 1945, reconoce formalmente el rol consultivo de las ONG para guiar el trabajo del Consejo Económico y Social (ECOSOC). Por otro lado, las funciones que realizan pueden ser paralelas a las realizadas por las organizaciones internacionales. Como piezas de la gobernanza global, facilitan procesos en muchos niveles para presionar o persuadir individuos, gobiernos, organizaciones internacionales, compañías y otros actores³⁴.

Actualmente, las organizaciones de la sociedad civil son vistas como *stakeholders*, que defienden intereses de la sociedad civil y de comunidades locales a través de numerosas acciones que se apoyan en los medios de comunicación, e introducen ciertos temas dentro de la agenda política. A medida en que han ido creciendo, han fortalecido gradualmente su influencia, cambiando el ambiente internacional. De la misma manera, la sociedad civil se ha vuelto más exigente, exigiendo la necesidad de una aproximación ética a los negocios, respetando y tomando en consideración a los ciudadanos, rindiéndoles cuentas por medio de la transparencia y el diálogo³⁵.

En este sentido, la sociedad civil juega un importante rol en el control de las compañías multinacionales, al presionarlas en lo que respecta a derechos laborales y la protección del medio ambiente. Cuando una compañía opera en un Estado involucrado en violaciones serias a los Derechos Humanos, las ONG tratan de constreñir la conducta tanto de los Estados como de la firma³⁶. Las organizaciones de la sociedad civil tienen una gran influencia en los consumidores en contextos de negocios en los que existe una sensibilidad por las marcas y hay una alta competitividad.

Asimismo, las ONG influyen en gran medida a las compañías para que agreguen a sus normas de funcionamiento el respeto por los Derechos Humanos y otros valores sociales. Esto se ha dado a tal punto, que las compañías han creado políticas internas de responsabilidad social corporativa, que ya no son opcionales para las multinacionales. Ésta podría contrarrestar las obligaciones que las corporaciones le deben a las sociedades en las que operan.

33 B. Woodward, *Op. Cit.*, p. 297.

34 Margaret Karns y Karen Mingst, *International Organizations: The Politics and Processes of Global Governance*, Boulder, Lynne Rienner Publishers, 2010, p. 9.

35 Yves Fassin, *Op. Cit.*, p. 504

36 Peter J. Spiro, *Op. Cit.*



Filosóficamente, apela al contrato social, y a la necesidad de los actores no estatales de observar la preservación de la dignidad humana a través de la adherencia a los Derechos Humanos³⁷. Por otro lado, algunas ONG, deciden involucrar a las corporaciones en sus campañas, buscando así influenciarlas directamente a través del diálogo o incluso a través de colaboraciones para la capacitación del personal de la corporación por parte de las ONG, como el etiquetamiento ecológico y otras formas de certificación³⁸.

Además, hay organizaciones de este tipo dedicadas específicamente a criticar las compañías en el rol que juegan en los abusos a los Derechos Humanos, y por lo tanto, han desarrollado guías de reporte estándar para reportar el desempeño social de las compañías, con el fin de asegurarse que los Derechos Humanos sean respetados en el ámbito empresarial³⁹.

Por otro lado, estas organizaciones se encuentran menos interesadas en hacer campañas de defensa⁴⁰, y cada vez más interesadas en realizar *lobby*. Lo anterior, debido a que estos actores desean escalar su impacto, influenciando a los legisladores o creadores de normas en general con la observancia de los Derechos Humanos⁴¹.

Por último, la sociedad civil global puede ser una vía viable para domesticar, humanizar, pedir rendición de cuentas, y civilizar la globalización⁴², puesto que podría ser un medio para contrarrestar, regular o re direccionar los efectos destructivos y divisorios del capitalismo global⁴³.

Marco jurídico de la gobernanza global frente a las compañías multinacionales con respecto a los derechos humanos

1. Marco jurídico de las compañías multinacionales con respecto a los Derechos Humanos

Cuando las regulaciones sobre las inversiones extranjeras empezaron a aparecer, existía una preocupación por proteger al inversionista de las expropiaciones arbitrarias propias de los Estados en vía de desarrollo, que intentaban poner en funcionamiento, un nuevo orden

37 Peter Muchlinski, "Regulating Multinationals: Foreign Investment, Development, and the Balance of Corporate and Home Country Rights and Responsibilities in a Globalizing World", en: J. E. Alvarez, ed., *The Evolving International Investment Regime. Expectations, Realities, Options*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 41.

38 John G. Ruggie, "Reconstructing the Global Public Domain: Issues, Actors, and Practices", en: *European Journal of International Relations*, vol. 10, núm. 4, 2004, p.503.

39 R. G. Steinhardt, "Corporate Responsibility and the International Law of Human Rights: The New Lex Mercatoria", en P. Alston, ed, *Op. Cit.*, p. 185.

40 Traducido del inglés *advocacy*.

41 Peter Muchlinski, *Op. Cit.*, p. 42.

42 H. Anheier, M. Glasius y Mary Kaldor, *Op. Cit.*, p. 17.

43 Krishan Kumar, *Op. Cit.*, p. 420.



económico internacional. Los Estados empezaron a competir por inversiones, celebrando tratados bilaterales para la promoción y protección de las mismas, que se centraban principalmente en la protección al inversionista de la interferencia estatal en cuanto a la propiedad privada⁴⁴.

Sin embargo, a medida en que la expropiación dejó de ser un riesgo en muchos países, las ventajas generadas por la protección a la propiedad privada no cambiaron sustancialmente para las compañías, pero éstas empezaron a aprovecharse de las ventajas y a abusar, especialmente de los Derechos Humanos. Así, las compañías dejan de rendir cuentas a medida en que se han descentralizado, como efecto de la globalización económica⁴⁵.

Como se mencionaba anteriormente, éstas no gozan de personalidad jurídica en el Derecho Internacional como los Estados. Sin embargo, los Estados anfitriones, con frecuencia les otorgan unas ventajas en cuanto a la regulación, e incluso a veces, éstos no tienen la voluntad de implementar las regulaciones existentes, por miedo a perder las inversiones que tanto creen necesitar. Es decir, los Estados carecen de capacidad o voluntad regulatoria.

En este sentido, los Estados se encuentran entre el riesgo del movimiento del capital y el deseo de mayores estándares de regulación, pues han suscrito instrumentos que los hacen directamente responsables de violaciones a los Derechos Humanos dentro de sus territorios, pero no quisieran perder los beneficios que traen las multinacionales con sus inversiones⁴⁶. Sin embargo, se puede afirmar que incluso cuando las compañías no incumplen normas locales, podrían estar violando las normas de sus estándares auto proclamados o pueden ser acusadas de romper normas de la comunidad internacional.

Aunque se mantiene en discusión, las firmas multinacionales, han creado un espacio económico global nuevo que está transformando la manera en que las personas viven y trabajan en el mundo, deben rendir cuentas no sólo a sus accionistas, sino además a una comunidad más amplia de *stakeholders* que son afectados por sus decisiones y su comportamiento⁴⁷.

Internacionalmente, los Estados han abordado las responsabilidades de las compañías en instrumentos de *soft-law*. Lo anterior, implica que no son jurídicamente vinculantes, no crean obligaciones directas, sino que se derivan de una fuerza normativa a través del reconocimiento de las expectativas sociales de los Estados y otros actores clave⁴⁸. No

44 Peter Muchlinski, "Corporate Social Responsibility", en: P. T. Muchlinski, F. Ortino, C. Shreuer, eds, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2008, p. 639.

45 *Ibíd.*, p. 641.

46 Peter J. Spiro, *Op. Cit.*, p. 1106.

47 John G. Ruggie, *Op. Cit.*, p. 512.

48 John G. Ruggie *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, New York, W.W. Norton & Company Inc., 2013, p. 45.



obstante, esto no quiere decir que el Derecho Internacional ignore que las compañías multinacionales puedan participar directamente en violaciones a Derechos Humanos, sin embargo, no hay una norma que directamente las haga responsables. El Derecho Internacional procura obligar a los Estados a regular internamente el tema⁴⁹. En términos jurídicos, existe una laguna normativa en el tema⁵⁰.

En virtud de lo anterior, y de las diferentes formas de regulación internacional sobre el tema, se abordarán las normas públicas de regulación, en segundo lugar se discutirán los sistemas privados, luego las regulaciones mixtas, para finalizar con la normatividad local.

1.1 Normatividad Pública⁵¹

La creación de normas vinculantes con respecto a los abusos a los Derechos Humanos en el nivel internacional, podría tomar la forma de un tratado vinculante, que hiciera explícitos los deberes corporativos directos, no obstante, hasta ahora, únicamente se han realizado normas de *soft law*, no vinculantes y que no responsabilizan de manera directa a las corporaciones⁵².

En este sentido, a finales de la década de 1990 la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la ONU, persiguió esta estrategia con la redacción del proyecto de Normas sobre las Responsabilidades de las Corporaciones Multinacionales y otras Empresas con respecto a los Derechos Humanos (Las Normas)⁵³. En el 2003, se presentó el texto para ser aprobado en la Comisión Para los Derechos Humanos (la Comisión de la que se desprendía la precitada Subcomisión), no obstante, no prosperaron debido a que contenían los mismos deberes que tienen los Estados en cuanto a Derechos Humanos, permitiendo que las corporaciones fueran llevadas directamente ante los organismos internacionales, con el fin de asegurar su cumplimiento⁵⁴. Lo anterior, detonó un debate que se polarizó entre las ONG protectoras de los Derechos Humanos y la comunidad empresarial.

Más adelante, el Consejo de los Derechos Humanos de la ONU (antes la Comisión), de manera unánime aprobó los Principios Rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos su resolución 17/4, que marcó la primera vez que el Consejo o su predecesor, la Comisión,

49 *Ibíd.*, p. 39

50 *Ibíd.*, p. 47.

51 La normatividad pública internacional, se entenderá (para efectos del presente texto) como las normas dentro del sistema de las Naciones Unidas, debido a que en términos institucionales, es el foro más amplio y plural del orden internacional contemporáneo. La ONU reconoce la presencia de actores no estatales, abarca un gran número de temas, y además coordina su actuar con el de otras organizaciones, dotando así su normatividad de legitimidad democrática.

52 Peter J. Spiro, *Op. Cit.*, p. 1114.

53 *Ibíd.*

54 *Ibíd.*, p. 1115.



aprobaron cualquier texto normativo que no había sido negociado entre los gobiernos. Los Principios Rectores proponían unos pasos en detalle, requeridos para la implementación de “Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los Derechos Humanos”⁵⁵ propuestos por Ruggie al Consejo en el 2008. Se basaba en tres pilares:

1. El deber de los Estados de proteger en cuanto a los abusos de terceros, incluidas las empresas, a través de políticas, regulaciones y adjudicaciones apropiadas.
2. Una responsabilidad corporativa independiente, de respetar los Derechos Humanos, que significa que las corporaciones deben actuar con una diligencia debida para evitar infringir los derechos de otros y abordar los impactos adversos en los que se involucran.
3. La necesidad de asegurar un acceso amplio de las víctimas, a un remedio efectivo, tanto judicial como no judicial.

Puesto de una manera simple: los Estados deben proteger, las compañías deben respetar, y los que son vulnerados deben ser reparados.

Lo anterior, hace directamente responsables a los Estados, de vigilar a las multinacionales para que no incurran en violaciones a los Derechos Humanos, incrementando los estándares exigidos a las mismas, pues en caso de que éstas incumplan, serán aquellos quienes respondan ante las autoridades internacionales.

El marco normativo de los Principios Rectores, vislumbra que la responsabilidad de respetar de las empresas, será llevada a cabo a través del mecanismo de la diligencia debida, usada para afrontar los riesgos humanos que se involucran en un proyecto de inversión y para desarrollar estrategias de respuesta del control frente a ese riesgo⁵⁶.

De esta manera, las compañías deben mirar más allá de la protección de sus propios intereses, y centrarse en los intereses de aquellos que son afectados por sus acciones. Bajo los Principios Rectores, el concepto de diligencia debida es más elaborado, en particular, el principio 17 sobre la diligencia debida de los Estados, establece que debe cubrir los impactos adversos a los Derechos Humanos que las compañías causen o contribuyan a causar a través de sus propias actividades.

Entre las últimas actuaciones en el orden regulatorio de las Naciones Unidas, se encuentra la Resolución del 26 de junio de 2014, mediante el cual el Consejo de Derechos Humanos en su 26° período de sesiones establece un grupo de trabajo sobre las empresas multilaterales, con el fin de redactar un instrumento jurídico vinculante que regule la actuación de dichas corporaciones.

55 Al respecto: Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos en su octavo período de sesiones A/HCR/8/5 del 7 de abril de 2008.

56 Peter Muchlinski, “Implementing the New UN Corporate Human Rights Framework: Implications for Corporate Law, Governance, and Regulation”, en: *Business Ethics Quarterly*, vol. 22, núm. 1, 2012, p. 146.



Algunos autores como Spiro,⁵⁷ sostienen que hacer responsables a las compañías directamente, les quita presión a los gobiernos nacionales para capacitarse e implementar normas de protección de derechos locales e internacionales, y que sería más realista volverse hacia la autoridad a nivel nacional, y exigirle a ésta una protección efectiva y en todos los ámbitos, no únicamente en el corporativo. Sin embargo, deberá esperarse al menos hasta el primer informe de dicho grupo, con el fin de determinar qué tipo de deberes creará para las corporaciones.

De manera excepcional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha involucrado de manera directa a las compañías, por ejemplo cuando cometen o son cómplices en la comisión de violaciones atroces. Pero incluso en estas circunstancias, el Derecho puede ser implementado únicamente en jurisdicciones en las que dichos delitos pueden ser imputados a las compañías.

1.2 Regulación Privada

Con el advenimiento de la globalización, la sociedad civil global ha buscado direccionar el poder del consumidor para disciplinar el comportamiento de las corporaciones. Estas iniciativas han tomado la forma de códigos de conducta avalados por ONG o producidas por ellas mismas, así como esquemas de certificación como el IO 26000⁵⁸. Asimismo, las compañías se han auto regulado a través de regímenes de fijación de estándares. Estas aproximaciones son privadas en el sentido en que no están sujetas a la supervisión de gobiernos⁵⁹, o avaladas por organizaciones internacionales y son voluntarias, aunque en algunos sectores, son efectivamente obligatorios.

Como este tipo de regulación no está sujeta a una supervisión regulatoria, pueden sufrir de un déficit de transparencia, y en ocasiones carecen de una arquitectura para su implementación. Se critican además, pues los estándares internacionales abarcan sólo unas conductas reducidas⁶⁰.

Por su parte, Palazzo y Shrerer⁶¹ entre otros autores, han criticado estos esquemas de regulación, debido a su falta de legitimidad democrática, pues se le da capacidad regulatoria a las corporaciones privadas en cabeza de sus gerentes, que no han sido elegidos democráticamente, y no tienen las responsabilidades que tienen los gobiernos por mandatos legales, al no estar controladas por mecanismos, instituciones ni procedimientos políticos.

57 Peter J. Spiro, *Op. Cit.*, p. 1103.

58 La Organización Internacional para la Estandarización (ISO por sus siglas en inglés) creó ISO 26000, que mide la responsabilidad social corporativa e incluye temas de Derechos Humanos. Al respecto: Peter J. Spiro, *Op. Cit.*, p. 1108.

59 *Ibíd.*, p. 1104.

60 John G. Ruggie *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, *Op. Cit.*, p. 90.

61 Guido Palazzo y A. G. Sherer, *Op. Cit.*, p. 907



Finalmente, mientras las normas corporativas y las de seguridad, ofrecen espacios para la consideración de los problemas de abusos a los Derechos Humanos como factores de la gobernanza corporativa, aún hay muy pocas guías oficiales para precisar los parámetros de esa relación⁶².

1.3 Regulación Mixta

La categoría mixta pública privada incluye esfuerzos que pretenden llevar normas internacionales a la conducta corporativa a través de iniciativas de la ONU. De esta manera, el Pacto Global⁶³, establece dos principios con respecto a los Derechos Humanos, que exhortan a las empresas a apoyar y respetarlos dentro de su ámbito de influencia y a asegurarse de que sus empresas no sean cómplices en violaciones de dichos derechos.

Las compañías suscritas deben enviar reportes anuales sobre la implementación de los principios y el secretariado enlista a las compañías que no los cumplen. A pesar del crecimiento, los miembros del Pacto Global incluyen sólo el 40% de las compañías más grandes en el mundo. Más allá de ejercicio auto evaluativo de los reportes, no hay mecanismos de implementación para avanzar en el cumplimiento de los principios⁶⁴.

Por otra parte, la OECD adoptó en 1976 las “*Líneas Directrices de la OECD para Empresas Multinacionales*”, que recomiendan a las compañías respetar los Derechos Humanos de los afectados por sus actividades, teniendo en cuenta las obligaciones y compromisos del gobierno anfitrión⁶⁵. Además, exigen a los países que se adhieren, establecer unos Puntos Nacionales de Contacto, al que cualquiera podría llevar una queja o reclamo de incumplimiento de cualquier multinacional domiciliada dentro de su territorio o que opere en uno de los Estados Miembros⁶⁶.

Así como con los códigos de conducta, los esquemas mixtos han sido criticados por su naturaleza no obligatoria, y su orientación, que no es jurídica. Aunque los grupos de Derechos Humanos han apoyado la adopción de los principios, recientemente se han vuelto más críticos.

62 Peter Muchlinski, *Implementing the New UN Corporate Human Rights Framework: Implications for Corporate Law, Governance, and Regulation Op. Cit.*, p.145.

63 El Pacto Global fue establecido en el 2000 y establece una iniciativa ciudadana corporativa bajo la cual las compañías se comprometen a diez principios relativos a los Derechos Humanos, los derechos del trabajo, la protección del medio ambiente y anticorrupción. Ha sido suscrito por más de 7,000 empresas, así como los representantes de otros actores. Al respecto: UN Global Compact. “Los Diez Principios del Pacto Mundial”, *Sitio web United Nations Global Compact*, [en línea], disponible en: https://www.unglobalcompact.org/languages/spanish/los_diez_principios.html, consulta: 7 de septiembre de 2014.

64 Peter J. Spiro, *Op. Cit.*, p. 1111.

65 OECD, *Líneas Directrices de la OECD para Empresas Multinacionales*, Paris, OECD Publishing, 2011, p. 5.

66 John G. Ruggie, *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights, Op. Cit.*, p. 46.



1.4 Normatividad Interna

Los Estados tienen la obligación de proteger los Derechos Humanos de las personas por mandato de los Principios Rectores, pero además son garantes de los mismos en razón de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, entre otros instrumentos internacionales sobre el tema. En este sentido, éstos son los encargados de regularlo de una manera en que cristalicen las normas amplias, en ocasiones vagas, de los mandatos internacionales, con el fin de implementarlos a favor de una reparación efectiva para las víctimas.

El lugar más prominente en la regulación y la jurisprudencia sobre los Derechos Humanos y las compañías multinacionales ha sido Estados Unidos bajo el “*Alien Tort Statute*”⁶⁷ que fue descubierto por abogados de Derechos Humanos recientemente como un medio para que demandantes extranjeros pudieran llevar demandas civiles ante cortes federales, en principio en contra de individuos, y después en contra de compañías multinacionales como personas jurídicas, por violar las normas de sistemas jurídicos nacionales o un tratado suscrito por Estados Unidos⁶⁸. Dicho estatuto, fue complementado por el *Torture Victim Protection Act (TVPA)*⁶⁹ en 1991⁷⁰.

A pesar de la existencia del mencionado recurso, emerge un problema a partir de la estructura de las multinacionales. Aunque en el día a día una compañía multinacional actúe en grupo, cada subsidiaria es constituida como una persona jurídica por separado, sujeta a la jurisdicción en la que actúa. Por lo tanto, la matriz generalmente no es responsable de las violaciones cometidas por una subsidiaria, incluso cuando es la única inversionista o socia de la misma, a no ser que la subsidiaria esté controlada de manera unívoca en sus operaciones ordinarias por la matriz, como una simple agente de la misma. Esto hace extremadamente difícil para cualquier jurisdicción, regular las actividades de las multinacionales, y puede impedir a las víctimas de los mencionados abusos, de obtener un resarcimiento adecuado. A lo anterior se le suma que la compañía puede influenciar a su país anfitrión de diferentes maneras, que fueron mencionadas anteriormente.

2. Visiones críticas frente al Derecho Internacional y rol de la sociedad civil global

A partir de la regulación existente, los académicos han abordado el tema de diversas maneras. Algunas posiciones, se manifiestan optimistas frente a los cambios que

67 Estatuto de Responsabilidad Extracontractual por Daños Cometidos en el Extranjero, adoptado en 1789 para combatir la piratería, proteger embajadores, y para asegurar conductas seguras.

68 John G. Ruggie, *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, Op. Cit., p. XXXIV.

69 Ley de Protección de Víctimas de la Tortura.

70 Desde Colombia, se han denunciado a multinacionales como Chiquita Brands, Dole, Del Monte, Drummond y Coca-Cola por relaciones con actores armados del conflicto armado. Al respecto: Martín-Ortega, “Deadly Ventures? Multinational Corporations and Paramilitaries in Colombia”, en: *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 16, 2008, p. 9.



paulatinamente se han realizado en cuanto a la regulación. No obstante, un sector amplio de la doctrina, ha acogido una postura crítica. Algunos piensan que la regulación existente es insuficiente, pero otros, consideran que la impunidad de las violaciones a los Derechos Humanos por parte de las compañías multinacionales está profundamente arraigada al sistema jurídico internacional y su estructura en sí.

La anterior crítica, se realiza a partir de varias posturas, como las aproximaciones a partir de la denominada corriente del Tercer Mundo frente el Derecho Internacional (TWAIL⁷¹ por sus siglas en inglés), que sostienen que las relaciones coloniales hicieron que las personas del Tercer Mundo, se volvieran sensibles frente a las relaciones de poder⁷².

Para esta postura crítica, los Estados poderosos han usado el Derecho Internacional y sus instituciones para crear un ambiente legal globalizado que protege y facilita la actividad corporativa. Aseguran que los europeos y demás países del norte del mundo, han identificado a los “otros” como la fuente de toda violencia, que debe ser reprimida por medio de una violencia incluso más intensa, que es legítima si la emplea el poder colonial en su labor de salvación de los otros de sí mismos⁷³. Hoy en día, la idea de salvación ha evolucionado en conceptos como el desarrollo, la democratización, la expansión de los Derechos Humanos y las estrategias de buen gobierno, que posicionan al Tercer Mundo como si le faltara algo o como si tuviera una deficiencia y una necesidad de la intervención internacional para su salvación.

De acuerdo con esta corriente, el problema de la perspectiva de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la ONU, es que en conjunto con las intervenciones de las instituciones financieras internacionales en las economías de los Estados en vía de desarrollo, evitan la rendición de cuentas por parte de las compañías. No obstante, se cree en el potencial transformador del Derecho Internacional, y en la idea del Derecho como un medio para limitar el poder,⁷⁴ y debe buscarse formularlo de una manera en que se mantenga firme en sus ideales y sirva a la justicia global⁷⁵.

Thomas Pogge⁷⁶ afirma que los componentes fundamentales del Derecho Internacional, sistemáticamente obstruyen las aspiraciones de las poblaciones pobres de autogobernarse, de tener derechos civiles y una solvencia económica mínima. Las organizaciones internacionales centrales, están diseñadas para contribuir sistemáticamente con la permanencia de la pobreza, y reflejan los intereses compartidos de los gobiernos, las

71 *Third World Approaches to International Law.*

72 A. Anghie y B. Chimni, “Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in International Conflict”, en: *Chinese Journal of International Law*, vol. 1, 2003, p. 77.

73 A. Anghie y B. Chimni, *Op. Cit.*, p. 85

74 *Ibíd.*, p. 101.

75 *Ibíd.*, pp. 102-103.

76 Thomas Pogge, “Recognized and Violated by International Law: The Human Rights of the Global Poor”, en: *Leiden Journal of International Law*, vol. 18, 2005, p. 717.



corporaciones, y los ciudadanos de los países más ricos, más que un esfuerzo por evitar la pobreza global. Las normas actuales, favorecen a los países ricos al permitirles proteger sus mercados a través de cuotas, tarifas, créditos de exportación y subsidios a los productores locales en maneras en que no son permitidas o no pueden ser igualadas por los países en vía de desarrollo. Dichas regulaciones asimétricas, refuerzan las inequidades que permiten a los gobiernos de los países ricos imponer estas normas asimétricas desde un principio⁷⁷.

Como lo observa William Tabb⁷⁸, el impulso de los acuerdos internacionales sobre el comercio y la inversión, han extendido de manera casi uniforme la libertad de las multinacionales de operar con menos impedimentos a nivel global. Los requerimientos de liberalización impuestos por los acuerdos comerciales, tienen un impacto en la capacidad de los Estados de cumplir con sus obligaciones internacionales con respecto a los Derechos Humanos. Y como Van den Bossche⁷⁹ explica, el proceso de adhesión a la Organización Mundial del Comercio (OMC) requiere que un país negocie los términos de ésta con los miembros actuales. El candidato debe aceptar las condiciones del Acuerdo de la OMC y todos los acuerdos multilaterales sobre el comercio. La adhesión bajo esas condiciones no está sujeta a negociación.

El efecto de esas condiciones, era el de trasladar la gobernanza económica de los Estados a las instituciones financieras internacionales, y al mismo tiempo, debilitar la capacidad de los Estados de emprender reformas sociales, incluyendo medidas para respetar, proteger y hacer cumplir los Derechos Humanos de quienes están sujetos a sus jurisdicciones. Además, esos programas jugaron un rol significativo en el incremento de pobreza en los mismos Estados⁸⁰.

James Gathi⁸¹, observa que la agenda de buen gobierno promovida por el Banco Mundial, reformula las políticas económicas neoliberales del mismo, disfrazados con una jerga nueva compatible con los Derechos Humanos. Esta concepción le da preferencia a la política económica más que a los Derechos Humanos, a no ser que esos derechos puedan ser conceptualizados a partir de la lógica económica, mediante una apertura en el comercio internacional y las finanzas, y una reducción del gasto social en educación y salud. Entonces, el Banco Mundial tiende a apoyar únicamente esos derechos que se encuentran alineados con sus políticas.

De acuerdo con Simons⁸², las recomendaciones de la Subcomisión son apenas deberes morales, pero carecen de algún mecanismo de implementación o vigilancia. Fallan además

77 *Ibíd.*, p. 725.

78 William Tabb, *Economic Governance in the Age of Globalization*, citado en: Penelope Simons, *Op. Cit.* p. 26.

79 Peter Van den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization Text, Cases and Materials*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 110.

80 Penelope Simons, *Op. Cit.*, pp. 25-26.

81 J. T. Gathi, *Good Governance as a Counter Insurgency Agenda to Oppositional and Transformative Social Projects in International Law*, en: *Ibíd.*, p. 25

82 *Ibíd.*, p. 35



en describir con claridad qué podría entenderse como un incumplimiento del deber de protección de los Estados o el de respetar de las compañías. Se critica también, que al ser un proceso voluntario y privado sin un complemento de obligaciones jurídicas internacionales, podría no ser más efectivo que otros regímenes auto regulatorios en la regulación y la implementación de normas para las compañías en cuanto a los Derechos Humanos.

La crítica de la precitada autora, tendría implícita una fuerte crítica al *soft law* como fuente del Derecho Internacional, descartando sus ventajas y su importancia dentro del mismo. En primer lugar, la mayor parte del Derecho Internacional es blando⁸³. Aunque el *soft law* que se emplea actualmente para regular a las compañías ha sido ampliamente criticado en cuanto a su alcance en los asuntos internacionales, tiene la ventaja de facilitar el compromiso y la cooperación de mutuo beneficio entre actores diversos, con diferentes valores, intereses, y grados de poder.

La flexibilidad que brinda, es deseable cuando se requiere un avance normativo de carácter público y con un alto grado de legitimidad⁸⁴. La legalización blanda le permite a los Estados adaptar sus obligaciones a sus contextos particulares en lugar de tratar de acomodar las circunstancias nacionales divergentes dentro de un mismo texto. Esto les brinda flexibilidad en la implementación, ayudándoles a los Estados a hacerle frente a las consecuencias políticas y económicas locales de un acuerdo, y por tanto, incrementa la eficiencia de lo que se lleva a cabo.

En virtud de lo anterior, podría inferirse que los Principios Rectores probablemente nunca hubieran sido alcanzados, si se hubiera esperado a llegar a un consenso entre Estados, debido, entre otros asuntos, a las asimetrías de poder entre los países receptores de la inversión extranjera, y los países donde se origina la misma. En este sentido, no se descartan los Principios debido a su carácter de *soft law*.

Así las cosas, se reconoce el progreso de los Principios, pues existe un avance importante comparado con lo que existía previamente, especialmente en la articulación de la responsabilidad de las compañías de respetar, incluyendo los componentes de la diligencia debida en los Derechos Humanos y la creación de un estándar singular, seguramente asegurarán una respuesta un poco más abarcadora. En este sentido, es un paso, pero como este argumento lo insinúa, no es lo suficientemente progresivo. La Guía y el mecanismo de seguimiento aprobados por la Comisión, sufren de los mismos defectos que padecen otras iniciativas voluntarias con un enfoque de *stakeholders*, al tener estándares inadecuados y carecer de una vigilancia efectiva de su cumplimiento.

En una declaración conjunta, la Sociedad Civil mediante algunas ONG se dirigieron a la Comisión, mientras reconocieron el progreso realizado durante el mandato del Subcomisionado, expresaron preocupación puesto que los Principios Rectores podrían

83 Original *soft*. Al respecto: K. Abbott y D. Snidal, "Hard and Soft Law in International Governance", en: *International Organization*, vol. 54, núm. 3, 2000, p. 421.

84 *Ibíd.*, p. 436.



ser un paso atrás con respecto al Marco Normativo de 2008, pues no reflejaron de una manera adecuada algunos asuntos centrales, como las obligaciones y responsabilidades extraterritoriales de las compañías, la necesidad de una regulación más efectiva, el derecho a una indemnización de las víctimas, y la necesidad de una rendición de cuentas coherente con los estándares internacionales de Derechos Humanos. La crítica se resume en que los Principios Rectores por sí mismos, no sirven como una serie de estándares de alcance global, para abordar todo el ámbito de las compañías y los Derechos Humanos⁸⁵.

Por otro lado, la ONG Human Rights Watch afirmó que con la aprobación de los Principios Rectores y sus defectos, y el fracaso en poner en funcionamiento mecanismos para asegurar unos pasos básicos para proteger los Derechos Humanos, el Consejo aprobó el *status quo*: un mundo en el que las compañías son alentadas pero no obligadas a respetar los Derechos Humanos⁸⁶.

Lo anterior es especialmente problemático debido a que las compañías ahora podrían estar percibiendo a los Principios Rectores como el estándar único y definitivo en cuanto a los Derechos Humanos. Se crea el riesgo de que muchas compañías ignoren los estándares que los Principios Rectores no hayan tenido en cuenta⁸⁷.

El problema de la impunidad corporativa para las violaciones extraterritoriales a los Derechos Humanos, es profundamente complejo y necesita ser atacado de una manera creativa e inteligente en una variedad de niveles jurisdiccionales. El Subcomisionado ha hecho incursiones significativas en un gran número de frentes. Sin embargo, no se ha atrevido a imponer obligaciones vinculantes de Derechos Humanos para los actores multinacionales.

Finalmente, la Subcomisión, perdió la oportunidad de empujar a los Estados y a los actores corporativos fuera de su zona de confort⁸⁸. Por su parte, McCorquodale y Simons⁸⁹, han notado que hay muchos métodos de regulación, pero la regulación sin una implementación adecuada a través de mecanismos jurídicos, rara vez es efectivo como medio de cambio del comportamiento público, económico o social a largo plazo. Si no se involucra al Derecho Internacional como una parte íntegra de la estrategia para abordar los impactos y la responsabilidad en cuanto a los Derechos Humanos por parte de las compañías, así como la soberanía de los gobiernos, permanecerá la preocupación de que a pesar de algunos cambios en las políticas estatales, internamente en las compañías, y en la diligencia debida, pareciera que el mundo de los negocios sigue su curso sin tenerlos en cuenta.

85 Penelope Simons, *Op. Cit.*, pág.38

86 *Ibíd.*, p. 39

87 C. Albin-Lackey, "Without Rules: A Failed Approach to Corporate Accountability". En: Human Rights Watch, *World Report 2013*, Washington, p. 33.

88 Penelope Simons, *Op. Cit.*, p.41.

89 R. McCorquodale y Penelope Simons, "Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law", en: *The Modern Law Review*, vol. 70, núm 4, 2007.



Conclusiones

Los procesos de la gobernanza global, han propiciado que la actividad de las compañías multinacionales trascienda los efectos propios de su objeto social. Es decir, además de perseguir sus objetivos comerciales, intervienen el entorno en el que se ubican, pero además, se involucran a menudo en violaciones a los Derechos Humanos.

El impacto de esos efectos colaterales, conduce a que ciertos partícipes de la sociedad civil global, aboguen por la construcción de un marco de protección frente a estos. Especialmente, las ONG se involucran en campañas de defensa, en atraer la atención de los medios de comunicación, llegando al público y movilizándolo para que las apoye. Las organizaciones de la sociedad civil son los principales impulsores de la reforma a nivel internacional, buscando una normatividad más estricta para las multinacionales.

En el actual estado de cosas, la normatividad se manifiesta a través del *soft-law*. Lo anterior, implica que no son jurídicamente vinculantes, no crean obligaciones directas, no obstante, esto no quiere decir que el Derecho Internacional ignore que las compañías multinacionales puedan participar directamente en violaciones a Derechos Humanos, sin embargo, no hay una norma que directamente las haga responsables, o les prohíba violar los precitados derechos. Este tipo de normas no tienen unos mecanismos para una adecuada implementación, lo que le permite a las compañías un marco normativo flexible y dúctil que no siempre se refleja en la protección de los afectados directos por su operación. El Derecho Internacional procura obligar a los Estados, a regular internamente el tema, para que los actores no estatales que se encuentran actuando en sus territorios, respeten los Derechos Humanos y sean declarados responsables en caso de violarlos.

Los mecanismos mencionados, sujetan directamente a los Estados, que en ocasiones no tienen la capacidad para garantizar una protección efectiva de los Derechos Humanos. En algunos Estados en los que operan las multinacionales, no son democráticos, ni institucionalmente fuertes; incluso cuando lo son, pueden ser blandos en cuanto al control y la vigilancia de éstas. Como consecuencia, son a veces más sensibles a los intereses de las multinacionales que a los de sus ciudadanos. Por lo tanto, los Estados anfitriones no quieren regular o sancionar fuertemente a las compañías, debido al miedo de perder la inversión extranjera, los puestos de trabajo, y demás beneficios que les traen las compañías.

Por otra parte, los diferentes componentes de la sociedad civil global, buscan diseñar e implementar mecanismos de control para la situación descrita. Promueven la implementación de medidas fuertes, en ocasiones de reputación, y en otras, económicas, pero que se refieran directamente a las compañías.

De lo anterior se generan dos riesgos, el primero es que las sanciones que buscan afectar la reputación de los países, generan incentivos perversos para las compañías, pues un país que no protege los Derechos Humanos, que no le hace frente a las violaciones de los mismos, será un destino deseable para el asentamiento de éstas.



En segundo lugar, si la normatividad internacional pública se formula de una manera en que se vincule directamente a las compañías multinacionales, podría disminuir la presión que tienen los Estados, en cuanto a sus obligaciones internacionales vinculantes sobre los Derechos Humanos. Éstas consisten en crear normas internas de protección e implementación en cuanto a los mismos.

A raíz de los mencionados riesgos, se considera la posibilidad de analizar los diferentes esquemas de regulación, y la efectividad que tienen para limitar la problemática. Se celebran avances como Los Principios Rectores de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la ONU, que permitió de cierta manera, generar un consenso en cuanto a la regulación. No obstante, la sociedad civil global se manifestó en desacuerdo con los mencionados Principios Rectores, debido, entre otras cosas, al carácter de *soft law* que no vincula directamente a las compañías.

Las críticas provienen de académicos de corrientes como las aproximaciones a partir de la denominada corriente del Tercer Mundo frente el Derecho Internacional, al ser empleado por los Estados poderosos para crear un ambiente jurídico globalizado que protege y facilita la actividad corporativa, sujetando a los países en desarrollo a la dominación y subordinación por parte de los países desarrollados. También en la planeación de las instituciones financieras como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, por medio de programas de desarrollo, con condiciones en cuanto a la regulación interna.

No obstante, se considera que desestimar a las normas de *soft law* únicamente por su naturaleza, es mirar al Derecho, especialmente al Derecho Internacional desde un punto de vista muy formalista, y por la naturaleza misma de este Derecho, deben tenerse en cuenta otros tipos de regulaciones diferentes a las más estrictas y vinculantes.

Así, las compañías han acudido a regularse entre sí, por medio de esquemas de certificación, códigos de conducta, y regímenes de fijación de estándares. No obstante, dichas normas son de carácter privado, es decir, no están sujetas a la supervisión de gobiernos ni avaladas por organizaciones internacionales. Razones por las cuales, estas regulaciones han sido fuertemente criticadas, especialmente por la sociedad civil global, al sufrir de un déficit de legitimidad democrática, de transparencia y en ocasiones, carecer de mecanismos de implementación. Además se critican, por la voluntariedad de su cumplimiento, aunque en algunos sectores, los esquemas de certificación son altamente obligatorios.

Por otra parte, surge la categoría de regulación mixta pública privada que incluye esfuerzos que pretenden llevar normas internacionales a la conducta corporativa a través de iniciativas de la ONU. Los esquemas mixtos, han sido criticados en parte, por asemejarse a los esquemas privados, en que su naturaleza no es obligatoria, y su orientación no es jurídica.

Como consecuencia de la complejidad del tema, deben atacarse todos los frentes del mismo, pues aún no se ha abordado la responsabilidad directa de las compañías, ni las obligaciones puntuales que tienen los Estados en cuanto a su deber de proteger. Debido a



las dificultades de las anteriores normas, se evidencia la posibilidad de explorar las medidas mixtas, es decir, que provienen de actores diferentes a las organizaciones internacionales y a los Estados, pero que sean objeto de revisión por parte de las autoridades competentes, con una participación activa de todos los actores. Los gobiernos, podrían exigir en sus procesos de selección de proveedores, dichos estándares, con el fin de avalarlos y popularizarlos rápidamente.

Lo que debe destacarse, es el hecho de que los estándares formulados, serían dotados de legitimidad, con una adecuada participación por parte de los diferentes actores. Con un sistema de incentivos para quienes los cumplan, pero además, con sanciones efectivas a quienes no lo hagan.

Dicha propuesta, podrá fortalecer la certeza en cuanto a la regulación, debido a que las corporaciones evitan estar inmersos en situaciones de incertidumbre jurídica y este tipo de regulación podría ser menos vulnerable al desplazamiento competitivo que debilita los esquemas privados.

Por otro lado, podrían ser introducidas obligaciones en cuanto a los Derechos Humanos, así como mecanismos para su cumplimiento, en acuerdos de inversión bilaterales y otros acuerdos internacionales sobre la inversión. La popularización de la adopción de dichos estándares podría permitir la construcción de un consenso internacional para un acuerdo multilateral más amplio.

Las corporaciones han aprendido a navegar en la regulación en los distintos niveles, es importante señalar la relevancia de atacar todos los frentes, debido a que ninguna regulación, por sí sola, es capaz de cerrar la brecha normativa existente. Por lo tanto, se ha evidenciado que es necesaria una aproximación más comprensiva, que integre todos los puntos de vista, con un rol activo de la sociedad civil, pero con un adecuado seguimiento, evaluación e implementación, por parte de los gobiernos y las organizaciones internacionales.



Bibliografía

- Abbott, K. y Snidal, D., "Hard and Soft Law in International Governance", en: *International Organization*, vol. 54, núm. 3, 2000.
- Anghie, A. y Chimni, B., "Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in International Conflict", en: *Chinese Journal of International Law*, vol. 1, 2003.
- Anheier, H., Glasius, M. y Kaldor, M., "Introducing Global Civil Society", en: Anheier, H., Glasius, M. y Kaldor, M, eds., *Global Civil Society*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- Castells, Manuel, "The New Public Sphere: Global Civil Society, Communication Networks, and Global Governance", en: *The Annals of the American Academy of Political Science*, vol. 616, núm. 1, 2008.
- Human Rights Watch, *World Report*, 2013, Washington.
- Fassin, Yves, "Inconsistencies in Activists' Behaviours and the Ethics of NGOs", en: *Journal of Business Ethics*, vol. 90, núm. 12, 2009.
- Kaldor, Mary, "The Idea of Global Civil Society", en: *International Affairs*, vol.79, núm. 3, 2003.
- Karns, Margaret y Mingst, Karen, *International Organizations: The Politics and Processes of Global Governance*, Boulder, Lynne Rienner Publishers, 2010.
- Kumar, Krishan, "Global Civil Society", en: *European Journal of Sociology*, vol. 48, núm. 3, diciembre 2007.
- Marshall, Alasdair et al. "An Examination of 'Irregular Competition' between Corporations and NGOs", en: *VOLUNTAS: International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations*, vol. 23, núm. 2, junio de 2012.
- Martín-Ortega, Olga, "Deadly Ventures? Multinational Corporations and Paramilitaries in Colombia", en: *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 16, 2008.
- McCorquodale R. y Simons, Penelope, "Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law", en: *The Modern Law Review*, vol. 70, núm 4, 2007.
- Muchlinski, Peter, "Implementing the New UN Corporate Human Rights Framework: Implications for Corporate Law, Governance, and Regulation", en: *Business Ethics Quarterly*, vol. 22, núm. 1, 2012.
- , "Regulating Multinationals: Foreign Investment, Development, and the Balance of Corporate and Home Country Rights and Responsibilities in a Globalizing World", en: Alvarez, J. E., ed., *The Evolving International Investment Regime. Expectations, Realities, Options*, Oxford, Oxford University Press, 2011.



- _____, “Corporate Social Responsibility”, en: Muchlinski, P. T., Ortino, F. y Shreuer C., eds, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2008.
- OECD, *Líneas directrices de la OECD para empresas multinacionales*, París, OECD Publishing, sf.
- Palazzo, Guido y Sherer, A. G., “The New Political Role of Business in a Globalized World: A Review of a New Perspective on CSR and its Implications for the Firm, Governance, and Democracy”, en: *Journal of Management Studies*, vol. 48 núm. 4, junio de 2011.
- Pogge, Thomas, “Recognized and Violated by International Law: The Human Rights of the Global Poor”, en: *Leiden Journal of International Law*, vol. 18, 2005.
- Ruggie, John G., *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, New York, W.W. Norton & Company Inc., 2013.
- _____, “Reconstructing the Global Public Domain: Issues, Actors, and Practices”, en: *European Journal of International Relations*, vol. 10, núm. 4, 2004.
- _____, “Reconstructing the Global Public Domain: Issues, Actors, and Practices”, en: *European Journal of International Relations*, vol. 10, núm. 4, 2004.
- Sholte, Jan Aart, “Global Civil Society”, en: N. Woods, ed., *The Political Economy of Globalization*, Londres, Macmillan, 2000.
- Simons, Penelope, “International Law's invisible hand and the future of corporate accountability for violations of Human Rights”, en: *Journal of Human Rights and the Environment*, vol. 3, núm. 1, marzo de 2012.
- Spiro, Peter J., “Constraining Global Corporate Power: A Short Introduction”, en: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 43, 2013.
- Steinhardt, R. G., “Corporate Responsibility and the International Law of Human Rights: The New Lex Mercatoria”, en: Alston, Philip, ed., *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- Van den Bossche, Peter, *The Law and Policy of the World Trade Organization Text, Cases and Materials*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- Wells, Christina y Elias, Juanita, “Catching the Conscience of the King: Corporate Players on the International Stage”, en: Alston, Philip, ed., *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- Woodward, B., “Global Civil Society and International Law in Global Governance: Some Contemporary Issues”, en: *International Community Law Review*, vol. 6, núm. 2, 2006.