

NUEVAS VOCES

Contribuciones desde la
academia latinoamericana
para avanzar hacia una
cultura de Conducta
Empresarial Responsable
y respeto por los
Derechos Humanos

Copyright © Organización Internacional del Trabajo, Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos y Academia Latinoamericana de Derechos Humanos y Empresas 2022

Primera edición 2022

Las publicaciones de la Oficina Internacional del Trabajo gozan de la protección de los derechos de propiedad intelectual en virtud del protocolo 2 anexo a la Convención Universal sobre Derecho de Autor. No obstante, ciertos extractos breves de estas publicaciones pueden reproducirse sin autorización, con la condición de que se mencione la fuente. Para obtener los derechos de reproducción o de traducción, deben formularse las correspondientes solicitudes a Publicaciones de la OIT (Derechos de autor y licencias), Oficina Internacional del Trabajo, CH-1211 Ginebra 22, Suiza, o por correo electrónico a rights@ilo.org, solicitudes que serán bien acogidas.

Las bibliotecas, instituciones y otros usuarios registrados ante una organización de derechos de reproducción pueden hacer copias de acuerdo con las licencias que se les hayan expedido con ese fin. En www.ifrro.org puede encontrar la organización de derechos de reproducción de su país.

OIT, ACNUDH, OCDE, y ALDHE

Nuevas Voces. Contribuciones desde la Academia Latinoamericana para avanzar hacia una cultura de Conducta Empresarial Responsable y respeto por los Derechos Humanos. Lima: OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2022. 195 p.

Desarrollo sostenible, empresas, derechos humanos, conducta empresarial responsable, trabajo decente.

ISBN: 978-92-2-036411-6 (versión impresa)

ISBN: 978-92-2-036412-3 (versión web pdf)

Datos de catalogación de la OIT

Las denominaciones empleadas, en concordancia con la práctica seguida en las Naciones Unidas, y la forma en que aparecen presentados los datos en las publicaciones de la OIT no implican juicio alguno por parte de la Oficina Internacional del Trabajo sobre la condición jurídica de ninguno de los países, zonas o territorios citados o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras.

La responsabilidad de las opiniones expresadas en los artículos, estudios y otras colaboraciones firmados incumbe exclusivamente a sus autores, y su publicación no significa que la OIT o la ACNUDH o la OCDE o la ALDHE las sancione.

Las referencias a firmas o a procesos o productos comerciales no implican aprobación alguna por la Oficina Internacional del Trabajo, o la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos o la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos o la Academia Latinoamericana de Derechos Humanos y Empresas, y el hecho de que no se mencionen firmas o procesos o productos comerciales no implica desaprobación alguna.

Las publicaciones y los productos digitales de la OIT pueden obtenerse en las principales librerías y redes de distribución digital, u ordenándose a: ilo@turpin-distribution.com. Para más información, visite nuestro sitio web: ilo.org/publns o escribanos a: biblioteca_regional@ilo.org.

La producción de este libro ha sido financiada por la Unión Europea a través del Proyecto Conducta Empresarial Responsable en América Latina y el Caribe (CERALC). Sus contenidos son responsabilidad exclusiva de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (ACNUDH) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), y no necesariamente reflejan los puntos de vista de la Unión Europea.

Impreso en Perú



PROYECTO CONDUCTA EMPRESARIAL RESPONSABLE
EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE Y
LA ACADEMIA LATINOAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS
PRESENTAN:

NUEVAS VOCES

Contribuciones desde la
academia latinoamericana
para avanzar hacia una
cultura de Conducta
Empresarial Responsable
y respeto por los
Derechos Humanos

ÍNDICE

I. Prólogo	4
II. Presentación	6
II. Categoría A - Premiados	8
Estudiantes de grado bachiller-pregrado y recientes graduados	
1. Debida diligencia empresarial, emergencia y perspectiva de género en el desarrollo de vacunas. Autor/a: Acosta, María Mercedes y Isler, Luisina.	9
2. Agencias de crédito a la exportación y coherencia horizontal en Derechos Humanos. Autor/a: Guzmán Mutis, Antonio José.	17
3. Planes nacionales de acción en Latinoamérica: un análisis en clave de género y diversidad. Autor/a: Núñez González, Piaroa.	26
4. Los desafíos de la obligatoriedad de la debida diligencia en la cadena de suministro. Autor/a: Ramos González, Vanessa.	34
III. Categoría A - Mención de Honor	42
Estudiantes de grado bachiller-pregrado y recientes graduados	
1. Derechos humanos y empresas en Chile: tensiones y reflexiones a propósito de una nueva constitución. Autor/a: Alvarado Lincopi, Marcelo.	43
2. Digitalización, tecnologización y vigilancia: problemas de seguridad y derechos humanos en el contexto postpandemia. Autor/a: Benjamín Arancibia y Felipe Sierra.	50
3. Los incentivos tributarios y el cumplimiento de la responsabilidad social empresarial relativa al medio ambiente. Autor/a: Becerra, Mariana.	57

4. Debida diligencia empresarial para la protección de las infancias libres. Autor/a: Franco Cano y Federico Caula.	67
5. La repentina implementación del teletrabajo en las organizaciones. Autor/a: Carrillo Zapata, Angélica.	76
6. Responsabilidad corporativa en escenarios de justicia transicional: análisis de la industria extractiva en Colombia. Autor/a: Fajardo Higuera, Sara.	81
7. ¿Arbitraje de derechos humanos y empresas? Una crítica latinoamericana a las Reglas de la Haya. Autor/a: Garay, Andres Camilo.	89
8. (Des)Igualdad, derechos de acceso y defensores ambientales en Argentina. Autor/a: Gomez Giacoia, Mariana.	95
9. Trabajo informal en vendedores ambulantes de multinacionales en Colombia: obstáculo al acceso del trabajo decente. Autor/a: Vinasco Ladino, Dora Maria.	101
IV.Categoría B - Premiados Estudiantes de maestría y doctorado	109
1. As diligências abertas da América Latina: avanços na responsabilização em investimentos, tratados e arbitragem internacional. Autor/a: Catuninho Azevedo, Hiran.	110
2. El significado del trabajo decente en tiempos de pandemia. Autor/a: Torres, Rodrigo.	116
3. Mudanças climáticas e a atividade empresarial: o engajamento de jovens latinoamericanos em litígios climáticos. Autor/a: Oldenburg Almeida Britto y Marcella e Stefanello Pires, Julia.	123

ÍNDICE

V. Categoría B - Mención de honor	131
Estudiantes de maestría y doctorado	
1. Protección del ambiente y tratados bilaterales de inversión en América Latina y el Caribe. Autor/a: Colmegna, Pablo Damián.	132
2. ¿A quién protege el principio protectorio? Deconstrucción del paradigma patriarcal del sujeto protegido. Autor/a: Coppoletta, Sebastian.	139
3. El papel de los Principios Rectores en la brecha de género del mercado laboral latinoamericano. Autor/a: Parra Rosas, Juan Felipe.	145
4. Consumo de tabaco: alerta sanitaria, impuestos y el comportamiento de la industria. La experiencia Argentina. Autor/a: Valle Ruidiaz, Anabella.	153
VI. Categoría C - Premiados	161
Jóvenes docentes e investigadores/as	
1. La regla <i>lex loci delicti</i> y su impacto en la garantía de los derechos humanos. Autor/a: Tobar Torres Jenner Alonso.	162
VII. Categoría C - Mención de honor	171
Jóvenes docentes e investigadores/as	
1. Agroecología como estrategia radical de responsabilidad social empresarial para la realización de los Derechos Ecológicos. Autor/a: Bonet de Viola, Ana y María Cristina Alé.	172
2. Implementación de los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos en el Perú y su incidencia en las personas defensoras de los derechos humanos. Autor/a: Merino Arenas, Franck Joris.	180

Prólogo

Avanzar hacia una cultura de Conducta Empresarial Responsable, que priorice el respeto y la promoción de los derechos humanos, es una tarea de todas y todos.

Por una parte, los Estados son los primeros responsables en proveer marcos regulatorios y de política pública para construir ambientes propicios para el desarrollo y operación de empresas social y ambientalmente sostenibles, poniendo en el centro del marco de actuación estatal la protección de los derechos humanos y la garantía de acceso a mecanismos eficaces y efectivos de reparación cuando éstos son vulnerados.

Por el lado de las empresas, se espera que éstas respeten los derechos humanos en sus actividades empresariales, incluyendo sus cadenas de suministro y sus relaciones comerciales.

Para ello, es crucial implementar procesos de debida diligencia basada en el riesgo para identificar, prevenir, mitigar y reparar impactos reales y potenciales sobre el medio ambiente, el trabajo decente y los derechos humanos en general, incluyendo el apoyo a empresas pequeñas y medianas que participan de estas cadenas de suministro, las cuales muchas veces tienen capacidades humanas y técnicas limitadas para abordar y responder por estos impactos.

Desde la sociedad civil y los sindicatos, se espera que actúen como garantes de estos marcos, colaborando y construyendo en conjunto una cultura de derechos humanos en la actividad empresarial.

Sin embargo, hay un actor que cumple un rol diferencial fundamental: la Academia. La generación de conocimiento, a través de la investigación y el análisis, así como la propuesta de soluciones a las problemáticas empresariales vinculadas con impactos sobre los derechos humanos, son elementos fundamentales para aportar a la generación de valor compartido, a políticas públicas basadas en la evidencia y para lograr el diálogo, la participación significativa y el compromiso de las partes interesadas.

En particular, el sector de la academia en América Latina y el Caribe ha dado pasos muy importantes para sumar y enriquecer la mirada regional sobre discusiones que ya tienen significativos avances en otras regiones, fomentando propuestas y soluciones efectivas en consideración del contexto y las problemáticas locales.

Desde el Proyecto sobre Conducta Empresarial Responsable en América Latina y el Caribe (CERALC), iniciativa inédita que, mediante el apoyo de la Unión Europea, reúne a la

Organización Internacional del Trabajo, a la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, se entiende el vital rol de la Academia para enriquecer este debate a nivel regional y nacional.

Por ello, y reconociendo la sustantiva contribución a esta discusión, es que de manera conjuntas las agencias de CERALC y la Academia Latinoamericana de Derechos Humanos y Empresas, hemos realizado el **"Primer Concurso de Ensayos sobre Empresas y Derechos Humanos y Conducta Empresarial Responsable"**.

En esta publicación, tenemos el honor de compartir aquellos trabajos ganadores así como las menciones honrosas, de jóvenes estudiantes y académicos y académicas del continente Latinoamericano. Son miradas nuevas, con preguntas incisivas y reflexiones agudas, que esperamos contribuyan a la construcción de mejores políticas públicas y mejores prácticas empresariales, para así, sin dejar a nadie atrás, co-construir una cultura de respeto y promoción de los derechos humanos en el contexto empresarial.

Desde el Proyecto CERALC saludamos a todas y todos los estudiantes e investigadores que contribuyeron a la generación de nuevo conocimiento en este ámbito y, en particular, a quienes integran esta publicación con los ensayos más destacados.

Presentación

El Primer Concurso Latinoamericano sobre Ensayos Académicos sobre Empresas y Derechos Humanos y Conducta Empresarial Responsable, un proyecto conjunto entre la Academia Latinoamericana de Derechos Humanos y Empresas y las tres instituciones que ejecutan el proyecto CERALC, tuvo un objetivo primordial: generar un espacio de reflexión regional sobre el presente y futuro de la Conducta Empresarial Responsable en América Latina y el Caribe, tanto para investigadores jóvenes como para especialistas consolidados. En su primera edición, destacó la diversidad de enfoques y propuestas provenientes de diversos países de la región, lo que augura un futuro prometedor para la investigación en la materia.

Queremos destacar el nivel académico, la originalidad y seriedad de las temáticas presentadas en los ensayos, que ponen de resalto la importancia de las voces latinoamericanas en la agenda de Empresas y Derechos Humanos y Conducta Empresarial Responsable, no sólo a nivel regional, sino también a nivel global.

La gran cantidad de trabajos recibidos, así como su calidad, significaron un arduo proceso de lectura y evaluación por parte de los integrantes del Comité Académico. Desde el Comité Organizador, queremos agradecer especialmente a las evaluadoras y los evaluadores, integrantes del Consejo de la Academia Latinoamericana de Derechos Humanos y Empresas, que dedicaron su tiempo a la revisión detenida de los ensayos.

Esta labor fue determinante para conformar la selección preliminar de trabajos escogidos para su premiación y para la entrega de menciones honoríficas. El listado final de trabajos premiados fue decidido por el Comité Organizador, tomando en consideración una representación temática, geográfica y de género, que refleja la diversidad de los 107 ensayos recibidos.

Les instamos a seguir interviniendo con sus aportes y a acompañar el robustecimiento de las capacidades del Estado y del sector privado para promover el crecimiento social y económico de las naciones, al mismo tiempo que se protegen y respetan los derechos humanos.

Esta publicación no hubiese sido posible sin el equipo de evaluadores, a quienes le agradecemos por su dedicación y tiempo ofrecido:

- Humberto Cantú Rivera
(Instituto de Derechos Humanos y Empresas, Universidad de Monterrey, México)
- Nicolás Carrillo Santarrelli
(Instituto de Derechos Humanos y Empresas, Universidad de Monterrey, México)
- Luis Chinchilla
(McGill University, Canadá)

- Denisse Cufre
(Universidad de Buenos Aires, Argentina)
- Salvador Herencia Carrasco
(Universidad de Ottawa, Canadá)
- Daniel Iglesias Márquez
(Instituto de Derechos Humanos y Empresas, Universidad de Monterrey, México)
- Danielle Anne Pamplona
(Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil)
- Ana Claudia Ruy Cardia Atchabahian
(Mackenzie Presbyterian University, Brasil)
- Judith Schönsteinter
(Universidad Diego Portales, Chile)
- Anna Luisa Walter
(Universidad de los Andes, Colombia)
- Florencia S. Wegher Osci
(Universidad Nacional del Litoral, Argentina)

A



Categoría A - Premiados



Estudiantes de grado bachiller-pregrado
y recientes graduados

Premiado

Debida diligencia empresarial, emergencia y perspectiva de género en el desarrollo de vacunas.

Acosta, María Mercedes
Isler, Luisina

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales - UNL

I. Introducción

En la era de la globalización, parece innecesario decir que las empresas constituyen actores fundamentales de la vida en sociedad, no solo a nivel económico sino también cultural y político. Reconocerles un papel primordial, es el primer paso para darles entidad a las actividades que desarrollan y como correlato, a las consecuencias que estas ocasionan. Esto es a su vez lo que puede permitir que funcionen como agentes activos de cambio y que, correctamente orientadas a partir del trabajo conjunto con Estados y Organizaciones Internacionales y empresariales, organizaciones de la sociedad civil, comunidades, y trabajadores y trabajadoras, puedan transformar positivamente la sociedad y nuestro futuro.

Los 10 años de la presentación de los “Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos”¹ (en adelante, PRNU) de la Organización de Naciones Unidas (ONU), nos permiten hacer una pausa y evaluar cuál ha sido su repercusión y el impacto sobre la conducta empresarial, qué cambios se han producido y, lo que es aún más importante, cuáles no.

La Universalidad de los derechos humanos fue reconocida hace más de 70 años, de modo amplio, para hombres y mujeres en condiciones de igualdad. Sin embargo, no es una novedad que en el sistema patriarcal en el que nos encontramos inmersos, con normas discriminatorias y estructuras desiguales de poder, ambos grupos no reciben el mismo respeto y protección. Uno de los ámbitos en los que esto sucede es el de la salud, y en particular, en lo relativo al derecho a recibir información.

Basta con observar la problemática para percibir que el papel de las mujeres en el ámbito de la investigación clínica fue históricamente relegado.² La consecuencia directa de ello ha sido

¹Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Principios rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos* (2011).

²Ke'ala AKAU, *Sex and Gender and COVID-19 Vaccine Side Effects* (2021).

la falta de conocimiento sobre los cuerpos femeninos y los efectos que los fármacos que se consumen pueden tener sobre ellos.

En el contexto de la pandemia y la correlativa emergencia sanitaria causada por el CoVid-19 en la que la salud pasó a ser el centro de atención, la problemática se manifiesta con singular potencia, ante la carrera por el desarrollo de vacunas para prevenir el SARS- COV-2 (en adelante CoVid-19) y ante el despliegue de esfuerzos denodados de las empresas de la industria farmacéutica.

Las primeras experiencias sobre sus consecuencias, nos sugieren una serie de interrogantes:

- **¿Cuál es el papel de la industria farmacéutica encargada del desarrollo de vacunas en cuanto a la protección de los derechos humanos?**
- **¿Cuáles son los alcances de la debida diligencia empresarial en contextos de emergencia?**
- **¿Qué sucede cuando la implementación de procesos de debida diligencia carece de perspectiva de género?**
- **¿Cómo combinamos debida diligencia, género y emergencia?**

En las páginas que siguen buscaremos resaltar algunas de las dimensiones en las cuales se manifiesta la desigualdad de género dentro de la industria farmacéutica. Al efecto, abordaremos un análisis jurídico y social del proceso de desarrollo de las vacunas destinadas a prevenir el Covid-19, a la luz de los PRNU y la “Guía de la OCDE de debida diligencia para una Conducta Empresarial Responsable”,³ a fin de determinar el grado de importancia de la implementación de la perspectiva de género en los procesos de debida diligencia que deben adoptar estas industrias, y concluir si es posible o no compatibilizar urgencia e igualdad.

II. El punto de partida: una respuesta y muchas preguntas

El derecho a la salud comprende el derecho a un sistema de protección integral que facilite la igualdad de oportunidades para las personas. Según la Organización Mundial de la Salud estos sistemas incluyen un componente de información e investigación, que consiste en la recogida, cotejo, análisis y utilización de datos. Cuando se adopta la perspectiva de género, este proceso incluye el desglose de información por sexos para que las respuestas reflejen posibles diferencias, y se actúe en consecuencia.⁴

La situación sanitaria que tuvo su origen a fines del año 2019 con la aparición de la pandemia

³OCDE, *Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable* (2018).

⁴Organización Mundial de la Salud, *Género y salud* (2018).

por CoVid- 19 puso a la salud como protagonista y generó una carrera en contra del tiempo para desarrollar las vacunas necesarias para prevenir la transmisión del virus, que estuvo marcada por un factor determinante: la urgencia.

La necesidad mundial de lograr una vacuna que “muestre la luz al final del camino”, ha evidenciado cuáles son las prioridades que se tienen en cuenta para lograr “con éxito” la creación, prueba y posterior venta de las vacunas en general, y de la vacuna en contra del CoVid-19 en especial.

Lo cierto es que entre aquellas prioridades no se encuentran incluidas las características particulares del organismo femenino: existen numerosas diferencias entre el cuerpo masculino y el femenino, tales como procesos hormonales y reproductivos que requieren su debida atención particularizada y que históricamente no han sido tenidos en cuenta en procesos como los mencionados.

Meera Jagannathan⁵ destaca que muchas de las drogas que hoy encontramos en el mercado fueron probadas y dosificadas en cuerpos masculinos y luego empezaron a ser utilizadas para todos los cuerpos. Estudios en la materia evidencian que el organismo femenino produce naturalmente una mayor cantidad de anticuerpos. Esto implica, que ante la aplicación de una vacuna, ésta adquiere mayor eficacia, pero también se sufren mayores efectos secundarios, lo que sugeriría que hombres y mujeres requieren distintas dosis del fármaco.⁶

No se trata de un fenómeno apenas identificado: un estudio sobre efectos secundarios realizado con posterioridad a la vacunación por gripe H1N1 en 2009 concluyó que las mujeres entre 20 y 59 años reportaron el cuádruple de efectos secundarios de reacciones alérgicas que los varones.⁷

En el caso de la aplicación de la vacuna en contra del CoVid-19, una de las consecuencias de esta sobreabundancia de anticuerpos fue la inflamación de los ganglios linfáticos axilares, que ante la realización de estudios clínicos mamográficos por mujeres que se habían aplicado la vacuna, dieron resultados falsos positivos de cáncer de mama.⁸

A su vez, la aplicación de la vacuna generó alteraciones en el ciclo menstrual. Katharine Lee y Kathryn Clancy realizaron una encuesta después de que ambas experimentaran irregularidades menstruales posteriores a la vacuna, arrojando como resultado muchos casos similares, incluso por parte mujeres perimenopáusicas y posmenopáusicas⁹ y varones transgénero. Aún cuando las y los expertos coinciden en que se trata de un importante indicador de salud femenina, los ensayos clínicos se rehúsan a preguntar sobre los ciclos menstruales.¹⁰

⁵Meera JAGANNATHAN, *What we know about COVID vaccine side effects in women* (2021).

⁶Lavanya VIJAYASINGHAM, Evelyne BISCHOF, Jeannete WOLF, *Sex-disaggregated data in COVID-19 vaccine trials* (2021).

⁷Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Principios rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos* (2011).

⁸Patricia Robin MC CARTNEY, *Sex-Based Vaccine Response in the Context of COVID-19* (2020).

⁹OCDE, *Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable* (2018).

¹⁰Alice LU-CULLIGAN, Randu HUTTER EPSTEIN, *No, We Don't Know if Vaccines Change Your Period* (2021).

Parece evidente que el sexo es una variable que debería ser incluida en los análisis correspondientes al desarrollo de vacunas, tanto en las etapas preclínicas como en las posteriores. En el caso en estudio y después de transcurridos varios meses desde que la primera vacuna salió al mercado, hasta el momento no se advierten estudios que aborden la temática.

Con esto no se intenta excluir otros efectos secundarios que se generaron en virtud de otros factores que tampoco han sido tenidos en cuenta. No obstante, lo que genera extrema preocupación e incertidumbre es que, atravesados por el derecho humano a la igualdad y teniendo en cuenta las expectativas sobre la implementación de procesos de debida diligencia con enfoque de género en cabeza de las empresas e incluso los Estados, aún se advierten brechas y escenarios de desigualdad manifiesta.

III. Base normativa: ¿de qué hablamos cuando hablamos de debida diligencia empresarial? ¿Podemos pensar en una debida diligencia con perspectiva de género?

Existen múltiples instrumentos gestados en diversas Organizaciones Internacionales cuyo objetivo consiste en establecer pautas de conducta en relación con el respeto que las empresas deben tener de los derechos humanos. De este modo se generan distintos tipos de deberes, que incluyen, por un lado, abstenerse de infringir estos derechos y, por otro, dar respuesta a las consecuencias negativas que sus actividades produzcan.

Así aparece la debida diligencia empresarial, como un modo de prevenir, mitigar y, en su caso, remediar las consecuencias negativas de la actividad empresarial. En este sentido, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha confeccionado la “Guía de la OCDE de debida diligencia para una Conducta Empresarial Responsable” (en adelante “la Guía”), que junto con los PRNU, se constituyen como instrumentos fundamentales en la materia.

Si bien es cierto que la debida diligencia debe incluirse en toda actividad empresarial, es necesario destacar que en supuestos en los cuales la actividad, los productos o servicios prestados son intrínsecamente riesgosos, debe erigirse como un eje transversal.¹¹

La elaboración, producción y posterior venta de vacunas en general, y de aquellas destinadas a prevenir el CoVid-19 en particular, implica una actividad riesgosa por definición, ya que

¹¹OCDE, *Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable* (2018).

impacta directamente en la salud de las personas, pudiendo causar daños irreparables. Por lo tanto, las empresas que desarrollan estas funciones deberán abordar el proceso de debida diligencia de forma pormenorizada y bregar por el mayor análisis e información durante todo el *iter* de su producción.

Más allá de contar con el imperativo de respetar el derecho humano a la igualdad, se indica el deber de adoptar la perspectiva de género de modo imperativo en las distintas etapas de los procesos de debida diligencia. Especialmente a partir de las directrices impartidas en “Perspectiva de género en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos”¹² y en el anexo de la Guía.¹³

Siguiendo a la Guía, el punto de partida del proceso de Debida Diligencia está dado por la incorporación, a nivel general, de la Conducta Empresarial Responsable a las políticas y sistemas de gestión. En general, las empresas no fallan al momento de “incorporar” la Conducta Responsable con perspectiva de género normativamente. El problema radica en garantizar su efectividad. Por ejemplo, Pfizer incorpora una política de paridad en los órganos directivos, programas de capacitación y concientización, que sin embargo, no se refleja en su campo de investigación.

Posteriormente se deben identificar y evaluar los impactos negativos en las operaciones, cadenas de suministro y relaciones comerciales. El compromiso real y responsable de las empresas que integran una cadena productiva es el único modo de lograr un control de pares que, por momentos, puede ser muy efectivo.

El tercer paso está dado por la detención, prevención o mitigación de los impactos negativos, con la finalidad de reducir al máximo nivel posible, las implicancias negativas que podrían producirse.

En este ámbito, la perspectiva de género toma un lugar preponderante: escuchar activamente a las mujeres es el mejor camino para identificar afectaciones que solo ellas sufren.

En el caso bajo estudio, se hubiera podido analizar el impacto sobre distintos derechos humanos, desglosando datos por sexo, y trabajando sobre esos resultados. Es importante destacar que si bien lo ideal es efectuar este proceso antes de llevar los productos al mercado, hacerlo después hubiera sido más efectivo que simplemente abstenerse. Esta investigación hubiera permitido determinar los efectos diversos, cuantificar dosis, detectar resultados contraproducentes y posteriormente trabajar para eliminarlos.

Continúa el proceso con un seguimiento, a nivel temporal, de las medidas que se hayan implementado y los resultados de las mismas. La OCDE sugiere adoptar medidas sensibles al género, identificar vulnerabilidades y evaluar si los mecanismos de reclamación son eficientes y sensibles al género. La ONU destaca la importancia de que tales medidas se destinen a prevenir y mitigar las consecuencias ya producidas. En este caso, podrían

¹¹OCDE, *Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable* (2018).

¹²Naciones Unidas, Grupo de trabajo de la ONU sobre empresas y derechos humanos, *Perspectiva de género de los principios rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos* (2019).

¹³OCDE, *Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable* (2018).

incluirse cambios en los prospectos que alerten sobre los efectos secundarios.

El último paso está dado por la necesidad de elaborar informes sobre los impactos del proceso en general, y en aquellos casos en los cuales los resultados hayan sido negativos, se deberá reparar o en su caso colaborar en la reparación del impacto cuando corresponda. Si bien creemos que en el caso en tratamiento no sería necesario producir una "reparación" de los daños causados, es la oportunidad ideal para evaluar la situación con cautela, percibir las inconsistencias y afrontar nuevas investigaciones con otras prioridades.

Con una evaluación de este tipo, con verdadera perspectiva de género, se pueden prever consecuencias que afectan únicamente a las mujeres, no solo como una forma de buscar soluciones, sino fundamentalmente como un modo de proveer toda la información necesaria para las destinatarias de las vacunas.

IV. La urgencia del caso: Pandemia y género ¿Son incompatibles?

Ciertamente las circunstancias que rodearon el desarrollo de las vacunas del CoVid-19 no estuvieron caracterizadas por la disponibilidad de tiempo. La situación de emergencia fue determinante para que sólo se evalúen y solucionen aquellas consecuencias que aparecían como imprescindibles para preservar la salud y la vida de los usuarios del producto.

Sin embargo, esto no puede ser motivo para relegar otros derechos humanos, que por definición, son indivisibles. La resolución 1/2021 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y su Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA), establece que las empresas "deben abstenerse de infringir, contribuir, facilitar, alentar o azzgravar violaciones de los derechos humanos y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación".¹⁴

A su vez, en la resolución 1/2020¹⁵ se expresó que es necesario que Estados y empresas trabajen en conjunto para proveer toda información relevante sobre las vacunas a los ciudadanos, especialmente sobre efectos secundarios, asegurando el ejercicio del derecho al consentimiento informado y previniendo la desinformación, el escepticismo y las noticias falsas.

Efectivamente es altamente complejo resolver cada una de las consecuencias que genera la aplicación de una vacuna de este tipo. Por el contrario, no lo es, que sistemáticamente se omita incluir en las evaluaciones preliminares cuestiones referidas al cuerpo femenino, que permitan prever las posibles consecuencias de la vacunación, de modo de evitar reacciones inesperadas. Lo mínimo a lo que podemos apuntar, es a saber qué esperar. Llegar al punto en que conocer nuestros cuerpos se transforma en un acto de feminismo nos resulta,

¹⁴Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Las vacunas contra el COVID-19 en el marco de las obligaciones interamericanas de Derechos Humanos. Resolución 1/2021* (2021).

¹⁵Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Resolución 1/2020* (2020).

al menos, alarmante.

El primer paso es incorporar los resultados desagregados por sexo, de modo de identificar cuáles pueden llegar a ser las repercusiones particulares en cada organismo. En segunda instancia, se deben realizar los estudios suficientes para alertar sobre estos efectos, y por último, intentar prevenirlos.

Esta necesidad se acentúa si efectuamos una observación completa del rol de la mujer en la sociedad actual, dada la gran cantidad de consecuencias negativas que podrían llegar a producirse en caso de continuar asintiendo que se relegue el análisis de su salud.

En una publicación de la OCDE titulada “Mujeres en el centro de la lucha contra la crisis del COVID- 19” (*“Women at the core of the fight against COVID-19 crisis”*¹⁶) se advirtió la cantidad de mujeres que se encuentran en la “primera línea” en la lucha contra el virus, al mismo tiempo que muchas de ellas están a cargo de múltiples tareas de cuidado al llegar a sus hogares, teniendo una carga horaria laboral que supera en entre 3 y 6 horas diarias a las de sus compañeros varones.

Entonces, no sólo presenciamos una vulneración del derecho a la igualdad en el ámbito de la salud, sino que el mismo se ve potenciado por los diferentes “roles” que se han delegado a las mujeres en distintos aspectos de la vida en sociedad y que si bien, han comenzado a diversificarse, continúan en muchos casos imponiéndose.

V. Conclusión

Volviendo al punto de partida, podemos decir que reconocer en las empresas un motor de cambio es lo que incentiva esta indagación. Nos motiva e impulsa pensar que desde el trabajo multiactor característico del ecosistema de empresas y derechos humanos, hoy contamos con estándares de conducta que fomentan el respeto de los derechos humanos y que dan a la perspectiva de género un lugar primordial en cada aspecto que se desarrolla. Pero creer en este cambio, hace que hoy redoblemos la apuesta.

Estamos convencidas de que se trata de un trabajo constante, que se nutre de progresivos derechos que se abren camino y toman partida en el mundo de la Conducta Empresarial Responsable. Un excelente ejemplo de este continuo trabajo nos lo brinda el “Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos” (*Working Group on Business and Human Rights*), formado en el marco de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, que en virtud del décimo aniversario de los PNRU ha llevado a cabo un nuevo proyecto denominado “UNGPs 10+” (*UN Guiding Principles 10+*).

Su objetivo fundamental es hacer un balance sobre la implementación de los PNRU

¹⁶OECD, *Women at the core of the fight against COVID-19 crisis* (2020).

hasta la fecha y trazar un curso de acción para la próxima década, lo que permitirá concentrar aún más los esfuerzos en aquellas metas pendientes y reforzar las que merecen un mejor tratamiento.¹⁷

En el caso en estudio surge manifiesto cómo, el problema no radica, fundamentalmente, en la falta de organismos, actores o normativa para enfrentar la cuestión bajo estudio. El gran desafío es la internalización de la perspectiva de género y la consideración de un tema de tamaño importancia, que se mantiene como espectador cuando debería ser un protagonista.

Este es nuestro campo de trabajo: llevar a la realidad postulados que han alcanzado aceptación prácticamente universal, porque sin perspectiva de género, implementada de modo real, efectivo y a conciencia, no hay desarrollo sostenible posible.

Cómo transmitir el mensaje y lograr que se concrete, sigue siendo un desafío. ¿Es posible pensar en los Estados como actores del cambio, que exijan a las empresas radicadas en sus territorios adoptar una debida diligencia con perspectiva de género? ¿Podemos pensar en un Estado argentino que incluya disposiciones de este tipo en los procesos de aprobación de vacunas de la ANMAT? ¿Existen mecanismos de incentivo que tornen estas propuestas como tentadoras?

Son preguntas para las que todavía no encontramos respuestas, pero que orientarán el futuro de esta investigación. Y estamos convencidas de que habrá futuro, porque se trata de un desafío impulsado por la necesidad de justicia. Por nuestra necesidad de justicia. Porque si el saber es poder, parece que el poder sobre nuestros cuerpos está más limitado de lo que pensábamos.

El camino parece mostrar resultados esperanzadores, colmados de conquistas que reflejan mayor equidad e igualdad, aunque siempre supimos que la sencillez no es una característica de nuestra lucha. Lo positivo es que estamos acá, para hacer preguntas y buscar respuestas, porque como dijo Elvira Sastre **“porque fueron, somos; porque somos, serán”**.

¹⁷ UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS - UN Working Group on Business and Human Rights, *Guiding Principles on Business and Human Rights At 10: Taking Stock of the First Decade* (2021).

Premiado

Agencias de crédito a la exportación y coherencia horizontal en DD.HH.

Guzmán Mutis, Antonio José¹

Pontificia Universidad Javeriana (PUJ)

I. Introducción

Para exigir a las empresas, uno de los objetivos más importantes de los Principios Rectores (en adelante PRNU) es mitigar la incoherencia Estatal.² Esta incoherencia se puede manifestar de varias formas. En primer lugar, en la no implementación³ de instrumentos de derechos humanos (en adelante DD.HH.), conocida como incoherencia vertical. En segundo lugar, el Estado puede ser incoherente respecto a sus propias políticas públicas en cabeza de sus agencias comerciales, esta es conocida como incoherencia horizontal. Este ensayo tiene el objetivo de evaluar la noción de incoherencia horizontal cuando se trata de agencias de crédito a la exportación o de promoción de la inversión (en adelante ECA por su sigla en inglés).

Para lograr este objetivo se revisará:

i) la noción y origen de la coherencia horizontal en el campo de las empresas y derechos humanos; se evaluarán ii) los lineamientos que debe seguir una ECA, sus implicaciones prácticas y las razones para seguirlas; luego iii) se revisará de manera introductoria, si las ECAs de Chile, Colombia y Perú son horizontalmente coherentes; y para finalizar se ofrecerán algunas conclusiones.

¹Pasante en el Instituto Max Planck para Derecho Público Comparado y Derecho Internacional; estudiante de Derecho y Filosofía de la Pontificia Universidad Javeriana; becario del *Georgetown Center for Transnational Legal Studies* y asistente de investigación del Proyecto 'Desafíos de la relación entre inversión extranjera y derechos humanos en Colombia'. Agredece de manera especial a Carolina Olarte Bácares PhD, Decana de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana. Por su consejo y generosidad constante.

²Radu Mares, "Business and Human Rights After Ruggie", en Radu Mares (ed.), *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Foundation and Implementation*, Leiden, (Martinus Nijhoff, 2012), p. 6.

³UNGA, *Report of the SRSG on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises. Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights*. (7 April 2008), A/HRC/8/5, para. 33.

I. Origen y noción de la (in)coherencia horizontal, el PRNU 8 y su relación con las ECAs

1.1. El origen y el concepto de incoherencia horizontal, núcleo del PRNU 8

Para evaluar el papel de una ECA es fundamental revisar el concepto de incoherencia horizontal. La incoherencia horizontal sucede cuando los órganos que modelan las prácticas comerciales de un Estado (comercio, inversión y crédito a la exportación) llevan su trabajo sin considerar otros compromisos de DD.HH.⁴ La primera vez que el Representante Especial del Secretario General de la ONU sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales (en adelante SRSg) introdujo esta noción, lo hizo (justamente) dando un ejemplo del rol que cumplen las ECAs.⁵ En esa ocasión se reconoció que (desde 2006) los Estados apoyaban proyectos (de exportación/inversión) sin considerar impactos a DD.HH.⁶ Y lo hacían por medio de sus ECAs, que apoyan financieramente a los exportadores domésticos, financiando a sus compradores, como parte de proyectos en otros países.⁷

Más adelante, el SRSg desarrolló el concepto, e hizo visible el origen de su ocurrencia: la regulación empresarial se ha mantenido históricamente separada de la regulación en DD.HH.,⁸ o que hace que las agencias que regulan ambos campos lo hagan de manera asincrónica. Este hecho, sumado a que (junto con los acuerdos de inversión) el crédito a la exportación sea un escenario en donde se administran intereses en DD.HH.,⁹ llevó al SRSg a articular en el núcleo de los PRNU 4 y 8 el papel de las ECAs y la coherencia horizontal, respectivamente. Lo que se evidencia en que el PRNU 4 reúna el nexo entre el Estado y las empresas de su propiedad o bajo su influencia y el PRNU 8 ordene a los Estados (y a sus agencias) a ser conscientes de los compromisos de DD.HH. mientras desempeñan su función.

⁴John Ruggie, 'SRSg Remarks for ICJ Access to Justice Workshop Johannesburg,' (2009), p. 2.

⁵A/HRC/8/5, (nota 2); para. 39.

⁶UN Commission on Human Rights, *Economic and Social Council: Interim report of the SRSg*, (22 February 2006), E/CN.4/2006/97, para. 79.

⁷UNGA, HRC: Report of the WG on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, (2 May 2018), A/HRC/38/48, para. 42.

⁸UNGA, HRC: *Report of the SRSg, Promotion and protection of human rights: human rights questions, including alternative approaches for improving the effective enjoyment of human rights and fundamental freedoms*, (3 August 2009), A/64/216, para. 8.

⁹UNGA, HRC: *Report of the SRSg, Business and human rights: mapping international standards of responsibility and accountability for corporate acts*, (19 February 2007), A/HRC/4/35, para. 17.

II. Lineamientos e implicaciones para ECAs coherentes y razones de cumplimiento

2.1. ECAs y los lineamientos a seguir para lograr coherencia horizontal

Una vez reconocido el papel de las ECAs, se debe indagar con observancia a qué lineamientos deberían actuar. Esto variará según el tipo de funciones que tenga cada institución. Por ejemplo, algunas ECAs tienen funciones que incluyen la promoción de la inversión de sus propios Estados. Sin embargo, otras ECAs tienen funciones más limitadas y por ejemplo no desarrollan operaciones de crédito aunque estén legalmente facultadas para hacerlo (como el caso de Procolombia).

A grandes rasgos, una ECA debería observar tres tipos de normas. En primer lugar, debe observar los PRNU, en particular el 4 y el 8. Aunque las ECAs no siempre son públicas, deben seguir en todo caso los PRNU, pues siempre desempeñan una función pública,¹⁰ y por esta razón deben atender el Pilar I. Incluso si esto no fuera de recibo, deberían respetar los PRNU desde el Pilar II (como empresas).¹¹

En segundo lugar, y con motivo a las Líneas Directrices¹² de la OCDE para empresas multinacionales,¹³ una ECA debería observar las Recomendaciones del Comité de Créditos a la Exportación sobre aproximaciones comunes (en adelante Aproximaciones Comunes de la OCDE) que también orientan la aplicación de procesos de debida diligencia cuando se trata de apoyar exportaciones de cierto tipo.¹⁴ En tercer lugar, están los Principios de Ecuador,¹⁵ que por extensión no podemos desarrollar en este trabajo. Teniendo claros los instrumentos, se debe ver cómo se concretan.

¹⁰A/HRC/8/5, (nota 2); para. 39.

¹¹Tamaryn Nelson and John Ruggie, 'Human rights and the OECD guidelines for multinational enterprises: Normative innovations and implementations challenges.' (2015) BJWA, 22(1), 99-128, p. 123.

¹²De las que son adherentes Chile, Colombia y Perú, a pesar de su carácter de *soft law*.

¹³OCDE, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, (25 de Mayo 2011) (revisadas) <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>. Este documento también está dirigido a las empresas, mientras que las Aproximaciones Comunes se dirigen a las ECAs de los Estados.

¹⁴Por ejemplo el numeral 4 (ii) que ordena expresamente la conducción de la debida diligencia social y ambiental como aplicación para el soporte crediticio por parte de las ECAs, v. OCDE, *Recommendation of the Council on Common Approaches for Officially Supported Export Credits and Environmental and Social Due Diligence*, (28 de Junio 2012), <https://legalinstruments.oecd.org/public/doc/280/280.en.pdf>

¹⁵A veces aplicados por ECAs v. para 45 UNGA, *Report of the WP on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, (28 April 2015), A/HRC/29/28.

2.2. Implicaciones prácticas para lograr la coherencia en ECAs

Una vez reconocidos los instrumentos relevantes, se debe evaluar cómo se concreta en la práctica este deber de coherencia. Las ECAs deben evaluar no solo riesgos fiscales, sino sociales y ambientales,¹⁶ y no promover proyectos que los ignoren. Este ensayo sintetiza en 5 los deberes de las ECAs: *i)* Deben llevar a cabo (o exigir) procesos de debida diligencia¹⁷ respecto a los proyectos de sus posibles beneficiarios (revelación de información). Esta debida diligencia implica la detección de posibles impactos de carácter social, ambiental, pero también de carácter laboral (v. para. 10(2) de las Aproximaciones Comunes OCDE).¹⁸ Adicionalmente, *ii)* la ECA debe estar en capacidad de detectar tempranamente posibles afectaciones de DD.HH.¹⁹ de sus proyectos en curso.

Aunado a esto, *iii)* la ECA debería contar con sistemas de incentivos (“contractualizing human rights”).²⁰ **Por ejemplo, Japón y Corea cuentan con “green procurement provisions” que otorgan trato preferencial, como incentivo a los proveedores que puedan certificar prácticas amigables con el medio ambiente.**²¹ De manera más agresiva, *iv)* la ECA debería retirar su apoyo a exportaciones de bienes que puedan generar afectaciones de DD.HH.²² En contextos de zonas de conflicto, la exclusión directa de cualquier transacción o vínculo con el Estado fue sugerida por el SRSG.²³ Adicionalmente, cuando una ECA actúe como agente económico, v) en esa calidad deberá llevar una conducta empresarial responsable (debida diligencia en sus propias operaciones).²⁴

Finalmente, una ECA podría (y esta posibilidad es inexistente incluso en las Aproximaciones Comunes OCDE) tener un mecanismo de reclamación por afectaciones a DD.HH.,²⁵ o supervisar/condicionar sus servicios al mecanismo operacional de la empresa apoyada.²⁶ Sin embargo ¿por qué una empresa cooperaría si la ECA le exige todo esto?

¹⁶UNGA, HRC: *Report of the SRSG, Summary of five multi-stakeholder consultations*, (23 April 2008), A/HRC/8/5/Add.1, para. 51.

¹⁷Véase e.g. el caso Noruego en Mark Taylor, ‘Human rights due diligence in theory and practice’, en Surya Deva and David Birchall (eds), *Research Handbook on Human Rights and Business, Massachusetts*: (Edward Elgar Publishing 2020), p. 102.

¹⁸Cuya aplicación se limita a créditos de exportaciones de mediano y largo plazo, con repago en dos años o más, la ECA, sin embargo las puede aplicar a más servicios, v. A/HRC/38/48, (nota 6) para. 69.

¹⁹UNGA, HRC: *Business and human rights in conflict-affected regions: challenges and options towards State responses*, (27 May 2011), A/HRC/17/32, para. 15.

²⁰UNGA, HRC: *Corporate responsibility under international law and issues in extraterritorial regulation: summary of legal work shops*, (15 February 2007), A/HRC/4/35/Add.2, para. 62.

²¹Taylor en Deva y Birchall, (n. 16), p. 102.

²²A/HRC/38/48, (nota 6); para. 44.

²³A/HRC/17/32, (nota 18); para. 17.

²⁴Institute for Human Rights and Business (IHBR), ‘Evolving Expectations: The role of Export Credit Agencies in promoting and exemplifying responsible’ (11 January 2016) <<https://www.ihrb.org/focus-areas/finance/evolving-expectations-the-role-of-export-credit-agencies-in-promoting-and-e->

²⁵A/HRC/38/48, (nota 6); para. 78.

²⁶A/HRC/38/48, (nota 6); para. 105.

A) Razones de cumplimiento empresarial

Las empresas tienen varias razones para cooperar y respetar los DD.HH. Siempre que los servicios de la ECA (créditos a la exportación, asesoría o garantías) hacen a las empresas más competitivas internacionalmente, y no cumplir con sus estándares reduce la posibilidad de acceso a estos servicios. Es más, si las empresas no siguen estos lineamientos, el Estado, en cumplimiento del PRNU 7(c) y (d) debe negarles cualquier tipo de apoyo. Y aun cuando ya se ha otorgado apoyo, si la ECA somete a monitoreo las cadenas de suministro de las empresas, podría condicionar o revocar por incumplimiento sus préstamos si la empresa vulnera estos estándares.²⁷ Paralelamente, los Estados también deben asumir costos para que sus ECAs estén en capacidad de cumplir sus deberes y atender estas normas. Luego, **¿por qué debería un Estado perseguir el cumplimiento de los deberes de una ECA?**

B) Razones de cumplimiento estatal

Los Estados tienen varias razones para cumplir estos deberes por medio de sus ECAs. En primer lugar, su inobservancia perjudica directamente el ejemplo de compromiso que se da las empresas,²⁸ y por lo tanto desalienta la observancia del Pilar II. Esto no contribuiría a la estrategia de *leading by example*, que ha sido expresamente aconsejada para las ECAs.²⁹ Adicionalmente, si no se cumple con la debida diligencia, se podría comprometer a la ECA (mandataria del Estado) de manera indirecta (y por lo tanto al Estado). Al omitir los lineamientos de empresas y DD.HH. se ignoran riesgos reputacionales,³⁰ financieros y políticos-legales por “contribuir a esa vulneración, y [que] pueden agravar los problemas de [DD.HH.]”.³¹ Encima, si la riqueza de un país se compone de bienes públicos y privados, no tiene sentido promover exportaciones o inversiones (bienes privados) que amenacen los DD.HH. o el medio ambiente (bienes públicos).³²

Diferencialmente, un Estado anfitrión, contaría con la garantía de recibir proyectos que ya han pasado por filtros de RSC. Asimismo, se demostraría a Estados anfitriones (como a menudo son los latinoamericanos) que el respeto de estándares en DD.HH. no es pernicioso para sus objetivos de inversión,³³ ni es una desventaja competitiva. Esto evitaría la precarización de sus políticas de protección de DD.HH. como un atractivo comercial (*race-to-the-bottom*), fenómeno tempranamente identificado por el SRSRG. **Esto último depende de que haya estándares generalizados (como promueve el OECD Export Credit Group), y uniformidad³⁵ en los lineamientos, para que el cumplimiento no parezca una desventaja.**³⁶

²⁷Estas consideraciones son previas al escenario de mediación que se daría en un Punto Nacional de Contacto (PNC).

²⁸John Ruggie, ‘Protect, Respect And Remedy: A UN Policy Framework For Business And Human Rights’, 103 Proceedings of the Annual Meeting of the ASIL, (2009), pp. 282-287, v. p. 284.

²⁹UNGA, *The report of the WP on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, (16 July 2018), A/73/163, para. 34.

³⁰Aun en casos de apoyo excepcional v. para. 28 de las Aproximaciones Comunes OCDE.

³¹Comentario al PRNU 4 ‘El nexo entre el Estado y las empresas’ en ‘Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos’ (2011), UN-Doc HR/PUB/11/04’.

³²Georges Enderle, *Corporate Responsibility for Wealth Creation and Human Rights*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2021) v. p. 60.

³³Ashley Wagner, ‘The Failure of Corporate Social Responsibility Provisions within International Trade Agreements and Export Credit Agencies as a Solution’ (2017) 35 BUIJL 195, v. p. 216.

III. Coherencia horizontal en ECAs de Chile, Colombia y Perú

3.1. La coherencia horizontal de ProChile, ProColombia y PromPerú

Una vez revisados los deberes de las ECAs, vale la pena revisar qué tan horizontalmente coherentes son las ECAs de Chile, Colombia y Perú, sin olvidar que son ECAs orgánicamente distintas y que esta revisión no tiene pretensiones finales sino introductorias.

La siguiente Tabla 1, mostrará que los resultados se unen a la tendencia que afirma que la promesa de que los Estados lideren con ejemplo (por medio de ECAs) permanece insatisfecha.³⁷ Por lo que, seguidamente se revisará si los Planes Nacionales de Acción (NAPs) proyectan alguna mejoría.

³⁴A/HRC/8/5/Add.1, (nota 15); p. 3.

³⁵Por esto las ECAs deberían reunirse en foros multilaterales *"to raise common standards and ensure a level playing field."*v. UNGA, *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, (19 August 2010), A/65/310, para. 12.

³⁶Manifiesto en las consultas del SRSG a ciertas ECAs v. UNGA, HRC: *Business and human rights: further steps toward the operationalization of the "protect, respect and remedy" framework*, (9 April 2010), A/HRC/14/27, para. 30.

³⁷UNGA, HRC: *Guiding Principles on Business and Human Rights at 10: taking stock of the first decade*, (22 April 2021), A/HRC/47/39, para. 49.

Tabla 1. ECAs y Coherencia Horizontal, revisión rápida

A. ProChile	B. ProColombia	C. PromPerú
En el caso de ProChile (parte del Gobierno), a pesar de que no se pudo establecer comunicación directa, hay evidencias de que esta ECA se acerca más a los lineamientos revisados. Téngase en consideración que, a diferencia de ProColombia, ProChile está más concentrada en la exportación en vez de la promoción a la inversión. Su página web incluye una sección exclusiva de sostenibilidad y RSC, con pasos detallados y análisis de cada proceso. Adicionalmente, se puede encontrar una nota directamente relacionada con los PRNU en donde la ECA manifiesta que contribuirá “en la medida de lo posible (...) a través de información en la página web, charlas o (...) herramientas de fortalecimiento de capacidades y/o por medio de publicación de guías sobre [PRNU]”.³⁸ Por otro lado, la ECA conforma un Consejo Asesor de expertos en Política de Sostenibilidad (integrado incluso por el (antiguo) presidente del WG, Dante Pesce)³⁹ que parece un escenario idóneo para coordinar políticas públicas. Por todo lo anterior, aunque la ECA no condiciona su apoyo al cumplimiento de debida diligencia, sí demuestra un compromiso en lo que respecta a capacitación y divulgación.	En el caso de ProColombia (fideicomiso administrado por Fiducoldex) en donde se pudo entablar comunicación directa, hay resultados alentadores pero insuficientes. La ECA ha realizado y recibido capacitaciones en temas de inversión responsable y desarrollo sostenible (incluyendo DD.HH.),⁴⁰ e incluso ofrece productos de RSC para exportadores. Sin embargo, no existen exigencias de debida diligencia ante la promoción o prestación de servicios, pues se cree que “el contenido propio de los servicios y productos ofrecidos por esta entidad, no presentan un vínculo por lo menos directo e inobjetable con asuntos de dicha naturaleza”.⁴¹ A pesar de que Colombia reportó que la construcción de su primer NAP hizo visibles problemas de coherencia horizontal,⁴² la página web de la ECA no muestra condicionamientos de RSC o productos relacionados, ni programas de capacitación en debida diligencia para empresas.	El caso de PromPerú es el que menos obtuvo resultados, ninguna entrada, servicio o blog en donde la institución aludiera a los PRNU. PromPerú es una Comisión de Promoción para la Exportación, no es claro su rol de crédito a la exportación ni promoción a la inversión, como en los otros casos. Esto quizás se deba a que la agencia de promoción de la inversión (Proinversión) ha estado más alineada con estos objetivos (e incluso anida el Punto Nacional de Contacto). Lo anterior se traduce en que PromPerú no cumple las funciones tradicionales de una ECA y no le serían aplicables de igual forma los lineamientos vistos. Sin embargo, la coherencia horizontal que ordena el PRNU 8 no se reduce al constreñimiento, también la capacitación y difusión de información a la ECA conforman ese propósito,⁴³ que para PromPerú se manifiesta insatisfecho.

³⁸ProChile, *Derechos Humanos y empresas: El desafío de hoy*, (8 de Agosto de 2020) disponible en: <https://www.prochile.gob.cl/noticia/derechos-humanos-y-empresas-el-desafio-de-hoy/>

³⁹ProChile, *ProChile crea Consejo Asesor de expertos para su Política de Sostenibilidad*, (23 de Abril de 2021) disponible en: <https://www.prochile.gob.cl/noticia/prochile-crea-consejo-asesor-de-expertos-para-su-politica-de-sostenibilidad/>

⁴⁰Fiducoldex administradora de Procolombia, Respuesta a derecho de petición, (2021), comunicación adjunta, p. 2.

⁴¹Fiducoldex, (nota 39); 2021, p. 9.

⁴²UNGA, HRC: *Fourth session of the Forum on Business and Human Rights: summary of discussions*, (9 February 2016), A/HRC/FBHR/2015/2, para. 42.

⁴³Comentario al PRNU 8 ‘Garantizar la Coherencia Política’ en ‘PRNU’ (2011) UN-Doc HR/PUB/11/04’.

3.2. Los Planes Nacionales de Acción ¿posible mejoría de coherencia horizontal en ECAs?

Uno de los principios claves para un NAP es que busque fortalecer la coherencia horizontal y vertical.⁴⁴ Los NAPs, por recomendación del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas (en adelante WG), deberían hacer explícita la forma en la que los DD.HH. están siendo tomados en cuenta por parte de las ECAs.⁴⁵

En el caso de Chile, se tenía identificada desde la Línea Base (LBN) el vacío en la exigencia de condiciones de DD.HH. por parte de su ECA.⁴⁶ Aunque ProChile tiene más de cuarenta años, la LBN afirma que las ECAs no existen en Chile.⁴⁷ Esto se puede deber a la variedad y poca uniformidad de funciones que puede o no tener una ECA y que lleve al equívoco de que cierta agencia se clasifique o no bajo el género de la ECA.⁴⁸

En cualquier caso, se encuentra que, el NAP, tratándose del PRNU 4, se concentra en debida diligencia de empresas públicas del sector extractivo pero no alude a la ECA. Es en el Punto de Acción 2.1. en donde se proyecta la función de ProChile como ECA, al encargar la incorporación de requisitos **“sobre sostenibilidad y respeto por [DD.HH.]”** como criterios de selección de servicios de ProChile,⁴⁹ y orientar sobre los PRNU a las empresas que ya apoya.

En cuanto a Colombia, el primer NAP mencionaba (en función del PRNU 4), sin especificación, que ProColombia trabajaría en la observancia de estándares de DD.HH. y buscaría incentivos.⁵⁰ Por su parte, el segundo NAP, es mucho más explícito en la función de la ECA, y aunque no establece mecanismos de condicionamiento-seguimiento, sí otorga dos importantes funciones a ProColombia que repercuten en la coherencia horizontal:

- i) la difusión de buenas prácticas y de buenas prácticas y
- ii) el deber de revisar en “listas negras” a empresas que invierten en el país para disminuir el riesgo de acompañar empresas con antecedentes en contra de DD.HH.⁵²

Nótese que ninguna de estas tareas fue reconocida por la misma institución. En el caso de PromPerú, no hay ninguna mención o directriz en su reciente NAP. Sin embargo, sí se orienta la función de Proinversión en cuando a capacitación de estándares de DD.HH. (sin alusión a condicionamientos).⁵³

⁴⁴UNGA, *Report of the WG on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, (5 August 2014), A/69/263, para. 32.

⁴⁵A/69/263, para. 51.

⁴⁶Judith Schönsteiner et al., Centro de Derechos Humanos UDP, ‘Estudio de Línea Base sobre Empresas y Derechos Humanos’, (2016), p. 124

⁴⁷Schönsteiner et al., (nota 45); p. 158.

⁴⁸Ministerio de Relaciones Exteriores, República de Chile, ‘National Action Plan on Business and Human Rights Chile’, (2017), p. 49.

⁴⁹PNA Chile, (nota 47); p. 71.

⁵⁰Consejería Presidencial para los DD.HH., ‘Colombia Avanza, Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos y Empresas’, (2015), p. 13.

IV. Conclusiones

Para concluir, existen buenas razones para promover la coherencia horizontal de las ECAs, haciendo seguimiento a los PRNU 4 y 8 y a las Aproximaciones Comunes OCDE. Las empresas, también tienen buenas razones para observar la debida diligencia u otros mecanismos de Responsabilidad Social Corporativa sugeridos o impuestos por ECAs coherentes. Un proyecto con riesgos significativos de afectación a DD.HH. encontraría menos posibilidades de apoyo y por lo tanto menos posibilidades de éxito si las ECAs condicionaran su ayuda al seguimiento de estos estándares.

A pesar de que el papel de las ECAs ha sido reconocido desde la etapa más temprana de los PRNU, la mayoría de los Estados ha fallado en su implementación,⁵⁴ incluyendo los latinoamericanos. Y aunque ninguna de las ECAs revisadas condiciona sus servicios a la observancia los PRNU, tienen una oportunidad inigualable de “liderar con ejemplo” y fomentar prácticas respetuosas de DD.HH. En este breve ensayo se halló que Chile ha hecho un mayor esfuerzo para alinear su ECA con otros objetivos de DD.HH. mientras Colombia y Perú presentan mayor incoherencia horizontal. Sin embargo, los NAPs de Chile y Colombia dan razones para creer que el papel de las ECAs, como una alternativa para implementar los PRNU, será cada vez más considerada. Con certeza, será de especial importancia el esperado tratado de empresas y derechos humanos para reafirmar los deberes de coherencia horizontal y consolidar a las ECAs como actores claves en la implementación de los PRNU.

Finalmente, valga decir que este breve ensayo tiene importantes limitaciones y que es importante que se investigue más allá de los deberes de las ECAs y los Estados, y se revise, por ejemplo, la capacidad de las ECAs para afectar los DD.HH., considerando su tamaño y sus especiales funciones.

⁵¹Consejería Presidencial para los DD.HH., ‘Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos y Empresas: Juntos lo Hacemos Posible, Resiliencia y Solidaridad’, (2020-2022), p. ⁵⁵

⁵²PNA Colombia 2020-2022, (nota 50); p. 56.

⁵³Presidencia de la República, ‘Decreto Supremo que aprueba el PNA sobre Empresas y Derechos Humanos (del Perú)’ 2021-2025 Decreto Supremo N° 009-2021-JUS, p. 61.

⁵⁴Como señala Karyn Keenan v. UNGA, HRC: *Summary of discussions of the Forum on Business and Human Rights, prepared by the Chairperson, John Ruggie* (23 January 2013), A/HRC/FBHR/2012/4, para. 134.

Planes nacionales de acción en Latinoamérica: un análisis en clave de género y diversidad.

Núñez González, Piaroa

Universidad de Chile (UCH), Instituto de Estudios Internacionales (IEI)

I. Introducción

En el año 2011, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDH) adoptó de manera unánime los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (en adelante, Principios Rectores) mediante la resolución 17/4.¹ **A grandes rasgos, estos 31 principios establecen tres pilares fundamentales alrededor de los derechos humanos: el deber de los Estados de protegerlos; la responsabilidad de las empresas de respetarlos; el deber de ambos, los Estados y las empresas, de asegurar que las personas tengan acceso a mecanismos de reparación.**² Así, éstos se han convertido en la piedra angular para abordar la relación entre empresas y derechos humanos a nivel nacional e internacional. Al mismo tiempo, se establece el Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos, el que se ha encargado de promover el desarrollo y adopción de Planes de Acción Nacionales de Derechos Humanos y Empresas (PAN, PNA o NAP) para implementar los Principios Rectores de manera concreta.

En este contexto, debemos considerar que derechos de las mujeres y de las diversidades deben estar en el centro de la temática de empresas y derechos humanos. Esto es, principalmente, porque las experiencias de estas personas en todos los ámbitos, incluyendo el socioeconómico y laboral (que atingen particularmente a las empresas) son distintas y se deben reconocer como tal, dándoles un foco al momento de tratar políticas públicas como los PNA. Reconociendo aquello, el Grupo de Trabajo lanzó un proyecto acerca del tema de las dimensiones de género de los Principios Rectores, el que propone directrices específicas para cada principio e incluye la discriminación por orientación sexual e identidad de género.³

¹Consejo de Derechos Humanos Res 17/4 (6 de julio de 2011) UN Doc A/HRC/RES/17/4

²Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos 'La responsabilidad de las empresas de respetar los Derechos Humanos. Guía para la Interpretación' (2012) UN Doc HR/PUB/12/2

³United Nations Human Rights Special Procedures, CERALC, Unión Europea (s.f) Perspectiva de género en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/Gender/GenderUNGP_SP.pdf

Actualmente, en América Latina y el Caribe existe una brecha salarial entre hombres y mujeres, que al 2014 era del 16,1% aproximadamente⁴. Asimismo, el acoso sexual en contra de las mujeres latinoamericanas en sus trabajos es un problema recurrente.⁵ En esta misma línea, de acuerdo a una encuesta realizada en la región durante el año pasado, el 37,2% de las personas LGBTI entrevistadas han pasado por situaciones de acoso, violencia y/o discriminación en la esfera laboral.⁶ En este contexto, se hace necesario analizar los pasos que han tomado las empresas y los Estados para alcanzar una mayor equidad y hacer frente a la discriminación.

A una década de la adopción de los Principios Rectores, a junio del 2021, solo dos países de Latinoamérica cuentan con un PNA: Chile y Colombia. Existen casos en la región donde los programas se encuentran en fase de desarrollo. De esta manera, al ser dos los únicos países de la región que cuentan con un PNA, se abordarán aquellos casos. Se ha de tener en cuenta que estas experiencias en género y diversidad puede servir de ejemplo para el resto de los países de la región de América Latina y el Caribe.

El objetivo principal del presente ensayo es responder:

¿Los PNA establecidos han representado una herramienta efectiva para tratar cuestiones en materia de género y diversidad en relación a las empresas en Latinoamérica? Y, de ser así, ¿de qué forma? ¿Qué desafíos quedan por enfrentar?

Para esto, en la segunda sección del presente ensayo, se identificarán y analizarán los PNA en Chile y Colombia bajo un enfoque de género y diversidad. Esto se hará explorando el cómo están consideradas dentro del documento final a la fecha y, asimismo, su inclusión en las diferentes etapas del PNA.

Finalmente, en la última sección, se presentarán reflexiones en torno a la situación general en la región, tomando en cuenta los avances y desafíos encontrados en ambos casos. La evaluación contenida en el presente ensayo y las conclusiones extraídas buscan presentar un aporte con foco en género y diversidad. A la vez, se propone instar a la reflexión en los actores correspondientes en la región que se encuentren desarrollando y mejorando programas similares en torno a empresas y derechos humanos.

⁴Organización Internacional del Trabajo / Oficina Regional para América Latina y el Caribe (2019). *La brecha salarial entre hombres y mujeres en América Latina: En el camino hacia la igualdad salarial*. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_697670.pdf

⁵Sexual Violence Research Initiative (2010). *Violencia sexual en Latinoamérica y el Caribe: Análisis de datos secundarios*. Disponible en https://clacaidigital.info/bitstream/handle/123456789/980/violencia_sexual_la_y_caribe_.pdf?sequence=5&isAllowed=y

⁶Nodos Consultora (2021). *Encuesta Latinoamericana sobre Diversidad Sexual, acoso, violencia y discriminación en el ámbito laboral 2020*. Disponible en <http://www.msnconsultorias.com/wp-content/uploads/2021/03/Informe-Encuesta-2020-VF.pdf>

II. Planes de acción nacional de Chile y Colombia desde una perspectiva de género y diversidad

Se abarcarán los perfiles en materia de género y diversidad dentro del contexto empresarial en ambos países, para luego revisar los aspectos de género y diversidad contenidos en los PNA, concentrándose en de qué manera se tratan y planifican las acciones a llevar a cabo. Se utilizarán, para identificar la efectividad y continuidad de los PNA en el tratamiento de lo atinente a mujeres y comunidad LGBTI, documentos de orientación y herramientas publicados por distintos actores.

1. Chile

Con base en la Guía de Derechos Humanos y Empresas en Chile (Guía País), publicada por el Instituto Nacional de Derechos Humanos y The Danish Institute for Human Rights, podemos caracterizar al país en relación a género y diversidades en el contexto empresarial. Primeramente, se establece tanto a las mujeres y como a las minorías sexuales como grupos propensos a la discriminación dentro de éste.

En cuanto a las minorías sexuales, se establece: **“Movilh (Movimiento de Integración y Liberación Homosexual) informó en el 2013 la existencia de discriminación en el lugar de trabajo ya sea por parte del empleador o proveniente de los compañeros de trabajo”.**⁷ Asimismo, de acuerdo a un estudio mencionado dentro del mismo, más de la mitad de la población encuestada perteneciente a la comunidad LGBTI consideraban encontrar trabajo en Chile una tarea difícil.⁸

En lo referente a mujeres, se expresa que, si bien en Chile hombres y mujeres son iguales ante la ley, hay diferencias y problemáticas específicas al momento de entrar en el contexto empresarial: vulneraciones a las normas de protección de la maternidad; se registra menos salario y menos participación laboral (tanto en general como en posiciones de responsabilidad en las empresas); y, finalmente, si bien el acoso sexual en el trabajo está tipificado por la ley, no presenta protección en la relación entre la trabajadora y el cliente-usuario de la empresa.⁹

⁷CINDH y The Danish Institute for Human Rights (2016). *Guía de derechos humanos y empresas en Chile*. Disponible en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/1177>

⁸IBID.

⁹IBID.

El vigente PNA (2017-2020), acogiendo lo expuesto por la Guía País, establece algunas acciones a tomar para promover la equidad de género. Estas están a cargo en su mayoría del Ministerio de la Mujer y Equidad de Género (MIMEG), y otras se encuentran bajo otros ministerios que se mencionarán en cuanto corresponda:¹⁰

(MIMEG) Actividades conjuntas con la Embajada de Dinamarca para promover los derechos de las mujeres en relación a la actividad empresarial.

(MIMEG) Capacitaciones acerca de temáticas de género a diversos actores: dirigentes sindicales de empresas del Estado; personal de recursos humanos de empresas estatales y otras; y además, a funcionarios públicos.

(MIMEG) Incentivar la equidad de género a través del Sello Iguale.

Ministerio de Energía: desarrollo de una "agenda de género y energía" que promueva la participación de las mujeres en ese ámbito empresarial.

Ministerio de Minería: desarrollo de un plan de acción para sensibilizar acerca de temas de equidad de género. Promoción del rol de la mujer en la industria minera.

Ministerio de Economía, Fomento y Turismo: incubadoras de cooperativas inclusivas. Instancias de capacitación y apoyo para la equidad de género y liderazgo femenino en las cooperativas.

Ministerio de Medio Ambiente: enfoque de género incluido en el Plan de Acción Nacional de Cambio Climático, y busca incluirlo en próximos planes a implementar.

Ministerio de Relaciones Exteriores: reforzar la labor de los comités creados en capítulos de acuerdos comerciales relativos a cuestiones como género, a través de la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales.

¹⁰Gobierno de Chile (2017). *Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas de Chile*. Disponible en: <https://ddhh.minjusticia.gob.cl/media/2020/03/Plan-Nacional-de-DDHH-y-Empresas.pdf>

En cuanto a la comunidad LGBTI, el PNA no establece ningún marco de acción para enfrentar las dificultades presentadas por la Guía País, principalmente en el ámbito laboral del contexto empresarial. Respecto a esto, en la sección última del PNA, donde se estipula una posible hoja de ruta para otro proceso, se considera: **“Incorporar materias relacionadas a los riesgos de vulneraciones de derechos humanos en las cadenas de suministro e inclusión de personas LGBTI.”**¹¹ Sin embargo, no se desarrolla más al respecto.

En materia de género, podemos establecer tres cuestiones: (A) En su mayoría, van de la mano con términos como equidad, liderazgo y rol de la mujer, lo que corresponde a una respuesta a problemáticas como la falta de representación e invisibilidad en algunos sectores productivos; (B) Se centran en capacitaciones para actores relevantes dentro de la actividad empresarial, lo que responde a la necesidad de sensibilización en estas temáticas; y (C) Si bien rozan en el aspecto de la no discriminación, y se plantean actividades para impulsar una agenda de género en distintas áreas, no se hace un reconocimiento explícito de las violencias ejercidas dentro del ámbito empresarial (por ejemplo, el acoso laboral o discriminación).

Respecto a la participación en las instancias de implementación, monitoreo y seguimiento, se considera la participación de representantes de la sociedad civil en un Grupo Asesor Multiactor¹². Considerando que, en la creación del PNA estuvo presente sólo la Fundación Chile Mujeres en representación del género, se debe hacer mayor énfasis en la participación de grupos y organizaciones de la sociedad civil dirigidos a los derechos de las mujeres (por ejemplo, la incorporación de organizaciones feministas representaría un giro fructífero importante). Igualmente, se debe agregar un (os/as/es) representante(s) de la comunidad LGBTI si es que se quiere plantear en un futuro la inclusión de ésta en el PNA. Cabe destacar, sin embargo, la iniciativa de los espacios de diálogo nacional con la ciudadanía en este primer PNA, que le da sustento y promueve la participación de una diversidad de personas, incluyendo los grupos que aquí nos interesan.

2. Colombia

La situación en Colombia se asemeja mucho al caso anterior en cuanto a cifras de desigualdad y discriminación que afectan a las mujeres y diversidades sexuales. Según lo identificado por la Guía de Derechos Humanos y Empresas en Colombia (Guía País), realizada por la Fundación Ideas para la Paz (FIP) y The Danish Institute for Human Rights,

¹¹IBID.

¹²Gobierno de Chile (2017). *Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas de Chile*.

Disponible en: <https://ddhh.minjusticia.gob.cl/media/2020/03/Plan-Nacional-de-DDHH-y-Empresas.pdf>

la situación de las mujeres en el ámbito laboral está marcada por un menor índice de empleo en comparación a los hombres, siendo además marginadas a empleos “**tradicionales**” y en el sector informal, con poco acceso a puestos directivos o ejecutivos, y una brecha salarial considerable. En materia de discriminación dentro del trabajo, se presentan situaciones de vulneración de derechos por maternidad y por casos de acoso sexual (que afectan principalmente a las trabajadoras).¹⁴

En la misma Guía País, se identifican problemáticas comunes de la población LGBTI como discriminaciones, falta de acceso al mundo laboral y acoso en el trabajo. Se sostiene, además, al citar un estudio dentro del documento, que un gran porcentaje de la población encuestada parte de la comunidad LGBTI ha sufrido maltrato psicológico y despidos por su orientación sexual.¹⁵

Considerando lo anterior, al focalizarnos en su PNA más actualizado, a saber, el del período 2020-2022, se considera un enfoque diferencial de género. Se explicita, de esta manera, que se distinguirán cómo las cuestiones de género afectan de diferentes formas a las mujeres y hombres, y que las discriminaciones por género dificultan el pleno disfrute de los derechos humanos.¹⁶ Se sostiene, además, que se tendrá en consideración el documento acerca de la perspectiva de género para los Principios Rectores. En concreto, bajo el primer pilar de los Principios Rectores (obligación estatal) se plantean acciones concretas por parte de instituciones estatales como:

Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer (CPEM): estrategia de promoción para que las empresas impulsen acciones en materia de cierre de brechas de género y empoderamiento de las mujeres y niñas desde la lógica de la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible y Valor Corporativo.

Consejería Presidencial para los DD. HH., Consejería Presidencial para la Competitividad y la Gestión Pública Privada, CPEM y el Instituto Colombiano de bienestar Familiar (ICBF): mecanismos de articulación para la implementación de iniciativas de paridad de género que vinculen a las mujeres y a las niñas.

En este PNA no se considera una sección respecto a los derechos LGBTI en el contexto empresarial. De hecho, en la totalidad del documento, sólo se hace mención de la comunidad LGBT para mencionar su situación de vulnerabilidad creciente resultante de la pandemia del COVID-19, pero no se establece en concreto cómo se enfrentarán específicamente los desafíos de esta población.

Acerca de la participación de mujeres y diversidades sexuales a lo largo del proceso del PNA, se establece que hubo oportunidades para la sociedad civil apoyar en la

¹⁴IBID

¹⁵IBID

¹⁶Presidencia de la República de Colombia (2020). *Plan Nacional de Acción de Empresas y Derechos Humanos 2020/2022 “Juntos lo hacemos Posible: Resiliencia y Solidaridad”*. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.gov.co/Prensa/2020/Documents/Plan-Nacional-de-Accion-de-Empresa-y-Derechos-Humanos.pdf>

construcción de la política en primera instancia. Sin embargo, debido al COVID-19, esto se frenó y el PNA actual se hizo pensando en la situación pandémica.¹⁷ Esto ocasionó revuelo en las organizaciones de la sociedad civil que participan en la Mesa Nacional de Organizaciones de la Sociedad Civil sobre Empresas y Derechos Humanos (Mesa Nacional), quienes rechazaron el PNA actual, insistiendo que no representa una política efectiva.¹⁸ Dentro de estos grupos se contempla la representación femenina, sin embargo, como en el caso chileno, hay una falta de voces disidentes de la comunidad LGBTI.

III. Reflexiones finales

En consideración de lo discutido en la sección anterior acerca de los PNA en Chile y Colombia, a continuación, se expondrán algunas reflexiones y un recuento de los desafíos identificados para la región de América Latina y el Caribe.

Latinoamérica es una región con países diversos y con contextos diferentes, por lo que cada PNA estará planteado de maneras distintas. No existe un modelo ideal, ya que siempre se encontrarán dificultades en las distintas etapas de este tipo de planes de acción. De todas formas, los planes revisados de Chile y Colombia permiten esclarecer un tanto el panorama e identificar algunos problemas en común que podrían aportar a aquellos países que se encuentren en un proceso similar a vislumbrar cuáles podrían ser los principales retos, y adelantarse a ellos.

Los PNA han representado un primer paso hacia un abordaje efectivo de las problemáticas que rodean a las empresas y derechos humanos en la región. Aun así, queda mucho camino por recorrer en cuanto a la protección de los grupos más vulnerables a las violaciones de derechos humanos, como las mujeres y diversidades sexuales (LGBTI) y su inclusión en las políticas relativas a la temática. Debemos entender, además, que la responsabilidad en derechos humanos no sólo corresponde al Estado, sino a todos los actores involucrados en el contexto empresarial: las propias empresas, instituciones correspondientes y la sociedad civil.

En línea con lo anterior, una lección que podemos extraer desde el desarrollo de la sección anterior es la necesidad de una debida incorporación de las voces de la sociedad civil en los procesos de desarrollo de políticas públicas que tengan relación con sus derechos humanos. Se concluye, entonces, que:

(A) Debiese existir una inclusión explícita de cursos de acción en el documento final de una perspectiva de género y diversidad, más allá de mencionar “mujeres” o “LGBTI” sin

¹⁷Presidencia de la República de Colombia (2020). Plan Nacional de Acción de Empresas y Derechos Humanos 2020/2022 “Juntos lo hacemos Posible: Resiliencia y Solidaridad”. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.gov.co/Prensa/2020/Documents/Plan-Nacional-de-Accion-de-Empresa-y-Derechos-Humanos.pdf>

¹⁸Mesa Nacional (2020). *Pronunciamento público de las organizaciones no gubernamentales ambientales, sociales y de derechos humanos rechazando nueva versión del plan nacional de Acción sobre empresas y derechos humanos*. Disponible en: https://media.business-humanrights.org/media/documents/MESA_EDH_Comunicado_PNA_-_10_diciembre_2020_DBgIWgz.pdf

desarrollarlos a lo largo del PNA; (B) En el contexto de ser un proceso de *multi-stakeholders*, debe existir un proceso de retroalimentación y diálogo entre estos para una efectiva protección ante los impactos de género específicos, así como también de la comunidad LGBTI; (C) Durante el transcurso de la elaboración, implementación y monitoreo, se deben incluir actores de la sociedad civil que aún no se encuentran representados, especialmente las minorías y diversidades sexuales.

Se desprende, además, que hay una falta de enfoque de derechos LGBTI más que un enfoque de género, pero se debe trabajar en ambos. Respecto a la comunidad LGBTI, se debe proponer una inclusión efectiva y con acciones concretas para lograr avances en el área del empleo y discriminación dentro de los lugares de trabajo principalmente. En cuanto a los derechos de las mujeres, si bien el enfoque de género se utiliza y se establecen cursos de acción por parte de la institucionalidad, es importante incluir otros temas más allá de lo laboral, como la explotación de recursos naturales, el comercio, el ámbito financiero, la migración femenina, etc., y su impacto en las mujeres de cada país.

Reconociendo la inclusión de un aspecto de igualdad y no discriminación en los PNA latinoamericanos que fueron objetos de análisis en este ensayo, es sin embargo importante resaltar la necesidad de llevar esto un paso más allá, especialmente en lo referido a las personas pertenecientes a la comunidad LGBTI. Si bien se menciona a la comunidad en ambos documentos, no presentan cursos de acción a seguir tal como se hace con el resto de los grupos identificados como más vulnerables. En este caso, se debe considerar una adopción de los Normas de Conducta para las Empresas del Alto Comisionado de la ONU, referidos a la discriminación en contra de la comunidad LGBTI.¹⁹

Por último, tal y cómo se expresaba en el PNA actualizado de Colombia, crisis mundiales como la acaecida por el COVID-19 pueden cambiar completamente el panorama para los grupos históricamente vulnerados, incluyendo a las mujeres y a la comunidad LGBTI. Es por esto que resulta sumamente importante hacer una revisión continua de la situación en el contexto empresarial de estas personas, en sintonía con la renovación y evaluación de los PNA. La crisis actual no es la primera ni será la última a la que se van a tener que enfrentar los diversos actores en el ámbito de los derechos humanos y empresas. Ahí es donde radica un punto final sobre la importancia de tener una base tal como un PNA inicial con pautas mínimas en cuanto a género y diversidades: resulta esencial para poder hacerles frente o prevenir un impacto más grave a futuro.

¹⁹ *Hacer frente a la discriminación contra las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales: Normas de conducta para las empresas.* Disponible en: <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2018/04/Principios-mundiales-para-las-empresas.pdf>

Premiado

Los desafíos de la obligatoriedad de la debida diligencia en la cadena de suministro.

Ramos González, Vanessa

Universidad de Monterrey (UEM)

La publicación de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el 2011, marcó un parteaguas de lo que sería la responsabilidad de las empresas para con los derechos humanos. Estos principios sugieren a las empresas – sin distinción de tamaño, alcance o industria – aplicar un proceso de debida diligencia con el fin de identificar, prevenir, mitigar, medir, comunicar y justificar cómo subsanan sus efectos sobre los derechos humanos. Hoy, diez años después, siguen los desafíos de la implementación de una cultura de debida diligencia entre las empresas, bajo un contexto económico global que se rige por los principios del Consenso de Washington, una gobernanza económica global occidentalizada, y una desigualdad de poder entre los países a lo largo de las cadenas de valor globales.

En múltiples ocasiones, organismos internacionales han hecho un llamado a los gobiernos para hacer de la debida diligencia una práctica obligatoria; y si bien, esta es una conclusión sin mayor objeción por los Estados a nivel mundial, la manera en cómo se aplica esta obligatoriedad va a definir el éxito o el fracaso de la implementación de la debida diligencia. Desafortunadamente, la realidad es que los gobiernos aún siguen descifrando cómo generar una ley de debida diligencia eficiente, y es preocupante la ausencia de colaboración entre Estados para evitar contraposición de leyes con impacto más allá de sus territorios. **Por otro lado, es mucho más notoria la ignorancia de las empresas sobre cómo implementar un proceso de debida diligencia de manera sostenible y sobre el valor social y económico de esta práctica, explicando porqué el 49% de las empresas globales evaluadas en el *World Benchmarking Alliance*¹ no contaban con un proceso de debida diligencia, y las que sí, obtuvieron una ponderación pobre en la fortaleza de la misma.**

Viendo el perfil de las cadenas de suministro global, América Latina se posiciona como un proveedor de países principalmente desarrollados. Si bien, a partir del siglo XXI el avance industrial y la especialización de los países latinoamericanos ha sido heterogéneo, en el 2021 los países muestran un predominio de los servicios *offshoring*, agricultura, minería

¹Corporate Human Rights Benchmark Limited, 2019 *Key Findings Across Sectors: Agricultural Products, Apparel, Extractives & ICT Manufacturing* (CHRB Ltd 2019) <<https://assets.worldbenchmarkingalliance.org/app/uploads/2021/03/CHRB2019KeyFindingsReport.pdf>> consultado el 05 de noviembre de 2021.

metalífera, extracción de hidrocarburos, manufactura y textilera.² China, Estados Unidos, España, Alemania, Países Bajos y Reino Unido son los principales receptores de las exportaciones latinoamericanas, es decir, los clientes de la región.³ Por otro lado, las empresas de Europa y los Estados Unidos fueron las principales inversoras en la región, representando el 82% de la inversión extranjera directa del 2019. Destacaron las inversiones en el sector manufacturero de Brasil y México, y las fusiones, adquisiciones y proyectos de inversión torno al sector energético.⁴

Lo anterior ha de ser de interés para las naciones latinas, ya que es una realidad que Estados Unidos y la Unión Europea figuran entre los gobiernos con mayor avance en materia legislativa para obligar a las empresas con el cumplimiento de un proceso de debida diligencia. Evidencia de ello podemos mencionar la Ley de transparencia en las cadenas de suministro de California (2010), la Ley de esclavitud moderna de Reino Unido (2015), la Ley de debida diligencia en materia de trabajo infantil de Países Bajos (2017), y la Ley sobre el deber de vigilancia de Francia (2017). **Si bien, estos gobiernos están cumpliendo con una responsabilidad para el cumplimiento de los Principios Rectores, existen varias inconsistencias en la naturaleza de estas leyes a las cuales hay que prestarles atención.**

La primera, es que algunas de estas leyes no son leyes de derechos humanos per se, sino leyes comerciales con tinte de derechos humanos. Esto último, implica una alteración en la diplomacia económica más que una potencial mejora en la cultura de derechos humanos. Leyes como Ley de Facilitación del Comercio y Aplicación de las Normas Comerciales de EE.UU. (2016), el reglamento sobre los minerales de zonas de conflicto de la UE (2017), se plantean como barreras comerciales que a grandes rasgos prohíben la importación de productos si se sospecha que han sido elaborados a base de mano de obra forzada o de conflictos armados, respectivamente. Y en estos casos, las empresas no son inocentes hasta que se demuestre lo contrario, sino que una leve sospecha las hace culpable hasta que no apliquen un proceso de debida diligencia y demuestren su inocencia.

Nada asegura que una empresa latinoamericana exportadora que es foco de sospecha de incumplimiento de los derechos humanos pueda hacer los cambios necesarios de manera ágil como para cumplir con los estándares de exportación antes de ser sustituido por otro proveedor. Por lo que este tipo de legislaciones comerciales ponen en desventaja competitiva a las empresas de América Latina, de quienes inherentemente se sospecha por el contexto regional y la mala reputación en materia de derechos humanos. Con esto no se quiere decir que no es necesaria mano dura para que las empresas latinoamericanas procuren con mayor ímpetu los derechos en cuestión, sino que el sacarlas del mercado hasta que apliquen cambios sociales tangibles – los cuales suelen tomar años si son bien implementados – pone en riesgo la economía de la región.

²Mariana Blanco y Álvaro Calix, *Los desafíos de la transformación productiva en América Latina Perfiles nacionales y tendencias regionales Tomo 1: Región Andina* (Friedrich-Ebert-Stiftung 2020).

³Mariana Blanco y Álvaro Calix, *Los desafíos de la transformación productiva en América Latina Perfiles nacionales y tendencias regionales Tomo 1: Región Andina* (Friedrich-Ebert-Stiftung 2020).

⁴Cecilia Plotter y Giovanni Stumpo, *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe*, (Comisión Económica para América Latina y el Caribe 2020).

De igual manera, las leyes previamente mencionadas asumen que el efecto inmediato que tendrán estas restricciones comerciales es un cambio cultural y de proceso de las empresas proveedoras. Sin embargo, no prevén la posibilidad que se expandan con mayor rapidez prácticas como el *de-risking* que los cambios que pueda hacer una empresa en materia de derechos humanos. El *de-risking* consiste en no establecer acuerdos comerciales, o bien, terminar con un contrato ya existente con empresas o regiones que significan un riesgo potencial.⁵ Si bien el *de-risking* alude principalmente a una práctica del sector financiero, la misma lógica discriminatoria la puede aplicar cualquier inversionista. Una cosa es hacer un análisis de riesgo, pero para algunos es más fácil no tomar el riesgo en absoluto.

Esta propagación del miedo a una mala reputación o a las sanciones que impone las nuevas leyes de debida diligencia, pudiera causar cambios en la gobernanza económica global, empujando a algunas cadenas de suministro hacia el regionalismo o incluso nacionalismo. Y no es que las leyes de obligatoriedad de debida diligencia expresen explícitamente la necesidad de ruptura comercial si se detectan violaciones de derechos humanos en la cadena de valor, pero hay que considerar que una empresa piensa en competitividad, decisiones rápidas y decisiones menos costosas; los inversionistas y las compañías están viendo al proceso de debida diligencia como una herramienta de prevención de riesgos para el negocio, no para los derechos humanos.

En otro escenario, los países del Norte global no pueden prescindir por completo de ciertos bienes y servicios latinoamericanos. Por ende, en algunas cadenas globales de suministro, el comportamiento de las empresas sí torna a buscar ayudar, o más bien, forzar a sus proveedores a un proceso de debida diligencia, incluyendo un plan de acción para hacer las modificaciones necesarias. No obstante, es aquí donde hay que poner en tela de juicio los efectos del alcance extraterritorial de estas leyes. **Los Principios de Maastricht (2011)⁶ respaldan que los Estados adopten medidas para asegurar que las empresas transnacionales no dañen el disfrute de derechos económicos, sociales y culturales en sedes fuera de la nación matriz.⁷** Esta relativa nueva aceptación de la extraterritorialidad responde a la existencia de gobiernos que no tienen las capacidades para ejercer un correcto cumplimiento de derechos humanos y un contexto donde el rol de las empresas transnacionales es preponderante en la gobernanza de los derechos humanos, siendo estas causantes de un sin número de violaciones por acto u omisión. La extraterritorialidad se está comenzando a ver como una solución a las brechas en la protección de derechos en el contexto de la globalización. No obstante, aun cuando cierra brechas, abre otras que no debemos dejar de atender.

La efectividad de las leyes nacionales de debida diligencia está directamente relacionada con el alcance de la jurisdicción de un Estado para legislar. En este campo hay dos opciones:

⁵Ángela Toso, 'De-risking: una consecuencia indeseada del enfoque basado en el riesgo aplicado por los bancos en materia de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo' (2020) Vol.47 Revista Chilena de Derecho 1 <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v47n1/0718-3437-rchilder-47-01-3.pdf>> consultado el 05 de noviembre de 2021.

⁶Principios 23, 24 y 25.

⁷FIAN International, *Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (Heidelberg 2013) <https://www.fidh.org/IMG/pdf/maastricht-eto-principles-es_web.pdf> consultado el 05 de noviembre de 2021.

El principio de territorialidad y El principio de nacionalidad. El primero implica que un Estado puede dictar y aplicar leyes que abarquen actos cometidos dentro de sus fronteras, mientras que el segundo otorga a un Estado jurisdicción sobre sujetos de su propia nacionalidad, independientemente del territorio donde ocurrió la conducta.⁸ En el caso de que la extraterritorialidad fuera aceptada como parte del derecho internacional, esta práctica sólo sería efectiva si, en el ejercicio de su jurisdicción nacional y territorial, dos (o más) países optan por regular la actividad y no imponen diferentes demandas a las corporaciones. No obstante, aún no se ven esos esfuerzos de coordinación entre gobiernos a la hora de elaborar sus leyes de alcance extraterritorial de debida diligencia.

Por otro lado, existe un segundo problema con la extraterritorialidad y es la legitimidad del acto, especialmente cuando la que predomina es la ley de un país hegemón o desarrollado. Aplicar una ley ajena en un territorio no perteneciente a la jurisdicción de donde se origina pone en el centro del debate el principio de no-intervención e igualdad de soberanía entre las naciones libres.⁹ Leyes como el *Alien Tort Claims Act* de Estados Unidos han sido foco de estos debates. Sin embargo, más allá de si la extraterritorialidad va o no en contra de las leyes o principios del derecho internacional, no se puede negar que la aplicación de una norma nacional en un país extranjero conlleva un flujo de poder y cultura.

Una ley nacional es representación tangible de la cultura y contexto de un país, así como de la interpretación que ese país le ha dado a marcos normativos internacionales.¹⁰ Esta esencia de una nación se permea y refleja en el comportamiento de sus sujetos de derecho, en este caso, de sus empresas. Las que son transnacionales o con socios comerciales extranjeros, a su vez difunden esa ley como una práctica a lo largo de su cadena de valor, extrapolando la cultura, valores y moral de su país hacia sus socios comerciales de otra nación. La relevancia de este fenómeno radica en el juego de poder dentro de la cadena de suministro. No es sorpresa que quien tiene más poder de definir los términos comerciales es el cliente y no el proveedor; en materia de derechos humanos, entonces, el cliente puede establecer el cómo ejercer del proceso de debida diligencia y cómo quiere que su cadena de suministro lo ejerza con el fin de cumplir con las leyes del país cliente. Empleando esta misma lógica en la fotografía regional de cadena de suministro, las empresas estadounidenses y europeas, clientes de América Latina, tiene una posición de poder de imponer el cómo se ejerce el respeto de derechos humanos y, más puntualmente, qué derechos humanos tienen prioridad.

Es lógico pensar que la agenda en materia de derechos humanos de cada gobierno es distinta. Por ejemplo, en América Latina es prioridad el derecho a la seguridad y una zona de no violencia, o acceso a la educación y a la transparencia. Por su parte, en Estados Unidos la prioridad de la agenda de derechos humanos parece incluir migración,

⁸Patricia Pérez, Jesús Campos y Miguel Taboada, 'The Accountability of Multinational Corporations for Human Rights' Violations' Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol 171 <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26745.pdf>> consultado el 05 de noviembre de 2021.

⁹Rachel Chambers, 'An Evaluation of Two Key Extraterritorial Techniques to Bring Human Rights Standards to Bear on Corporate Misconduct Jurisdictional dilemma raised/created by the use of the extraterritorial techniques' (2018) Vol. 14 Utrecht Law Review 22 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3204452> consultado el 05 de noviembre de 2021.

¹⁰Jeffrey Flynn, 'Habermas on Human Rights: Law, Morality, and Intercultural Dialogue' (2003) Vol. 9 Social Theory and Practice 431 <<https://www.jstor.org/stable/23559173>> consultado el 05 de noviembre de 2021.

cultura libre de racismo, así como disminución de violencia por armas y terrorismo. Finalmente, en Europa, el derecho a la salud, derechos del niño, la no discriminación y derecho al medioambiente sano toman un papel principal en los discursos de la región. Es de esperarse que cada empresa impulse las prioridades de su propio país, y si no se les deja claro que el proceso de debida diligencia debe establecer los “qués” pero no los “cómos”, se corre el riesgo de practicar el imperialismo cultural. Así como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial han cometido graves errores promoviendo proyectos de desarrollo económico de ideología occidental que no contemplan el contexto de los países del Sur global en donde operan, así las empresas del Norte global pueden incurrir en promover una doctrina de derechos humanos que no va ad hoc al contexto geográfico y sectorial de su cadena de suministro, ni al tamaño y grado de formalidad de su proveedor.¹¹

Un caso de ejemplo es la Empresa A¹²; una empresa mexicana, situada en cuatro continentes, con más de 15mil colaboradores y operando en la industria de la tecnología de la información. En múltiples ocasiones sus potenciales clientes, en el proceso de licitación, le preguntan si tiene una estrategia para tener una plantilla laboral de 50% mujeres y 50% hombres. Si bien la tiene una estrategia para tener una plantilla laboral de 50% mujeres y empresa ha implementado estrategias de reducción de discriminación y sesgos en contratación entre otros esfuerzos, el porcentaje laboral permanece en 30% mujeres y 70% hombres, tal como el porcentaje global de hombres y mujeres en la industria TI. Un análisis más profundo del origen de la falta de equidad de género en la plantilla laboral de la Empresa A podría sugerirnos que sesgos inconscientes en las familias mexicanas y la falta de inclusión de mujeres en carreras STEM, plantean una desigualdad que se refleja en una disparidad de género en los candidatos y, por ende, en las plantillas laborales de empresas TI.¹³ A una conclusión similar se llegó con respecto al caso de la empresa Infosys en India, país destacado en la industria de la tecnología, pero donde las mujeres representan solo el 20% de la fuerza laboral que estudió una carrera STEM.¹⁴ Siendo que el fenómeno implica esfuerzos nacionales, las empresas clientes deben tener raciocinio para no culpar a sus potenciales proveedores de no cumplir con estándares propios o personales de derechos humanos.

De igual manera, es común que las empresas investiguen previamente a sus potenciales proveedores a través de un *Request for Proposal (RFP)*, *Request for Information (RFI)* o cuestionarios pre - establecidos. El problema de no hacer análisis personalizados por proveedor es que en ocasiones las preguntas pueden poner en desventaja a algunas empresas según su tamaño o industria. Por ejemplo, no se obtendrá la misma respuesta al preguntarle a una empresa consultora sus planes para prevenir el impacto de sus actividades en la biodiversidad a que si se le pregunta a una empresa cementera o bananera, de quienes se esperaría que en efecto tengan planes de mitigación de riesgos a la biodiversidad. Y no porque la empresa consultora no tenga un plan para dicho tema, significa que su ponderación ha de disminuir.

¹¹Bretton Woods Project, 'What are the main criticisms of the World Bank and IMF?' (BWP, 4 junio 2019) <<https://www.brettonwoodsproject.org/2019/06/what-are-the-main-criticisms-of-the-world-bank-and-the-imf/>> consultado el 05 de noviembre de 2021.

¹²Por motivos de confidencialidad, se usa “Empresa A” como seudónimo.

¹³Karla Cuil y otras, 'Mujeres eligiendo carreras STEM'(Centro de Investigación de la Mujer en la Alta Dirección 2020) <https://www.researchgate.net/publication/341909680_Mujeres_eligiendo_carreras_STEM/link/5ed8fbff92851c9c5e7bc431/download> consultado el 05 de noviembre de 2021.

¹⁴Kelley Conrad, 'Diversity Across Cultures' en Carlos T. Eira y Robert W. Robertson (eds), *Diversity and Inclusion in the Global Workplace* (Springer 2018).

Cabe mencionar, que lo más grave no sería per se el rechazo de una empresa por no cumplir estándares descontextualizados de derechos humanos, sino que las empresas proveedoras tenderán a forzar la implementación de los requisitos del cliente en un intento de ganarse la licitación. De esta manera, los derechos humanos, dejan de verse como responsabilidad y comienzan a verse como valor agregado y estrategia de ventas. Es entonces cuando las empresas comienzan a tomar acciones burdas, ineficientes o insostenibles de derechos humanos, cayendo en el *tokenismo o greenwashing*, por mencionar algunos ejemplos. Al final, la debida diligencia debe implementarse ad hoc al contexto empresarial y es en este contexto bajo el cual una empresa debe estudiar su cadena de valor. Suena fácil decirlo, difícil es su implementación.

En suma, en el 2011, los Principios Rectores plantearon un marco de responsabilidad de las empresas, instándolas a respetar los derechos humanos mediante procesos de debida diligencia. No obstante, hoy en día, el desafío está en aplicar la obligatoriedad de este proceso en una dinámica económica que no solo es global, sino que es desigual. Mientras los países del Norte global avanzan en materia legislativa para la imposición extraterritorial de la aplicación de un proceso de debida diligencia, los países de América Latina antes deben de buscar sentar las bases políticas y sociales de una cultura de derechos humanos, para poder después atender las exigencias del mercado global. Por otro lado, a través de la cadena de suministro no solo fluiría una jurisdicción externa, sino también una cultura ajena con soluciones descontextualizadas para procurar los derechos humanos. Con esta conclusión no se quiere decir que es inaudito hacer vinculante la debida diligencia, sino que quedan cabos sueltos que se deben resolver y pasos previos que América Latina –y el sistema internacional en general– debe de dar para que la obligatoriedad no perjudique en otros ámbitos.

Ante este análisis son indispensables tres elementos aplicados de manera simultánea: uno, en un mundo global se requieren obligaciones globales, y si bien sigue en disputa si las empresas con operaciones transnacionales deberían ser sujetos del derecho internacional público o no, al menos los gobiernos deberían esforzarse por coordinar las leyes nacionales de debida diligencia. Más puntualmente, plantear un mismo entendimiento de qué se les exigirá a las empresas, cuáles serían las sanciones de incumplimiento y quien sería responsable de juzgar un incumplimiento sin importar nacionalidad de origen o sitio donde se cometa el crimen. El segundo elemento por implementar deberá ser un plan de educación para las empresas sobre cómo aplicar la debida diligencia de manera sostenible y con empatía cultural. Por muchos años quienes han discutido y negociado las normas de derechos humanos han sido diplomáticos, internacionalistas o abogados en su mayoría, pero no van a ser ellos quienes implementen la debida diligencia, sino las y los directivos de RH, de gestión de riesgo o miembros de responsabilidad social de las compañías. **¿Quién está capacitando a esas personas para implementar las normas que por años se han trabajado?**

Finalmente, como reflejan los Principios Rectores, la tarea no es solo de las empresas, sino también de los gobiernos y la sociedad. Son necesarios planes nacionales integrales de debida

diligencia, no solo políticas empresariales del tema y leyes que obligan a empresas; porque al final, la desigualdad, la violencia, la hambruna o el analfabetismo de un país se permeará en sus corporativos. Debemos hablar de Principios Rectores sobre las Empresas, Gobiernos y los Derechos Humanos, sin omitir a ningún agente clave en este juego de carácter intersectorial e internacional.

Bibliografía

- Corporate Human Rights Benchmark Limited, 2019 *Key Findings Across Sectors: Agricultural Products, Apparel, Extractives & ICT Manufacturing* (CHRB Ltd 2019) <<https://assets.worldbenchmarkingalliance.org/app/uploads/2021/03/CHRB2019KeyFindingsReport.pdf>> consultado el 05 de noviembre de 2021.
- Blanco M y Calix Á, *Los desafíos de la transformación productiva en América Latina Perfiles nacionales y tendencias regionales Tomo 1: Región Andina* (Friedrich-Ebert-Stiftung 2020).
- Plotter C y Stumpo G, *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe*, (Comisión Económica para América Latina y el Caribe 2020)
- Toso Á, 'De-risking: una consecuencia indeseada del enfoque basado en el riesgo aplicado por los bancos en materia de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo' (2020) Vol.47 Revista Chilena de Derecho 1 <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v47n1/0718-3437-rchilder-47-01-3.pdf>> consultado el 05 de noviembre de 2021.
- FIAN International, *Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (Heidelberg 2013) <https://www.fidh.org/IMG/pdf/maastricht-eto-principles-es_web.pdf> consultado el 05 de noviembre de 2021.
- Pérez P, Campos J y Taboada M, 'The Accountability of Multinational Corporations for Human Rights' Violations' Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol 171 <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26745.pdf>> consultado el 05 de noviembre de 2021.
- Chambers R, 'An Evaluation of Two Key Extraterritorial Techniques to Bring Human Rights Standards to Bear on Corporate Misconduct Jurisdictional dilemma raised/created by the use of the extraterritorial techniques' (2018) Vol. 14 Utrecht Law Review 22 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3204452> consultado el 05 de noviembre de 2021.
- Flynn J, 'Habermas on Human Rights: Law, Morality, and Intercultural Dialogue' (2003) Vol. 9 Social Theory and Practice 431 <<https://www.jstor.org/stable/23559173>> consultado el 05 de noviembre de 2021.
- Bretton Woods Project, 'What are the main criticisms of the World Bank and IMF?' (BWP, 4 junio 2019) <<https://www.brettonwoodsproject.org/2019/06/what-are-the-main-criticisms-of-the-world-bank-and-the-imf/>> consultado el 05 de noviembre de 2021.

- Cuilt K y otras, 'Mujeres eligiendo carreras STEM' (Centro de Investigación de la Mujer en la Alta Dirección 2020) <https://www.researchgate.net/publication/341909680_Mujeres_eligiendo_carreras_STEM/link/5ed8fbff92851c9c5e7bc431/download > consultado el 05 de noviembre de 2021.
- Conrad K, 'Diversity Across Cultures' en Carlos T. Eira y Robert W. Robertson (eds), *Diversity and Inclusion in the Global Workplace* (Springer 2018).

A



Categoría A - Menciones de honor



Estudiantes de grado bachiller-pregrado
y recientes graduados

Mención de honor

Derechos humanos y empresas en Chile: tensiones y reflexiones a propósito de una nueva constitución.

Alvarado Lincopi, Marcelo

Universidad Alberto Hurtado (UAH)

I. Introducción

Chile afronta un proceso de transformación constitucional que es novedoso en su integración, su tiempo, situado en una pandemia mundial provocada por el virus COVID-19, y sus características que le fueron dando forma a través de sucesivas leyes que aseguraban una integración paritaria, indígena y social, de ciudadanos independientes de partidos políticos, nunca existente en la historia constitucional de Chile y del mundo. Este proceso significa y significará comulgar diversos desafíos institucionales, metódicos, pero también dogmáticos sustanciales. En este sentido, la composición de esta asamblea y su ubicación histórica parece indicar que el tratamiento de normas y precedentes del derecho internacional humanitario será significativo en la trance constituyente y, aún más, en la situación post-constituyente o propiamente constitucional. Es así como, desde diferentes perspectivas adoptadas por órganos, instituciones y poderes del Estado, se asoma la implementación de una regulación relativa al campo de los derechos humanos y las empresas.

Sin duda, un hito de esta magnitud importa para el campo que analizamos toda vez que significará la adopción constitucional de criterios que, debido al desarrollo de diez años de los Principios Rectores de Derechos Humanos y Empresas, auguran un primer acercamiento entre tratativas constitucionales y el campo de los derechos humanos y las empresas.

II. Derechos humanos y empresas

A pesar del escaso tiempo - diez años de desarrollo concreto de los Principios Rectores, en que ha devenido el desarrollo de marcos regulatorios, doctrina científica y antecedentes relativos al tópico de los derechos humanos y su relación con las empresas, es posible ubicar definiciones suficientes, o conceptos, para responder a los desafíos que, en este tiempo, significan asumir la necesidad de abordar, incrementar, regular y defender que las empresas, en su rol productivo, sean conscientes de su papel respecto a los derechos humanos debido, en primer lugar, a la absoluta relevancia que han tenido los derechos humanos en su valor civilizatorio y, en segundo lugar, la importancia de asumir que en nuestro siglo no es posible hablar de la existencia de un solo poder proveniente de las funciones del Estado, sino que, a causa de los procesos políticos de liberalización y libertad privada que se han suscitado en gran parte de América Latina, se han ido configurando, al interior de los países, diversos sujetos de poder, diversos leviatanes, en términos hobbesianos, que, incluso, en algunos casos, económicos fundamentalmente, concentran aún más capital que el que pueda tener un Estado a través del producto interno bruto en un año, estos son, las empresas multinacionales.

Ahora bien, cabe precisar que entenderemos al campo de los derechos humanos y empresas como aquella perspectiva que ha sido desarrollada y asumida en mayor medida, en los últimos años, por los órganos, instrumentos y documentos internacionales cuyo propósito ha sido entablar obligaciones a los Estados parte y responsabilidades de debida diligencia a las empresas nacionales y multinacionales con el objeto de promocionar, proteger y respetar los derechos humanos como, asimismo, prevenir su vulneración y adoptar medidas de sanción y reparación ante su eventual quebrantamiento.

En este sentido, esta novedosa perspectiva supone la aparente confrontación entre dos intereses que, en la realidad, pueden supeditarse en una relación, comprensión y potenciación mutua, estos son, los intereses particulares de las empresas que conllevan el desarrollo económico, comercial y/o financiero de sus negocios y los intereses públicos y humanitarios que conllevan el reconocimiento de los derechos humanos.

Es interesante detenerse en aquel último tópico para identificar que, en la aparente confrontación de intereses, no se enfrentan dos consecuencias naturales de la existencia de intereses particulares e intereses públicos, sino que más bien se enfrentan dos consecuencias que son causa de distintas comprensiones relativas al concepto del derecho y, en particular, del derecho subjetivo. Es decir, es propio de nuestra tradición jurídica moderna asumir una confusión entre dos categorías distintas, expectativas particulares y expectativas públicas, en un sólo rotulo denominado **"derecho subjetivo"**, debido a los aportes y a la conjunción teórica devenida de la tradición civilista romana, para las expectativas privadas, y la tradición iusnaturalista y contractualista, para las expectativas públicas, cuando, en realidad, lo que debería hacerse es la distinción entre ***derechos subjetivos patrimoniales y derechos subjetivos fundamentales***¹ o, en este caso, **derechos humanos**.

¹Luigi Ferrajoli, *Los Fundamentos de Los Derechos Fundamentales* (Trotta 2001), p. 30.

Así, entendida esa perspectiva teórica, se nos hace más comprensible entender que son dos especies de intereses y derechos subjetivos de distinta especie y que, justamente, los derechos subjetivos inherentes de expectativas patrimoniales no son menos importantes que los derechos humanos, su diferencia no radica en la diversa "graduación" o estratificación, sino que su naturaleza comprende un derecho disponible, negociable, transferible, transmitible y exclusivo, lo que conlleva a que, por tanto, sean derechos limitables o disponibles a causa, en primer lugar, de la autonomía privada que los hizo constituirse como tal o, en segundo lugar, de las decisiones nominadas de organismos públicos con competencia para limitarlas en función de algún objeto social relevante estipulado en normas constitucionales y/o legales. De esta manera, por ejemplo, se puede decir que se puede transferir el derecho real constituido sobre la empresa, pero no se puede decir que se puede transferir la libertad personal de un determinado individuo.

En este sentido, es aún más importante entablar regulaciones relativas a los derechos humanos desde la perspectiva empresarial, puestos en el siglo XXI que nos presenta diversos desafíos, que van desde la influencia que ha tenido en las esferas naciones la globalización o la importancia que ha adquirido el cuidado del medio ambiente y ecosistema en el objeto de conservar la vida humana, animal y natural en el planeta, a los titánicos desafíos que ha significado afrontar una pandemia mundial que, además de los retos a los efectos sanitarios, importan desafiar los efectos económicos, laborales y sociales que pesan sobre las empresas.

III. La relevancia de la perspectiva de los derechos humanos y las empresas en Chile

En Chile, como en América Latina, las problemáticas referentes a la relación tensionada entre los intereses empresariales y los intereses humanitarios son constantes. Las causas son variadas y dependen de múltiples factores que van desde dinámicas geográficas, a aquellas de naturaleza política. Sin embargo, hay dos elementos constantes en toda Latinoamérica, estos son, por un lado, el modelo productivo, fundamentalmente extractivista, que han decidido adoptar nuestras naciones y, por otro lado y a diferencia de determinadas naciones del continente europeo,² la escasa regulación que existe para abordar aquella compleja relación que, de manera generalmente sancionatoria mas no preventiva, ha debido resolverse por instancias jurisdiccionales según las normas generales del ordenamiento jurídico.

En este sentido, en el caso chileno, pese a regulación constitucional y legal que se refiere específicamente al derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y a la adopción de convenciones internacionales relativas al medio ambiente, los conflictos socioambientales, según los datos del Instituto Nacional de Derechos Humanos,³ son alrededor de 103 en distintas localidades del país, cuyas causas tienen directa relación con la actividad empresarial, pública o privada, pues son, en líneas generales, debido a la explotación o exploración de recursos ambientales, uso y/o contaminación de recursos naturales, y residuos, emisiones e inmisiones de contaminantes.

Asimismo, relacionado con lo anterior, se han suscitado los conflictos que han derivado de la agudización de la violencia política utilizada por grupos indígenas en el sur de Chile cuya radicalización, a finales de los años 90', se junta con la historia de las empresas forestales toda vez que, en 1997 en la localidad de Lumaco tras la quema de tres camiones pertenecientes a la Forestal Bosques Arauco, nace una nueva generación de organizaciones Mapuche cuyo referente es la aún vigente Coordinadora de Comunidades en Conflicto Arauco Malleco, CAM.⁴ Así, entrado el siglo XXI, el Estado de Chile, pese a los esfuerzos, le ha sido imposible superar el conflicto derivado, por un lado, más complejo, de una pugna de carácter político que data sus inicios en el siglo XIX y, por otro lado, de la problemática socioambiental latamente protestada por las comunidades Mapuche debido a la inutilización de la tierra debido a la plantación expansiva y excesiva de bosques extraños a la biodiversidad nativa de la zona sur del país.

Ahora bien, el Estado de Chile no ha sido ajeno a la compleja relación de las empresas y los derechos humanos. Además de aportar en las negociaciones, con distintas resoluciones presentadas que dieron fruto a los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos

²A modo ejemplar, Francia, en el año 2017, estableció una ley que carga obligaciones de debida diligencia relativas a los derechos humanos sobre cadenas de suministro de empresas grandes.

³Véase: "Mapa de Conflictos - INDH" (Mapa de Conflictos - INDH) <<https://mapaconflictos.indh.cl/#/>>.

⁴Fernando Pairican Padilla, Conflictos Étnicos, Sociales y Económicos. Araucanía 1900 - 2014 (trabajo original publicado en 1, Jorge Pinto Rodríguez ed, Pehuén 2015), pp. 201 - 204.

⁵Véase: "Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas" (Subsecretaría de Derechos Humanos) <<https://ddhh.minjusticia.gob.cl/plan-de-accion-nacional-de-derechos-humanos-y-empresas>>.

el año 2011,⁵ el Gobierno de Chile ha adoptado un Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas desde el año 2017, en virtud de los informes del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, cuyo primer Plan de Acción finalizó el año 2020 que constó, según el Reporte de Finalización,⁶ de 146 acciones principalmente enfocadas (109 de ellas) en el primer pilar del Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, esto es, las obligaciones del Estado referidas a las empresas y derechos humanos.

IV. Chile y su proceso constituyente

Chile tiene un nuevo proceso de redacción constitucional y todo indica que el proceso no obedece a decisiones elitarias relativas a la poca utilidad de la Constitución Política aún vigente para con sus necesidades políticas y económicas del siglo XXI, sino que, al contrario, se debe a los malestares indígenas, sociales, ecológicos, sexuales y laborales que han hecho constituir la existencia de la primera Convención Constitucional paritaria que, en su virtud, también posee la participación de escaños indígenas de las diferentes etnias reconocidas en Chile y de una abrumadora cantidad de escaños de ciudadanos sin partidos políticos.

Ahora bien, es una extraña confluencia que, si bien tiene otras posibles comparaciones a nivel latinoamericano, es novedosa y auténtica en su existencia, por lo que autores de doctrina científica, como el académico y Convencional Constituyente Jaime Bassa, han identificado la compleja confluencia, entre la Constitución Política y las problemáticas sociales, a través del concepto *malestares constituyentes*.⁷

Sin embargo, cabe preguntarnos a tan sólo días para que comience a sesionar esta asamblea: **¿Qué parece traer esta nueva Constitución?**

Todo parece indicar que un robustecimiento de los derechos fundamentales y un reconocimiento y regulación expresa relativa a los derechos humanos, conjunta con una vigorización de una institucionalidad capaz de garantizar aquellos derechos, puesto que, además de los programas políticos presentados por los convencionales electos que revelan su vocación por la promoción de los derechos humanos, han sido organizaciones relevantes y movimientos sociales los cuales han declarado públicamente su deseo de que la Nueva Constitución reconozca a las convenciones internacionales de Derechos Humanos el rango jerárquico más alto dentro del ordenamiento jurídico chileno.⁸

⁵Subsecretaría de Derechos Humanos, Reporte de Finalización: *Primer Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas* (Informe de Gobierno 2021).

⁷Jaime Bassa Mercado, *Chile Decide: Por una Nueva Constitución* (1a ed, Planeta 2020), p. 29.

⁸Véase el mapa realizado por el Servicio Electoral de Chile. Véase: "Programa Candidatos/as Convencionales Constituyentes — Elecciones 2021" (*Elecciones 2021*) <<https://elecciones2021.servel.cl/programa-candidatos-as-convencionales-constituyentes/>>.

VI. Proceso constituyente: una posible respuesta constitucional al campo de los derechos humanos y las empresas

Así las cosas, ante un eventual robustecimiento en la implementación de instituciones, métodos y derechos para promocionar y respetar los derechos humanos, cabe analizar la relación de esta futura realidad y su diálogo, hasta el momento poco presente, con el campo de las empresas y los derechos humanos, como parte de un hito fundamental en la historia del tratamiento y regulación de este tópico en occidente, pues se trataría de una de las primeras constituciones, desde los Principios Rectores del 2011, en un país con un régimen democrático estable política y económicamente.

A pesar de la escasa profundización que tienen los programas políticos de los convencionales constituyentes relativos a nuestro tópico en comento, es posible sondear su regulación a través de la normativización de dos cuestiones que se ubican en el plano de los derechos fundamentales y derechos humanos, en conjunto con los importantes aportes que ha tenido la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en nuestro país tras reformas al Código del Trabajo⁹ y el desarrollo del Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas impulsado por el Gobierno de Chile.

Estas dos cuestiones a las que aducíamos, además de los otros antecedentes, son, por un lado, la regulación y adaptación constitucional de criterios normativos y jurisprudenciales del derecho internacional humanitario, utilizado como marco de referencia la doctrina científica chilena y por los programas políticos, por ejemplo, en el punto N°1 Letra i) de la parte dogmática del programa **"Ruta Constituyente"** del Frente Amplio cuyo coalición tiene 28 escaños en la Convención y, por otro lado, la regulación de lo que se ha denominado **"Orden Público Económico"**¹⁰. Este último tópico, en la Constitución Política vigente, adopta criterios en el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, la libertad para adquirir y disponer el dominio, una abundante regulación del derecho de propiedad y, interesante a nuestro campo, limitaciones difusas a la **libertad empresarial** puesto que se acota que esta se permite mientras no sea contraria a la moral, el orden público o la seguridad nacional, respetando las normas legales que regula el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, en este sentido, resultará relevante seguir la discusión entorno a la superación de esta específica perspectiva del Orden Público Económico toda vez que, como vimos, se ubica en el centro de las problemáticas territoriales y socioambientales que hoy marcan la mayor parte de la atención de la compleja relación entre los derechos humanos y las empresas.

En este sentido, todo parece indicar que, en análisis de aquellos conflictos, la libertad empresarial, como principio y derecho fundamental, requerirá más que limitaciones difusas,

⁹José Luis Ugarte Cataldo, "LA TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL DERECHO DEL TRABAJO: DE ERIZO A ZORRO" (2007) 20(2) Revista de derecho (Valdivia), p. 55 <<http://dx.doi.org/10.4067/s0718-09502007000200003>>.

¹⁰Arturo Fermandois, "El Orden Público Económico Bajo la Constitución de 1980" (2000) 4° Revista Ius Publicum, pp. 63 – 78.

pasando a limitaciones específicas dadas por los principios generales de convenciones internacionales humanitarias y adoptadas por nuestro ordenamiento interno, como la protección al medio ambiente, la libertad sindical o la multiculturalidad.

Esta eventual situación puede ser objetable, pues será legítimo preguntarse:

¿Bastará con la normativización de reglas generales para adecuar la situación empresarial a los derechos humanos?

La respuesta, a propósito de la experiencia comparada, parece ser negativa. En este sentido, habrá que ir más allá de la aplicación de la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y derechos humanos, toda vez que esta eficacia horizontal no comprendería modelos de prevención a las vulneraciones a los derechos humanos en el contexto empresarial, tampoco medidas específicas para sancionar y reparar la vulneración más allá de las reglas comunes, tampoco la regulación de la conducta de la empresa y su esfera de influencia con proveedores y consumidores, como acota la iniciativa del Pacto Mundial impulsado por el Secretario General de las Naciones Unidas en el año 1999, y tampoco un marco regulatorio de debida diligencia que sea vinculante y obligatorio para las empresas, cuestión que sí se podría llevar a cabo con la normativización expresa, de tipo legal pero con mandato y delimitación constitucional, relativo al complejo campo de los derechos humanos y las empresas.

Así las cosas, será relevante que en el acápite relativo a la libertad de empresa, además de las limitaciones concretas a las que hacíamos hincapié para superar el complicado manto de limitaciones difusas, se delegue al legislador continuar con aquella regulación, lo que significará, como la técnica normativa parece augurar, la regulación de los derechos humanos y las empresas.

VI. Conclusiones

Como hemos podido analizar, el proceso de transformación constitucional supone inmensos desafíos en todo campo, incluido, por los conflictos históricos que han devenido en nuestro siglo XXI, el campo de los derechos humanos y las empresas, lo cual no tan sólo significará un hito relevante en la historia jurídica chilena, sino que también en la historia regulatoria de nuestra materia a nivel internacional, toda vez que podrá significar otra vía ejemplar para la consecución de los fines que los documentos y, fundamentalmente, que los Principios Rectores han previsto desde ya 10 años, los que, además, complementan una proporcionalidad entre expectativas jurídicas válidas y derechos fundamentales y derechos humanos consagrados en la mayoría de los instrumentos nacionales e internacionales de América Latina.

| Mención de honor

Digitalización, tecnologización y vigilancia: problemas de seguridad y derechos humanos en el contexto post-pandemia.

Benjamín Arancibia
Felipe Sierra

Universidad de Chile – Instituto de Estudios Internacionales (UCH-IEI)

I. Introducción

El desarrollo de nuevas tecnologías como la inteligencia artificial, la robótica, el Big Data y el 5G han devenido en fenómenos como la automatización y la digitalización, en un proceso al cual el Foro Económico Mundial (FEM) ha denominado la Cuarta Revolución Industrial.¹

Bajo este contexto, en la Asamblea de Davos -realizada anualmente por el FEM, y que reúne a diversos líderes políticos, empresarios y expertos de la comunidad internacional- se ha enfatizado los últimos años en la importancia de la transformación digital de la sociedad, promoviendo la implementación de las nuevas tecnologías.²

En el marco de esta transformación, la CEPAL ha desarrollado la Agenda Digital para América Latina y el Caribe (eLAC), promoviendo el uso de estas tecnologías en la región. En este contexto, Mario Cimoli - Secretario Ejecutivo Adjunto de la CEPAL -, señaló en 2019 que la revolución digital “está transformando las cadenas de valor, su funcionamiento y estructuras de poder, al tiempo que está redefiniendo los sectores productivos tradicionales y creando nuevos sectores”.³

Las tecnologías de la información están alterando el transcurso de la humanidad, dando paso a una nueva infraestructura tecnológica-digital que altera todas las dimensiones de la sociedad. La digitalización del sector público y privado ha traído consigo beneficios para las personas y los organismos estatales, pero también puede significar una amenaza para los Derechos Humanos.

¹Klaus Schwab, *The Fourth Industrial Revolution* (First US edition, Crown Business 2016).

²World Economic Forum, *Annual Report 2019-2020* (World Economic Forum, 2020).

³CEPAL, *Para enfrentar la Cuarta Revolución Industrial es fundamental impulsar políticas laborales y productivas complementarias, advirtieron especialistas en la CEPAL* (CEPAL, 2019).

En nuestro continente, la implementación de estas tecnologías ha generado una serie de desafíos y oportunidades, sobre todo desde comienzos del 2020 por la pandemia del Covid-19, donde el uso de las tecnologías digitales fue fundamental para los gobiernos en el manejo de la crisis. En el presente ensayo reflexionaremos en torno a las implicaciones que ha tenido este proceso en América Latina y el Caribe, enfatizando en los efectos que podría tener respecto a los DDHH y analizaremos cómo la pandemia ha acelerado la transformación digital, acentuando los desafíos de la región, llevando a los gobiernos latinoamericanos a colaborar con el sector privado, el cual ha adquirido una gran importancia en el ámbito de la seguridad y la vigilancia.

II. Desarrollo

1. Tecnologización, digitalización y vigilancia

Nos encontramos en un momento crítico de la humanidad. La tecnologización y digitalización de la seguridad, al no estar regulada, podría traer una situación similar a la del gran hermano en el futuro, en el caso de que no se tomen las medidas necesarias para limitar a través de regulaciones a las empresas tecnológicas que enfaticen en el consentimiento respecto de los datos personales. **“La pesadilla distópica descrita en la novela de George Orwell en 1984 no está tan lejos de nuestra realidad cotidiana. En la actualidad existen sistemas de videovigilancia y seguimiento que en muchos casos superan la ficción de Orwell”.**⁴

El pasado noviembre de 2020 la CEPAL realizó la Séptima Conferencia Ministerial sobre la Sociedad de la Información de América Latina y el Caribe, donde se evaluó la aplicación de las nuevas tecnologías en la región, destacando los avances que ha tenido la digitalización y el rol fundamental que han jugado las empresas de telecomunicaciones, las redes sociales, y el **Big Data**. El avance de las tecnologías digitales ha traído grandes beneficios, volviendo más eficiente la identificación de problemas en distintas áreas, facilitando la vida cotidiana. No obstante, esta transformación digital ha traído consigo diversos problemas, como la **“aparición de noticias falsas, ataques cibernéticos y la pérdida de la privacidad de los usuarios, todo en un contexto mundial más adverso de crisis ambiental y luchas geopolíticas”.**⁵

⁴Isabel Victoria Lucena Cid, ‘Las Nuevas Tecnologías y Su Impacto En Los Derechos Humanos. Hacia Un Nuevo Enfoque | New Technologies and Their Impact on Human Rights. Towards a New Approach’ [2019] Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho 128.

⁵Efrén Páez, “5G será clave en los nuevos modelos de producción” [2021] Digitalpolicylaw <<https://digitalpolicylaw.com/5g-sera-clave-en-los-nuevos-modelos-de-produccion>> accedido el 1 de julio 2021.

⁶Asociación por los Derechos Civiles, *Contribución para el desarrollo de una agenda de derechos humanos en materia digital del Mercosur* (ADC, 2020).

De acuerdo con diversas organizaciones, tales como la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), **“el desarrollo de la economía digital ha provocado el surgimiento de empresas cuyo modelo de negocios está basado en la explotación masiva de datos personales, y el Estado avanza cada vez más en la implementación de tecnologías que hacen un uso intensivo de los datos de los ciudadanos. (...) El uso de cámaras de videovigilancia, drones y globos, a los que se suman tecnologías biométricas como el reconocimiento facial, se viene llevando a cabo sin la debida evaluación del impacto que estos dispositivos tienen para el ejercicio de derechos fundamentales, en particular la privacidad de los habitantes”**.⁶

El contexto actual Latinoamericano nos muestra que **“la vigilancia estatal se volvió la contracara de la protesta social”**.⁷ En países como Chile, Colombia y México se han aplicado políticas represivas deliberadamente dirigidas para vigilar y castigar a manifestantes y activistas. La vigilancia estatal ha sido realizada a través de tecnologías de reconocimiento facial, drones, cámaras de vigilancia, etc. En algunos casos, estas herramientas han servido para procesar a imputados por manifestaciones, desmanes, asaltos y crímenes de diversa naturaleza. Sin embargo, aquella información también ha sido usada para retratar de manera parcial ciertos acontecimientos con el fin de demonizar y criminalizar a ciertos grupos o individuos con fines políticos. El seguimiento a través de la videovigilancia y la geolocalización satelital representa una intrusión en la privacidad de las personas, vulnerando sus derechos al generar una sensación de incertidumbre e inseguridad. En este sentido, los DDHH son vulnerados sistemática y generalizadamente a partir de una aplicación poco clara y desproporcionada de tecnologías de vigilancia y de recolección de datos. En el caso de las redes sociales, los datos de los usuarios pueden ser compartidos con fines comerciales, siendo incluso vendidos a terceros.⁸

La adquisición de sofisticadas herramientas de vigilancia en América Latina se ha dado con mayor fuerza en un contexto de protestas, convulsión social, e inestabilidad política, donde los gobiernos han optado por la represión y securitización del territorio en vez de dar soluciones estructurales. El sector privado ha sido especialmente relevante en este punto, ya que son las empresas tecnológicas las que han desarrollado softwares y tecnologías de vigilancia, comerciando estos productos con actores del sector público. En cuanto a las empresas proveedoras de equipos de vigilancia electrónica, **“el problema radica en que el creciente control del mercado de estas empresas les permite popularizar diseños de sistemas tecnológicos que no necesariamente respetan los DDHH”**.⁹ Estas empresas buscan insertarse competitivamente en el mercado, ofreciendo soluciones tecnológicas a problemas de seguridad. Por ejemplo, el gobierno de Colombia recibió apoyo en infraestructura por la compañía israelí-estadounidense Verint Systems Ltd y Palantir; en Chile se han implementado globos de vigilancia de la compañía israelí Rebrisa; Brasil implementó

⁶Indela, “Derechos digitales en 2020 en Latinoamérica: una agenda de nuevas oportunidades y desafíos” [2020] INDELA <<https://indela.fund/derechos-digitales-en-2020-en-latinoamerica-una-agenda-de-nuevas-oportunidades-y-desafios/>> accedido el 1 de Julio 2021.

⁸Oswaldo Rosalío Aguilar Rivera, ‘Vigilancia a Través de La Inteligencia Artificial y El Big Data: Retos y Oportunidades Para Garantizar Los Derechos Humanos’ (2021) 4 Revista Mexicana de Ciencias Penales 71.

⁹Maximiliano Facundo Vila Seoane, ‘Digitalización, Automatización y Empresas Transnacionales de Seguridad Privada En Áreas Con Capacidad Estatal Limitada’ (2018) 13 Revista Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad 247.

cámaras de reconocimiento facial en Copacabana y Sao Paulo de la empresa Oi Telecom; y más de 8 países de la región adquirieron softwares de la empresa italiana Hacking Team para detectar la IP de los usuarios y acceder a información privada sin una orden judicial.¹⁰

El Estado tiene una gran relevancia para el análisis de estos fenómenos, puesto que **“en medio de una crisis de legitimidad y debilidad institucional, muchos gobiernos han optado por espiar a sus propios ciudadanos. Para hacerlo, despliegan de manera irregular y poco transparente arquitecturas de vigilancia y control: reconocimiento facial, bases de datos y registros”**.¹¹ Esta situación provoca un círculo vicioso, donde los Estados al requerir servicios tecnológicos de seguridad y vigilancia, contribuyen con el desarrollo de empresas tecnológicas de seguridad al realizar contratos y compras, proveyendo a estas de financiamiento.

Estos fenómenos ejemplifican la vulneración de los derechos de privacidad de los ciudadanos por parte de los gobiernos y al mismo tiempo reflejan el rol que han jugado las empresas privadas de seguridad, proporcionando arquitecturas de vigilancia tanto a Estados como a privados. **“Estos sistemas de vigilancia son “legales” y son adquiridos bajo la premisa de que ayudarán a combatir el crimen organizado. Su capacidad invasiva y alcance es asfixiante y aunque el gobierno ha dicho que la ciudadanía debe confiar en ellos usando la herramienta, se ha reportado su uso ilegal para espionaje político y ciudadano”**.¹²

Según Shoshana Zuboff, las principales corporaciones tecnológicas obtienen grandes beneficios a partir del procesamiento y la recolección de datos de comportamiento. Las innovaciones tecnológicas **“han propiciado la creación de distintas bases de datos de carácter personal, cuyo contenido lo conforma la información privada sobre la identidad, datos económicos, fiscales, ideológicos, y de salud”**.¹³ Estos datos, obtenidos en muchos casos sin un debido consentimiento, son útiles para las corporaciones al permitirles desarrollar herramientas predictivas que anticipan las acciones de los consumidores.¹⁴ Compañías como Google, Facebook, Microsoft, Amazon y Apple han invertido enormemente en la creación de *Data Centers* en Latinoamérica, en países como Brasil, México, Colombia y Chile, lo que permitirá acelerar la implementación del *Big Data* como una fuerza productiva para las empresas en un contexto post-pandemia.¹⁵

¹⁰Rodrigo Riquelme, “Empresas tecnológicas de vigilancia negocian sin control en México y América Latina” El economista (Ciudad de México, 24 de Marzo 2019).

¹¹Indela, “Derechos digitales en 2020 en Latinoamérica: una agenda de nuevas oportunidades y desafíos” [2020] INDELA <<https://indela.fund/derechos-digitales-en-2020-en-latinoamerica-una-agenda-de-nuevas-oportunidades-y-desafios/>> accedido el 1 de Julio 2021.

¹²Jorge Garay, “¿Qué es GeoMatrix? El gobierno te espió con este sistema de localización” [2021] Codigoespagueti <<https://codigoespagueti.com/noticias/internet/que-es-geomatrix-sistema-de-geolocalizacion-espia-mexico/>> accedido el 1 de Julio 2021.

¹³Isabel Victoria Lucena Cid, ‘Las Nuevas Tecnologías y Su Impacto En Los Derechos Humanos. Hacia Un Nuevo Enfoque | New Technologies and Their Impact on Human Rights. Towards a New Approach’ [2019] Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho 128.

¹⁴Hernan Morero, ‘La expansión de la digitalización tras la pandemia Covid19: virtualidad, vigilancia social e Industria 4.0’ (2020) 5 Revista Debates sobre Innovación 61.

¹⁵Iru Scolari, “Edge Computing y Data Center se combinan como herramientas claves para las grandes inversiones en la región” [2021] TRENDTIC <<https://www.trendtic.cl/2021/04/edge-computing-y-data-center-se-combinan-como-herramientas-claves-para-las-grandes-inversiones-en-la-region%E2%BB%BF/>> accedido el 1 de Julio 2021.

Por otro lado, ciertas empresas tecnológicas tienen un amplio historial de polémicas al pertenecer o tener lazos estrechos con Estados que violan sistemáticamente los DDHH. Este es el caso de NSO Group (ubicado en Israel); en palabras de Molly Malekar: **“La montaña de datos e informes sobre NSO Group y la venta de su programa espía a regímenes que violan los derechos humanos es prueba sustancial de que NSO está fuera de control”**.¹⁶

Cabe destacar que el testeado en algunos casos de prototipos y dispositivos tecnológicos se realiza en territorios ocupados, lugares con disputas territoriales, protestas y guerras. Esto supone una problemática doble, puesto que por un lado acentúa las brechas entre fuerzas disímiles al dotar un bando de material tecnológico avanzado (que le permite tener una ventaja sustancial en la planificación e implementación de estrategias al poseer mayor inteligencia y capacidades) y por el otro expone a civiles al criterio de un bando respecto a la utilización de estos dispositivos tecnológicos (los cuales entendemos desde softwares maliciosos de espionaje hasta material bélico como drones de combate).

Debido a lo previamente señalado, creemos que la sofisticación de los instrumentos de vigilancia y represión sin una fuerte regulación y planificación estratégica con un enfoque humanista es sumamente nociva para el desarrollo y respeto de los DDHH. La securitización y sofisticación de tecnologías no han podido resolver problemas como el terrorismo, vandalismo, crimen organizado, ni detener a los hackers. Creemos que esto se debe a que los grupos que pretenden vigilar y posteriormente castigar por un lado se han ido sofisticando, lo que supone una diversificación de las amenazas y el advenimiento de nuevos desafíos concernientes a la tecnología y por el otro los gobiernos no han podido solucionar las problemáticas estructurales que generan estos fenómenos.

2. Covid-19, empresas tecnológicas y derechos digitales

La pandemia del Covid-19 generó una situación crítica en la región latinoamericana, ya que la mayoría de los países no estaban preparados para enfrentar una crisis de tan gran escala, no teniendo la infraestructura ni los recursos suficientes para responder a las masivas cantidades de enfermos o a los problemas económicos resultantes de las medidas restrictivas. A causa de esto, se volvió necesario el apoyo externo del sector privado para poder dar respuesta a esta crisis que sobrepasó las capacidades individuales de cada Estado, por ejemplo, a partir de empresas tecnológicas que asistieron en el rastreo y la trazabilidad del virus, y también mediante la adquisición de tecnologías para el reconocimiento y cuidado de los enfermos. Por otro lado, debido a la restricción de la movilidad y la cuarentena, las herramientas cibernéticas cobraron mayor

¹⁶Amnistía Internacional, “Israel: Debe revocarse la licencia concedida al “descontrolado” NSO Group por un controvertido software de vigilancia” [2018] Amnistía Internacional <<https://www.amnesty.org/es/latest/news/2018/11/israelroguenso-group-must-have-licence-revoked-over-controversial-surveillance-software/>> accedido el 1 de julio 2021.

protagonismo, en específico las redes sociales y el comercio electrónico, ya que sirvieron como medidas de reactivación económica, al mismo tiempo que aceleraron la transformación digital en distintos sectores.

Durante las cuarentenas, el acceso a Internet y el uso de herramientas digitales como el *e-commerce*, las redes sociales o plataformas de *streaming* cobraron aún más importancia. En este contexto, muchas empresas tecnológicas se posicionaron como actores relevantes por los servicios que ofrecieron para el manejo de la pandemia, mediante la implementación de softwares y herramientas tecnológicas, formando así redes de colaboración público-privadas que configuraron la base de una infraestructura tecnológica-digital de datos usada por el Estado. Esto supone un riesgo para los DDHH, al ser esta infraestructura potencialmente vulnerable y poco confiable respecto a quiénes acceden y manejan los datos.

Para poder controlar la pandemia, aumentó la demanda por parte de los Estados de nuevas tecnologías, por ejemplo, de reconocimiento facial, detectores de temperatura, drones, cámaras de vigilancia, etc. En Colombia, Ecuador, Perú, Paraguay, Brasil y Chile se utilizaron herramientas de geolocalización, monitoreo y rastreo, sin la debida aplicación de normas claras para la protección de los datos.¹⁷ Esto además profundizó la colaboración público-privada, ya que “prácticamente todas las iniciativas han desarrollado alianzas con empresas para su diseño e implementación”.¹⁸ En este sentido, han sido las grandes empresas tecnológicas y de telecomunicaciones las que más se han beneficiado tras la pandemia, por la expansión de la vida virtual. Estos hechos han pavimentado el camino para la solidificación de una infraestructura de vigilancia, la cual podría ser dispuesta para la obtención de objetivos establecidos por los gobiernos una vez que termine la contingencia de la pandemia. Debido a que consideramos la privacidad como un derecho fundamental creemos que es importante establecer pisos mínimos en las legislaciones de cada país para poder salvaguardar la privacidad y seguridad tanto de los ciudadanos como de los usuarios de internet.

¹⁷Verónica Arroyo, “Tecnologías de vigilancia para controlar el COVID-19 en América Latina”[2020] accessnow <<https://www.accessnow.org/tecnologias-de-vigilancia-para-controlar-el-covid-19-en-america-latina/>> accedido el 1 de Julio 2021.

¹⁸Carolina Aguerre, “La delgada y móvil frontera de las corona-apps en América Latina”[2020] Análisis Carolina <<https://www.fundacioncarolina.es/ac-30-2020/>> accedido el 1 de Julio 2021.

¹⁹Patricia Sorokin and others, ‘Datos En Tiempos de Pandemia: La Urgencia de Un Nuevo Pacto. Reflexiones Desde América Latina y El Caribe’[2020] Revista de Bioética y Derecho 221.

III. Conclusión

Latinoamérica se ha visto envuelta en un contexto de inestabilidad política y sofisticación del aparato represivo y de vigilancia. En este contexto, las empresas privadas (vinculadas con polémicas y violaciones a los DDHH) han jugado un rol importante en el desarrollo de la infraestructura que permite la detección, trazabilidad y rastreo. La gestión de aquellos datos es cuestión de debate, desde un aspecto jurídico y político. La transformación digital y las nuevas tecnologías han vuelto al ciberespacio más relevante que nunca, aumentando el interés por parte de los Estados de regular este espacio virtual. En este contexto, el rol del sector privado presenta grandes desafíos y potencialidades, al tener la capacidad de impulsar e instaurar infraestructuras confiables y seguras, que consideren los derechos de los consumidores y su seguridad, con directrices claras que no contribuyan al aumento de brechas sociales o entre países.

La tecnología es fundamental para el desarrollo de la vida humana, pero al mismo tiempo posee el potencial de ser utilizada de manera que provoque todo lo contrario, por lo que es imperativo promover regulaciones y códigos aceptados por la comunidad internacional, fomentando una responsabilidad y ética empresarial enfocada en proteger y respetar los DDHH, bajo el enfoque de la seguridad humana y no mediante una sobre securitización que no resuelve realmente los problemas de fondo. Hasta el momento, **“la región no cuenta con un cuerpo normativo sólido y vinculante -al modo que sí lo posee la Comunidad Europea- que oriente a los Estados en estas materias”**,¹⁹ por lo que el debate y la reflexión en torno a estos temas es fundamental para que los países de América Latina y el Caribe puedan hacer frente a la incipiente transformación tecnológica y al mismo tiempo proteger los derechos de las personas.

Mención de Honor

Los incentivos tributarios y el cumplimiento de la responsabilidad social empresaria relativa al medio ambiente.

Becerra, Mariana

Universidad del Centro de la Provincia de Buenos Aires
Facultad de Derecho (UNICEN)

I. Introducción

En el presente ensayo se realizará un análisis de las políticas tributarias implementadas en los nueve países a los que se orienta el Proyecto Conjunto de la OIT, la OCDE, la ACNUDH, y la UE sobre Conducta Empresarial Responsable en América Latina y el Caribe (Argentina, Brasil, Chile, México, Ecuador, Perú, Panamá, Costa Rica, y Colombia). Se tomarán en cuenta especialmente los incentivos fiscales a las energías renovables, con el fin de reflexionar acerca de sus ventajas y desventajas, y sobre las buenas o malas prácticas llevadas a cabo en la región a diez años de vigencia de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos.¹

Los incentivos fiscales se han aplicado principalmente para contribuir al desarrollo económico y social, como es el caso de los beneficios otorgados a la inversión extranjera directa y al empleo; y en menor medida, al desarrollo ambiental. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su informe sobre Empresas y Derechos Humanos,² establece -dentro de los Estándares Internacionales- el derecho a un medio ambiente sano, el cual debe ser garantizado tanto por el Estado como por las empresas, y les exige, como mínimo, el respeto de la legislación ambiental, la puesta en marcha de procesos de debida diligencia, el otorgamiento de la información ambiental necesaria, la rendición de cuentas, y la puesta en práctica de procesos participativos que incluyan a la comunidad.

Por su parte, los Principios Rectores hacen referencia a “su objetivo de mejorar las normas y prácticas en relación con las empresas y los derechos humanos a fin de obtener resultados

¹NU, *Principios Rectores Sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, Respetar y Remediar”* (United Nations 2011) <<https://www.un-ilibrary.org/content/books/9789210565998>> accessed 18 October 2021.

²Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos' (*Comisión Interamericana de Justicia y Paz*, 28 January 2020) <<https://www.justiciaypazcolombia.com/informe-empresas-y-derechos-humanos-estandares-interamericanos/>> accessed 21 October 2021.

tangibles para las personas y las comunidades afectadas, y contribuir así también a una globalización socialmente sostenible”, mencionando como una de las medidas preventivas la de “asegurar que otras leyes y normas que rigen la creación y las actividades de las empresas, como el derecho mercantil, no restrinjan sino que propicien el respeto de los derechos humanos por las empresas”.

Asimismo, las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales establecen que las empresas deberán “Contribuir al progreso económico, social y medioambiental para lograr un desarrollo sostenible...” e “...Implementar la debida diligencia basada en los riesgos incorporándola, por ejemplo, a sus sistemas de gestión de riesgos, con el fin de identificar, prevenir o atenuar los impactos negativos, reales o potenciales...e informar sobre cómo se reacciona ante dichos impactos negativos...”. Y, específicamente, respecto de las exenciones tributarias el principio general número cinco refiere a que las empresas deberán “Abstenerse de buscar o de aceptar exenciones no contempladas en el marco legal o regulatorio relacionadas con los derechos humanos, el medioambiente, la salud, la seguridad, el trabajo, el sistema tributario, los incentivos financieros u otras cuestiones varias”. Por último, la cuestión del medio ambiente es tratada en el capítulo VI del mismo documento, que recomienda a las empresas “establecer y mantener un sistema de gestión medioambiental adecuado para la empresa”, incluyendo la recopilación y evaluación del impacto directo e indirecto de sus actividades, la fijación de metas y objetivos ambientales a largo plazo, y la obligación de “Evaluar y tener en cuenta, a la hora de tomar decisiones, los impactos previsibles relacionados con el medio ambiente, la salud y la seguridad, asociados a los procedimientos, bienes y servicios de la empresa a lo largo de todo su ciclo de vida con el fin de evitar dichos impactos y de atenuarlos si fueran inevitables”.³

II. Incentivos tributarios. Ventajas y desventajas

Los incentivos tributarios son estímulos estatales que se otorgan con la finalidad de promover un cambio en el comportamiento de los agentes económicos a los que benefician, a un costo fiscal limitado⁴. Entre los objetivos habituales que suelen perseguir se encuentran el aumento de la inversión, el desarrollo de regiones atrasadas, la promoción de exportaciones, la industrialización, la generación de empleo, el cuidado del medio ambiente, la transferencia de tecnología, la diversificación de la estructura económica, y el entrenamiento y desarrollo del capital humano. Existen diferentes tipos de incentivos fiscales, tales como las exoneraciones temporales de impuestos, las exclusiones, las exenciones, las tasas reducidas, las deducciones, los créditos fiscales, los diferimientos impositivos, y los sistemas de depreciación acelerada; los cuales presentan ventajas y desventajas.

Entre algunas desventajas puede mencionarse el hecho de que implican grandes gastos de administración y de control; reducen la recaudación estatal; pueden generar competencia

³OECD, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales* (OECD 2013) <https://www.oecd-ilibrary.org/governance/lineas-directrices-de-la-ocde-para-empresas-multinacionales_9789264202436-es> accessed 18 October 2021.

⁴NU. CEPAL and OXFAM, *Los incentivos fiscales a las empresas en América Latina y el Caribe* (CEPAL 2019) 14 <<https://www.cepal.org/es/publicaciones/44787-incentivos-fiscales-empresas-america-latina-caribe>> accessed 18 October 2021.

tributaria entre países; que elevan en forma significativa los costos de los proyectos de inversión, afectando también la competitividad de las empresas; que dan lugar a la evasión fiscal; que resulta muy complejo medir su costo-beneficio; y que benefician inversiones de alta rentabilidad que se podrían haber realizado aún sin el incentivo. Otras razones que pueden obstaculizar los sistemas de incentivos son las trabas en el otorgamiento de certificados o licencias ambientales debido a indefiniciones legales; la discrecionalidad de las autoridades otorgantes; y la falta de coordinación entre las autoridades ambientales y las fiscales.

Por su parte, entre las ventajas que presentan se destacan las siguientes: que los incentivos están directamente dirigidos a las empresas y tienen consecuencias en caso de incumplimiento, como por ejemplo el pago de multas y la clausura de establecimientos; que son fáciles de administrar y aplicar, a diferencia de otras políticas generales, como los Planes Nacionales de Acción, o de Eficiencia Energética etc.; y que son efectivos a corto plazo.

Asimismo la puesta en práctica de un sistema de gestión medioambiental puede ofrecer beneficios económicos a las empresas, permitiendo mayor eficiencia en la conservación de energía y recursos, disminuyendo las cargas de responsabilidad y de cumplimiento de normas, aumentando el acceso al capital y a las capacidades, y mejorando la satisfacción de los clientes y las relaciones con la comunidad y los ciudadanos.

III. Los incentivos tributarios en la región

En la región, según un estudio realizado por la CEPAL en el año 2019, puede observarse que Perú, México, Ecuador, y Chile cuentan con todos los tipos de incentivos mencionados; mientras que Argentina, Brasil, Colombia, y Costa Rica cuentan sólo con cuatro de ellos (no tienen diferimientos).⁵ También surge que en América Latina y el Caribe (ALC) los incentivos tributarios más utilizados son las exenciones temporales de impuestos, las cuales son consideradas como desventajosas, ya que reducen la recaudación fiscal, distorsionan el sistema tributario, y permiten extender los plazos del goce del beneficio mediante la transformación de sociedades en otras nuevas.

En cuanto a su efectividad, Agostini y Jorratt destacan que los incentivos de mejor desempeño son los esquemas de depreciación acelerada, debido a su focalización, neutralidad y menor costo fiscal, en tanto que los menos eficientes son las exoneraciones y exenciones. Finalmente, respecto del análisis costo/beneficio, Ecuador, Colombia y Chile son los países que han presentado los informes más completos, pero en líneas generales existen muy pocos estudios al respecto.⁶

⁵NU. CEPAL and OXFAM (n 4) 73.

⁶NU. CEPAL and OXFAM (n 4) 16.

Los principales incentivos ambientales a las empresas que se aplicaron, según surge del mencionado estudio⁷, fueron los créditos fiscales. Brasil otorgó créditos del 30% a proyectos de inversión en el Amazonas; Chile otorgó créditos del 100% a los Sistemas Solares Térmicos; Colombia a las inversiones en control y mejoramiento del medio ambiente (25%); México a la inversión en equipos de alimentación para vehículos eléctricos (30%); y Panamá a las inversiones en energía eólica y solar. Por su parte, Ecuador aplicó deducciones a las inversiones en producción limpia, y Argentina utilizó sistemas de depreciación acelerada en el fomento de las energías renovables, el sector forestal, y las biotecnologías.

Finalmente, en cuanto a las exenciones, Panamá otorgó exenciones del impuesto a la renta para las actividades que generan energía a partir de biomasa; México a la silvicultura (50% luego de 10 años); Perú a las transformaciones de cultivos nativos en Amazonia; Argentina y Colombia a las inversiones en energías renovables; Brasil a la termoelectricidad y el biodiesel; y Costa Rica a al transporte eléctrico. Por su parte, Ecuador eximió del pago del IVA a los paneles solares.

Cabe aclarar que el otorgamiento de las exenciones se realizó teniendo en cuenta, en primer lugar, la zona geográfica; en segundo lugar “otras condiciones”, tales como la inversión directa y el uso de nuevas tecnologías; y en última instancia las condiciones de exportación o venta de los productos; sin que haya sido un factor a tener en cuenta la sostenibilidad del medio ambiente.

Con el objetivo de mejorar la transparencia y la gobernanza de los incentivos tributarios a la inversión en los países en desarrollo la CEPAL realizó en ese mismo año una serie de recomendaciones, entre las que se destacan:⁸

- a) Proporcionar incentivos tributarios a la inversión sólo mediante la legislación tributaria, debiendo ser lo más sencillos posible.
- b) Establecer en la legislación criterios de elegibilidad claros, sencillos, objetivos, y fácilmente medibles, e incluir justificaciones acerca de los mismos.
- c) En la medida de lo posible, subordinar todos los incentivos a la autoridad de un solo órgano gubernamental, preferiblemente el Ministerio de Finanzas/Hacienda/Economía, y en caso de que la concesión y la administración sea descentralizada, tratar de que exista coordinación entre los distintos niveles de gobierno.
- d) Procurar que los incentivos no sean negociados con la autoridad otorgante, sino que sean los beneficiarios los que cumplan con los requisitos legales. Ello también implica la realización de auditorías por parte del Estado y la presentación de informes y declaraciones de gastos tributarios por parte de las empresas.
- e) Hacer revisiones periódicas de la continuidad de los incentivos tributarios vigentes, evaluando en qué grado se cumplen los objetivos fijados, e incluyendo evaluaciones

⁷NU. CEPAL and OXFAM (n 4) 75–79.

⁸NU. CEPAL and OXFAM (n 4) 55–57.

de costo-beneficio. A tal efecto, la OCDE propuso usar como marco para la evaluación integral de los incentivos el “ciclo de evaluación de programas de gobierno”,⁹ que identifica tres fases: la primera consiste en examinar la justificación del gasto tributario analizando si hay una necesidad para la intervención estatal y cómo la concesión tributaria se hace cargo de esa necesidad. La segunda implica identificar y establecer los objetivos del gasto tributario, definiendo claramente los productos y resultados deseados, de manera que puedan ser medibles, realizables, y de duración determinada. Y finalmente, se propone evaluar el gasto tributario frente a opciones alternativas, estimando los impactos en la recaudación y los efectos distributivos y de comportamiento de cada opción.

- f) En la medida de lo posible, destacar los principales sectores y empresas beneficiarias de los incentivos en una declaración periódica de gasto tributario.
- g) Avanzar hacia una mayor cooperación y coordinación internacional y regional, aunando esfuerzos para la adopción de pactos sobre buenas prácticas en el uso de los incentivos fiscales, y evitar la competencia fiscal nociva entre los Estados. “Estos pactos podrían establecer estándares mínimos para la transparencia y el uso de los incentivos como así también un marco común para el reporte de los mismos y la recopilación de datos. Al mismo tiempo podría apoyar el desarrollo de capacidades, la realización de estudios costo-beneficio y propiciar el fortalecimiento de las instituciones relacionadas con los incentivos fiscales para así erradicar las prácticas abusivas”.¹⁰

IV. Incentivos tributarios a las energías renovables. Buenas prácticas y políticas alternativas

1. Iniciativas de las Empresas

Algunas de ellas se vieron plasmadas en los Planes Nacionales de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos (PNA), que fueron presentados por seis de los nueve países comprendidos en el análisis (Argentina, Brasil, Perú, Colombia, México y Chile), entre los que se destaca el de México,¹¹ donde muchas empresas han implementado políticas dirigidas a la utilización de energías renovables. Por ejemplo, la empresa Unilever logró

⁹Claudio Agostini and Michel Jorratt, ‘Política tributaria para mejorar la inversión y el crecimiento en América Latina’ 20 <<https://repositorio.cepal.org/handle/11362/5361>> accessed 18 October 2021.

¹⁰NU. CEPAL and OXFAM (n 4) 66.

¹¹‘Human Rights and Business Country Guide Mexico’ (*Business and Human Rights Gateway*) <<https://humanrights.wbcsd.org/project/human-rights-and-business-country-guide-mexico/>> accessed 21 October 2021.

el en año 2016 que el 90% de la energía utilizada por la compañía sea eólica. Lo mismo sucedió con la empresa Nestlé, que obtiene el 85% de su energía de fuente eólica. También, dicha compañía se comprometió a la inversión en fuentes renovables y el uso de combustibles más limpios en la distribución y producción de sus alimentos y bebidas. Por su parte, la empresa Wal-Mart invirtió en el diseño de instalaciones sostenibles, logrando que más de la mitad de sus tiendas en México funcionen gracias a fuentes de energías limpias.

Luego se destaca el PNA de Argentina,¹² en donde la filial de la multinacional Cargill implementa un Programa de Agricultura Sostenible, a través del cual ayuda a los agricultores argentinos a adoptar y verificar prácticas de producción sustentable, y que incluye la utilización de biomasa y biocombustibles.

Finalmente, en Colombia,¹³ la Fundación Chevrolet, junto con otras organizaciones, diseñó en 2015 una estrategia llamada “Planes Empresariales de Movilidad Sostenible”, para reducir el consumo de combustibles fósiles; y la empresa Procables, del mismo país, implementa desde dicho año acciones de producción limpia a través de nuevas tecnologías y buenas prácticas ambientales.

2. Iniciativas Estatales

Los Estados de América Latina y el Caribe han implementado diferentes reformas legales relacionadas con los incentivos a las energías renovables, en sintonía con las recomendaciones de la CIDH de “revisar y adecuar el marco normativo interno aplicable al contexto de empresas y derechos humanos, en particular aquellas disposiciones que en materia civil, administrativa, penal, fiscal, ambiental y laboral revistan importancia para el efectivo cumplimiento de las obligaciones de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos”.¹⁴

Por ejemplo, Ecuador, -a través de sanción de la Ley Orgánica de Eficiencia Energética de 2019¹⁵ -estableció un Sistema Nacional de Eficiencia Energética, que, entre otros objetivos, promueve las energías limpias, y que está conformado por un conjunto de instituciones, políticas, planes, y programas de inversión.

En cuanto su ámbito de aplicación, abarca todas las actividades de carácter público o privado para las que se efectúe una transformación y/o consumo de energía de cualquier forma y para todo fin. (art.1) Sin embargo indica en su art.10 que “el cumplimiento del PLANEE será

¹²‘Human Rights and Business Country Guide Argentina’ (*Business and Human Rights Gateway*) <<https://humanrights.wbcsd.org/project/human-rights-and-business-country-guide-argentina/>> accessed 21 October 2021.⁸NU. CEPAL and OXFAM (n 4) 55–57.

¹³Colombia | National Action Plans on Business and Human Rights’ (16 November 2017) <<https://globalnaps.org/country/colombia/>> accessed 21 October 2021.

¹⁴Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos’ (n 2).

¹⁵Calle Mañosa, ‘Ley Orgánica de Eficiencia Energética’ 8.

obligatorio para el sector público e indicativo para el sector privado”.

Respecto de los incentivos tributarios, en el art. 16 se dispone que en los sectores público, industrial, comercial, turístico y recreativo, se deberá **“procurar la implementación de acciones de eficiencia energética, mediante la adquisición de nuevas tecnologías, políticas de concientización empresarial, y optimización de uso de la energía en sus procesos productivos, con lo cual podrán ser beneficiarios de los incentivos que se establezcan para el efecto, así como del otorgamiento de certificados de ahorro de energía”**.

Otro ejemplo es el de la Ley 1715 de Integración de las Energías Renovables No Convencionales al Sistema Energético Nacional colombiano,¹⁶ sancionada en el año 2014, cuya finalidad es la establecer el marco legal y los instrumentos para la promoción del aprovechamiento de las fuentes no convencionales de energía (FNCE), principalmente aquellas de carácter renovable, y para lograr la eficiencia energética a través de buenas prácticas de reconversión tecnológica o sustitución de combustibles (art.2). Su ámbito de aplicación comprende a **“todos los agentes públicos y privados que intervengan en la definición de políticas sectoriales en el desarrollo y el aprovechamiento de las fuentes no convencionales de energía, principalmente aquellas de carácter renovable”**.

Asimismo, la norma faculta al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible a evaluar anualmente el impacto y los beneficios ambientales derivados de la promoción, fomento y uso de las FNCE, y de los proyectos beneficiados; y a establecer los criterios y lineamientos para realizar dichas evaluaciones.

Otro aspecto importante es que dicha ley creó la Comisión de Expertos en beneficios tributarios (dependiente del Ministerio de Hacienda), que presentó el 18 de agosto del 2020 su primer informe de beneficios y costos tributarios, y un informe sobre **“Reflexiones sobre la estructura tributaria colombiana”**.¹⁷ Finalmente, respecto de los incentivos se destaca el otorgamiento de créditos blandos para la estructuración e implementación de esquemas empresariales, exclusivamente para los procesos productivos y su acompañamiento correspondiente, por un período mínimo de dos años (art.36).

Por su parte, Argentina, sancionó en 2017 la Ley 27.424,¹⁸ de Fomento a la Generación Distribuida de Energía Renovable Integrada a la red eléctrica pública, que creó un Régimen de Fomento para la Fabricación Nacional de Sistemas, Equipos e Insumos para Generación Distribuida a partir de fuentes renovables. Dicha ley establece un Programa de Desarrollo de Proveedores con el objetivo de fortalecer las capacidades del sector productivo, a través de la promoción de inversiones, la mejora en la gestión productiva de las empresas, el incremento de la capacidad innovativa, y la modernización tecnológica, con el propósito de sustituir importaciones y promover la generación de empleo calificado. Las empresas que cumplan con los criterios del Programa tienen la posibilidad de acceder a beneficios de asistencia financiera a tasa subsidiada.

¹⁶Ley 1715 de 2014 -EVA - Función Pública' <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=57353>> accessed 18 October 2021.

¹⁷Páginas - OCDE - Comisión de Expertos En Beneficios Tributarios' <<https://www.dian.gov.co/dian/Paginas/OCDE-CEBT.aspx>> accessed 22 October 2021.

¹⁸Ley 27.424, 'InfoLEG - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos - Argentina' <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/305000-309999/305179/texact.htm>> accessed 18 October 2021.

V. Conclusión

La pérdida de recaudación estatal que genera el otorgamiento de incentivos tributarios se ve justificada en estos casos por la persecución de fines fundamentales, como son la protección de medio ambiente y la promoción del desarrollo sostenible y de los derechos humanos, los cuales constituyen un beneficio, al favorecer el desarrollo económico, ambiental, y social a largo plazo, y a las generaciones futuras.

Lo ideal sería que las empresas no necesiten de incentivos tributarios para cumplir con su responsabilidad en el cuidado del medio ambiente, no obstante, ellos pueden constituir una herramienta útil hasta que las prácticas de debida diligencia se normalicen, y siempre que las políticas de incentivos se sujeten a criterios y objetivos definidos, sectorizados, y temporales. Sin embargo, las iniciativas voluntarias, y los mecanismos o estándares sobre responsabilidad social, si bien pueden influenciar ciertos comportamientos empresariales, no reemplazan las normas exigibles sobre responsabilidad jurídica de las empresas en este ámbito.¹⁹

Si bien los países de ALC han avanzado en cuestiones de transparencia, eficacia, y efectividad de las políticas, siguiendo las recomendaciones de los organismos internacionales, y tratando de utilizar los incentivos considerados como más ventajosos en términos de recaudación y de costo-beneficio, no han logrado eliminar gradualmente las exenciones, sino que las han combinado con otros tipos de beneficios, como los créditos y las deducciones. Por otra parte, se advierte la necesidad de buscar políticas alternativas a ellos que puedan cumplir mejor el fin de estimular la protección medioambiental por parte de las empresas, y de avanzar en la coordinación entre los distintos niveles de gobierno, y entre las autoridades ambientales y fiscales. Un buen ejemplo de ellas son los Planes Nacionales de Acción.

Como reflexión final podrían plantearse los siguientes interrogantes: **¿Deberían eliminarse gradualmente los incentivos tributarios para fomentar el cumplimiento de la responsabilidad social empresarial relativa al medio ambiente? De ser así ¿Qué políticas podrían reemplazarlos? ¿Cómo gestionar los incentivos tributarios ambientales dirigidos a las empresas en un contexto de pandemia?**

Este último interrogante surge por el hecho de que actualmente muchas empresas, especialmente las pequeñas y medianas, están teniendo graves dificultades para hacer frente al pago de sus gastos corrientes, debiendo recibir ayuda estatal para afrontarlos, lo que agrava su imposibilidad de cumplir con las obligaciones de derechos humanos, como es el caso del cuidado medioambiental.

¹⁹Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos' (n 2) 198.

Bibliografía

- Agostini C and Jorratt M, 'Política tributaria para mejorar la inversión y el crecimiento en América Latina' <<https://repositorio.cepal.org/handle/11362/5361>> accessed 18 October 2021.
- Bardel D. A, 'Justicia Particular y Justicia General. La Responsabilidad Social Empresaria y La Actividad Del Estado' <<https://ar.lejister.com/pop.php?option=articulo&Hash=c61279a05be21c8168385427f18d5e5c>> accessed 18 October 2021.
- CEPAL NU, *Panorama Fiscal de América Latina y el Caribe, 2020: la política fiscal ante la crisis derivada de la pandemia de la enfermedad por coronavirus (COVID-19)* (CEPAL 2020) <<https://www.cepal.org/es/publicaciones/45730-panorama-fiscal-america-latina-caribe-2020-la-politica-fiscal-la-crisis-derivada>> accessed 18 October 2021.
- 'Chile | National Action Plans on Business and Human Rights' (16 November 2017) <<https://globalnaps.org/country/chile/>> accessed 21 October 2021.
- 'Colombia | National Action Plans on Business and Human Rights' (16 November 2017) <<https://globalnaps.org/country/colombia/>> accessed 21 October 2021.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos Humanos y Políticas Fiscales* (2015) <<https://www.youtube.com/watch?v=K47whcY7Ud4>> accessed 18 October 2021.
- Enterprises UHRCWG on the I of HR and TC and OB, 'Cuarta Consulta regional para América Latina y el Caribe : Mirando hacia el futuro : acciones para fomentar una conducta empresarial responsable ': <<https://digitallibrary.un.org/record/3864061>> accessed 21 October 2021.
- European Union ILO, 'Empresas Responsables Mensajes Claves de los Instrumentos Internacionales' (11 December 2019) <http://www.ilo.org/empent/Projects/WCMS_732147/lang-es/index.htm> accessed 18 October 2021.
- 'Human Rights and Business Country Guide Argentina' (Business and Human Rights Gateway) <<https://humanrights.wbcsd.org/project/human-rights-and-business-country-guide-argentina/>> accessed 21 October 2021.
- 'Human Rights and Business Country Guide Brazil' (Business and Human Rights Gateway) <<https://humanrights.wbcsd.org/project/human-rights-and-business-country-guide-brazil/>> accessed 21 October 2021.
- 'Human Rights and Business Country Guide Mexico' (Business and Human Rights Gateway) <<https://humanrights.wbcsd.org/project/human-rights-and-business-country-guide-mexico/>> accessed 21 October 2021.

- 'Human Rights and Business Country Guide Peru' (Business and Human Rights Gateway) <<https://humanrights.wbcsd.org/project/human-rights-and-business-country-guide-peru/>> accessed 21 October 2021.
- 'Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos' (Comisión Intereclesial de Justicia y Paz, 28 January 2020) <<https://www.justiciaypazcolombia.com/informe-empresas-y-derechos-humanos-estandares-interamericanos/>> accessed 21 October 2021.
- Ley 27.424, 'InfoLEG - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos - Argentina' <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/305000-309999/305179/texact.htm>> accessed 18 October 2021.
- Ley 37 Panamá, 'Gaceta Oficial Digital, jueves 13 de junio de 2013' 26.
- 'Ley 1715 de 2014 - EVA - Función Pública' <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=57353>> accessed 18 October 2021.
- Lorenzo F, *La economía política de la reforma fiscal ambiental en América Latina* (CEPAL 2015) <<https://www.cepal.org/es/publicaciones/39750-la-economia-politica-la-reforma-fiscal-ambiental-america-latina>> accessed 18 October 2021.
- Mañosca C, 'Ley Orgánica de Eficiencia Energética' 8.
- NU, *Principios Rectores Sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, Respetar y Remediar"* (United Nations 2011) <<https://www.un-ilibrary.org/content/books/9789210565998>> accessed 18 October 2021.
- NU. CEPAL and OXFAM, *Los incentivos fiscales a las empresas en América Latina y el Caribe* (CEPAL 2019) <<https://www.cepal.org/es/publicaciones/44787-incentivos-fiscales-empresas-america-latina-caribe>> accessed 18 October 2021.
- OECD, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales* (OECD 2013) <https://www.oecd-ilibrary.org/governance/lineas-directrices-de-la-ocde-para-empresas-multinacionales_9789264202436-es> accessed 18 October 2021.
- 'Páginas - OCDE - Comisión de Expertos En Beneficios Tributarios' <<https://www.dian.gov.co/dian/Paginas/OCDE-CEBT.aspx>> accessed 22 October 2021.
- Política fiscal y derechos humanos en las Américas. Movilizar los recursos para garantizar los derechos' (CELS) <<https://www.cels.org.ar/web/publicaciones/politica-fiscal-y-derechos-humanos-en-las-americas-movilizar-los-recursos-para-garantizar-los-derechos/>> accessed 21 October 2021.

Mención de Honor

Debida diligencia empresarial para la protección de las infancias libres.

Franco Cano
Federico Caula

Universidad Nacional del Litoral

I. Introducción

Los niños, niñas y adolescentes, en adelante NNA, tienden a ser uno de los sectores más vulnerables de nuestras sociedades; por ello, el compromiso de cada actor social con el cumplimiento de los Derechos del Niño se hace imprescindible e impostergable.

Casi un tercio de la población mundial está constituida por niños menores de 18 años, y en muchos países representan casi la mitad de la población nacional, siendo inevitable que las empresas interactúen con ellos y afecten sus vidas de modo directo o indirecto, sea como consumidores, familiares de trabajadores, jóvenes trabajadores o como futuros empleados y líderes empresariales.

Las empresas tienen un enorme potencial para proteger las infancias y mejorar sus vidas, ya sea mediante el modo en que hacen funcionar sus instalaciones, en que desarrollan y comercializan sus productos y servicios, y en que ejercen su influencia en el desarrollo económico y social. A la inversa, también tienen el poder de ignorar e incluso poner en peligro los intereses de los niños, muchos de los cuales se encuentran invisibilizados.

En este sentido, el impacto de la actividad empresarial sobre las infancias puede ser duradero e incluso irreversible, siendo el vínculo innegable, y su regulación necesaria.

Por ello, las empresas deberán implementar la debida diligencia en sus actividades, la cual refiere a un proceso continuo que tiene por objeto identificar, prevenir, mitigar y responder a las consecuencias negativas que hayan provocado o contribuido a provocar en los DDHH, lo que incluye a los NNA. En este sentido, Argentina trabajó en un Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos (PNAEDH) durante 2018 y 2019 adoptando un enfoque de infancia y niñez en forma transversal; debido a que nuestro país, en materia de debida diligencia relacionada a NNA, no posee mecanismos de control de

las acciones implementadas por las empresas para evaluar si sus impactos negativos están siendo debidamente abordados y, en caso de ser necesarios, subsanados.

Para afrontar esta temática, debemos destacar que el hito principal en materia de Empresas y Derechos Humanos (en adelante EDH) que ha fijado los estándares aplicables son los **Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos**, piedra basal del ecosistema de EDH. A partir de esta estructura y de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN) es que UNICEF - Fondos de las Naciones Unidas para la Infancia, UN Global Compact y Save the Childrens elaboraron los **Derechos del Niño y Principios Empresariales** (en adelante “Principios Empresariales”), documento orientado a encauzar las interacciones de las empresas con los NNA en diferentes ámbitos.

Una forma de entender los principios es organizarlos según las áreas de gestión empresarial. Para ello, en los párrafos siguientes nos proponemos identificar, clasificar y desmenuzar las características centrales de tres segmentos en torno a: el lugar de trabajo, el mercado y la comunidad y ambiente.

II. Primera área de gestión empresarial: El lugar de trabajo

Conmemorando el 2021 como el año internacional para la Eliminación del Trabajo Infantil, decretado por Naciones Unidas¹, el tratamiento de este eje resulta imperioso. Atento a ello, se promueve un amplio despliegue de herramientas que contribuyan a combatir estas flagrantes violaciones a los derechos de las infancias.

La OIT define al trabajo infantil como “el trabajo que priva al niño de su infancia, su potencial y su dignidad, y que es dañino para su desarrollo físico y mental”, a lo cual UNICEF adimenta el componente legal “empleo de niños que tengan una edad menor de la edad mínima para trabajar establecida por la legislación nacional o la normativa internacional”.²

Trabajo e infantes debieran ser conceptos incompatibles, sin embargo, su vinculación se devela más estrecha de lo deseada. Naciones Unidas expone en un estudio reciente que durante los últimos 4 años, 8,4 millones de NNA han caído en situación de trabajo infantil, elevando a 160 millones el número total.³ En el plano regional, cifras de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) indican que 10,5 millones de NNA trabajan en América Latina y el Caribe; siendo 6,3 millones los que efectúan trabajos considerados “peligrosos”.⁴

¹OIT. (2021). 2021: Año Internacional para la Eliminación del Trabajo Infantil. <https://www.ilo.org/global/topics/child-labour/int-year/lang-es/index.html>

²UNICEF. (2014, 25 de abril). Derechos del Niño y Principios Empresariales. <https://www.unicef.org/lac/media/6791/file/PDF%20Derechos%20del%20ni%C3%B1o%20y%20principios%20empresariales.pdf>

³OIT y UNICEF. (2021, 21 de junio). Trabajo infantil: estimaciones mundiales 2020, tendencias y el camino a seguir. International Labour Organization. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---ipec/documents/publication/wcms_800301.pdf

⁴OIT. (2019, 19 de junio). El 52% del trabajo infantil en América Latina y el Caribe se concentra en el campo. https://www.ilo.org/{}americas/sala-de-prensa/WCMS_710347/lang-es/index.htm

Asimismo, advertimos que la situación de pobreza en la que viven muchas familias o la extrema vulnerabilidad que gira en torno a fenómenos como la migración y otros factores sociales, ha generado, contribuido e incluso profundizado esta realidad.

En el mundo hoy 1 de cada 10 niños trabaja, lo que puede agravarse producto del COVID, e incluso podrían aumentar las cifras de trabajo infantil a más de 9 millones de niños para 2022. En este contexto, concretar la meta 8.7 del Desarrollo Sostenible orientada a la erradicación del trabajo infantil en todas sus formas para el año 2025, se torna cuasi inviable, demandando un progreso que debería ser 18 veces más rápido que el de los últimos 20 años. En este desafío la empresa cumple un rol central y en sintonía con ello, los Principios Empresariales 2 y 3 actúan como ejes transversales del tópico, delimitando y enarbolando ideales de actuación empresarial.

Como puntapié inicial, el Principio 2 aboga por la “erradicación del trabajo infantil en todas las actividades empresariales y relaciones comerciales”. Analizarlo nos coloca inevitablemente frente al art. 32 CDN, por el cual los Estados se obligan a “proteger al niño contra el desempeño de cualquier trabajo nocivo para su salud, educación o desarrollo...”. Sin embargo, en la práctica, los niños empleados o afectados negativamente por una actividad empresarial son invisibilizados y la situación escapa del control estatal. Esto se agrava cuando se trata de las ocupaciones que desempeñan las niñas, debido a su mayor participación en actividades “ocultas”, tales como el trabajo doméstico, talleres familiares y agricultura de subsistencia, lo que conlleva mayores peligros, además de un menor cumplimiento de sus derechos por parte de los empleadores.

Ergo, allí donde el Estado no llega, las empresas deben actuar con la debida diligencia exigida por los estándares de los Principios Rectores (PRNUEDH). La responsabilidad corporativa debe partir de no emplear a niños en ningún tipo de trabajo infantil. Esto acarrea la imperiosa necesidad de establecer mecanismos estrictos de verificación de edad como parte del proceso de contratación, y asegurarse de que se contemplen estas exigencias en la cadena de valor, incorporado cláusulas en los contratos con sus proveedores y/o controles de cumplimiento para prevenir daños en la infancia. Complementariamente, se deberá vigilar la ausencia de niños en la fuerza laboral de la empresa y, en aquellos casos en que esto conlleve el despido de los infantes anteriormente contratados como personal, deberán tomarse medidas para asegurar su protección.

En apoyo a esta tarea “puertas adentro”, a la empresa se le exige un compromiso “puertas afuera” orientado a: trabajar conjuntamente con entidades del ámbito laboral y empresarial para hacer frente al trabajo infantil mediante estrategias interdisciplinarias; apoyar las campañas de concientización, así como los programas de erradicación del trabajo infantil diagramados en colaboración con NNA y otros actores de la comunidad local; promocionar el desarrollo e implementación de un plan nacional de acción contra el trabajo infantil, y de mecanismos para luchar contra este.

Todo ello tendrá sentido siempre que se procure enmarcar la producción en la economía formal y evitar convenios de trabajo informales que puedan contribuir a esta problemática.

Paralelamente, una vez alcanzada la edad mínima para trabajar establecida y fijada conforme lo dispongan los Estados en cumplimiento del art. 32 CDN, el adolescente puede incorporarse a la planta empresarial. En esta instancia, la actuación de la empresa debe estar enraizada con el Principio 3 consistente en “proporcionar un trabajo digno a los jóvenes trabajadores...”

Es por ello que las líneas de acción empresarial deben estar orientadas a la preparación para la vida adulta, permitiéndole al adolescente incorporarse al mundo del trabajo en forma compatible con la finalización de la educación obligatoria. Consecuentemente, la participación en programas de fomento del empleo juvenil y desarrollo de oportunidades para la formación-capacitación laboral de jóvenes, resulta elemental.

Entonces, podemos advertir que el respeto de los derechos del niño y de jóvenes trabajadores exige de la empresa una política de compromiso que aborde: límites innegociables en el horario laboral; creación de condiciones de trabajo seguras: abarcando restricciones de trabajo a alturas riesgosas o con herramientas peligrosas, el transporte de cargas pesada, la exposición a sustancias o procesos peligrosos y condiciones difíciles como el trabajo nocturno; políticas para la protección contra el abuso y la explotación; y acceso a instalaciones sanitarias adecuadas al sexo de los trabajadores.

III. Segunda área de gestión empresarial: El mercado

En el presente punto nos enfocaremos en la interacción de las empresas con los NNA, como consumidores de sus productos y público de sus comunicaciones. Para ello, vamos a dividir esta sección en dos ejes a partir de los Principios Empresariales N° 5 y 6.

1. Productos y servicios

El Principio N° 5 contempla a) la producción y comercialización de productos y servicios que no causen daños a los NNA, ni generen riesgos de ser utilizados para causarlos, por un lado y, b) la idea de evitar la vulneración a sus derechos en el suministro de tales bienes, por el otro.

Consideramos que los productos y servicios deben pensarse desde un enfoque orientado hacia los NNA advirtiéndole que, en general, las áreas de producción y comercialización de las empresas no implementan mecanismos para reflexionar desde la perspectiva propuesta. En este sentido, lo primero que debemos priorizar es la protección de su seguridad y salud, por ello, los productos destinados a los niños deberían cumplir con exigencias de calidad especialmente elevadas. El punto referido a la salud encuentra un quiebre con los productos alimenticios no saludables, que son considerados como uno de los factores que contribuyen a la obesidad infantil y al desarrollo de enfermedades.⁵

Por otro lado, la última parte del principio N° 5 promueve y tutela el núcleo de derechos fundamentales de los NNA que, muchas veces son vulnerados por productos y servicios dirigidos a ellos. Un ejemplo es la existencia de mandatos de género en determinados productos, sobre todo juguetes, donde la introducción de estereotipos desde la niñez constituye una característica que permite sostener una cultura binaria y segregada, basada en construcciones sociales vinculadas arbitrariamente con el sexo biológico de los niños y niñas, fomentando la discriminación, afectando el desarrollo de su identidad y naturalizando una idea de desigualdad contraria a los derechos consagrados en la CDN.

Un informe del consumo de juguetes realizado por el Centro de Economía Política Argentina (CEPA),⁶ devela que aquellos destinados a las niñas están mayormente vinculados a tareas reproductivas, de cuidado y asociados a estereotipos de belleza. Por su parte, la oferta para varones está ligada al deporte y un 26% se compone de juguetes orientados a la violencia. Podemos advertir que se pretende imponer de antemano el lugar que deberían ocupar los niños y niñas en la sociedad, como futuros adultos, en perjuicio del género femenino.

El informe comparó además el valor del mismo juguete en sus variaciones según el género al que se dirige, demostrando que las diferencias de precio escalan desde el 3 hasta el 300% en las versiones femeninas, no respondiendo a las características intrínsecas de los productos.⁷

En tal sentido queremos resaltar una idea que, por más obvia que parezca, es fundamental para contrarrestar estas prácticas: los niños aprenden jugando. Debemos erradicar la noción de que existen juguetes de niños y de niñas, o colores para uno u otro, dado que constituyen etiquetas sociales que limitan la creatividad y la capacidad de juego. La forma de identificar los juguetes debería ser a través de sus áreas cognitivas, emocionales o incluso valorativas, fomentando el ingenio y estimulando la educación.

⁵Principalmente de enfermedades no transmisibles, como la diabetes, enfermedades cardíacas y crónicas respiratorias, y el cáncer, las cuales están asociadas con comportamientos desarrollados durante la adolescencia, como una dieta no saludable.

⁶CEPA. (2019, 3 de enero). ¿Qué regalamos a nuestros niños? Análisis del consumo de juguetes con perspectiva de género. <https://centrocepa.com.ar/informes/129-que-regalamos-a-nuestros-ninos-analisis-del-consumo-de-juguetes-con-perspectiva-de-genero.html>

⁷Las diferencias de precios en productos segmentados entre varones y mujeres son denominadas “impuesto rosa” o “pink tax”, aludiendo al sobreprecio en algunos productos por la sola circunstancia de estar orientados al género femenino. Aquellos dirigidos a niños y niñas no quedan fuera de la regla.

2. Marketing y publicidad

Al ser la niñez un período caracterizado por el desarrollo y fortalecimiento de la identidad, carácter y análisis crítico de las niñas y niños, resulta necesario un obrar diligente de las empresas al dirigir sus comunicaciones a este colectivo o al elaborar publicidades que, estando destinadas a otro público, pueden ser receptadas por niños y niñas.

Ellos representan una importante cuota de mercado, y por esta razón las empresas desarrollan técnicas de marketing destinadas a captarlos como clientes dado que, al ser permeables a la publicidad y estar inmersos en una cultura de consumo inmediato y descartable, acaban deseando todo lo que ven anunciado, existiendo un aprovechamiento de su estado de indefensión.

Estudios comprueban que los niños son incapaces de comprender de manera crítica la publicidad hasta los 12 años, momento a partir del cual han desarrollado su conducta como consumidores, pudiendo reconocer el contenido de la publicidad y desarrollar un pensamiento crítico respecto de ella. “Al carecer de la capacidad crítica necesaria para evaluar los mensajes publicitarios, los niños suelen ser proclives a aceptarlos como ciertos, exactos e imparciales, lo que puede deformar su visión del mundo e incluso suponer un peligro para su salud y desarrollo (...) La publicidad puede ejercer una gran influencia en la autoestima y el comportamiento de los niños (...), lo que puede obstaculizar su sano desarrollo psicológico y social”.⁸

Resulta oportuno mencionar la preocupación en Latinoamérica por los efectos que el marketing genera sobre la salud de los niños al estar expuestos al consumo de alimentos poco saludables que, muchas veces, son publicitados directamente a ellos y afectan sus derechos tutelados por la CDN que, en su art. 24, les reconoce el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud.

En el ámbito regional, estudios de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), la Organización Panamericana de la Salud (OPS), el Programa Mundial de Alimentos (WFP) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) (2018),⁹ muestran una incidencia del sobrepeso en niños y niñas menores de 5 años de 7,3%; y estiman que, de mantenerse la tendencia actual, en el 2030 la proporción de población adulta con obesidad en la región aumentaría a un 30%.

En consonancia con ello, observamos que el marketing de productos ultraprocesados tiene gran incidencia en la construcción de entornos no saludables, aumentando su ingesta en los

⁸OUNICEF. (2013, diciembre). Los niños son asuntos de todos. Unicef.org. <https://www.unicef.org/dominicanrepublic/media/831/file/Publicaci%C3%B3n%20%7C%20Los%20Ni%C3%B1os%20Son%20Asunto%20de%20Todos,%20Manual%20de%20Trabajo%202.0.pdf>

⁹FAO, OPS, WFP y UNICEF. (2018). Panorama de la seguridad alimentaria y nutricional en América Latina y el Caribe. <http://www.fao.org/3/ca2127es/ca2127es.pdf>

niños. Por ello, muchos países han tomado por bandera la prohibición de la publicidad de alimentos con exceso de azúcares, grasas y sodio como una política clave para la prevención de la obesidad infantil, junto con la sanción de leyes de etiquetado para facilitar el acceso a alimentos sanos y fomentar prácticas que ayuden a tomar decisiones de consumo informadas y responsables.

A modo de ejemplo, Chile prohibió la venta y publicidad de juguetes asociados con productos no saludables. En Brasil se está regulando la venta de ultraprocesados en las escuelas y centros de salud, y también Perú sancionó una ley de alimentación saludable que incluye políticas de regulación de la publicidad.

En este contexto, las redes sociales acrecientan el problema permitiendo a los NNA acceder a contenidos generados por diversos emisores que pueden impactar negativamente en sus hábitos, incluida la alimentación. Hoy se evidencia que casi no existen filtros en las plataformas digitales para limitar las publicidades de las empresas referidas a productos ultraprocesados. Ésta podría ser una iniciativa para trabajar, además de la observación y la revisión de las estrategias de marketing digital que desplieguen las marcas de este tipo de alimentos.

Concluyendo, el marketing puede tener una influencia poderosa en la autoestima, las elecciones y los comportamientos de NNA afectando su salud, y por eso es importante que las empresas se aseguren de que su actividad comunicativa con fines comerciales no tenga impactos adversos.

IV. Tercera área de gestión empresarial: comunidad y ambiente

Resulta necesario abordar el impacto que pueden tener las empresas en torno al medioambiente, y cómo ello puede afectar a los NNA.

Según la OMS, el 24% de la carga de morbilidad a nivel mundial se debe a factores ambientales, elevándose hasta 33% en el caso de los niños, demostrando el enorme impacto que el ambiente puede tener en su derecho a la vida y a disfrutar de la mejor salud posible. Aproximadamente 3 millones de niños menores de 5 años mueren por año debido a situaciones relacionadas con su entorno, lo que las sitúa como unas de las principales causas de mortalidad infantil.¹⁰

Las empresas deben ser conscientes de los peligros causados por sus actividades, dado que son importantes contribuyentes del cambio climático, siendo este una amenaza directa al

¹⁰Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Organización Mundial de la Salud y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. (2010). Healthy Environments for Healthy Children: Key messages for action. World Health Organization https://www.who.int/ceh/publications/hehc_booklet_en.pdf.

crecimiento y desarrollo de los niños, de modo que, al ser las personas menos responsables, son quienes sufrirán las peores consecuencias. Justamente, no garantizar un medioambiente libre de contaminación propicia un escenario donde los NNA están expuestos a mayores vulneraciones.

De no tomar medidas inmediatas para abordar y mitigar sus impactos negativos, el cambio climático profundizará las desigualdades que los niños enfrentan en la actualidad y causará daños a las futuras generaciones.

Por ello, consideramos fundamental que las empresas, teniendo un papel central en el desarrollo sostenible y un efecto directo sobre el medioambiente, realicen evaluaciones de impacto ambiental y planes de localización de sus instalaciones, adoptando un enfoque orientado a la debida diligencia en el respeto a los NNA.

Muchas de ellas han sopesado los riesgos y las oportunidades que supone responder ante este problema e incluso incorporaron la sostenibilidad y la variable “cambio climático” a sus actividades, haciendo un aporte decisivo para alcanzar la meta establecida en la Agenda 2030, la cual prevé entre sus objetivos de Desarrollo Sostenible, la lucha para frenar el cambio climático.

Durante los próximos años, las empresas que asuman un papel de liderazgo en esta lucha gozarán de la legitimidad necesaria para invitar a sus trabajadores, clientes y proveedores a que se unan a su camino e iniciativas. Estas empresas, conscientes de las sinergias existentes entre la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, la protección de la salud de la población y el aumento de la productividad y los ingresos, son las que tendrán mayores beneficios a futuro.

V. Conclusión

Son muchos los escenarios en los que la actividad de las empresas puede generar impactos negativos en los NNA, y ello nos interpela a pensar estrategias para implementar las soluciones contenidas en los instrumentos mencionados a lo largo del ensayo. Como expresaba Kailash Satyarthi, ganador del Premio Nobel de la Paz, “tenemos el conocimiento del problema, conocemos las soluciones, tenemos mucha más tecnología. Entonces, ¿Qué nos detiene?”.

Operativizar estos mecanismos y dispositivos en defensa de los NNA es fundamental para lograr un desarrollo inclusivo y sostenible para las generaciones presentes y futuras. Muchas empresas en Latinoamérica ya advierten su potencial para hacer frente a la problemática y convertirse en un motor de cambio social. Como enunciaba Kofi Annan, ex Secretario General de NU, “no les pedimos a las empresas que hagan algo diferente a su actividad normal, les

pedimos que realicen su actividad de manera diferente". Si trasladamos esta idea al objetivo de nuestra intervención, el resultado es requerir que las empresas identifiquen sus impactos negativos y realicen acciones para minimizarlos, representando una importante oportunidad para el sector privado de revertir esta problemática.

Asimismo, creemos fundamental que las empresas puedan implementar procesos de debida diligencia en sus actividades, sean estas directas o a través de contratistas o proveedores. Además, resulta primordial incorporar a este proceso los pilares de la CDN y de los Principios Empresariales, por ejemplo, a través de procedimientos que materialicen el derecho del niño a ser oído y que su opinión constituya un instrumento fundamental en la identificación de las consecuencias negativas que generen las empresas.

La meta se torna utópica y la realidad inquietante; sin embargo, el respeto y defensa de los DDHH emergen innegablemente como necesarios. Las cosas no van a cambiar inmediatamente y no vamos a transformar el mundo, pero podemos empezar a transformar la realidad de muchos NNA. Después de varios años y de innumerables esfuerzos, hoy en día contamos con instrumentos como la CDN y los Principios Empresariales como punto de partida para hacer frente a esta problemática. Los desafíos a futuro serán enormes pero, como bien sostenía Eduardo Galeano, **"Al fin y al cabo, somos lo que hacemos para cambiar lo que somos"**.

Mención de Honor

La repentina implementación del teletrabajo en las organizaciones.

Carrillo Zapata, Angélica

Universidad Austral de Chile (UACH)

I. Introducción

Antes de la pandemia era muy difícil escuchar que alguien trabajara a distancia, las organizaciones no se atrevían a implementar esta modalidad, respondiendo de manera lenta a los grandes cambios tecnológicos producidos en el siglo XXI, llamada la era digital, donde las Tecnologías de la información y la Comunicación (TIC) son utilizadas en muchos ámbitos, en el económico, social, cultural y político. Por lo tanto, estos recursos y herramientas son esenciales para aumentar la productividad, facilitar la comunicación y optimizar el tiempo en las empresas.

En pleno año 2021, la sociedad se encuentra luchando contra una pandemia mundial, que consigo ha traído cambios drásticos y rápidos. Las organizaciones, han tenido que buscar nuevas formas para seguir funcionando bajo estrictas restricciones. Una de las medidas que se han tomado bajo este fenómeno, es el teletrabajo, que de la mano vienen ventajas y desventajas, las cuales serán desarrolladas más adelante. Antes de la llegada del COVID-19, esta forma de efectuar las labores del trabajo telemáticamente no era tan habitual. Según el primer Informe del teletrabajo de 2017 de la Academia Internacional de teletrabajo para América Latina, Argentina presentaba 2.000.000 de teletrabajadores, Brasil 7.500.000, Colombia 31.000, Costa Rica 20.000, Chile 500.000 y México 2.600.000.¹ Por lo tanto, en nuestro país durante ese año, del total de la fuerza laboral de Chile, solo un 6% aproximadamente trabajaba a distancia.

II. Desarrollo

Chile el 26 de marzo de 2020 publica la ley 21.220 que modificó el Código del Trabajo, la cual entró en vigencia el 1 de abril del mismo año, siendo este un momento crucial al haber un aumento en el trabajo a distancia, esta ley tiene como objetivo regular y definir esta materia,

¹Joselito FERNANDEZ TAPIA / Rocío BRAVO SALAZAR. "El teletrabajo en América Latina: derecho de segunda y cuarta generación y de ciudadanía digital", Crítica y Resistencias. Revista de conflictos sociales latinoamericanos, 2019, p.26.

señalando “Es trabajo a distancia aquel en el que el trabajador presta sus servicios, total o parcialmente, desde su domicilio u otro lugar o lugares distintos de los establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa. Se denominará teletrabajo si los servicios son prestados mediante la utilización de medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones o si tales servicios deben reportarse mediante estos medios”.²

Bajo la implementación de esta manera de trabajo, muchos trabajadores, desde profesores a gerentes, debieron comenzar a utilizar de manera masiva y repentina los sistemas de información, software y aplicaciones, entre ellos se encuentra Zoom, WhatsApp, Trello, Asana, Google Meet, entre otros. Aunque muchas de estas TIC no son nuevas, los empleados han tenido grandes problemas de adaptación, ya que no se encontraban preparados, ni hubo capacitaciones previas ofrecidas por los empleadores, provocando que las y los trabajadores se sintieran bajo un experimento.³

Hay que considerar que el teletrabajo ha llegado para quedarse, ya que aún se deben seguir medidas sanitarias específicas, como el distanciamiento social para frenar el contagio, debido a esto nace la pregunta sobre **¿qué tipo de trabajos se pueden efectuar desde casa?** Estudios realizados afirman que uno de cada cinco trabajos se puede realizar desde el hogar, pero hay que considerar diferentes factores ya que países con mayores ingresos son más susceptibles al teletrabajo que los con menores ingresos.⁴ Además, es necesario considerar la estructura económica, el acceso a internet y la posesión de recursos informáticos (computador, teléfono, Tablet, etc.). Chile basa su economía principalmente en la minería, productos manufacturados (alimentos, madera e industria química) y la agricultura (pesca, fruta y viticultura), al depender tanto de estos sectores económicos las probabilidades que gran parte de la población pueda trabajar de manera telemática es muy baja. Por lo tanto, los países que tienen más actividades en los sectores de las Tecnologías de la información y la comunicación, los servicios profesionales, las finanzas y los seguros y la administración pública tienen una mayor probabilidad de teletrabajar.⁵

Como se mencionó anteriormente, el acceso al internet y tener los recursos necesarios para trabajar a distancia son esenciales que, según la ley de nuestro país, el artículo 152 señala que “Los equipos, las herramientas y los materiales para el trabajo a distancia o para el teletrabajo, incluidos los elementos de protección personal, deberán ser proporcionados por el empleador al trabajador, y este último no podrá ser obligado a utilizar elementos de su propiedad. Igualmente, los costos de operación, funcionamiento, mantenimiento y reparación de equipos serán siempre de cargo del empleador”.⁶ En este punto, se entiende claramente que el empleador es el que debe entregar los recursos y las herramientas necesarias, pero a lo largo del 2020 y parte del 2021, se ha demostrado que no se está cumpliendo a cabalidad esta ley, no respetando el derecho laboral en este contexto. Los trabajadores han tenido que pagar la totalidad o parte de los costos y gastos asociados para seguir trabajando, como el wifi y luz, además han tenido que ocupar sus propios dispositivos, algo sumamente inapropiado, “el costo de instalación del teletrabajo fue asumido por los trabajadores que vieron sus

²Código del trabajo. Ley 21.220. 26 de marzo de 2020. (Chile).

³Federación de Trabajadoras de Call-Center / Central Unitaria de Trabajadores / Organización Internacional del Trabajo. “Estudio: La percepción de los y las trabajadoras del teletrabajo en Chile 2020”, 2020, p.5.

⁴VV.AA. “Who on Earth Can Work from Home?” [¿Quién puede trabajar desde casa?]. Policy Research Working Paper, 2020.

⁵Organización Internacional del trabajo. “El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 y después de ella”, 2020, p.3.

⁶Código del trabajo. Ley 21.220. 26 de marzo de 2020. (Chile).

ingresos disminuidos”.⁷ Permitir que los empleados asuman estos egresos refleja una falta de preparación, empatía y preocupación de parte de los dueños de las empresas, ya que en muchos casos los anexos en los contratos que surgieron por teletrabajo señalan que el monto por movilización cubriría los gastos de internet y luz, lo que en muchas situaciones ese dinero no ha sido suficiente.

Como se sabe en esta modalidad de trabajo, las y los trabajadores realizan sus actividades desde su domicilio que, ante esta inesperada pandemia, muchos de los hogares no contaban, ni cuentan con un lugar apto para desarrollar un correcto desempeño, muchos debieron acondicionar un lugar en el dormitorio, en el living o en la cocina. Las reuniones han sido ejecutadas bajo aplicaciones telemáticas, a las cuales han tenido que asistir con la cámara web prendida provocando una pérdida de la privacidad, la falta de espacios adecuado ha perjudicado la vida familiar y el trabajo, además se vuelve aún más complicado con la nula concurrencia de los niños al colegio. Adhiriéndose un nuevo problema para los padres, ya que deben dedicarle mucho más tiempo al cuidado y enseñanza de los hijos, provocando un mayor estrés. Particularmente, este tema ha generado mayores repercusiones a las trabajadoras porque es innegable que en América Latina la desigualdad está presente también en los hogares. Las mujeres han tenido que cumplir múltiples roles como el trabajo, cuidado de los hijos e hijas, labores hogareñas, entre otros. Según un estudio realizado por la Central Unitaria de Trabajadores en Chile estas actividades han presentado grandes conflictos y muchas veces accidentes para ellas lo que reflejó una falta de redes de apoyo, la falta de empatía de parte de la jefatura y empleadores, y la baja o nula colaboración de los hombres en las tareas del hogar.⁸

Por otro lado, tal como lo expresa la ley chilena “el empleador deberá respetar su derecho a desconexión, garantizando el tiempo en el cual ellos no estarán obligados a responder sus comunicaciones, órdenes u otros requerimientos. El tiempo de desconexión deberá ser de, al menos, doce horas continuas en un periodo de veinticuatro horas”.⁹ Lo cual tampoco se ha cumplido, vulnerando los derechos del trabajador, los chilenos han expresado que los empleadores muchas veces se contactan con el empleado cinco o seis de la mañana y luego después de las 8 pm,¹⁰ evidenciando que el tiempo de desconexión no se respeta, provocando que la jornada laboral sea mucho más extensa. Por lo tanto, se podría decir que faltan acuerdos claros y concretos que entreguen tranquilidad ya sea a la jefatura como al trabajador, precisar el horario, la cantidad de trabajo y plazos realistas son aspectos fundamentales.

Ante los problemas presentados, queda expuesta la falta de fiscalización por parte de los organismos encargados de hacer cumplir las leyes que respaldan a los trabajadores, dejándolos desprotegidos. Además, se puede decir que denunciar no siempre es fácil ya que existe un miedo detrás, al despido o algún tipo de represalias. Un estudio realizado durante el 30 de septiembre al 30 de noviembre del 2020 señala que la dirección del trabajo de Chile

⁷Federación de Trabajadoras de Call-Center / Central Unitaria de Trabajadores / Organización Internacional del Trabajo. “Estudio: La percepción de los y las trabajadoras del teletrabajo en Chile 2020”, 2020, p.13.

⁹Código del trabajo. Ley 21.220. 26 de marzo de 2020. (Chile).

⁸⁻¹⁰⁻¹²Federación de Trabajadoras de Call-Center / Central Unitaria de Trabajadores / Organización Internacional del Trabajo.

“Estudio: La percepción de los y las trabajadoras del teletrabajo en Chile 2020”, 2020.

recibió 208 denuncias relacionadas con el trabajo a distancia, donde la mayor concurrencia fue en la región metropolitana y la región de Valparaíso.

Muchos textos realizados antes de la pandemia aseguraban que las personas que trabajan a distancia, desde casa, tienen una mayor productividad,¹¹ pero para que esto suceda deben existir ciertas condiciones, por ejemplo, un espacio adecuado, herramientas y recursos necesarios, empatía de parte de la jefatura y una comunicación clara sobre el horario de trabajo. La sensación general de los chilenos que trabajaron a distancia durante el 2020 es que la productividad fue inferior a la modalidad presencial, pero se percibe que, de cualquiera de las formas de prestar servicio, la productividad fue de más o menos similar, aunque la motivación y la desmotivación fueron clave.¹²

Es cierto que ante la rápida implementación del teletrabajo y la digitalización en Chile y Latinoamérica ha traído consigo múltiples desventajas y problemas, pero es necesario no olvidar también las ventajas y oportunidades que consigo trae esta modalidad, siempre que se implemente resguardando los intereses y derechos de las y los trabajadores y por supuesto también el de los empleadores. Una de estas oportunidades es seguir con el funcionamiento y operaciones de una empresa en momentos de crisis, tal como se está haciendo en este momento, que ha permitido, por ejemplo, seguir con clases de aprendizaje y obtener una atención de salud. En segundo lugar, se encuentra la optimización del tiempo, facilitando un periodo mayor de descanso y autocuidado al trabajador, al no tener que concurrir a un lugar específico para trabajar, lo que consigo trae en muchos casos estrés. En tercer lugar, la facilidad de poder laborar en cualquier parte que no sea en las instalaciones de la empresa es algo sorprendente, teniendo las organizaciones la opción de contratar personal de otra ciudad, región o país, dando también la posibilidad a las personas de encontrar un trabajo no necesariamente en una empresa de su misma localidad, agrandando la lista de oportunidades.

III. Conclusiones

Es innegable que la pandemia aceleró la implementación del teletrabajo en las organizaciones, llegando en un momento muy adecuado la ley 21.220 a regular los derechos laborales de las personas que comenzaron a poner en marcha esta modalidad de trabajo, a pesar de esta modificación al Código del Trabajo, que señala claramente las obligaciones del empleador, las cuales no han sido respetadas a cabalidad, dejando que los trabajadores se hagan responsables y cargo de aspectos que no son de su obligación, como el pago de internet, energía eléctrica, reparaciones a los recursos informáticos, etc. Además, los chilenos se han visto perjudicados en el ámbito de horas laborales, ya que han trabajado más horas, teniendo una mayor carga en las noches y los fines de semana. Si las empresas quieren seguir aplicando el teletrabajo, se hace sumamente necesario que los organismos del estado

¹¹Roco PALUMBO. "Let me go to the office! An investigation into the side effects of working from home on work-life balance". [¡Déjame ir a la oficina! Una investigación sobre los efectos secundarios del trabajo desde casa en la conciliación de la vida laboral y familiar], 2020.

encargados fiscalicen estas situaciones irregulares ya que de aquí nacen los problemas y las desventajas. Otro aspecto a considerar para continuar en esta modalidad es ofrecer las oportunidades de capacitación al personal sobre las diversas Tecnologías de la información y la Comunicación (TIC) que deben utilizar, entregando las herramientas y recursos necesarios. La ejecución de todo esto, traerá una mayor motivación y disposición de parte de los colaboradores hacia los objetivos de la empresa, lo que podría provocar una productividad mucho mayor, incluso superando al trabajo presencial.

Además, las trabajadoras han sido las más afectadas con este proceso, ya que en muchos hogares no existe una distribución de roles de manera equitativa, por lo tanto, la constante e histórica responsabilidad total del cuidado de los hijos y quehaceres del hogar cae sobre ellas, sumándole el trabajo que debe realizar para la empresa, estos múltiples factores han producido efectos negativos en las mujeres.

Por último, es indiscutible que trabajar desde el hogar tiene ventajas, alguna de ellas son, permite el aislamiento necesario para no propagar el COVID-19, les da la opción a las organizaciones reclutar personal no necesariamente de la misma localidad, aumento a su vez las posibilidades de trabajo a las personas, y un ahorro en el tiempo de transporte, que este último consigo trae la disminución de tráfico y contaminación.

Mención de Honor

Responsabilidad corporativa en escenarios de justicia transicional: análisis de la industria extractiva en Colombia.

Fajardo Higuera, Sara

Universidad de los Andes – Facultad de Derecho (UA-FB)

I. Introducción

Ante la significativa presencia de recursos naturales primarios, el subcontinente latinoamericano ha sido un destino atractivo para la industria extractiva¹. Sin embargo, en numerosas ocasiones, dicha actividad ha generado impactos sustancialmente negativos para el medio ambiente y para los derechos de las comunidades que habitan en aquellas zonas.² Frecuentemente, dichos impactos han sido invisibilizados bajo la narrativa neoliberal del desarrollo y del crecimiento económico; en efecto, en Colombia se le ha atribuido al sector extractivo nacional el posicionamiento de la economía colombiana como una de las cinco más importantes de Latinoamérica.³ Por tanto, el Estado ha permitido que la industria extractiva se consolide como un actor con importantes derechos y garantías, pero con mínimas obligaciones de respeto por los derechos humanos en los sitios donde operan. En consecuencia, los derechos humanos en el marco empresarial están inmersos en un contexto desafiante, el cual es resultado de las empresas que omiten la debida diligencia en la protección de los derechos humanos y, además, de la incapacidad o falta de voluntad de los gobiernos nacionales para regular efectivamente la manera en que se desarrolla la explotación y la forma de asegurar que aquella sea responsable en términos sociales, ambientales y de derechos humanos.

La actividad empresarial es un elemento clave al adelantar procesos transicionales de construcción de paz y superación del conflicto. Debido a que, como se demostrará posteriormente, en contextos de conflicto armado -como el colombiano-, las empresas

¹La industria extractiva abarca dos grandes sectores: la producción de hidrocarburos (petróleo y gas) y la minería.

²Humberto Cantú, ‘. Los Desafíos de La Globalización: Reflexiones Sobre La Responsabilidad Empresarial En Materia de Derechos Humanos’, Derechos humanos y empresas: reflexiones desde América Latina (Instituto Interamericano de Derechos Humanos 2017) <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20170808_02.pdf>.

³Jaime Restrepo Baena, ‘Características de La Industria Extractiva Colombiana’ Periódico UNAL (2019) <

e industrias desarrollan actividades con las cuales, directa o indirectamente, pueden incurrir en violaciones de los derechos humanos. Por lo cual, es necesario que se implemente un marco normativo de responsabilidad empresarial con un enfoque preventivo y reactivo, es decir, un régimen normativo serio y completo que regule la actividad empresarial en contextos transicionales (enfoque preventivo) y un sistema de reconocimiento, juzgamiento y sanción de la responsabilidad empresarial por violaciones de derechos que esté orientado a satisfacer los intereses de las víctimas (enfoque reactivo).

II. Marco legal y debida diligencia

Para iniciar, es necesario aludir a los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos (PREDH) -respaldados de manera unánime por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en el 2011-, los cuales, al igual que el concepto de debida diligencia empresarial, se han convertido en la base de la responsabilidad corporativa. Así pues, los PREDH materializan un informe de un experto independiente⁴ y proveen un marco coherente para que los Estados y las empresas avancen en la garantía de los derechos humanos. De igual manera, con la entrada en vigencia de los PREDH, se estableció el mandato de crear un Grupo de Trabajo para dar seguimiento y difusión a la implementación de dichos postulados -aquel grupo presenta constantes informes frente a la situación de los derechos humanos y las empresas-.

Ahora bien, respecto a la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos, aquella “ha sido empleada como un estándar para medir el nivel de cumplimiento de las obligaciones internacionales de derechos humanos por parte del Estado cuando trata la conducta de actores no estatales”.⁵ En efecto, como señala el Principio Rector 12, “la responsabilidad empresarial de respeto a los derechos humanos implica respetar, más allá de las normas de derecho interno, tres instrumentos internacionales básicos: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y los dos Pactos de 1966 -de derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales-, a los que se agrega la Declaración de la OIT sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo. Esta responsabilidad se traduce en una obligación negativa de las empresas de no infringir los derechos humanos de terceros ni contribuir a su vulneración mediante complicidad”.⁶ Además, de acuerdo con el Principio Rector 15, que recomienda una política empresarial de respeto y procesos internos para otorgar reparación por los impactos adversos en los derechos humanos en los que las empresas contribuyan, se puede afirmar que la responsabilidad de respetar no es únicamente negativa, sino que, implica medidas positivas de debida diligencia para las empresas.

John Ruggie⁷ determinó que por lo menos cuatro acciones son necesarias para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de los impactos empresariales: i. identificación y

⁴La Comisión de Derechos Humanos solicitó la designación de un Representante Especial para dilucidar el debate sobre responsabilidad empresarial y aquel mandato recayó en John Ruggie, quien después de realizar trabajos de investigación y consulta con grupos de interés, presentó al Consejo de Derechos Humanos sus PREDH.

⁵Martín Ortega, Human Rights Due Diligence for Corporations: From Voluntary to Hard Law at Last?, vol 31 (Netherlands Quarterly of Human Rights 2013).

⁶Humberto Cantú (n 2).

⁷Autor de los PREDH.

evaluación de los efectos adversos reales o potenciales sobre los derechos humanos; ii. Integración de los resultados de las evaluaciones de impacto en los procesos pertinentes de la empresa; iii. Seguimiento cíclico de la efectividad de las respuestas adoptadas para contrarrestar los efectos adversos y, finalmente, iv. Comunicación externa de la manera en que se abordarán los efectos adversos.⁸ Por tanto, de acuerdo con el marco desarrollado por Ruggie, el contenido de la debida diligencia empresarial se fundamenta en la expectativa de que la empresa desarrolle sus deberes con suficiente cuidado para evitar generar escenarios de responsabilidad empresarial por violaciones de derechos.

La debida diligencia en escenarios de conflicto armado tiene una dimensión reforzada, debido a que, aquellos escenarios implican violaciones masivas de derechos humanos y, en consecuencia, obligan a establecer una distinción significativa en la manera en cómo se entiende la debida diligencia. Por ello, como ha señalado el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, debe entenderse que “las empresas no son agentes neutrales: su presencia no está exenta de repercusiones. Aun cuando las empresas no tomen partido en el conflicto, las consecuencias de sus actividades influirán necesariamente en la dinámica de este”.⁹ Por tanto, de acuerdo con aquel grupo, “dicha diligencia ha de complementarse con un enfoque que tenga en cuenta los conflictos. Ello supone entender bien la interacción bidireccional entre las actividades y el contexto, así como actuar para reducir al mínimo los efectos negativos”.¹⁰

El Grupo de Trabajo mencionado indica que en escenarios de conflicto armado la diligencia corporativa debe aumentarse y materializarse en lo siguiente: i. detectar las causas fundamentales de las tensiones y los posibles factores desencadenantes; ii. trazar un mapa de los principales agentes involucrados en el conflicto y sus motivaciones y capacidades para infligir violencia y, finalmente, iii. determinar y anticipar las repercusiones de las propias actividades, productos o servicios de las empresas en las tensiones sociales y las relaciones existentes entre los diversos grupos, o su influencia en el surgimiento de nuevas tensiones o conflictos. Así pues, teniendo en cuenta que en contextos de conflicto se incrementa la posibilidad corporativa de vulnerar derechos humanos y que, además, las empresas son totalmente competentes para determinar el impacto de sus operaciones comerciales, es menester la aplicación de una dimensión reforzada de la debida diligencia.

En todo caso, es necesario tener en cuenta que el deber de debida diligencia empresarial emana de un instrumento no vinculante -aunque respaldado por un amplio rango de actores-, por lo cual, no existe un deber jurídico internacional serio y efectivo para generar cambios sustanciales en el comportamiento de las empresas. Por esa razón, se insiste en la necesidad de establecer un marco normativo vinculante que tenga como consecuencia directa la regulación efectiva de la actividad empresarial en estricto respeto de los derechos humanos -de manera reforzada en contextos de justicia transicional-.

⁸Organización de las Naciones Unidas, ‘Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos’ <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf>.

⁹Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, ‘Empresas, Derechos Humanos y Regiones Afectadas Por Conflictos: Hacia El Aumento de Las Medidas’ (2020) Septuagésimo quinto período de sesiones <<https://undocs.org/es/A/75/212>>.

¹⁰Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (n 9).

III. Análisis de caso

En los últimos 30 años, Colombia se ha establecido en un modelo económico neoliberal orientado significativamente hacia la minería y la extracción de hidrocarburos. En efecto, la importancia adquirida por la industria minero-energética alteró la distribución regional de la actividad económica en distintas regiones del país y, en consecuencia, posicionó escenarios de luchas laborales y conflictos socioambientales asociados a la industria extractiva. La industria extractiva “modificó sustancialmente la economía nacional, reconfiguró las lógicas del poder regional y redefinió el contexto colombiano, incluyendo al conflicto armado y las tendencias de violaciones a los derechos humanos”.¹¹ Por tanto, en contextos como el colombiano, las malas prácticas corporativas han sido un factor relevante para la perpetuación del conflicto armado en algunas regiones y, en consecuencia, han representado un obstáculo para avanzar hacia la garantía de derechos humanos y la consolidación de una paz estable y duradera.

Concretamente, como recopila el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo¹² (CAJAR), ha existido un patrón de prácticas corporativas reiteradas, de extrema gravedad, que ha configurado violaciones a los derechos humanos, a saber:

i. Privatización de la fuerza pública mediante proyectos minero-energéticos

De acuerdo con la corporación mencionada anteriormente, las empresas se han convertido en un agente del conflicto armado con la ayuda del Estado Colombiano, debido a que, el Estado y las empresas han justificado la militarización de los territorios -en los que ya existían previamente escenarios de conflictividad ambiental, social y económica- donde se ejecutan proyectos económicos ante el ‘riesgo potencial’ representado por los grupos armados al margen de la ley para la actividad empresarial. Es decir, “bajo el nombre del conflicto armado interno, las empresas han apoyado Unidades Militares y judiciales, para fortalecer las acciones que éstas desarrollan en labores de seguridad y protección, en favor de sus intereses particulares”.¹³

En efecto, como señaló Rutas del Conflicto, más de 70 empresas nacionales e internacionales, principalmente del sector minero-energético, celebran convenios de cooperación -que, en últimas, representan una entrega de importantes sumas de dinero y equipamiento- con instituciones públicas como el Ministerio de Defensa, integrado por

¹¹Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, ‘El Rol de Las Empresas En El Conflicto Armado y La Violencia Sociopolítica’ Informe a la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición: <https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/documents/resumen_ejecutivo_informe_a_la_cev.pdf>.

¹²Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo (n 11).

¹³Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo (n 11).

las Fuerzas Militares; con la Policía e, incluso, con la fiscalía general de la Nación. Así pues, aunque la militarización en sí misma resulta problemática, activistas ambientales y sindicales de territorios donde hay convenios vigentes denuncian ser víctimas de abusos de fuerza y persecuciones por parte de la Fuerza Pública, además, líderes sociales han sido judicializados por terrorismo tras criticar las actuaciones de las empresas.¹⁴ Lo anterior quiere decir que, con el objetivo de hacer efectivas sus intervenciones empresariales, la industria extractiva en Colombia se ha convertido en un actor relevante del conflicto armado, lo cual, evidencia la manera en que territorios clave han sido controlados militarmente para satisfacer los intereses estratégicos de las empresas, perjudicando especialmente a las comunidades locales.

ii. Daños medioambientales y prácticas de despojo de tierras

Los impactos ambientales de proyectos extractivos han sido frecuentemente denunciados por diversas organizaciones y miembros de la sociedad civil. En efecto, distintos proyectos extractivos han generado contaminación del aire, pérdida de fuentes de agua y de tierras comunitarias o particulares -por la expansión de proyectos mineros o de hidrocarburos-, afectando de manera desproporcionada a pueblos indígenas y afrodescendientes -sujetos de derechos protegidos según el Convenio 169 de la OIT-.¹⁵ Debido a que, generan un rompimiento en la idiosincrasia de aquellas comunidades -por su manera particular de entender la tierra-, en sus formas de vida, costumbres, derechos de acceso al agua o fuentes de alimentación, salud -la cual puede verse comprometida por la actividad minera, petrolífera o de extracción de gas- y otros derechos relativos a vivienda, educación, trabajo o poder vivir en un medio ambiente sano.

De igual manera, comunidades campesinas, afrodescendientes e indígenas han denunciado las expropiaciones realizadas mediante el uso de violencia por parte de actores armados. En efecto, afirman que los territorios de los cuales fueron desplazados forzadamente, ahora son usados por parte de las empresas -tanto nacionales como transnacionales- para desarrollar sus proyectos extractivos.¹⁶ Lo que quiere decir que las empresas se han beneficiado de violaciones a los derechos humanos tales como: desplazamiento forzado y acaparamiento de tierras. Entonces, incluso si las empresas no promueven dichos despojos directamente, al no llevar a cabo investigaciones cuidadosas acerca de la naturaleza y composición de los títulos de los predios que compran, contribuyen indirectamente al despojo. Incluso, también se han presentado casos en los que las empresas, aun siendo conocedoras de que las comunidades han abandonado sus predios por temor, envían grupos o personas intermediarias a

¹⁴070 Uniandes, 'Petroteras y Mineras Financian a La Fuerza Pública y a La Fiscalía' (2019) <<https://cerosetenta.uniandes.edu.co/petroteras-y-mineras-financian-fuerza-publica/>>.

¹⁵Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo (n 11).

¹⁶Según la investigación realizada por el CAJAR, un conjunto de empresas 23 mineras se beneficiaron del desplazamiento y despojo de comunidades campesinas y étnicas.

comprarles los inmuebles, apoderándose de aquellos y expandiendo sus proyectos a los predios conseguidos dolosamente.¹⁷

Las conductas descritas anteriormente evidencian el reto que representan las industrias extractivas para la región, particularmente en torno a los impactos negativos que en repetidas ocasiones han generado para las comunidades étnicas, ya que, aquellas “han visto comprometida desde sus formas de vida y sus costumbres, hasta su propia existencia, en virtud de los desplazamientos que se ven forzados a hacer de sus territorios tradicionales, de la introducción de nuevos elementos culturales a sus relaciones comunitarias, o incluso a las amenazas físicas y daños ocasionados con motivo de la defensa de sus tierras”.¹⁸

En suma, aunque claramente han existido empresas que han realizado las previsiones necesarias para evitar violaciones de los derechos fundamentales de la población, los derechos humanos han sido sistemáticamente invisibilizados -intencionalmente- por los Estados y los actores empresariales para el favorecimiento de proyectos extractivos, bajo la narrativa del progreso y el desarrollo. Además, las comunidades locales han sido permanente silenciadas, ya que, no han tenido acceso, por lo menos, a espacios en los que sus intereses y necesidades puedan ser escuchados por las empresas que eventualmente se instalarán y afectarán sus territorios. Desafortunadamente no han existido espacios de participación efectiva para las comunidades y, por el contrario, la industria extractiva se ha aprovechado de las condiciones de extrema vulnerabilidad en las que viven aquellas, omitiendo su deber de debida diligencia y de evaluación de impactos en materia ambiental y social.

Por tanto, si se desea alcanzar un modelo de justicia transicional que logre responder a las garantías de justicia, verdad, reparación y no repetición, es necesario que se aplique un modelo con un enfoque preventivo y reactivo, es decir, que consolide un régimen legal vinculante para las empresas y los Estados que esté orientado a crear prácticas empresariales responsables y, además, a evitar todo impacto negativo en materia de derechos humanos por parte de las empresas (enfoque preventivo) y, a su vez, un modelo que incorpore mecanismos de reconocimiento de responsabilidad empresarial -tanto de las empresas en su conjunto, como de sus responsables individuales-, juzgamiento y sanción (enfoque reactivo), para así garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la reparación y la no repetición. Debido a que, si no se incorpora en el marco de la justicia transicional a un actor tan relevante como lo han sido las empresas, es probable que se esté ignorando una causa importante del conflicto y, en consecuencia, no se cuente con los elementos necesarios para responder a los derechos de las víctimas ni tampoco para entender el comportamiento de los actores del conflicto y poder desarmarlos, por tanto, no se tendrán las herramientas necesarias para superar el conflicto y avanzar en la construcción de una paz estable y duradera.

¹⁷Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo (n 11).

¹⁸Humberto Cantú (n 2).

IV. Conclusión

El rol que han jugado algunas empresas en el conflicto armado colombiano y en actos que han vulnerado los derechos humanos es crucial para esclarecer la verdad histórica del conflicto y los distintos hechos victimizantes que han afectado a individuos y comunidades que han sufrido graves violaciones a los derechos humanos. Por tanto, indagar sobre tales patrones de macrocriminalidad y avanzar en el reconocimiento de la responsabilidad empresarial por violaciones de derechos resulta crucial para comprender aspectos fundamentales de la historia colombiana. En consecuencia, el contexto transicional representa un escenario idóneo para realizar valiosas acciones positivas en favor de los derechos humanos y la responsabilidad empresarial por violaciones de derechos, ya que, solo un sistema de responsabilidad empresarial que esté pensado en un contexto transicional tendrá la capacidad de responder a los objetivos de la justicia transicional y a las garantías de las víctimas y las comunidades.

Referencias

- 070 Uniandes, 'Petroleras y Mineras Financian a La Fuerza Pública y a La Fiscalía' (2019) <<https://cerosetenta.uniandes.edu.co/petroleras-y-mineras-financian-fuerza-publica/>>
- Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, 'El Rol de Las Empresas En El Conflicto Armado y La Violencia Sociopolítica' Informe a la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición: <https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/documents/resumen_ejecutivo_informe_a_la_cev.pdf>
- Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, 'Empresas, Derechos Humanos y Regiones Afectadas Por Conflictos: Hacia El Aumento de Las Medidas' (2020) Septuagésimo quinto período de sesiones <<https://undocs.org/es/A/75/212>>
- Humberto Cantú, . ' Los Desafíos de La Globalización: Reflexiones Sobre La Responsabilidad Empresarial En Materia de Derechos Humanos', Derechos humanos y empresas: reflexiones desde América Latina (Instituto Interamericano de Derechos Humanos 2017) <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20170808_02.pdf>
- Jaime Restrepo Baena, 'Características de La Industria Extractiva Colombiana' Periódico UNAL (2019) <[https://unperiodico.unal.edu.co/pages/blog/detail/caracteristicas-de-la-industria-extractiva-colombiana/#:~:text=La%20industria%20extractiva%20colombiana%20se,y%20gas\)%20y%20la%20miner%C3%ADa.>](https://unperiodico.unal.edu.co/pages/blog/detail/caracteristicas-de-la-industria-extractiva-colombiana/#:~:text=La%20industria%20extractiva%20colombiana%20se,y%20gas)%20y%20la%20miner%C3%ADa.>)>

- Martín Ortega, Human Rights Due Diligence for Corporations: From Voluntary to Hard Law at Last?, vol 31 (Netherlands Quarterly of Human Rights 2013).
- Organización de las Naciones Unidas, 'PRINCIPIOS RECTORES SOBRE LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS' <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciples-BusinessHR_SP.pdf>

Mención de Honor

¿Arbitraje de derechos humanos y empresas? Una crítica latinoamericana a las Reglas de la Haya.

Garay, Andres Camilo

Universidad del Rosario de Colombia (URosario)

I. Introducción

La intersección no siempre armoniosa entre la economía global y la promoción universal de los derechos humanos, dos pilares de la contemporaneidad que se encuentran en el centro de la globalización, ha sido el fundamento de los esfuerzos de múltiples actores que han consolidado el campo de los Derechos Humanos y las Empresas (en adelante "DHE"), con el objetivo principal de que los derechos sean respetados y protegidos en el contexto de las actividades empresariales.¹ No obstante, a pesar de los avances en esta materia y del impulso que supuso la adopción de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos en el 2011 (en adelante "PREDH"), la realidad muestra que aún existen grandes obstáculos que impiden que se garanticen de manera plena los derechos en el ámbito de las actividades empresariales, especialmente en regiones como Latinoamérica.² Las barreras en el acceso a la justicia en materia de DHE —tercer pilar de los PREDH— es uno de dichos asuntos pendientes que requiere urgente atención.

Como respuesta a esta problemática, recientemente fueron publicadas las Reglas de La Haya sobre Arbitraje que involucre a Empresas y Derechos Humanos (en adelante "RAEDH" o "Reglas de la Haya") las cuales promueven el arbitraje internacional como el medio idóneo para la resolución de las disputas relacionadas con el impacto de las actividades empresariales, principalmente transnacionales, en los derechos humanos. Frente a esta novedosa propuesta, este ensayo busca problematizar su concepción desde una perspectiva situada en Latinoamérica y centrada en la realidad social y jurídica de las víctimas de violaciones de derechos humanos.

¹César Rodríguez, 'Empresas y Derechos Humanos. Un Marco Conceptual y Un Mapa de Estrategias Regulatorias', Empresas y derechos humanos en el siglo XXI (1ra Edición, Siglo Veintiuno Editores 2018) 29.

²Latinoamérica concentra cerca del 50% de ataques contra defensores de derechos en el mundo, relacionados con DHE. Relatoría Especial sobre Derechos Económicos Sociales Culturales y Ambientales - REDESCA, 'Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos' (CIDH 2019) 156.

Para ello, primero, se hará una breve reseña de las Reglas de la Haya. Luego, se evaluará si responden a las necesidades de las víctimas en Latinoamérica y, además, contribuyen a fortalecer a los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos. Y, finalmente, se formularán una serie de recomendaciones para que los Estados latinoamericanos, de llegar a considerar la implementación de las RAEDH, adopten medidas que salvaguarden los derechos de las víctimas.

II. Breve reseña de las reglas de la haya

Las Reglas de la Haya, publicadas a finales del 2019, son un conjunto de reglas y procedimientos que buscan ajustar el arbitraje internacional a las particularidades de las disputas de DHE, con el fin de que el arbitraje se convierta en el mecanismo efectivo para resolverlas y, de ser pertinente, ofrecer un remedio a las víctimas frente a las violaciones de derechos humanos.³ Basadas en las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, las RAEDH están construidas sobre la base del consentimiento y no limitan la forma en que las partes acuerdan someter el conflicto al proceso arbitral ni tampoco el contenido de dicho consentimiento⁴; igualmente, permiten que las partes modifiquen o excluyan algunas de sus reglas⁵ y elijan el marco sustancial aplicable al litigio.⁶ Entre las ventajas que tiene el arbitraje en materia de DHE, enunciadas por los promotores de las RAEDH, destacan la experticia de los árbitros que conocerían de las disputas y la mayor facilidad que habría, en principio, en la persecución del cumplimiento de medidas de reparación por parte de empresas transnacionales, pues sus decisiones serían ejecutables en diferentes Estados bajo las reglas de la Convención de Nueva York de 1958.⁷ No obstante, las Reglas de la Haya también tienen deficiencias que deben ser evidencias en aras de proteger a las víctimas y sus derechos.

III. Crítica a la concepción de las RAEDH desde una perspectiva latinoamericana

Si bien es cierto que el propósito de las Reglas de la Haya de aportar en el cumplimiento del tercer pilar de los PREDH es loable, los supuestos desde los cuales fueron concebidas deben ser problematizados desde una perspectiva crítica y localizada, en este caso, en Latinoamérica, pues no se conectan con la realidad compleja que rodea los asuntos de DHE en la región. Esta desconexión, que ha sido evidenciada por diversos autores respecto de diferentes discusiones

³Center for International Legal Cooperation - CILC, 'The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration' (2019) 3-4.

⁴Center for International Legal Cooperation - CILC (n 3).

⁵Center for International Legal Cooperation - CILC (n 3).

⁶Center for International Legal Cooperation - CILC (n 3) 79.

⁷CILC - Comité Redactor de las Reglas de la Haya, 'International Arbitration of Business and Human Rights Disputes. Elements for Consideration in Draft Arbitral Rules, Model Clauses, and Other Aspects of the Arbitral Process' (2018) 4-6.

y herramientas relacionadas con DHE,⁸ se produce debido a que los instrumentos normativos se crean bajo principios y perspectivas propias de la posición que ocupan los centros de poder global, con un alejamiento significativo de las necesidades y condiciones que existen en los contextos en donde se van a aplicar. Esto no solo genera que la norma o el mecanismo se vuelva ineficaz, sino que puede provocar un daño aún mayor que el que se pretendía atender.

Las Reglas de la Haya adolecen de este problema. Si bien el Comité Redactor hizo un esfuerzo en recabar distintas opiniones durante la redacción de las RAEDH,⁹ lo cierto es que los principios y supuestos desde los que partió su construcción coinciden con una visión lejana de las realidades de las regiones donde más se presentan violaciones de derechos humanos como consecuencia de actividades empresariales y, además, presentan un discurso desde una posición de superioridad que, en línea con una lógica neoliberal, promueve el despojo de poder de los Estados y, concretamente, del poder jurisdiccional de las periferias globales.

Lo anterior se logra observar, en primer lugar, en el diagnóstico en el que se basan las RAEDH. Este localizó en los Estados el origen de todas las falencias en el acceso a la justicia en materia de DHE, principalmente en aquellos países de la periferia en donde más se presentan este tipo de conflictos, como los países latinoamericanos. En ese sentido, en uno de los documentos base del proyecto, sus promotores señalaron: *“These disputes often occur in regions where official national courts are dysfunctional, corrupt, politically influenced or simply unqualified”*.¹⁰ A pesar de que estos elementos son parte de las barreras que truncan el acceso a la justicia en el ámbito de DHE, afirmar que los obstáculos en este campo se reducen a las dificultades funcionales de la justicia estatal es, por lo menos, ignorar la complejidad del problema y pasar por alto la contribución significativa de agentes privados en su profundización.

En el contexto latinoamericano, por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “CIDH”) expuso recientemente que, en el ámbito de los DHE, las empresas participan de la construcción de barreras que impiden a las víctimas y defensores de derechos acceder a la justicia e identificó “[...]la existencia de intereses privados con la capacidad de influir en las instituciones del Estado, por ejemplo, al debilitar o evitar el ejercicio de las funciones de reglamentación y supervisión de los órganos competentes, o al influir indebidamente el sistema de justicia o hacer uso abusivo de las normas penales”.¹¹ No reconocer dicha complejidad de manera previa, hace imposible diseñar un mecanismo que realmente sea eficaz en el contexto latinoamericano para atender los conflictos de DHE.

En segundo lugar, y como consecuencia del supuesto incompleto del que parten las Reglas de la Haya, estas promueven como solución la construcción de un sistema judicial privado y autónomo —ajeno a los Estados— para atender las disputas relacionadas con DHE, incluidas aquellas que involucran graves violaciones de derechos humanos. En ese sentido, el Grupo de Trabajo que dio origen al Comité Redactor de las RAEDH manifestó: *“To sum up: International arbitration using a BHR Arbitration Panel would amount to a judicial*

⁸César Rodríguez, ‘Introducción. Un Diálogo Para Superar Las Divisiones En El Campo De Las Empresas Y Los Derechos Humanos’, Empresas y derechos humanos en el siglo XXI (1ra Edición, Siglo Veintiuno Editores 2018) 15-17.

⁹Center for International Legal Cooperation - CILC (n 3) 1-2.

¹⁰CILC - Grupo de Trabajo de las Reglas de la Haya, ‘International Business and Human Rights Arbitration’ (2017) 2.

¹¹Relatoría Especial sobre Derechos Económicos Sociales Culturales y Ambientales - REDESCA (n 2) 159.

system without a country".¹² Esta conclusión, de corte neoliberal y que en últimas promueve sustraer de la jurisdicción de los Estados los asuntos relacionados con DHE resulta problemática principalmente por dos razones: i) aunque la noción de Estado se encuentra en un gran proceso de revisión, sigue siendo la principal entidad encargada, y que cuenta con la capacidad, de proteger los derechos humanos de sus ciudadanos; y ii) se trata de una sustracción que podría terminar debilitando la ya frágil institucionalidad de los Estados — principalmente periféricos— cuya labor es promover y proteger los derechos humanos en el contexto de actividades empresariales.

Así las cosas, se debe reconocer que las Reglas de la Haya parten de un diagnóstico incompleto acerca de las barreras en el acceso a la justicia en las regiones en donde más se presentan este tipo de conflictos. Por tanto, más allá de sus ventajas, el arbitraje de las RAEDH no puede ser entendido como un mecanismo que atienda cabalmente los obstáculos que impiden materializar el tercer pilar de los PREDH. Una herramienta diseñada para responder a los retos existentes en Latinoamérica en este campo, además de reconocer la complejidad del contexto y la multiplicidad de actores que impiden el acceso a la justicia, debe estar encaminada a fortalecer la capacidad de los Estados de proteger los derechos humanos y no a sustraer una de sus funciones más importantes en este ámbito, como lo es su poder jurisdiccional. Como lo señala la CIDH en su informe sobre DHE: "El sistema de administración de justicia constituye [...] la primera línea de defensa y protección de los derechos a nivel nacional y su labor tiene una relación crucial con la protección de cada uno de los derechos a los que se refiere este informe".¹³

IV. Límites y riesgos de las raedh para los derechos de las víctimas

Las RAEDH fueron construidas con la intención de que el arbitraje fungiera como mecanismo efectivo para resolver los diferentes tipos de disputas que se pueden presentar en el marco de los DHE: desde un conflicto entre empresas por el incumplimiento de una cláusula de observancia de los derechos humanos en la cadena de suministro, hasta las disputas promovidas por las víctimas de una violación a los derechos humanos como consecuencia del comportamiento de una empresa.¹⁴ Sin embargo, mientras que las ventajas de las Reglas de la Haya parecen evidentes para el primer tipo de conflicto, respecto del segundo sobresalen varias limitaciones y riesgos que deben ser tenidos en cuenta.

En primer lugar, se debe resaltar que las RAEDH no tienen la capacidad de satisfacer a plenitud los derechos de las víctimas. A pesar de que los promotores de las Reglas de la Haya señalan que con ellas las víctimas contarían con un foro efectivo en el cual buscar justicia,¹⁵ lo cierto es que parecen entender, de manera limitada, el concepto de justicia como equivalente a la

¹²CILC - Grupo de Trabajo de las Reglas de la Haya (n 10) 4.⁴Center for International Legal Cooperation - CILC (n 3).

¹³Relatoría Especial sobre Derechos Económicos Sociales y Ambientales - REDESCA (n 2) 69.

¹⁴CILC - Grupo de Trabajo de las Reglas de la Haya (n 10) 9-12.

¹⁵CILC - Grupo de Trabajo de las Reglas de la Haya (n 10) 16.

posibilidad de obtener un remedio.¹⁶ No obstante, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante “SIDH”), se ha reconocido que los derechos de las víctimas van más allá de una mera reparación e incluyen, entre otros, el derecho a la verdad, por lo que la CIDH ha recalcado que, para brindar justicia a las víctimas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “CADH”) establece en cabeza de los Estados las obligaciones de investigar, sancionar y reparar, las cuales también deben cumplirse en el contexto de los DHE.¹⁷ Por tanto, al estar limitado a la determinación de una reparación, el arbitraje no agota la necesidad de justicia de las víctimas y, en consecuencia, solo puede ser entendido como un complemento, y nunca un sustituto, de la justicia estatal, encargada de esclarecer la verdad de los hechos y de imponer las sanciones adecuadas.

En segunda medida, las Reglas de la Haya subestiman la asimetría de poder existente entre las víctimas y las empresas. Si bien las RAEDH contemplan algunas medidas que pretenden equilibrar la posición entre las partes ante el tribunal de arbitramento, lo cierto es que la ausencia de disposiciones que eviten acciones de presión o retaliación por parte de las empresas¹⁸ evidencia que el Comité Redactor pasó por alto que las víctimas se encuentran en una verdadera situación de vulnerabilidad, la cual, en muchas ocasiones, es aprovechada por las empresas para minar las pretensiones de las víctimas por medios jurídicos, extrajurídicos e incluso ilícitos.

Al respecto, el Centro de Inversión Sostenible de la Universidad de Columbia señaló: “[...] in ignoring the ways in which companies have used legal tools to fight claims and thus impede access to remedy, has failed to adequately consider how the Rules might be used to further facilitate companies’ efforts to undermine access to justice [...]”.¹⁹ Esta realidad, que debió ser la base de la redacción de las RAEDH, no es diferente en Latinoamérica y, por el contrario, la CIDH ha indicado que los ataques en la región contra las personas que pretenden defender sus derechos en materia de DHE “varían desde restricciones a la libertad de expresión y reunión, golpizas, desalojos, intimidación, desprestigio y acoso judicial hasta torturas y asesinatos”.²⁰ Al pasar por alto este contexto social de las víctimas, no solo se mantienen las situaciones de riesgo, sino que el mecanismo bien intencionado de las Reglas de la Haya puede convertirse en un instrumento para presionarlas con el fin de que se sustraigan de la jurisdicción de sus Estados y queden a la deriva en la búsqueda de justicia.

En suma, se debe concluir que el arbitraje internacional en el marco de los DHE tiene un alcance limitado al momento de proteger los derechos de las víctimas e, incluso, puede resultar riesgoso para ellas. Lo anterior no implica que haya que descartar esta herramienta que, en todo caso, cuenta con diversas ventajas, pero sí deja claro que es un medio que, por sus características y concepción, se debe circunscribir únicamente a la reparación de las

¹⁶El artículo 45.2 de las RAEDH limita la decisión del tribunal a la posibilidad de ordenar diferentes tipos de reparación. Center for International Legal Cooperation - CILC (n 3) 77.

¹⁷Relatoría Especial sobre Derechos Económicos Sociales Culturales y Ambientales - REDESCA (n 2) 68-76.

¹⁸Shavana Haythornthwaite, ‘The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration: Noteworthy or Not Worthy for Victims of Human Rights Violations?’ (Kluwer Arbitration Blog, 5 May 2020) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/05/05/the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration-noteworthy-or-not-worthy-for-victims-of-human-rights-violations/>> accessed 30 June 2021.¹⁵CILC - Grupo de Trabajo de las Reglas de la Haya (n 10) 16.

¹⁹Lisa E. Sachs and others, ‘The Business and Human Rights Arbitration Rule Project: Falling Short of Its Access to Justice Objectives’ <https://scholarship.law.columbia.edu/sustainable_investment_staffpubs/152/?utm_source=scholarship.law.columbia.edu%2Fsustainable_investment_staffpubs%2F152&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages>.

²⁰Relatoría Especial sobre Derechos Económicos Sociales Culturales y Ambientales - REDESCA (n 2) 156.

víctimas. Por tanto, las Reglas de la Haya deben ser entendidas como un mecanismo válido —siempre que se tomen medidas para mitigar sus riesgos— pero complementario a la jurisdicción estatal, que sigue siendo la única con la capacidad de satisfacer cabalmente los derechos de las víctimas.

V. Conclusión y recomendaciones

Como se ha visto a lo largo de este ensayo, las Reglas de la Haya desarrollan un mecanismo que aporta, con las ventajas propias del arbitraje internacional, a la materialización del tercer pilar de los PREDH. Sin embargo, adolecen también de importantes limitaciones que les impiden responder de manera adecuada a las realidades de las regiones que más padecen conflictos en materia de DHE, como Latinoamérica, en donde las empresas también contribuyen a construir barreras para truncar el acceso a la justicia. Estas deficiencias pueden representar riesgos para las víctimas y la protección efectiva de sus derechos. Por ello, en caso de que los Estados latinoamericanos considerasen permitir su aplicación —teniendo en cuenta que necesitarían modificar su normativa interna pues, en la mayoría de ellos, los derechos humanos no son un asunto arbitrable—, se hacen las siguientes recomendaciones:

- Los Estados deben evaluar los beneficios y costos de aceptar las RAEDH, principalmente aquellos que recaen sobre la sociedad y las víctimas, siguiendo los estándares establecidos por el SIDH en materia de DHE y recordando que: i) las personas y su dignidad deben ser el centro de cualquier medida que se adopte en este campo, y ii) el Estado no se puede desentender de su obligación de proteger los derechos humanos.
- El arbitraje internacional de las Reglas de la Haya solo puede ser un mecanismo complementario a la justicia estatal, nunca sustitutivo de ella, pues los Estados conservan de manera principal las obligaciones de investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos conforme a la CADH.
- El alcance de las RAEDH se debe limitar solo a la determinación de la reparación de las víctimas. Que una víctima acuda al arbitraje, no libera al Estado de cumplir con sus obligaciones de investigar y sancionar a los responsables.
- El Estado debe garantizar los derechos de las víctimas ante la posibilidad de dirimir su conflicto a través del arbitraje internacional. Para ello, debe establecer normas imperativas encaminadas a proteger a las víctimas de presiones, abusos o retaliaciones por parte de las empresas. Igualmente, debe adoptar medidas que garanticen que el consentimiento de la víctima para acudir a un tribunal arbitral sea libre, por lo que se recomienda que solo sean válidas las cláusulas arbitrales que constituyan un contrato de opción en favor de la víctima, para que esta pueda escoger entre la justicia estatal y el arbitraje.

Mención de Honor

(Des)igualdad, derechos de acceso y defensores ambientales en Argentina.

Gomez Giacoia, Mariana

Universidad de Buenos Aires (UBA)

I. Introducción

El Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (en adelante “Acuerdo de Escazú”) ha sido ratificado por la República Argentina el 22 de enero de 2021, y entró en vigor el 22 de abril del mismo año.¹ Ha tomado una relevancia muy grande en la región latinoamericana, en virtud de ser el primer acuerdo vinculante en materia ambiental, el cual se centra en tres derechos como el acceso a la información pública, la participación ciudadana en la toma de decisiones y el acceso a la justicia (llamados también “derechos de acceso”). Otra novedad que trae este acuerdo, son las disposiciones específicas sobre los defensores de derechos humanos en asuntos ambientales.² Justamente, éste surge en un momento crítico de la conflictividad socioambiental en la región, y en particular para los defensores de derechos humanos. Este colectivo se encuentra atravesado por la impunidad ante la vulneración de sus derechos.³ En 2019, la Global Witness en su reporte menciona que se habían registrado 212 asesinatos de defensores de la tierra y el medio ambiente, siendo éste un récord mundial, y de cuyas muertes la mayoría habían sucedido en América Latina. Asimismo, hizo hincapié en el peligro que representan las industrias extractivas en general y la agroindustria para los defensores ambientales, generando un gran número de conflictos relacionados a esta actividad.⁴

Teniendo en cuenta este contexto, en esta breve exposición se abordan los elementos principales del Acuerdo de Escazú en el marco de su implementación en Argentina y algunos desafíos y oportunidades que ello representa para los defensores ambientales.

¹¿Qué es el Acuerdo de Escazú? (Argentina.gob.ar, 8 October 2020) <<https://www.argentina.gob.ar/ambiente/contenidos/escazu>> accessed 3 November 2021. Debe tenerse en cuenta que a raíz del sistema monista que adopta el país, esta normativa internacional es directamente aplicable.

²Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe 2018, Prefacio.

³Asamblea General de las Naciones Unidas ‘Situación de los defensores de los derechos humanos’ (15 julio 2019) A/74/159.

⁴Andrés Napoli y Andrea Sanhueza, ‘El aporte de la sociedad civil al Acuerdo de Escazú Nuevas formas para la negociación internacional’ en Sozzo Gonzalo, Prieur Michel y Napoli Andrés (eds), Acuerdo de Escazú. Hacia una democracia ambiental en América Latina y el Caribe (Ediciones UNL 2020) 151.

II. Cuestiones transversales

Tanto los derechos de acceso como la protección de los defensores se encuentran atravesados por dos cuestiones que son propias de los conflictos socioambientales.

En primer lugar, el ejercicio de defensa es llevado adelante por actores con distintas características, como pueblos u organizaciones indígenas, organizaciones campesinas, y en el último tiempo han ido creciendo también “nuevas formas de movilización y participación ciudadana centradas en la defensa de los bienes naturales, la biodiversidad y el ambiente.”⁵ En virtud de ello, especial atención deben tener los Estados, y las empresas⁶ en su deber de protección y respeto emanados de los PRNU, ya que ciertos colectivos requieren ser abordados desde un enfoque diferencial e interseccional.⁷ Esto es clave no solo para que el Estado pueda cumplir con las obligaciones que el Acuerdo de Escazú dispone, sino hacerlo desde la igualdad y no discriminación, principio eje en todo el Acuerdo.

En segundo lugar, estos conflictos se dan en general contra empresas transnacionales o nacionales, y/o contra los Estados. En esta relación tripartita existe una asimetría de poderes, en la cual las empresas suelen tener una alta influencia sobre el desarrollo económico y social, que genera un desequilibrio respecto de las comunidades, e incluso en muchas ocasiones con los mismos Estados. Ello termina reforzando desigualdades ya existentes en estas sociedades.⁸ Los defensores ambientales se instalan entonces en una disputa frente a grandes empresas constituidas como actores hegemónicos en el modelo extractivista y exportador; a gobiernos locales y/o provinciales en cuanto sus políticas tienden a incentivar estas actividades extractivas desde el discurso del progreso y desarrollo; y a su vez deben librar una lucha simbólica, dado que también confrontan con un modo de vida hegemónico y generalizado.⁹ La asimetría entre defensores y grandes empresas se acentúa cuando se trata de conflictos insertos en una economía de enclave.¹⁰ Es por todo ello, que resulta necesario para lidiar con dicha asimetría de poderes, que existan mecanismos efectivos de gobernanza de los recursos naturales y de democracia ambiental.¹¹

⁵Maristella Svampa y Enrique Viale, *Maldesarrollo La Argentina del extractivismo y el despojo* (1ra edn, Katz Editores 2014) 33-34. Los autores mencionan como ejemplo de nuevos movimientos socioambientales aquellos que resisten ante la instalación de la megaminería transnacional, el uso de agrotóxicos, la expansión territorial de la soja, el fracking, etc.

⁶CIDH, ‘Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos’ (1 de noviembre 2019) OEA/Ser.L/V/II, 155.

⁷CIDH, ‘Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos’ (1 de noviembre 2019) OEA/Ser.L/V/II, 34.

⁸CIDH, ‘Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos’ (1 de noviembre 2019) OEA/Ser.L/V/II, 14.

⁹Maristella Svampa y Enrique Viale, *Maldesarrollo La Argentina del extractivismo y el despojo* (1st edn, Katz Editores 2014) 36.

¹⁰Maristella Svampa, ‘La disputa por el desarrollo: territorio, movimientos de carácter socio-ambiental y discursos dominantes’ (Maristellasvampa.net, 12 de abril de 2008) <<http://maristellasvampa.net/archivos/ensayo43.pdf>> accessed 9 November 2021, 16. La autora expresa que en las economías de enclave las empresas concentran las actividades reorientando la economía local hacia actividades exportadoras. De este modo poseen un peso económico tal, que hasta a veces sustituyen al Estado.

¹¹Daniel Barragán, ‘Impacto del Acuerdo de Escazú frente a la conflictividad socioambiental’ en Sozzo Gonzalo, Prieur Michel y Napoli Andres (eds), *Acuerdo de Escazú. Hacia una democracia ambiental en América Latina y el Caribe* (Ediciones UNL 2020) 154.

III. Protección de defensores ambientales

El Acuerdo de Escazú reconoce explícitamente en el artículo 9 la labor de los defensores de derechos humanos en asuntos ambientales, y que son los Estados los que deben garantizar un entorno seguro y propicio para sus actividades, sin amenazas, restricciones o inseguridad. No solo deben tomar medidas para su protección, sino que deben promover los derechos de este colectivo, dentro de los que se incluye los derechos de acceso. Este artículo, ciertamente resulta ser un paso significativo hacia la búsqueda de democracia ambiental. En el caso de Argentina, no se contaba con una normativa específica sobre protección de los defensores, cuestión que ha sido recomendada como de suma importancia por la CIDH en sus informes temáticos, sosteniendo que es una manera de dotar de legitimidad la actividad de protección y promoción de los derechos humanos, y que propenden a la democracia, el Estado de Derecho y a la sociedad toda,¹² por su ejercicio de constante reclamo, monitoreo, visibilización y denuncia ante la falta de garantía o violación de los derechos humanos.¹³ Esta ratificación significa para Argentina no solo incorporar a su sistema legal esta disposición sino que además constituye una obligación internacional, con todo lo que ello conlleva. Sin embargo, la CIDH también menciona que la obligación del Estado no debe agotarse en un marco legal, sino que deben asegurarse condiciones reales en las cuales los defensores puedan realizar sus tareas¹⁴, y obviamente, deben tener una línea política coherente. Veremos a continuación, como la garantía o vulneración de los derechos de acceso influye en esta protección.

IV. Acceso a la información

Argentina cuenta con legislación específica que regula el acceso a la información pública ambiental, siendo la Ley 25.675, la 25.831, el Decreto 1172/03¹⁵ y la 27.275 las principales en la materia. Sin embargo, el país posee un alto grado de incumplimiento de éstas, lo cual robustece la conflictividad.¹⁶ El Acuerdo de Escazú¹⁷, entonces, en su mayoría refuerza las disposiciones ya vigentes en el territorio. Sin embargo, es de destacar que específicamente menciona la obligación de atención especial para grupos en situación de vulnerabilidad, y la asistencia de los mismos.¹⁸ Es decir, que incluye un enfoque diferenciado e interseccional. Cuando están involucrados pueblos indígenas, Argentina debe tener en cuenta el derecho

¹²CIDH, 'Criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos' (31 de diciembre 2015) OEA/Ser.L/V/II. Doc. 49/15, 148.

¹³AMarta González Domínguez, 'El derecho a defender los derechos humanos como un derecho autónomo' (2016) 63 Revista IIDH 105, 109.

¹⁴CIDH, 'Hacia una política integral de protección a personas defensoras de derechos humanos' (29 de diciembre 2017) OEA/Ser.L/V/II. Doc. 207/17, 91.

¹⁵Henry Jiménez Guanipa, 'El Acuerdo de Escazú y el derecho al acceso a la información dan luz a una nueva jurisprudencia Sentencia Fundación Ambiente y Recursos Naturales (farn) c/ ypf SA s/variados' (2019) 44 Revista Derecho del Estado 385, 393.

¹⁶Andrés Napoli, 'El Acuerdo de Escazú. Un paso significativo para la construcción de la democracia ambiental en América Latina y el Caribe' (2020) 2 REC < <https://rec.defensoria.org.ar/2020/12/10/el-acuerdo-de-escazu-un-paso-significativo-para-la-construccion-de-la-democracia-ambiental-en-america-latina-y-el-caribe/> > accessed 9 November 2021.

¹⁷Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe 2018, Art. 5 y 6.

¹⁸Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe 2018, 5.3-5.4.

de consentimiento libre, previo e informado que emana del Convenio 169 OIT. De igual manera deben hacerlo las empresas.¹⁹ También, resulta relevante que pone en cabeza del Estado la adopción de medidas necesarias para promover la información que esté en manos de entidades privadas con relación a sus operaciones y posibles riesgos y efectos en la salud humana y medio ambiente. Ello, viene a reforzar la disposición que emana del art. 16 de la Ley 25.675, y resulta esperanzador puesto que esa información puede ser utilizada como prueba por los defensores, la cual en muchas ocasiones es de imposible o difícil acceso porque generarlas resulta costoso, y porque las empresas son generadoras y propietarias de la información²⁰, hecho que marca la asimetría entre ambos actores. A modo de ejemplo, en la provincia de San Juan en 2015 hubo un derrame de solución cianurada en los ríos, el cual en un primer momento no fue reconocido ni por la empresa Barrick Gold ni por el Estado provincial.²¹ Posteriormente, la empresa fue gradualmente cambiando los valores de contaminación.²² A su vez, la Asamblea de Jáchal ante la desconfianza ha contratado a un perito estadounidense, Robert Moran, para que hiciera el análisis de calidad del agua,²³ lo cual contribuyó al litigio que el colectivo enfrentaba contra Barrick. En este punto, podría ser de gran eficacia la disposición del acuerdo de crear instituciones imparciales, con autonomía e independencia que fiscalicen la transparencia, y ejercicio de este derecho.²⁴

V. Participación en la toma de decisiones

Este derecho se encuentra regulado en el artículo 7 del Acuerdo de Escazú. Conforme lo menciona Gonzalo Sozzo, hace una distinción entre procesos participativos en relación con decisiones de cuestiones específicas, y en relación a decisiones generales. El autor remarca su importancia, dado que en Argentina existen “dos instrumentos de participación ciudadana en el campo ambiental: la consulta previa a las comunidades indígenas y las audiencias públicas en los procesos de evaluación de impacto ambiental. Ambas se refieren a decisiones ambientales específicas, a las que hace mención el artículo 7.1 del Acuerdo”.²⁵ Por lo tanto, amplía el marco normativo de este derecho. A su vez, el acuerdo dispone que las observaciones realizadas en el marco de estos procesos deben ser debidamente consideradas, y para ello luego en la decisión final debe fundamentarse la elección de tenerlas en cuenta o no, reforzando así lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 25.675. En cuanto a su difusión, el acuerdo incluye la necesidad de la accesibilidad y disponibilidad para todos, resaltando que es imperioso el acceso a la información para el ejercicio de la

¹⁹CIDH ‘Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos’ (1 de noviembre 2019) OEA/Ser.L/V/II, 208-209.

²⁰CIDH ‘Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos’ (1 de noviembre 2019) OEA/Ser.L/V/II, 37.

²¹Gerardo Larreta y otros, ‘Historia de un conflicto territorial: “Asamblea Jáchal no se toca” (Tercera Jornada de Sociología de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Cuyo, Mendoza, junio 2017) 7.

²²Telefé, ‘No todo lo que brilla es oro. Radiografía de una mina polémica’ (Telefé Noticias, 1 de junio de 2016) <<https://noticias.mitelefe.com/actualidad/no-todo-lo-que-brilla-es-oro-radiografia-de-una-mina-polemica/>>, 1’28”.

²³Telefé, ‘No todo lo que brilla es oro. Radiografía de una mina polémica’ (Telefé Noticias, 1 de junio de 2016) <<https://noticias.mitelefe.com/actualidad/no-todo-lo-que-brilla-es-oro-radiografia-de-una-mina-polemica/>>, 4’.

²⁴Paulo Affonso Leme Machado, ‘El derecho de acceso a la información ambiental en el Acuerdo de Escazú’, en Sozzo Gonzalo, Priour Michel y Napoli Andres (eds), Acuerdo de Escazú. Hacia una democracia ambiental en América Latina y el Caribe (Ediciones UNL 2020) 196.

participación. Incluso dispone la adecuación de los procesos de participación en torno a las características de los participantes. Respecto a este punto, no debe perderse de vista que cuando los involucrados sean pueblos indígenas rigen las disposiciones del Convenio 169 OIT sobre consulta previa, por el cual Argentina se encuentra obligado.

A pesar de ello, hoy en día los defensores ambientales se encuentran con barreras para ejercer este derecho, dado que son asesinados, amenazados u hostigados en virtud de las demandas y preocupaciones que expresan en torno a las actividades de explotación de los recursos naturales. Incluso en muchas ocasiones la respuesta estatal, lejos de canalizar el conflicto a través de la participación criminaliza las protestas²⁶ o a los propios defensores a través de la utilización de tipos penales, o la estigmatización. Ello se traduce en el silenciamiento e imposición de actividades sin el consentimiento, ni la consulta, a la comunidad o grupo.²⁷ Veamos algunos ejemplos. A finales del 2020 y principios de 2021, el gobierno provincial de Chubut ha intentado aprobar la zonificación que habilitaría la megaminería, sin tener en cuenta la oposición de la población, ni su voluntad histórica que en el año 2002 logró la no instalación de los proyectos mineros, y la sanción de la ley 5001 en consecuencia. Sin embargo, en junio se suspendió la sesión²⁸ (más no se abandonó). Algunas de las protestas en contra de este proyecto han tenido como respuesta estatal la represión,²⁹ así como deslegitimaciones por parte del gobernador como “a mi no me van a callar unos ruidosos”³⁰, y detenciones.³¹ De igual manera, en Catamarca se intensificaron las movilizaciones contra el proyecto minero Agua Rica, en el cual la respuesta estatal ha sido los allanamientos arbitrarios a viviendas, detenciones de asambleístas por incidentes que se les adjudica mientras ellos denuncian infiltrados, hostigamiento, persecución y difamación en los medios tildándolos de “antimineros violentos”.³² Es de destacar, que gran parte de estos conflictos tuvieron lugar ya estando en vigor el Acuerdo de Escazú, y claramente son opuestos al deber de proteger, investigar y sancionar por tales hechos emanados del artículo 9. Finalmente, en la Capital del país, se llevaron adelante audiencias públicas a finales del 2020 tras la intención de vender tierras costeras al sector inmobiliario. El resultado arrojó un amplio rechazo al proyecto del gobierno porteño, el 97% de los oradores.³³ Si bien estas audiencias no fueron realizadas en momento “oportuno” como dispone Escazú, dado que previamente la justicia fue quien ordenó la suspensión del proyecto, lo cierto es que resta esperar cómo decide seguir el poder ejecutivo.

²⁶CAndrés Napoli y Andrea Sanhueza, ‘El aporte de la sociedad civil al Acuerdo de Escazú Nuevas formas para la negociación internacional’ en Sozzo Gonzalo, Prieur Michel y Napoli Andrés (eds), Acuerdo de Escazú. Hacia una democracia ambiental en América Latina y el Caribe (Ediciones UNL 2020) 151.

²⁷Coalición por los Derechos Humanos en el Desarrollo, ‘Riesgos no calculados: amenazas y ataques contra personas defensoras de derechos humanos y el papel de quienes financian el desarrollo’ (2019) 12 Pulso Ambiental 6, 9.

²⁸Se suspendió la sesión para aprobar la megaminería en Chubut por el fuerte repudio social’ (Infobae, 4 de marzo de 2021) <<https://www.infobae.com/politica/2021/03/04/se-suspendio-la-sesion-para-aprobar-la-megamineria-en-chubut-por-el-fuerte-repudio-social/>> accessed 9 November 2021.

²⁹Las movilizaciones contra la zonificación minera en Chubut volvieron a frenar a Arcioni’ (Tierra Viva Agencia de Noticias, 4 de marzo de 2021) <<https://agenciatierraviva.com.ar/las-movilizaciones-contr-la-zonificacion-minera-en-chubut-volvieron-a-frenar-a-arcioni/>> accessed 9 November 2021.

³⁰Melisa Molina, ‘Crece el conflicto por la megaminería en Chubut’ (Página 12, 29 de noviembre de 2020) <<https://www.pagina12.com.ar/308754-crece-el-conflicto-por-la-megamineria-en-chubut>> accessed 9 November 2021.

³¹Argentina. Reprimen masiva marcha contra la megaminería en la provincia de Chubut’ (Nodal, 25 de noviembre de 2020) <<https://www.nodal.am/2020/11/argentina-reprimen-masiva-marcha-contr-la-megamineria-en-la-provincia-de-chubut/>> accessed 9 November 2021.

³²Darío Aranda, ‘Andalgalá: los asambleístas denunciaron persecuciones y “allanamientos arbitrarios y violentos”’ (Página 12, 14 de abril de 2021) <<https://www.pagina12.com.ar/>> accessed 9 November 2021.

³³Lisa Cargnelutti, ‘Terminó la audiencia por Costa Salguero y más del 97% de los oradores rechazó la privatización’ (Télam, 28 de enero de 2021) <<https://www.telam.com.ar/notas/202101/542917-audiencia-publica-costa-salguero-legislatura-portena.html>> accessed 9 November 2021.

VI. Acceso a la justicia

Teniendo en cuenta lo mencionado en los puntos anteriores, cabe recalcar la importancia que reúne este derecho para la protección de los defensores en función de todo lo que dispone el Acuerdo de Escazú, y los tres pilares de los PRNU. Para un efectivo deber de protección del estado y respeto de las empresas, es vital una instancia en la cual reclamar la vulneración de derechos. En este punto, vuelve a cobrar relevancia lo mencionado sobre la necesidad de facilitar la producción de la prueba, a fin de eliminar las barreras que impiden el acceso a los defensores y que responde a las asimetrías entre los actores.³⁴ Así como también la importancia para terminar con la situación de impunidad de los hechos que vulneran sus derechos,³⁵ a través de la investigación y sanción correspondiente. Es justamente por el sentimiento de falta de justicia que organizaciones y defensores se encuentran exigiendo en Argentina que los delitos ambientales sean considerados delitos penales, con la finalidad de que las empresas a las cuales se las señala de causar impactos negativos en las comunidades no realicen sus operaciones con impunidad, o, que la sanción se traduzca en una mera multa³⁶ que en general las empresas pueden financiar. Así sucedió en el caso de San Juan, Jáchal, en el cual, ante el derrame de 2015, se multó a la Barrick Gold.³⁷ Luego hubo al menos dos derrames más.

VII. Palabras finales

A modo de conclusión, el Acuerdo de Escazú se presenta no solo como un refuerzo de los PRNU sino de la legislación argentina. De este modo, se convierte en una gran oportunidad para comenzar a trabajar en torno a una mayor democracia, y una merma de los conflictos, a través del reconocimiento de la labor de los defensores ambientales y una buena gestión de los derechos de acceso que considere las características de los actores. A su vez, se convierte en una herramienta más para los defensores a la hora de exigir el cumplimiento de derechos, y su propia protección. Sin embargo, si bien pareciera haber una voluntad política hacia el logro de estos objetivos, las medidas legislativas no son suficientes ni efectivas por sí solas, sino que depende de la implementación que el Estado Argentino haga de ellas. Esta implementación debe ser integral y coherente, y por lo tanto la respuesta estatal ante los reclamos no puede ser nunca la represión, así como tampoco nulos o insuficientes esfuerzos por revertir el hostigamiento, las amenazas y los asesinatos que se perpetran contra el colectivo. Finalmente, es probable que para lograrlo, el desafío más grande para la implementación de los derechos que dispone el Acuerdo de Escazú sea romper con la gran asimetría de poder entre defensores, empresas y estado, sobre todo si los dos actores que deben garantizarlo utilizan su poder para silenciar y no para debatir. Lo cierto es, que todavía queda camino por andar.

³⁴CCIDH, 'Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos' (1 de noviembre 2019) OEA/Ser.L/V/II, 74.

³⁵Asamblea General de las Naciones Unidas 'Situación de los defensores de los derechos humanos' (15 julio 2019) A/74/159.

³⁶FARN, 'Delitos ambientales al Código Penal' (FARN, 13 de Abril 2021) <<https://farn.org.ar/delitos-ambientales-al-codigo-penal/>> accessed 8 November 2021.

³⁷Enrique Viale, 'Desidia Veladero: el modelo minero pone en jaque al Estado de Derecho' [2017] Informe Ambiental FARN <https://farn.org.ar/wp-content/uploads/2020/06/2017_IAF.pdf> accessed 9 November 2021, 179.

Mención de Honor

Trabajo informal en vendedores ambulantes de multinacionales en Colombia: obstáculo al acceso del trabajo decente.

Vinasco Ladino, Dora Maria

Universidad La Gran Colombia

I. La economía informal

Uno de los grandes problemas con los que se enfrentan los países latinoamericanos en el mercado laboral es la informalidad. Uno de los primeros que hace un acercamiento al concepto de económico de la informalidad, es el antropólogo británico Keith Hart, quien en los estudios que realizó determinó dos modelos de ingresos: el trabajo remunerado y el trabajo que realiza cada persona por su propia cuenta, a este último lo definió como informal. La problemática de la informalidad igualmente, ha sido estudiado por organismos como la OIT que señala que la informalidad es un sinónimo pobreza, pues considero que la actividad de la informalidad obstaculiza tener ingresos, un capital y una organización.¹

Otro autor que ha realizado un aporte al estudio de la economía informal es el economista peruano Hernando de Soto, quien visibiliza la economía informal desde una perspectiva contemporánea y considero que se divide por sectores, el primero corresponde a las actividades formales que son de carácter legal, y considera que la legalidad está al servicio de la distribución de las riquezas ya que tiene buenas leyes, no obstante, la segunda se torna en actividades informales que se encuentran bajo malas leyes, por ende, presentan dificultades para funcionar y las personas se ven en la necesidad de crear instituciones jurídicas paralelas, lo que implica que se encuentran en la precariedad.²

Es de aclarar que, la informalidad es un modelo de sustento económico, por medio del cual se adquieren bienes y servicios, siendo una actividad que es ejercida por personas que no tienen más alternativas dentro del trabajo formal, ya que se encuentran excluidos del mismo, siendo la población más vulnerable y en extrema pobreza quien la ejerce.

¹Alejandro Porter and William Haller, La economía informal, vol. II (ONU 2004) <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6091/S0411855_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

²Hernando De Soto, El otro sendero (3rd edn, Ausonia 1987) <https://www.elcato.org/pdf_files/Prologo-Vargas-Llosa.pdf>.

También es importante mencionar que, uno de los obstáculos que se tiene para ingresar a laborar al sector de la formalidad es la carencia en una educación, lo que conlleva a que sean las personas jóvenes, adultos mayores y mujeres quienes ejercen en mayor medida los trabajos informales.

II. La economía informal en Colombia

Colombia tiene un déficit en trabajo decente, pues las ofertas laborales son muy reducidas, y ante la imposibilidad de obtener un empleo formal, la economía informal se convierte en la única posibilidad que permite tener una ocupación que genere ingresos. De hecho, el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas-DANE siguiendo los parámetros establecidos por la OIT mediante la resolución 15ª la OIT de 1993 que determinó como objetivo principal la creación de estadísticas que sean detalladas y fiables y recomendaciones en cuanto a políticas de apoyo para mejorar el trabajo, bajo estos criterios el DANE tiene la obligación de dar a conocer las cifras estadísticas de la informalidad.

De acuerdo al informe presentado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas-DANE, en Colombia la informalidad para el trimestre de noviembre del año 2019 a enero del año 2020 en 13 ciudades del país fue del 46,6%, y para los hombres la informalidad es el 45% y en las mujeres el 48,5%,³ y para el mes de febrero a abril del año 2021 los que se encuentran en la informalidad es del 47,4%, de igual forma los hombres están con el 47% y las mujeres en 47,8%⁴ Es importante aclarar que, las cifras del año 2021 son una estimación que realiza el DANE, por consiguiente, se puede decir que en la actualidad se desconoce en Colombia el número real de las personas que se encuentran en la actividad de la informalidad. Lo anterior evidencia como en los últimos 3 años el trabajo informal constituye casi el 50% del trabajo que se realiza en Colombia.

Por otro lado, los factores que influyen a que las cifras de la informalidad se aumenten es el desempleo, pues las personas que no encuentran opciones de un trabajo formal acuden a la informalidad para poder obtener ingresos. En Colombia la tasa de desempleo para abril del año 2020 fue el 19,8%, aunque para abril del año 2021 fue el 15%.⁵ Sin embargo, en el informe de abril del año 2021 el DANE incluye a las personas que laboran por cuenta propia, para con ello obtener cifras que disminuyan la realidad del desempleo. Esta forma de obtener cifras bajas no es adecuada, ya que al no incluir a este grupo de personas como una alternativa creciente de empleo invisibiliza la problemática que afecta negativamente la economía, pues la informalidad carece de las características de un trabajo decente.

³DANE, 'Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH)' (DANE 2020) Boletín Técnico Medición de empleo informal y seguridad social <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_informalidad/bol_ech_informalidad_nov19_ene20.pdf>.

⁴DANE, 'Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH)' (DANE 2021) Boletín Técnico Medición de empleo informal y seguridad social <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_informalidad/bol_geih_informalidad_feb21_abr21.pdf>.

⁵DANE, 'Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH)' (DANE 2021) Boletín Técnico Medición de empleo informal y seguridad social <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech/bol_empleo_abr_21.pdf>.

III. La vulneración de los derechos laborales de los vendedores informales

En Colombia dentro de la informalidad se encuentran los vendedores ambulantes, los cuales son categorizados como aquellas personas que se desplazan por las calles para vender sus mercancías, adicionalmente se categorizan en tres grupos, el primero son vendedores que se encuentran en un punto fijo, el segundo se desplaza a una corta distancia y el tercero son ocasionales, pues solo aparecen en ciertas temporadas específicas.⁶ En Colombia el vendedor informal es definido como personas que se dedican de manera voluntaria a realizar actividades de comercio y de bienes y servicios en espacios públicos con el fin de obtener un medio de subsistencia.⁷

La tercerización está definida como una forma en la que se organiza el sistema productivo mediante una técnica de realizar contrataciones o subcontratar empresas externas, con el fin de que obren como proveedoras que permiten a las empresas realizar múltiples facetas o actividades.⁸ La tercerización permite que las empresas bajen los costos, puesto que la mano de obra se reduce, y con ello logran obtener mejores ingresos económicos.

Igualmente, dentro de las estructuras empresariales no solo utiliza la tercerización también se producen varios esquemas como los son; la exteriorización del empleo, descentralización productiva y subcontratación, todos ellos son un fenómeno que crea una nueva organización de trabajo que posibilita en tener trabajadores ficticios externos. Dichos trabajadores pueden depender bajo la dirección de la empresa o de la empresa contratista o subcontratista.”⁹ sumado a que, la tercerización permite que se promueva la informalidad.

En Colombia los vendedores informales se encuentran dentro del modelo microempresarios de ventas, muchos de los cuales venden los productos de las multinacionales, como a la Multinacional Quala S.A, o Colombina S.A., las cual utiliza un marketing de mercado comercial para poder promover estrategias, que son ejecutada a través de los vendedores informales para con ello implementar las ventas.

En lo que respecta a la Multinacional Quala S.A, tiene una trayectoria de más de 40 años, y realiza las distribuciones de sus productos en diferentes países de Latino América (Perú, México, Ecuador, Colombia entre otros) ofertando variedad de productos (alimentos y comestibles), entre los cuales se encuentran Bonice y vive 100, productos que son distribuidos mediante estrategias de mercadeo para estar más cerca del consumidor.

De igual forma, la compañía realiza el suministro de sus productos por intermedio de las microempresas y estas a su vez promueven el producto con los vendedores informales, a

⁶Fernando Ballesteros Díaz and Carlos Alberto Garzón Medina, ‘El comercio informal en la ciudad de Manizales problema sin solución?’ (Concurso de Monografía, Escuela Superior de Administración Pública-ESAP 1991).

⁷Ley 1988 2019 6.

⁸Eduardo Álvarez, ‘Tercerización, Descentralización productiva y Derecho de Trabajo’ (2012) I Revista DDT 16.

⁹Oscar Uriarte and Natalia Colotuzo, Descentralización, tercerización, subcontratación (Primera, Oficina Internacional del Trabajo OIT 2009) <<http://www.relat.org/documentos/CILAS.OIT.ErmidaLibro2009.pdf>>.

quienes los denominan trabajadores independientes y dueños de su propio negocio, sin embargo, es la empresa Quala quien suministra los elementos a los vendedores informales como lo son; los uniformes, carro-nevera, la sombrilla, tijeras.¹⁰

Es importante mencionar que, las personas que se dedican a las ventas informales ejercen dicha actividad porque no tienen oportunidades de acceder a un empleo formal en dignas condiciones, además, es la única forma de tener un ingreso económico, sumado a que, muchas de ellas se encuentran en la extrema pobreza, razón por la cual inevitablemente sólo tiene la opción de ingresar al mercado laboral como vendedores informales.

Adicionalmente, vale traer a colación que Quala está utilizando una figura ficticia considerando los trabajadores autónomos a través de la informalidad, que permite el suministro de recursos humanos para promover las ventas de sus productos, implicando que la empresa se está “beneficiando de obtener menos costos de la informalidad, lo cual desde luego genera un aumento en la inseguridad del trabajo y precarización que conllevan a que se desmejoren las condiciones laborales de los trabajadores que son tercerizados.¹¹ Sumado a que la informalidad permite evadir responsabilidades por medio de las empresas intermediarias y aumenta la economía informal.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede decir que los derechos de los vendedores informales son vulnerados, pues son ellos quienes deben “soportar malas condiciones de trabajo, de igual forma los ingresos que perciben de las ventas son irregulares y bajas, a pesar de que realizan largas jornadas de trabajo. Tampoco están dentro de un sistema de seguridad social integral, de ahí que, se encuentran en un déficit de tener un trabajo decente. Es bueno precisar que, los vendedores informales también enfrentan problemas con la ausencia de la reglamentación de las ventas ambulantes en los espacios públicos, pues cada día que salen a trabajar están con la incertidumbre ya que su actividad es considerada ilegal por invadir el espacio público”.¹²

Responsabilidad social de las empresas con los vendedores informales que promueven sus productos

La responsabilidad social empresarial- RSE se fundamenta en que las empresas dejan de ser una organización, en la cual las relaciones solo eran entre los trabajadores y empresarios como una contraposición de la fuerza del trabajo, para que inicien a relacionarse con todos los grupos de interés de una sociedad.¹³ Por lo tanto, la gestión de la responsabilidad social de las

¹⁰Alejandro González, 'DE LA SEGURIDAD A LA INCERTIDUMBRE LABORAL Estudio de caso a profundidad sobre los adultos mayores vendedores de Bon Ice en la localidad de Kennedy en el año 2017' (Universidad Santo Tomas 2017) <<https://repository.usta.edu.co/handle/11634/9349>>.

¹¹Uriarte and Colotuzo (n 9).

¹²OIT, 'El Entorno Normativo y La Economía Informal' <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_policy/documents/publication/wcms_229850.pdf>.

¹³Óscar González and others, 'El Libro Blanco de la RSE en España: la gestión de empresas desde la Responsabilidad Social En XI Congreso de Ingeniería de Organización. 2007' (2007) <http://adingor.es/congresos/web/uploads/cio/cio2007/corporate_social_responsibility/1545_1556.pdf>.

empresas va dirigida en los recursos humanos, en fortalecer la gestión en lo concerniente a los derechos humanos, y velar por las necesidades que tienen los trabajadores. Por ello al evadir su responsabilidad social causa impactos negativos que no responden satisfactoriamente a las necesidades de lo social.

En este sentido, cuando las empresas promueven la informalidad mediante la figura de microempresario y trabajadores independientes, lo cual está afectando a un grupo de personas que se encuentran vulnerables, implicando que la empresa deja de un lado su RSE y se consolida en su bienestar unitario y no colectivo. Lo que conlleva a que el vendedor informal deba asumir los riesgos de su actividad sin tener un respaldo de la empresa. Sumado a que, el trabajador queda por fuera del ámbito laboral ya que es la propia empresa quien lo excluye pues lo considera como un trabajador independiente, considerando que el vendedor informal solo comercializa sus productos y por ende no tiene ningún tipo de vínculo laboral.

El comportamiento de las empresas, entre las cuales se encuentra la compañía Quala, en realizar la tercerización para vincular el fenómeno de la economía informal no es el adecuado, pues “la Multinacional Quala se encuentra dentro de las 16 compañías con mayor crecimiento global en América Latina”¹⁴ lo que deja en evidencia que las ventas que promueven los vendedores informales están contribuyendo al aumento del capital, por ende, el desconocer los derechos laborales de este grupo de trabajadores por medio de la informalidad conlleva a una práctica ilegal y está dentro de un esquema triangular.

Teniendo en cuenta que los parámetros de la responsabilidad social empresarial se centran en un colectivo, es necesario que las empresas reflexionen sobre la modalidad de distribución de sus productos y replanteen brindar mejores condiciones laborales y eliminar la informalidad de los vendedores. Así las cosas, aplican la RSE que tiene no solo con un grupo de personas que se encuentran en la tercerización sino también con una comunidad en general.

Igualmente, se deben tomar acciones dentro de las empresas como la implementación de la recomendación 204 establecida por la OIT, la cual contiene parámetros que ayudan a realizar “una transición de la informalidad a la formal, con la cual se busca fomentar un desarrollo sostenible con miras a incorporar la economía informal a la formal, para con ello lograr oportunidades en los ingresos, sustento y emprendimiento.”¹⁵ Por lo tanto, las empresas deben asumir la RSE y tomar las iniciativas para promover la economía formal sin necesidad de que el Estado tenga que imponerlo.

¹⁴LUCY JAY-KENNEDY., ‘El Foro Económico Mundial reconoce a 16 compañías de América Latina como empresas de crecimiento global’ <https://www3.weforum.org/docs/WEF_NR_LA14_Globalizers_SP.pdf>.

¹⁵Recomendación 204 RECOMENDACIÓN SOBRE LA TRANSICIÓN DE LA ECONOMÍA INFORMAL A LA ECONOMÍA FORMAL 2015 14.

IV. El trabajo decente para los vendedores informales en Colombia

El trabajo decente de acuerdo con la definición que dio la OIT es considerado un trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad. Aunque a través del tiempo la OIT ha ampliado el concepto, pues considera que dentro del trabajo decente se incluye la calidad del empleo y estabilidad del mismo.¹⁶

Por lo anterior, los vendedores que se encuentran en la informalidad tienen derecho a obtener un trabajo decente, aunque la tercerización obstaculiza poder llegar a acceder a un trabajo decente no significa que no se puedan reincorporar al sistema económico formal.

Es por ello que para poder lograr y avanzar en un trabajo decente la OIT a través de la recomendación 204 resalta la importancia de los derechos de los trabajadores, la inclusión de los principios laborales, las condiciones que debe tener un trabajo decente y la incorporación que se debe realizar a la economía formal, por ende, hace un llamamiento a los estados miembros con el fin de crear estrategias y políticas públicas, adopten medidas asertivas que logren incorporar a los trabajadores que se encuentren en la economía informal.¹⁷

En Colombia existen normas que promueven el trabajo, como referencia en la Constitución Política su preámbulo establece el trabajo para todos, igualmente en el artículo 1 determina el respecto a la dignidad humana y en el trabajo, aún el artículo 25 señala que: “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado”, sumado a que toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.¹⁸ Sin embargo, no son lo suficiente para evitar la tercerización, y que se vulneren los derechos de los trabajadores informales que están bajo dicha modalidad.

Es imprescindible lograr una inclusión de los vendedores ambulantes que se encuentran tercerizados, para conducirlos dentro de una línea de crecimiento, justicia y sostenibilidad, pues son trabajadores que en su mayoría mediante las ventas aportan al crecimiento económico de las empresas, por ende, las empresas deben apuntar a generar empleos y promover el trabajo decente, y que reconozcan que los vendedores informales no son un costo dentro de la empresa, al contrario se les debe aportar una retribución ofreciendo trabajos de calidad por la gestión que realizan cada día en la distribución de sus productos.

¹⁶A Oscar Uriarte, 'Trabajo decente y formación profesional' <https://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/file_articulo/erm.pdf>.

¹⁷Recomendación 204 RECOMENDACIÓN SOBRE LA TRANSICIÓN DE LA ECONOMÍA INFORMAL A LA ECONOMÍA FORMAL.

¹⁸Constitución Política de Colombia 1991 150.

V. Conclusiones

Uno de los graves problemas que enfrenta la economía de mercado en los países Latinoamericanos dentro de ellos Colombia es la informalidad que como se evidencia en el presente escrito asciende al 47.4% para el año 2021 (DANE), lo que significa que en Colombia casi la mitad del trabajo es informal.

Dentro de los trabajos informales, que se destacan en las principales ciudades en Colombia se encuentran los vendedores ambulantes, quienes venden productos y servicios en el espacio público generalmente a multinacionales como Quala S.A. o Colombina S.A., entre otras. Sin que las multinacionales generen ningún vínculo de carácter laboral, ya que son considerados microempresarios.

Aspecto desde todo punto de vista violatorio no sólo a los derechos laborales de los vendedores ambulantes, sino a la Responsabilidad Social Empresarial, ya que dentro de esta responsabilidad se encuentra el fortalecimiento de los derechos humanos y las necesidades del entorno social de las empresas. Al utilizar las multinacionales manos de obra informal en la venta de sus productos sin garantías laborales, viola igualmente el concepto de trabajo decente.

Referencias Bibliográfica

- Álvarez E, 'Tercerización, Descentralización productiva y Derecho de Trabajo' (2012) I Revista DDT 16.
- Ballesteros Díaz F and Garzón Medina CA, ¿'El comercio informal en la ciudad de Manizales problema sin solución?' (Concurso de Monografía, Escuela Superior de Administración Pública-ESAP 1991).
- DANE, 'Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH)' (DANE 2020) Boletín Técnico Medición de empleo informal y seguridad social <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_informalidad/bol_ech_informalidad_nov19_ene20.pdf>
- —, 'Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH)' (DANE 2021) Boletín Técnico Medición de empleo informal y seguridad social <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech/bol_empleo_abr_21.pdf>
- —, 'Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH)' (DANE 2021) Boletín Técnico Medición de empleo informal y seguridad social <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_informalidad/bol_geih_informalidad_feb21_abr21.pdf>

- De Soto H, El otro sendero (3rd edn, Ausonia 1987) <https://www.elcato.org/pdf_files/Prologo-Vargas-Llosa.pdf>
- González A, 'DE LA SEGURIDAD A LA INCERTIDUMBRE LABORAL Estudio de caso a profundidad sobre los adultos mayores vendedores de Bon Ice en la localidad de Kennedy en el año 2017' (Universidad Santo Tomas 2017) <<https://repository.usta.edu.co/handle/11634/9349>>
- González Ó and others, 'El Libro Blanco de la RSE en España: la gestión de empresas desde la Responsabilidad Social En XI Congreso de Ingeniería de Organización. 2007' (2007) <http://adingor.es/congresos/web/uploads/cio/cio2007/corporate_social_responsibility/1545_1556.pdf>
- JAY-KENNEDY. L, 'El Foro Económico Mundial reconoce a 16 compañías de América Latina como empresas de crecimiento global' <https://www3.weforum.org/docs/WEF_NR_LA14_Globalizers_SP.pdf>
- OIT, 'El Entorno Normativo y La Economía Informal' <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_policy/documents/publication/wcms_229850.pdf>
- Porter A and Haller W, La economía informal, vol. II (ONU 2004) <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6091/S0411855_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
Uriarte O, 'Trabajo decente y formación profesional' <https://www.oitinterfor.org/sites/default/files/file_articulo/erm.pdf>
- Uriarte O and Colotuzo N, Descentralización, tercerización, subcontratación (Primera, Oficina Internacional del Trabajo OIT 2009) <<http://www.relats.org/documentos/CILAS.OIT.ErmidaLibro2009.pdf>>
- Constitución Política de Colombia 1991 150
- Ley 1988 2019 6
- Recomendación 204 RECOMENDACIÓN SOBRE LA TRANSICIÓN DE LA ECONOMÍA INFORMAL A LA ECONOMÍA FORMAL 2015 14

B



Categoría B - Premiados



Estudiantes de maestría y doctorado

As diligências abertas da América Latina: avanços na responsabilização em investimentos, tratados e arbitragem internacional.

Catuninho Azevedo, Hiran

Facultad Universidade de Tsukuba – Programa de Políticas Públicas e Econômicas (PEPP-CEP)

I. Introdução

Na última década, houve uma mudança nos acordos de investimento, que tradicionalmente focavam na proteção unilateral de investidores e investimentos - principalmente empresas multinacionais, mas agora cada vez mais se voltam para uma abordagem mais equilibrada para incluir a responsabilidade social corporativa (RSC).^{1 2 3 4 5} Isso significa que os acordos de investimento protegerão não apenas os direitos dos investidores, mas também os de terceiros cujos direitos são afetados pelas condutas e atividades dos investidores. A necessidade de tal abordagem equilibrada surgiu primeiramente no contexto da arbitragem, em que a reclamação apresentada por investidores contra a violação de seus direitos tem sido cada vez mais questionada pelos Estados para exercer seus direitos regulatórios relativos às obrigações corporativas, tais como direitos humanos e problemas ambientais.^{6 7} Essas demandas crescentes exigem basicamente que as entidades empresariais invistam de forma a manter o equilíbrio entre a maximização dos lucros e o respeito aos direitos humanos e ao meio ambiente.

¹ Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento – UNCTAD, Investment Policy Framework for Sustainable Development (2015). <https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf> acessado 3 nov 2021.

² Mary Footer, “Bits and Pieces: Social and Environmental Protection in the Regulation of Foreign Investment” (2009) Michigan State Journal of International Law 18(1).

³ Peter Muchlinski, “Policy Issues” in Peter Muchlinski, Federico Ortino e Cristoph Schreuer (eds), The Oxford Handbook of International Investment Law (Oxford University Press 2008).

⁴ Peter Muchlinski, “Corporate Social Responsibility” in Peter Muchlinski, Federico Ortino e Cristoph Schreuer (eds), The Oxford Handbook of International Investment Law (Oxford University Press 2008).

⁵ Eva Van Der Zee, “Incorporating the OECD Guidelines in International Investment Agreements: Turning a Soft Law Obligation into Hard Law?” (2013) Legal Issues of Economic Integration 40(1).

⁶ Marc Jacob, “International Investment Agreement and Human Rights” (2010) INEF Research Paper Series 03. <https://www.uni-due.de/imperia/md/content/inef/mune_03.2010.pdf> acessado 3 nov 2021.

⁷ Stefanie Schacherer, “International Investment Law and Sustainable Development: Key Cases from the 2010s” (2018) International Institute for Sustainable Development <<https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/investment-law-sustainable-development-ten-cases-2010s.pdf>> acessado 3 nov 2021.

Ao fazê-lo, espera-se que as empresas cumpram as normas e princípios globalmente aceitos para o investimento socialmente responsável, como a obrigação da devida diligência em direitos humanos, conforme estipulado no Pilar II dos Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos e as Diretrizes da Organização de Cooperação Econômica (OCDE) para Empresas Multinacionais. Desde 2011, tem sido amplamente aceito que a devida diligência em direitos humanos é um mecanismo de gestão de risco contínuo adequado para ajudar investidores e empresas a identificarem, prevenirem, mitigarem e contabilizarem de forma razoável como eles abordam impactos adversos aos direitos humanos.⁸ Esse processo inclui:⁹

- 1) avaliar os impactos reais e potenciais sobre os direitos humanos;**
- 2) integrar e agir de acordo com as descobertas;**
- 3) rastrear as respostas;**
- 4) comunicar como os impactos são tratados.**

O problema é que, como a obrigação da devida diligência em direitos humanos é um marco regulatório não vinculante, cabe aos investidores cumpri-la ou não. A dificuldade de seu cumprimento surge quando há conflito de interesses entre o propósito do negócio para a maximização do lucro e a exigência de sua responsabilidade social. A fim de manter o equilíbrio entre os dois, a princípio, do ponto de vista jurídico, cabe ao Estado o dever principal de zelar pelo cumprimento da responsabilidade social por parte dos investidores em seus investimentos. O Estado pode fazer isso, por exemplo, transformando essa obrigação voluntária de devida diligência em direitos humanos em uma obrigação, ou fornecendo diretrizes para garantir a conformidade corporativa com o investimento socialmente responsável sob sua jurisdição. Ao mesmo tempo, deve-se observar que o caráter não vinculante (voluntário) não significa que a obrigação de devida diligência em direitos humanos não tenha implicações jurídicas e morais. Uma vez que os investidores aceitem a obrigação de devida diligência em direitos humanos em seus contratos ou em suas políticas empresariais, cria-se um dever direto de cuidado com os direitos humanos, bem como uma falha em sua implementação torna-se evidência de uma violação de tal dever em disputas legais.¹⁰ A mesma evidência pode ser utilizada para exigir dos investidores responsabilidade moral perante o tribunal da opinião pública, o que, conseqüentemente, pode ocasionar danos à sua reputação.

Assim, o desenvolvimento regulatório pelos Estados para garantir o equilíbrio entre os direitos do investidor de obter lucros e a obrigação de respeitar os direitos humanos é de particular relevância. Este artigo tem como objetivo mostrar o desenvolvimento regulatório e político recente na América Latina, que tenta implementar essa abordagem equilibrada. O foco será no desenvolvimento recente para a incorporação de cláusulas orientadas aos direitos humanos em tratados internacionais de investimento, incluindo tratados bilaterais de investimento, e mecanismos de arbitragem de disputas comerciais e de direitos humanos.

⁸Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos, 2011 Princípio 17.

⁹MPrincípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos, 2011 Princípio 18.

¹⁰Peter Muchlinski, "Implementing the New UN Corporate Human Rights Framework: Implications for Corporate Law, Governance and Regulation" [2012] Business Ethics Quarterly 22(1).

II. O dever do estado de proteger e regular os direitos humanos em regimes de investimento

A preocupação com a necessidade de incorporar questões sociais, como direitos humanos e meio ambiente, tem sido cada vez mais levada em consideração por alguns países em seus tratados bilaterais de investimento.^{11 12}

Alguns acordos fizeram referência ao desenvolvimento sustentável e à responsabilidade social corporativa apenas em termos gerais, enquanto outros, a padrões específicos de responsabilidade social corporativa reconhecidos internacionalmente. No acordo de livre comércio entre União Europeia, Colômbia e Peru,¹³ por exemplo, o Título IX sobre "Comércio e Desenvolvimento Sustentável" prevê que, ao se esforçarem para buscar o comércio e o investimento em bens e serviços, "as partes concordam em promover as melhores práticas de negócios relacionadas à responsabilidade social corporativa".¹⁴

O Brasil impôs obrigações diretas de responsabilidade social corporativa aos investidores em alguns de seus tratados bilaterais de investimento, conhecidos como Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI). Desde 2015, alguns destes acordos exigem que os investidores se esforcem para alcançar o mais alto nível possível de contribuição para o desenvolvimento sustentável da Parte Anfitriã e da comunidade local, por meio da adoção de um alto grau de práticas socialmente responsáveis, baseadas nos princípios e padrões voluntários estabelecidos nos artigos sobre responsabilidade social corporativa.^{15 16 17} Esses Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos não mencionaram especificamente quais princípios e padrões voluntários de responsabilidade social corporativa um investidor deve cumprir. Foi posteriormente no ACFI Brasil-Etiópia¹⁸ e no ACFI Brasil-Emirados Árabes Unidos de 2019¹⁹ que as disposições sobre responsabilidade social corporativa fizeram referência específica às Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais como princípio voluntário aplicável e padrão de conformidade.

No entanto, no último ACFI celebrado com a Índia, não houve nenhuma referência explícita a quaisquer princípios e padrões voluntários específicos, mas apenas princípios e padrões adicionais definidos em "políticas internas, como declarações de princípios que foram endossadas ou são apoiadas pelas Partes".²⁰ Isso significa que se os Estados Partes dos ACFIs endossaram os Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos

¹¹Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento – UNCTAD, Investment Policy Framework for Sustainable Development (2015). <https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf> acessado 3 nov 2021.

¹²Peter Muchlinski, "The Impact of Business and Human Rights Treaties on Investment Law and Arbitration" in Surya Deva e David Bilchitz (eds), Building A Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours (Cambridge University Press 2017).

¹³Acordo Comercial entre União Europeia, Colômbia e Peru [2012].

¹⁴Acordo Comercial entre União Europeia, Colômbia e Peru [2012] Artigo 271.

¹⁵Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) Brasil-Etiópia [2018] Artigo 14.

¹⁶Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) Brasil-Maláui [2015] Artigo 9.

¹⁷Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) Brasil-Suriname [2015] Artigo 15.

¹⁸Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) Brasil-Etiópia [2018] Artigo 14.

¹⁹Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) Brasil - Emirados Árabes Unidos [2019] Artigo 15.

²⁰Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) Brasil-Índia [2020] Artigo 12.

Humanos e as Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais, e seus respectivos investidores incorporaram a devida diligência em direitos humanos sob este regime regulatório voluntário em suas políticas internas ao fazer negócios, podem então esses princípios e diretrizes serem aplicados a atividades de investimento no escopo destas ACFIs.

Na verdade, isso está de acordo com o modelo indiano de tratados bilaterais de investimento, que exige que os investidores incorporem padrões internacionalmente reconhecidos de responsabilidade social corporativa em suas políticas e práticas internas.²¹ Embora o Brasil e a Índia tenham endossado os Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos e as Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais, por enquanto apenas a Índia se comprometeu e está em processo de desenvolvimento de um Plano de Ação Nacional para a implementação dos Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos e Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais, em particular a obrigação das devidas diligências para atividades de investimento sob sua jurisdição.^{22 23}

Apesar de tais inconsistências na forma como as palavras para a referência aos princípios e padrões voluntários foram escritas nos ACFIs, os modelos de tratados bilaterais de investimento do Brasil e da Índia mostraram alguns passos inovadores em direção a uma abordagem mais equilibrada para negócios e direitos humanos em investimentos. Enfatizando a importância desta abordagem de equilíbrio, todos os ACFIs brasileiros desde 2015 exigem que os investidores “desenvolvam seus melhores esforços para cumprir princípios e padrões voluntários para uma conduta empresarial responsável e consistente com as leis adotadas pela Parte Anfitriã que recebe o investimento”.^{24 25 26 27} Esses princípios e padrões voluntários incluem:^{28 29 30 31}

- 1) contribuir para o desenvolvimento sustentável;**
- 2) respeitar os direitos humanos internacionalmente reconhecidos;**
- 3) proporcionar oportunidades de emprego e treinamento de trabalhadores;**
- 4) evitar quaisquer práticas corruptas e cúmplices que prejudiquem os direitos humanos;**
- 5) defender boas práticas de governança e abster-se de práticas comerciais discriminatórias.**

A desvantagem dessa abordagem inovadora é que nem todas essas disposições de responsabilidade social corporativa são executáveis em processos de arbitragem, pois alguns ACFIs excluem as disposições de responsabilidade social corporativa como objeto de reivindicações nas arbitragens Estado - Estado (Estados Partes).³² Apesar de também existirem

²¹Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty 2016.

²²India's National Action Plan on Business and Human Rights 2019.

²³Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos - ACNUDH, State National Action Plan on Business and Human Rights (2019) <<https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>> acessado 3 nov 2021.

²⁴Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) Brasil-Etiópia [2018] Artigo 14.

²⁵Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) Brasil-Guiana [2018] Artigo 15.

²⁶Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) Brasil-Maláui [2015] Artigo 9.

²⁷Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) Brasil-Suriname [2015] Artigo 15.

²⁸Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) Brasil-Etiópia [2018] Artigo 14.

²⁹Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) Brasil-Guiana [2018] Artigo 15.

³⁰Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) Brasil-Maláui [2015] Artigo 9.

³¹Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) Brasil-Suriname [2015] Artigo 15.

³²Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) Brasil-Suriname [2015] Artigo 25.

arbitragens investidores – Estado, como ocorre no Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI – ICSID), foi projetado principalmente para fornecer aos investidores e empresas multinacionais acessos a recursos contra o Estado, e não para terceiros, como vítima de violações de direitos humanos. Em raros casos, como *Urbaser vs. Argentina*, o tribunal pode permitir a reconvenção do Estado. No entanto, uma vez que, em geral, o escopo das cláusulas de resolução de disputas é bastante limitado, é difícil para um Estado mover uma ação de direitos humanos contra investidores. A reclamação só pode ocorrer ou se os investidores aceitarem a oferta de atendimento ao pedido de arbitragem, ou se forem os próprios investidores a iniciarem a reclamação, o que na prática seria improvável.

No caso supracitado (*Urbaser vs. Argentina*), o Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos tentou solucionar a questão permitindo uma reconvenção da Argentina, alegando que a Urbaser não forneceu a concessão estabelecida sob acordo e, como resultado, violou o direito à água. Embora a reconvenção tenha sido rejeitada, com base no fato de que o direito humano à água apenas impõe obrigações ao Estado,³³ e não a atores privados como a Urbaser, o tribunal deu um passo revolucionário ao estabelecer jurisdição para reivindicações de arbitragem em direitos humanos em regimes de investimentos. O tribunal considerou que “a situação seria diferente caso houvesse uma obrigação de abstenção, como se estivesse em jogo uma proibição de cometer atos que violem os direitos humanos. Tal obrigação pode ser de aplicação imediata, não apenas sobre os Estados, mas igualmente para indivíduos e outras partes privadas.”³⁴ O tribunal também, pela primeira vez, insistiu explicitamente que as entidades públicas e privadas, incluindo investidores e empresas multinacionais, têm a obrigação negativa de “não se envolver em atividades que visem a destruição” dos direitos humanos.³⁵ Esse argumento legal sinalizou que o tribunal está pronto para adotar uma abordagem de equilíbrio, ao permitir reivindicações de direitos humanos em arbitragens sobre investimentos.

III. Conclusão

Como uma questão legal, vários países latino-americanos vêm ultimamente despendendo esforços para encontrar o equilíbrio entre os objetivos comerciais e as preocupações com os direitos humanos em seus regimes de investimento. Em essência, esse fenômeno foi significativamente intensificado desde a adoção dos Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos. Na prática, à medida que um número crescente de Estados estabelecem Planos de Ação Nacionais para a implementação das obrigações dos direitos humanos segundo os Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos, vários campos do direito, incluindo o direito internacional, comercial e empresarial, tornaram-se domínio jurídico pelo qual os Estados estabelecem uma estrutura regulatória para garantir a implementação de obrigação de direitos no curso das atividades de investimento sob sua jurisdição.

³³*Urbaser S.A. e Consórcio de Águas Bilbao Bizkaia v Argentina* (2016) CIRCI – ICSID.

³⁴*Urbaser S.A. e Consórcio de Águas Bilbao Bizkaia v Argentina* (2016) CIRCI – ICSID.

³⁵*Urbaser S.A. e Consórcio de Águas Bilbao Bizkaia v Argentina* (2016) CIRCI – ICSID.

Este trabalho mostrou casos latino-americanos que servem de exemplo para o desenvolvimento regulatório e o estabelecimento de obrigações de direitos humanos no curso das atividades empresariais por meio de regimes jurídicos de investimento. Os Estados o fazem por meio de seu dever de regulamentar as obrigações de direitos humanos nas atividades de investimento e de julgar os impactos adversos das atividades empresariais. Até agora, o dever de regular tem se concentrado na incorporação de cláusulas relacionadas às obrigações de direitos humanos nos tratados internacionais de investimento, principalmente os bilaterais; enquanto o dever de julgar tem sido centralizado principalmente em mecanismos de solução de controvérsias sobre investimentos não estatais, como o Centro Internacional para Arbitragem de Disputas sobre Investimentos.

Dito isto, com o objetivo de manter o equilíbrio entre negócios e direitos humanos, em particular em relação à responsabilidade dos investidores em relação aos direitos humanos e remediação para o grupo afetado, o dever do Estado de regular e julgar deve ser executado de forma eficaz. Com as tendências vistas na América Latina recentemente, é de se esperar que tenhamos, por exemplo, incorporações relacionadas ao uso de palavras claras, fortes e objetivas em seus diplomas legais, bem como uma integração sinérgica entre eles. Isso porque, por uma questão de requisitos legais no que diz respeito à lei aplicável e ao raciocínio jurídico, a eficácia para cumprir o dever de regular incorporando cláusulas relacionadas aos direitos humanos nos tratados internacionais de investimento fornecerá os instrumentos jurídicos aplicáveis às disputas de direitos humanos. Também ajuda a estabelecer uma interpretação jurídica direta e compatível com os direitos humanos para reivindicações em disputas de investimento. Como os recentes tratados internacionais de investimento e regras de arbitragem levantados neste documento mostraram, regimes legais de investimento indicam uma tendência inicial, mas significativa, em direção a um desenvolvimento jurídico sinérgico, embora sua perspectiva e eficácia ainda devam ser constantemente verificadas.

Premiado

El significado del trabajo decente en tiempos de pandemia.¹

Torres, Rodrigo

Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente | Universidad Jesuita de Guadalajara

I. Introducción

La pandemia que marcó el año 2020 representó un momento de resistencia y adaptación no sólo en las cuestiones relacionadas a la salud, sino en la mayoría de nuestras prácticas personales, sociales, académicas y laborales, por mencionar algunas. A más de un año de observar y convivir con las consecuencias globales producidas por el COVID-19 y las modificaciones que se han realizado para lidiar con ellas, empezamos a darnos cuenta de que muchas nos acompañarán todavía por algún tiempo más, si es que no terminan por arraigarse definitivamente.

En este ensayo se analiza el ámbito laboral, que al ser trastocado por la pandemia ha generado nuevas dinámicas que reconfiguran, entre otras cosas, las relaciones entre las empresas y sus empleados. Dentro del ámbito laboral, se enfoca y utiliza referentes respecto al trabajo subordinado y remunerado en México² debido al peso que tiene en cuanto a la composición del empleo según categoría ocupacional, en la que al menos desde el año 2018 los asalariados han venido representando de manera estable alrededor del 68% del empleo total.³

El COVID-19 exacerbó y visibilizó muchas carencias que los sistemas de salud e instituciones en general venían arrastrando por décadas. Para intentar entender el estado en el que el virus encontró al mundo en general, y a las relaciones laborales en particular, es necesario tomar en cuenta el contexto. A grandes rasgos este contexto está compuesto por la articulación de elementos socioeconómicos, sociopolíticos y socioculturales que se da desde la lógica económica neoclásica y capitalista. A su vez, dicha articulación forma una estructura que justifica, premia, facilita, normaliza, sistematiza, legitima y/o reproduce esta lógica. Esta articulación ha sido nombrada por muchos como Neoliberalismo. Grimson describe el concepto como:

¹Agradezco al CONACyT por el financiamiento otorgado a través de la beca para cursar los estudios del doctorado en Estudios Científico-Sociales en el ITESO.

²Los datos estadísticos se utilizan principalmente para ilustrar más claramente los argumentos expuestos, sin embargo, lo que aquí se trata puede ser aplicable a cualquier país donde se identifiquen dinámicas laborales similares.

³OIT, 'México y la crisis de la COVID-19 en el mundo del trabajo: respuestas y desafíos' 23, 8.

Sinónimo de un tipo de política o modelo económico (capitalista), pero también la configuración sociocultural que hace posible –y que resulta de– esa forma de la economía y la política [...] como configuración cultural que excede un tipo de gobierno o de política económica [...] incide en los modos en que el mundo es narrado, en los sentidos adjudicados al pasado y al futuro, en las características de los proyectos intelectuales, las prácticas de la vida cotidiana, la percepción y el uso del espacio, los modos de identificación y acción política.⁴

Sobre este concepto, y hablando específicamente de la esfera laboral, Laval y Dardot hablan de cómo algunas regulaciones laborales, al alinearse con la lógica neoliberal tratan “ni más ni menos, de subordinar los derechos de las personas a las sacrosantas ‘necesidades de las empresas’ y de este modo disciplinar la vida de los individuos en función de dichas necesidades”.⁵

Este contexto es importante ya que, cómo veremos, las prácticas laborales sólo se pueden dar y entender cuando se toman en cuenta la manera en que lo sociopolítico, lo sociocultural y lo socioeconómico las atraviesan. Si bien el fuerte aumento del desempleo es una de las consecuencias más identificables de la pandemia en lo que se refiere a la esfera laboral, a continuación, me centro en aquellos que conservaron su trabajo y en las condiciones laborales a las que se enfrentan a partir de esta coyuntura.

II. Desarrollo

1. El escenario

El 30 de marzo de 2020 México declaró como emergencia sanitaria a la epidemia generada por el virus SARS-CoV2 y desde ese momento la economía fue dividida en actividades esenciales y no esenciales. Las no esenciales debían detener sus actividades, y si bien la cuarentena no fue total ni tan estricta como en otros países, tuvo un impacto importante en el mercado laboral. De acuerdo con un informe de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), entre marzo y abril de 2020, 12 millones de personas se añadieron a los rangos de la inactividad y la tasa de participación se redujo en 12.3% (de 59.8% a 47.5%). Así mismo, la subutilización⁶ de la fuerza laboral se triplicó para mayo del mismo año, alcanzando un 30%. De acuerdo con el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), entre marzo y julio de 2020 se perdieron 1,117,584 empleos formales, y aunque en agosto del mismo año se recuperaron

⁴Alejandro Grimson, Cultura y neoliberalismo (Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales 2007) 11.

⁵Christian Laval and Pierre Dardot, La pesadilla que no acaba nunca: el neoliberalismo contra la democracia (Gedisa 2016) 11.

⁶Personas con disponibilidad de tiempo y voluntad de trabajar más horas.

92,390, hay que destacar que en cinco meses se destruyeron más empleos formales que todo el empleo formal creado en 2019, esto sugiere que la reactivación y la recuperación de estos empleos no se dará rápidamente. Pero la crisis no sólo afectó a quienes perdieron sus empleos, también golpeó el nivel salarial. En abril de 2020 hubo un aumento de 8.5% en los trabajadores ganando hasta dos salarios mínimos y disminuyeron en un 4.2% dentro de las categorías de ingresos superiores a dos salarios mínimos. Aunado a esto, también se debe tomar en cuenta el crecimiento de la categoría de trabajadores que no recibieron ingresos por su trabajo desde el inicio de la crisis, situación que perjudicó directamente sus derechos laborales.⁷

Para finales de mayo de 2020 México declaró el fin de la emergencia sanitaria, lo que se tradujo en la reapertura progresiva de las actividades no esenciales y el regreso de algunos trabajadores que sólo fueron suspendidos temporalmente. Es difícil predecir cuánto tiempo tardará el mercado en volver a la situación previa a la emergencia, pero el informe de la OIT reporta que la crisis económica que se espera no tiene referentes previos, y menciona que para la crisis financiera de 2008-2009 se necesitaron varios años para recuperar el nivel de empleo previo a ésta. El nivel de desocupación tardó siete años en volver a su nivel pre-crisis, cuatro en lo que respecta a la tasa de informalidad y varios años de incremento en la pobreza laboral.⁸

El panorama es complicado y las estimaciones para volver a las condiciones previas a la pandemia hablan de un proceso de años, sin embargo, este ya ha comenzado de manera gradual, por lo que vale la pena preguntarse ¿a qué condiciones laborales se está regresando? Y ¿cómo se transformaron las condiciones laborales para aquellos que conservaron su empleo durante la crisis?

2. El trabajo decente

Cuando se habla de condiciones laborales, uno de los términos que suele venir a nuestra mente es el de trabajo decente. De acuerdo con María Alejandra Gómez y David Restrepo, este es un concepto que a través de sus características “busca reivindicar al mundo del trabajo y de las organizaciones como generadores de crecimiento económico, social e individual y en el que la dignidad del trabajador y el respeto por sus derechos cobra importancia”.⁹

Desde su concepción en 1948, en el marco de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se han nombrado una diversidad de características que definen el trabajo decente.

⁷OIT (n 3) 12-16.

⁸OIT (n 3) 23.

⁹María Alejandra Gómez and David Restrepo, ‘El Trabajo Precario, Una Realidad Distante Del Trabajo Decente’ [2013] Precarious work a distant reality of decent work. 173, 188.

La Organización de las Naciones Unidas (ONU)¹⁰ y la OIT¹¹ coinciden en que un trabajo decente proporciona condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, igualdad salarial, un ambiente libre de discriminación, remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure una existencia digna, tiempo libre para descansar, el reconocimiento del derecho de negociación colectiva, protección social y fomento al diálogo social. Más allá de estas nociones seminales, virtualmente todas sus definiciones incluyen como elementos fundamentales la seguridad laboral, una carga adecuada de trabajo y jornadas dentro de lo establecido por la ley.

Vale la pena reflexionar respecto a estos elementos, ya que en ellos se puede observar la manera en que aspectos socioeconómicos, sociopolíticos y sobre todo socioculturales se conjugan para generar prácticas que durante la contingencia podrían estar estableciendo nuevas dinámicas entre nuevos tipos de actores en la esfera laboral, en perjuicio de los trabajadores.

3. Viejas estructuras, nuevos significados

Una de las manifestaciones más claras de la estructura planteada es el fenómeno del *outsourcing*. Uno de los motivos por los que se presenta como estructural es que, al llevarse a cabo, el interés económico se manifiesta en políticas laborales. La flexibilización laboral dada a través de la figura del *outsourcing* significa en muchas ocasiones una debilitación de la protección del trabajador, y de acuerdo con Guy Rider, director general de la OIT en América Latina:

Vemos cada vez más [contrataciones] de tiempo parcial, temporal, del trabajo a través de las agencias de empleo, y ahora también a través de plataformas de empleo, todas estas formas de trabajo forman parte de los desafíos que deben atenderse en el mundo de trabajo [...] Tenemos que ser prudentes y estar atentos a un proceso que puede desembocar en una transformación de relaciones laborales en relaciones puramente comerciales. Para la OIT, el trabajo no es una mercancía, las personas deben tener derechos.¹²

Si bien esta realidad se reconoce desde los organismos internacionales, en la práctica los poderes económicos parecen prevalecer sobre los políticos al momento de crear regulaciones en el campo laboral, promoviendo acciones que son altamente valoradas por el mercado pero que no necesariamente se traducen en mejores condiciones para los trabajadores: la productividad y la competitividad. Estos elementos, siempre presentes implícita y explícitamente en el discurso neoclásico y neoliberal, han sido clave para el empuje hacia

¹⁰ONU, 'Declaración Universal de Derechos Humanos' (1948) <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf> accessed 28 October 2019.

¹¹OIT, Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (OIT 1998).

¹²El Economista, 'La OIT Reconoce La Tercerización Como Una Nueva Forma de Trabajo' (El Economista, 2018) <<https://www.eleconomista.com.mx/capitalhumano/La-OIT-reconoce-la-tercerizacion-como-una-nueva-forma-de-trabajo--20181002-0069.html>> accessed 11 April 2020.

políticas públicas laborales que, en su afán de atraer capitales extranjeros y favorecer a los empresarios nacionales, vulneran a los trabajadores del país. Y es que como señala Bauman al hablar de la flexibilización dentro de una globalización en la que quien tiene los medios puede moverse con libertad, a diferencia de quien no los tiene:

Los gobiernos no pueden prometer seriamente sino más ‘flexibilización laboral’, es decir, en última instancia: inseguridad creciente, dolorosa, discapacitante. Los gobiernos serios tampoco pueden prometer certeza; en casi todas partes se da por sentado que deben dar libertad a las erráticas e imprevisibles ‘fuerzas del mercado’, que por haber conquistado su extraterritorialidad, están lejos del alcance de cualquier medida que puedan tomar los gobiernos irremediabilmente ‘locales’.¹³

Pero la lógica económica, además de articularse con la política, también tiene una estrecha relación e influencia sobre elementos socioculturales, y es precisamente esta relación la que me parece que está sufriendo una importante y preocupante reconfiguración a raíz de la pandemia por Covid-19. El alto índice en la pérdida de empleos ha sido una de las consecuencias más evidentes y por lo tanto más atendidas en todos los niveles en cuanto al impacto laboral relacionado con la pandemia. Esto sin duda tiene un importante impacto, y como se ha mencionado, llevará un tiempo considerable alcanzar la recuperación, sin embargo, la resignificación del trabajo a la luz de este fenómeno y la narrativa con la que se ha manejado podría enraizarse profundamente y quizás incluso perdurar tras la esperada recuperación.

Esta narrativa está basada, por un lado, en el miedo que conlleva la posibilidad de quedar desempleado en un momento de crisis, y por otro, en la gratitud que quienes conservaron su empleo parece que deben sentir. En momentos como éste es común escuchar expresiones como “despidieron a la mitad de mi equipo, yo tuve suerte” o “con que tenga trabajo ya es ganancia”. Se comprende que este tipo de manifestaciones son honestas, válidas y entendibles, sin embargo, entrañan una manera particular de entender la posición de uno mismo como trabajador y la tolerancia a las condiciones laborales que podrían llegar a presentarse. ¿Qué implica formar parte de un equipo del que la mitad de sus miembros fue despedida, dentro de una lógica empresarial que busca ante todo el crecimiento, la eficiencia y la productividad? En muchas ocasiones implica el aceptar cargas extra de trabajo y jornadas que exceden sistemáticamente lo contractualmente estipulado, para que el “afortunado” porcentaje del equipo que conservó su empleo pueda cumplir con los resultados que el equipo completo ofrecía. Esto, sumado al continuo temor por un nuevo recorte del que tal vez no logren salir bien librados, llega a traducirse en altos niveles de estrés, agotamiento y *burnout*.

Como podemos ver, esto trastoca al menos tres elementos clave de lo que se considera trabajo decente: la seguridad laboral, una carga adecuada de trabajo y jornadas dentro de lo establecido por la ley.

¹³Zygmunt Bauman, La globalización: consecuencias humanas (Fondo de Cultura Económica 1999) 153.

Las largas jornadas, la sobrecarga de trabajo, el temor a perder el empleo y la seguridad que este puede representar, no son situaciones nuevas, pero en contextos como el actual y con la naturalización del mensaje, se llega a desplazar el ejercicio del control desde la empresa hacia el empleado. Este fenómeno va más allá de lo que Michel FOUCAULT llama secuestación desde la sociología del trabajo: “la estructura de poder que toma la forma de secuestación tiene por finalidad transformar el tiempo de vida en fuerza de trabajo. La secuestación es el correlato en términos de poder de la acumulación de capital en términos económicos”.¹⁴ En este caso la norma no necesita surgir directamente de la empresa, sino que son los trabajadores quienes se autorregulan y actúan de acuerdo con normas que parecen estar incorporadas en ellos. De tal manera que pudiera no ser necesaria una regla formal dictada por la empresa para conseguir no sólo el control y ritmo del trabajo para el que el empleado fue contratado, sino también de parte del tiempo más allá de lo legalmente acordado.

Esta incorporación de la norma se manifiesta de manera específica en el manejo de las emociones por parte de los trabajadores, de acuerdo con Arlie Hochschild¹⁵ las tensiones que se dan dentro de la esfera laboral implican un fuerte trabajo emocional, mismo que se convierte en un factor importante de estrés por medio de la evocación (producción artificial de un sentimiento deseado cuando inicialmente está ausente) y la supresión (eliminación artificial de un sentimiento no deseado cuando está inicialmente presente). Por ejemplo, siendo el trabajador consciente de que ha logrado mantener su trabajo en una etapa de crisis, tendrá que trabajar emocionalmente para suprimir sus sentimientos negativos respecto a tener que trabajar turnos extras para cumplir con las metas establecidas previas a los recortes, es decir, generando los mismos resultados con menos recursos. El hecho de evocar sentimientos de gratitud hacia un trabajo con condiciones precarias, por el simple hecho de tenerlo, es también trabajo emocional.

Esto no es algo que afecte exclusivamente a los trabajadores que conservaron su empleo durante la crisis, sino que también tiene implicaciones en aquellos que lo perdieron y buscan reintegrarse al mercado laboral y en quienes están por ingresar por primera vez al mismo. Esta resignificación de las fronteras entre lo adecuado y lo excesivo, entre las normas de la empresa y la autorregulación por parte del empleado frente a las condiciones laborales sienta un precedente peligroso en un ámbito en el que las tensiones y las asimetrías no sólo han demostrado ser profundas e históricas, sino que parece que se intensificarán a raíz de la pandemia.

¹⁴Michel Foucault, ‘El poder y la norma’, Discurso, poder, sujeto. Lecturas sobre Michel Foucault. (Universidad De Santiago de Compostela 1987) 213.

¹⁵Arlie Russell Hochschild, ‘Emotion Work, Feeling Rules, and Social Structure’ (1979) 85 American Journal of Sociology 551.

III. Conclusiones

La crisis revelada por el Covid-19 ha impactado a la sociedad en prácticamente todas sus dinámicas, y las laborales no son la excepción. Al respecto, el indicador sobre el que se ha puesto el foco es la pérdida de empleos, hecho entendible debido al impacto directo que tiene sobre la economía y la capacidad de compra de millones de familias, sin embargo, profundizar un poco más y analizar lo que este fenómeno significa en cuanto a condiciones laborales para quienes continuaron trabajando y para quienes eventualmente volverán a ocuparse puede ayudar a que se cumplan los tres pilares sobre los que descansan los principios rectores de las Naciones Unidas en cuanto a negocios y Derechos Humanos:¹⁶ proteger, respetar y remediar.

Comprender lo que significa no sólo el desempleo, sino también el empleo en momentos de crisis, es necesario para identificar y prevenir posibles abusos a una fuerza de trabajo para la que el significado de “estar empleado” ha sido reconfigurado, poniéndola en una posición de mayor vulnerabilidad ante un sector empresarial que, si decidiera dejar de lado la responsabilidad social y laboral, tendría en la pandemia la excusa perfecta para “ajustar” sus condiciones laborales en un afán por alcanzar determinados objetivos de productividad deseados por los inversionistas, esta vez con una resistencia mucho menor que en condiciones normales. Esto es especialmente importante en un contexto como el actual, en el que la lógica económica domina sobre las demás y termina por adaptar las circunstancias a su favor.

Si no se toma en cuenta la configuración cultural del significado de ser trabajador en tiempo de crisis y no se generan mecanismos que creen y garanticen el cumplimiento de políticas que definan claramente los límites en cuanto a seguridad laboral, carga de trabajo y jornadas laborales para proteger a los trabajadores, la historia nos indica que esta crisis profundizará los vicios y abusos contra los que se ha luchado en busca del trabajo decente. Se entiende que las circunstancias han sido extraordinarias y que muchos de los ajustes en costos alrededor de la fuerza de trabajo fueron necesarios, pero también correspondería entender que las expectativas en cuanto a resultados deberían adaptarse de manera proporcional. Pretender que los trabajadores de una empresa generen los mismos resultados tras haber perdido un porcentaje de sus miembros es un abuso del que las autoridades correspondientes deben estar muy atentos, ya que, si esto se normaliza, los efectos negativos de la pandemia en el trabajo, y específicamente en el trabajador, se prolongarán mucho más allá del momento en que los empleos perdidos hayan sido finalmente recuperados.

¹⁶John Ruggie, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework. (United Nations 2011).

Premiado

Mudanças climáticas e a atividade empresarial: o engajamento de jovens latinoamericanos em litígios climáticos.

Oldenburg Almeida Britto
Marcella e Stefanello Pires, Julia

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR)

I. Mudanças climáticas e a responsabilidade corporativa de respeitar os direitos humanos

Um meio ambiente equilibrado é primordial para que se assegurem os direitos humanos. Alterações climáticas podem resultar em cenários de violação maciça de direitos, como enchentes, secas e epidemias, que atingem principalmente as populações mais carentes.¹ Estudos do *Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC),² uma das principais fontes de informação acerca das questões climáticas, apontam que o aquecimento global induzido pelo ser humano já causou muitas mudanças no sistema climático. Destaca, ainda, que para evitar uma catástrofe climática, seria necessário que se limitasse o aumento da temperatura global, e isso somente seria possível com cortes na emissão de gases de efeito estufa (GEE) antropogênicos.

No rol de principais atividades emissoras de GEE antropogênicos estão àquelas relacionadas a processos industriais e energia, o que se pode atribuir às atividades empresariais de diversos setores. Mesmo responsáveis por grande parte das atividades emissoras de GEE,³ as empresas não estão sujeitas a um marco regulatório vinculante. Eis que os acordos internacionais sobre a matéria, como o protocolo de Kyoto e o Acordo de Paris, vinculam somente os Estados e ainda assim, de modo restrito. O debate, no entanto, não é recente, e relata-se que desde

¹CEPAL/ACNUDH. "Cambio climático y derechos humanos: contribuciones desde y para América Latina y el Caribe" (LC/TS.2019/94/Corr.1), Santiago, 2019.

²IPCC. "Climate Change 2007: Mitigation. Contribution of Working Group III to the Fourth Assessment". Report of the IPCC, Nueva York, Cambridge University Press, 2007. p. 499.

³IPCC. "Climate Change 2007: Mitigation. Contribution of Working Group III to the Fourth Assessment". Report of the IPCC, Nueva York, Cambridge University Press, 2007. p. 499.

1988 a comunidade internacional faz um chamado aos atores não estatais para reduzir suas emissões de GEE.⁴

Caracterizar as empresas como as principais responsáveis na emissão de GEE é resultado da análise de todo o processo produtivo das atividades empresariais, que envolvem diversos setores chave na estratégia de diminuição de emissão de GEE, como: energia, transportes (aviação, automóveis etc.), indústrias, resíduos, dentre outros.⁵ Assim, a responsabilidade empresarial pode ser abordada sob distintos aspectos: otimização energética e utilização de energia limpa em seu processo produtivo, logística de transporte de mercadorias mais eficiente e com menos utilização de combustíveis fósseis, estabelecimento de captação de resíduos e acompanhamento do descarte etc. A pluralidade de abordagens acaba tornando a matéria complexa e de difícil solução.

Embora muito se discuta sobre o assunto, é necessário que se busquem medidas efetivas para prevenir, mitigar e adaptar-se às causas e consequências das mudanças climáticas. A atuação do Estado Legislador e Administrador não têm sido suficientes para responder à urgência do assunto. Assim, o Poder Judiciário emerge como um aliado na concretização de normas internas e internacionais sobre o meio ambiente, mediante ações judiciais promovidas por entes públicos e privados, chamadas de litígios climáticos. Dentre as questões que podem ser envolvidas em tais litígios, está o chamado à responsabilidade de empresas que contribuem para as causas das mudanças climáticas.

Um dos pilares Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos⁶ trata sobre a responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos (independente da atuação estatal), assim, as empresas devem ser chamadas à assumir essa responsabilidade, posto que o desequilíbrio climática resulta em uma alteração de fluxos de chuva, acidez dos oceanos, seca, etc. Tais mudanças ambientais podem impedir o desfrute dos direitos humanos, como o direito à alimentação, água potável, e até mesmo à vida.⁷

Nesta conjuntura, a situação dos países em desenvolvimento é ainda mais delicada, ainda mais quando se põe em debate os direitos humanos de crianças e jovens.⁸ Desta maneira, enfoca-se no papel dos jovens na América Latina nas ações climáticas, como atores na promoção e proteção de direitos humanos.

⁴Daniel Iglesias MARQUÉZ. "Empresas, derechos humanos y el régimen internacional del cambio climático: la configuración de las obligaciones climáticas para las empresas". Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XX, 2020, Ciudad de México, pp. 85-134.

⁵IPCC. "Climate Change 2007: Mitigation. Contribution of Working Group III to the Fourth Assessment". Report of the IPCC, Nueva York, Cambridge University Press, 2007. p. 499.

⁶UN. "Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework". Disponível em: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf. Acesso 20 de jun de 2021.

⁷ONU. Comissão de Direitos Humanos. "Resolução n. 41/21 de 1999". Los derechos humanos y el cambio climático. A/HRC/RES/41/21.

⁸Elsabé BOSHOF. "Protecting the African child in a changing climate: are our existing safeguards adequate", 2017, African Human Rights Yearbook. pp. 23-40.

II. O impacto das mudanças climáticas nos direitos humanos da população jovem

A questão climática tem cunho intergeracional, apontando para uma série de implicações relacionadas à equidade entre gerações presentes e futuras.

Embora as populações mais vulneráveis sejam aquelas que menos fazem parte de um mercado de consumo e que menos se beneficiam do sistema econômico, são as mais atingidas pelas externalidades negativas da crise do clima.⁹ Dentre essas populações, os jovens se posicionam em papel de destaque, eis que sentem, de modo mais gravoso, os impactos das mudanças climáticas.

De acordo com o estudo *Unless we act now*, realizado pela UNICEF em 2015,¹⁰ mais de meio bilhão de crianças vivem em zonas de inundações extremamente altas e quase 160 milhões vivem em regiões com zonas de severidade de seca altas ou extremamente altas. Tais locais de inundações e secas frequentemente se conjugam com áreas de alta pobreza e baixo acesso a serviços essenciais, como água e saneamento.

Apesar das mudanças climáticas impactarem todas as pessoas, os jovens que moram nestas regiões se encontram em desvantagem pela pobreza e enfrentam alguns dos riscos mais imediatos. Os efeitos nocivos da crise climática ameaçam os elementos básicos da vida dos jovens, possuindo grande potencial de comprometer os ganhos nas áreas de sobrevivência e desenvolvimento.

A organização *Terre des Hommes*, na pesquisa *Help for Children in Distress*,¹¹ identificou que as mudanças climáticas impactam anualmente cerca de 175 milhões de crianças no mundo. Ainda, o relatório *Preparing for Internal Climate*¹² estimou que mais de 5,8 milhões de pessoas serão obrigadas a deixar seus lares/regiões por conta do clima até 2050, causando uma crise migratória sem precedentes. Neste contexto, a América Latina será uma das regiões mais afetadas pela crise climática.

No contexto dos países latino-americanos e do Caribe, embora vislumbre-se a existência dos maiores recursos de água doce per capita, destaca-se que um terço da população da região não tem acesso adequado à água potável, fato este que fez os países perceberem que a mudança climática global afetou de sobremaneira os recursos de água doce da região.¹³

⁹Gabriel Antônio Silveira MANTELLI / André Ferreira de CASTILHO / Júlia Malheiros GARCIA. "Uma análise da justiça climática na perspectiva do socioambientalismo brasileiro". Revista Direitos Difusos. Vol. 67, Jan/Jul. 2017.

¹⁰UNICEF. "Unless we act now: the impact of climate change on children". 2015. Disponível em: https://www.unicef.org/publications/index_86337.html. Acesso 22 jun. 2021.

¹¹TERRE DES HOMMES. "Help for Children in Distress". Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/5692119/>. Acesso 22 jun. 2021.

¹²THE WORLD BANK GROUP. "Preparing for internal climate migration". Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/29461>. Acesso 22 jun. 2021.

¹³UN. "Climate change and Freshwater in Latin America and the Caribbean". Disponível em: <https://www.un.org/en/chronicle/article/climate-change-and-freshwater-latin-america-and-caribbean>. Acesso 22 jun. 2021.

A partir deste cenário, conclui-se que crianças e adolescentes viverão mais e suportarão o peso dos danos e da instabilidade causada pelas mudanças climáticas, sendo, assim, imperativo que passem a ocupar uma figura central nas discussões e nos processos de consulta e tomadas de decisão.¹⁴ Como dito acima, dentre os espaços de protagonismo ocupados pelos jovens, objetiva-se analisar o engajamento nas ações climáticas.

Não obstante os esforços voltados ao combate das mudanças climáticas devam ser provenientes de todas as gerações, o protagonismo dos jovens no litígio climático traz um elemento maior de legitimidade, na medida em que as crianças e os adolescentes têm a capacidade de argumentar, com maior propriedade, que serão atingidos pelos piores impactos da crise climática no futuro e que sua participação nas arenas de debates é essencial, como se passa a analisar.

III. A litigância climática como forma de chamar as empresas à responsabilidade e o engajamento dos jovens

O Paradoxo de Giddens¹⁵ descreve que esperar que os danos das mudanças climáticas se concretizem e sejam visíveis para só então tomarmos medidas será, por definição, tarde demais. Utilizar-se dos meios judiciais para chamar Estados e atores não estatais a assumir responsabilidades e cumprir com compromissos públicos, têm sido uma opção para efetivar normas de proteção climática. À essas ações, denomina-se litígio climático.

Diante da contribuição expressiva das empresas nos impactos climáticos, assim como na ausência de normas reguladoras de sua atuação, estas têm se tornado objeto de diversas estratégias de litígio para que assumam os custos de prevenção e adaptação, bem como sejam responsabilizadas pelos danos causados.¹⁶ Os litígios climáticos passam a ser uma estratégia para que se encontrem caminhos que vinculem a atuação dessas empresas aos danos causados pelas mudanças climáticas.

Em 2021 um caso marcou o tema, quando em março a Shell foi condenada em um processo que a chamou a assumir sua responsabilidade em relação à contribuição de emissão de GEE. No caso *Milieudefensie v. Shell*, estipulou-se que a empresa deveria limitar, ou fazer limitar, o volume anual agregado de todas as emissões de CO₂ em pelo menos 45% líquidos no final de 2030, em relação às emissões de 2019.¹⁷

¹⁴UNICEF. "Tools for climate change". 2021. Disponível em: <https://www.unicef.org/lac/en/toolkit-young-climate-activists>. Acesso 22 jun. 2021.

¹⁵Anthony GIDDENS. 2010. A Política da Mudança Climática. Zahar, Rio de Janeiro.

¹⁶Daniel Iglesias MARQUÉZ. "Empresas, derechos humanos y el régimen internacional del cambio climático: la configuración de las obligaciones climáticas para las empresas". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XX, ciudad de México, 2020, pp. 85-134.

¹⁷Hague District Court. *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell plc*. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339&showbutton=true>. Acesso 23 jun. 2021.

A referida condenação é inédita, no entanto, outros requerimentos em face de empresas surgem a partir da América Latina, e merecem atenção. O caso *Lilluya v. RWE*, proposto por um fazendeiro peruano na corte alemã, buscando a responsabilização cível da empresa por sua contribuição na causa das mudanças climáticas, e, também, o caso *Envol Vert v. Casino*, apresentado por um conjunto de associações na corte francesa, com base na violação da lei de vigilância promulgada pela França em 2017, por permitir que suas subsidiárias na América Latina se relacionem com fornecedores envolvidos em caso de desmatamento.

As ações judiciais sobre o clima estão se tornando uma ferramenta cada vez mais popular e poderosa para os ativistas das mudanças climáticas. Consoante o *Global Climate Litigation Report*¹⁸, o número de casos de litígio climático em todo o mundo quase dobrou entre 2017 e 2020, totalizando 1.550 ações. Constatou-se que, cada vez mais pessoas, incluindo crianças, estão recorrendo aos tribunais para obrigar governos e empresas a respeitarem e acelerarem os compromissos sobre mudança climática, pleiteando pelo direito de viver em um mundo que não foi completamente aniquilado pela crise climática.

Assim, os litígios climáticos têm ganhado espaço na concretização de compromissos relacionados às questões de direitos humanos e clima. Neste caminhar, pode-se observar um engajamento de jovens neste tipo de ação, em especial no contexto latino-americano, o que merece ser analisado com maior profundidade.

Toda pessoa menor de 18 anos possui o direito de participar dos processos de tomada de decisão que os afetam.¹⁹ Assim, constata-se o reconhecimento das crianças e dos adolescentes como sujeitos de direitos.

A Declaração Intergovernamental sobre Crianças, Adolescentes, Jovens e Mudanças Climáticas das Nações Unidas²⁰ reconhece a liderança global e os apelos dos jovens por litígios climáticos urgentes e imediatos, reforçando seu papel crítico como agentes de mudança. Tal documento aprimora a participação significativa de jovens nos processos de questões climáticas, garantindo sua participação na tomada de decisões.

O protagonismo jovem ganhou popularidade em 2018 com a atuação da adolescente Greta Thunberg, em razão do movimento *Fridays for Future*²¹ e as juventudes latino-americanas e caribenhas têm desempenhado papel fundamental na construção de um novo caminho em busca da justiça climática, não apenas por conhecer as nuances do sul global, mas também por assimilar que defender e cuidar do território faz parte de sua essência.²²

¹⁸UN ENVIRONMENT PROGRAMME. "Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review". Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2021/01/1739682>. Acesso 23 jun. 2021.

¹⁹UNICEF. "Convenção sobre os direitos das crianças". 1990. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso 30 jun. 2021.

²⁰ONU. "Acelerando a ação climática inclusiva e responsiva à criança e ao adolescente. Declaração Intergovernamental sobre Crianças, Adolescentes, Jovens e Mudanças Climáticas". Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-intergovernamental-sobre-criancas-adolescentes-jovens-e-mudancas-climaticas>. Acesso 23 jun. 2021.

²¹FRIDAYS FOR FUTURE. "How to strike". Disponível em: <https://fridaysforfuture.org/take-action/how-to-strike/>. Acesso 30 jun. 2021.

²²ENGAJAMUNDO. "Ação Climática Global". Disponível em: <https://conteudo.engajamundo.org/guiaaocaoclimaticalocal>. Acesso 23 jun. 2021.

A Colombia foi o primeiro país da América Latina a levar as questões climáticas ao tribunal. Um grupo de 25 jovens colombianos com idades entre 7 a 26 anos impetrou em 2018, no Tribunal Superior de Bogotá, uma ação contra o governo do país por deixar de adotar medidas para conter as mudanças climáticas. A ação também pede que o país elabore um acordo intergeracional para que a opinião dos jovens seja levada em conta nas decisões concernentes ao meio ambiente.²³

No Brasil, em abril de 2021, os jovens integrantes da organização Engajamundo e do *Fridays For Future* Brasil propuseram, na Justiça Federal de São Paulo, uma Ação Popular objetivando a anulação da meta brasileira no Acordo de Paris, apresentada no fim de 2020. O argumento utilizado é no sentido de que o Brasil teria apresentado uma meta menos ambiciosa que a anterior, violando o tratado do clima, o qual admite apenas o aumento no nível de ambição das Contribuições Nacionalmente Determinadas (NDC's), nunca uma redução.²⁴

O engajamento dos jovens na defesa de seus direitos é fundamental para a construção de um futuro melhor, eis que estão entre as vozes mais fortes em prol da mudança social e, particularmente, da ação climática.

IV. Considerações finais

A intensificação das mudanças climáticas passou a mudar mundo de uma forma sem precedentes. Já estamos testemunhando com cada vez mais frequência graves inundações e secas, bem como calor incomum e estresse hídrico. Esses fenômenos acarretam impactos devastadores nas condições de vida, ameaçando o futuro de todas as crianças, sobretudo daquelas que se encontram inseridas em grupos socioeconomicamente vulnerabilizados.

Diante destes impactos, justifica-se a urgência do tema, exigindo-se que toda a sociedade se engaje em buscar soluções para a questão. Na ausência de atitudes voluntárias e efetivas por parte de Estados e empresas, tendo-se em mente a grande contribuição da atividade empresarial nas causas do aquecimento global, se faz necessário que se busquem formas de compelir estes atores à assumir suas responsabilidades nas questões climáticas. Com o objetivo de regulamentar e concretizar compromissos, nacionais e internacionais, já assumidos, as vias judiciais têm sido exploradas através dos litígios climáticos.

Diante do contexto político e econômico, representantes latino americanos têm se envolvido em casos de destaque, demonstrando um potencial à ser explorado na região. Destaca-se a atuação dos jovens na proposição de litígios climáticos, validando seu espaço de fala e buscando proteger os direitos humanos ameaçados pela crise climática.

²³OBSERVATÓRIO DO CLIMA. Jovens processam governo da Colômbia por não agir no clima. Disponível em: <https://www.oc.eco.br/jovens-processam-colombia-por-nao-agir-no-clima/>. Acesso 23 jun. 2021.

²⁴OBSERVATÓRIO DO CLIMA. "Jovens processam governo por 'pedalada' climática". Disponível em: <https://www.oc.eco.br/jovens-processam-governo-por-pedalada-climatica/>. Acesso 23 jun. 2021.

Referências

- Anthony GIDDENS. 2010. A Política da Mudança Climática. Zahar, Rio de Janeiro.
CEPAL/ACNUDH. "Cambio climático y derechos humanos: contribuciones desde y para América Latina y el Caribe" (LC/TS.2019/94/Corr.1), Santiago, 2019.
- Daniel Iglesias MARQUÉZ. "Empresas, derechos humanos y el régimen internacional del cambio climático: la configuración de las obligaciones climáticas para las empresas". Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XX, 2020, Ciudad de México.
- Elsabé BOSHOF. "Protecting the African child in a changing climate: are our existing safeguards adequate", 2017, African Human Rights Yearbook.
- ENGAJAMUNDO. "Ação Climática Global". Disponível em: <https://conteudo.engajamundo.org/guiaacaoclimaticalocal>. Acesso 23 jun. 2021.
- FRIDAYS FOR FUTURE. "How to strike". Disponível em: <https://fridaysforfuture.org/take-action/how-to-strike/>. Acesso 30 jun. 2021.
- Gabriel Antônio Silveira MANTELLI / André Ferreira de CASTILHO / Júlia Malheiros GARCIA. "Uma análise da justiça climática na perspectiva do socioambientalismo brasileiro". Revista Direitos Difusos. Vol. 67, Jan/Jul. 2017.
- Hague District Court. Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell plc. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339&showbutton=true>. Acesso 23 jun. 2021.
- IPCC. "Climate Change 2007: Mitigation. Contribution of Working Group III to the Fourth Assessment". Report of the IPCC, Nueva York, Cambridge University Press, 2007.
- OBSERVATÓRIO DO CLIMA. Jovens processam governo da Colômbia por não agir no clima. Disponível em: <https://www.oc.eco.br/jovens-processam-colombia-por-nao-agir-no-clima/>. Acesso 23 jun. 2021.
- OBSERVATÓRIO DO CLIMA. "Jovens processam governo por 'pedalada' climática". Disponível em: <https://www.oc.eco.br/jovens-processam-governo-por-pedalada-climatica/>. Acesso 23 jun. 2021.
- ONU. Comissão de Direitos Humanos. "Resolução n. 41/21 de 2019". Los derechos humanos y el cambio climático. A/HRC/RES/41/21.

- ONU. "Acelerando a ação climática inclusiva e responsiva à criança e ao adolescente. Declaração Intergovernamental sobre Crianças, Adolescentes, Jovens e Mudanças Climáticas". Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-intergovernamental-sobre-criancas-adolescentes-jovens-e-mudancas-climaticas>. Acesso 23 jun. 2021.
- TERRE DES HOMMES. "Help for Children in Distress". Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/5692119/>. Acesso 22 jun. 2021.
- THE WORLD BANK GROUP. "Preparing for internal climate migration". Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/29461>. Acesso 22 jun. 2021.
- UN. "Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework". Disponível em: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf. Acesso 20 de jun de 2021.
- UN. "Climate change and Freshwater in Latin America and the Caribbean". Disponível em: <https://www.un.org/en/chronicle/article/climate-change-and-freshwater-latin-america-and-caribbean>. Acesso 22 jun. 2021.
- UN ENVIRONMENT PROGRAMME. "Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review". Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2021/01/1739682>. Acesso 23 jun. 2021.
- UNICEF. "Unless we act now: the impact of climate change on children". 2015. Disponível em: https://www.unicef.org/publications/index_86337.html. Acesso 22 jun. 2021.
- UNICEF. "Tools for climate change". 2021. Disponível em: <https://www.unicef.org/lac/en/tool-kit-young-climate-activists>. Acesso 22 jun. 2021.
- UNICEF. "Convenção sobre os direitos das crianças". 1990. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso 30 jun. 2021.

B



Categoría B - Mención de honor



Estudiantes de maestría y doctorado

Mención de honor

Protección del ambiente y tratados bilaterales de inversión en América Latina y el Caribe.

Colmegna, Pablo Damián

Universidad de Buenos Aires (UBA)

I. Introducción

A raíz de la adopción de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos en 2011 mucho se ha escrito sobre las obligaciones de las empresas de respetar los derechos humanos y la obligación que tienen los Estados de proteger los derechos de las personas contra los actos de las empresas.¹ Este enfoque se ha centrado en analizar las obligaciones que tienen los Estados de adoptar medidas y asegurar que las empresas no violen los tratados de derechos humanos. En tiempos recientes, también se ha comenzado a discutir cómo el derecho internacional de los derechos humanos establece obligaciones en materia ambiental.² En la mayoría de los casos, estas obligaciones deben ser cumplidas en torno a la actuación de las empresas para evitar que produzcan daños al ambiente.

Sin embargo, aún resta por analizar cómo se compatibilizan esas obligaciones con lo que establecen los tratados bilaterales de inversión (en adelante, TBIs). En América Latina y el Caribe se ubican los Estados más demandados por los inversores, que en muchas ocasiones coinciden con empresas transnacionales. Estos reclamos están dirigidos a cuestionar los poderes regulatorios del Estado que, sin embargo, están dirigidos a satisfacer necesidades públicas. Si bien se discute la existencia de obligaciones de los inversores a través de la responsabilidad social empresarial, en América Latina aún no se han tomado los recaudos para receptar esa figura. A modo de ejemplo, de 50 TBIs en vigor entre Estados de la región, solo uno hace referencia al deber de los inversionistas de actuar de conformidad con los principios de la responsabilidad social empresarial: Brasil- México (2015).

Más aún, la tendencia de los tribunales arbitrales a decidir en favor de los inversores genera que los Estados deban desembolsar enormes sumas de dinero que, por tal motivo, no pueden destinar a la implementación de los derechos de las personas, principalmente, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

¹Peter Muchlinski, *Multinational enterprises & the law*. (Oxford University Press, 2021), pp. 564-584.

²Alan Boyle, "Human Rights and the environment: Where next?", 2012, *European Journal of International Law*, 613.

Por tal motivo, este trabajo estará centrado en cómo los Estados de América Latina y el Caribe han hecho frente a este desafío y analizará: 1) de qué manera incluyeron en los TBIs normas que le permitan proteger el ambiente de manera directa y/o indirecta; 2) el grado de deferencia que los tribunales arbitrales han otorgado a los poderes regulatorios de los Estados para ejercer sus poderes regulatorios en materia ambiental; 3) la obligación de regular las empresas y proteger el ambiente de conformidad con los estándares del derecho internacional de los derechos humanos.

Se concluye que los Estados de América Latina y el Caribe no han adoptado las medidas necesarias para compatibilizar sus obligaciones internacionales en materia de inversiones con las normas que los obligan a adoptar medidas y establecer regulaciones para la protección del ambiente.

II. Los TBIs en América Latina

Hacia el año 1989 en América Latina existían sólo 12 Estados con TBIs en vigor, mayormente pertenecientes al Caribe. Actualmente, los 35 Estados de América Latina y el Caribe tienen al menos un TBI en vigor. Brasil fue el único Estado que rechazó la ratificación de un TBI hasta el año 2017, año en que entró en vigor el TBI con Angola y luego, en 2018, el TBI con México.³

Para analizar el grado de incorporación de las cláusulas que reconocen lo poderes regulatorios del Estado y sus obligaciones en materia de derechos humanos y ambiental, se toma como base el mapeo de TBIs efectuado por la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (en adelante, UNCTAD por sus siglas en inglés).

Se observa que existen 50 TBIs en vigor entre los 35 Estados de América Latina y el Caribe. Sin embargo, en sólo 2 de ellos se reconoce, si bien en su preámbulo, el derecho del Estado a regular y la obligación de generar un desarrollo sostenible: Brasil-México (2015) y Colombia-Perú (2007). En el TBI Brasil-México se incorporó, además, el artículo 13 en el que se reconoce el deber de las empresas de actuar de conformidad con los principios de la responsabilidad social empresarial e indica que “se esforzarán por lograr el más alto nivel posible de contribución al desarrollo sostenible del Estado anfitrión y la comunidad local”. Así, los inversionistas y sus inversiones deben “estimular el progreso económico, social y ambiental” y “respetar los derechos humanos de las personas involucradas en las actividades de las empresas, de conformidad con las obligaciones y los compromisos internacionales del Estado anfitrión”.

En otras palabras, de 50 TBIs en vigor entre los Estados de la región solo 1 de ellos establece un marco de actuación para los inversionistas de conformidad con los principios de la responsabilidad social empresarial. Por otra parte, cabe destacar que solo tres TBIs hacen

³Cabe destacar que Brasil ha firmado otros 25 TBIs, que aún no ha ratificado. Cf. UNCTAD <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/27/brazil>

referencia a la inversión social en su preámbulo: Brasil-México (2015) Guatemala-Trinidad y Tobago (2013) y Venezuela- Cuba (1996).

Aún cuando no se reconozca que los inversionistas tienen deberes, otros tratados reconocen el derecho del Estado a regular en su texto, aunque son solo 3 TBIs: Colombia-Perú (2007), Cuba-México (2001) y Guatemala-Trinidad y Tobago (2013).

La categoría más utilizada por los Estados de América Latina y el Caribe para preservar sus poderes regulatorios es la inclusión de cláusulas que hacen referencia a la salud y el ambiente, que alcanza la suma de 10 TBIs. A ese número le siguen 7 TBIs que contemplan las decisiones adoptadas para la protección del ambiente y la salud como excepciones en el trato que se debe garantizar a los inversores. Finalmente, sólo 2 TBIs hacen referencia a cuestiones ambientales en su preámbulo como pauta que debe guiar la interpretación del tratado: (Cuba-Trinidad y Tobago (1999) y Guatemala-Trinidad y Tobago (2013).

También se analizaron cuáles de esos TBIs posibilitan la participación pública cuando existe un reclamo de los inversores ante un tribunal arbitral. En ese aspecto también se notó que de 50 TBIs en vigor en la región, solo 2 permiten la celebración de audiencias publicas, el acceso a la documentación del litigio y la posibilidad de remitir *amicus curiae*: Chile-Uruguay (2010) y Colombia-Perú (2013).

Por ultimo, cabe destacar que 43 de estos 50 TBIs no incluyen modalidades de enmienda o renegociación, con lo cual estas falencias deberían subsanarse con nuevos TBIs o con un solo tratado regional.

III. Las demandas ambientales contra estados de américa latina y el caribe ante los tribunales arbitrales

En total, los Estados de la región registran 304 demandas hasta el año 2021, sobre un total de 1.104 casos.⁴

En 178 ocasiones los reclamos fueron presentados ante un tribunal arbitral constituido en el marco del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante, CIADI). Por tal motivo, al menos 3 Estados de la región denunciaron el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados que permite la presentación de esas demandas: Venezuela (2012), Ecuador (2009) y Bolivia (2007).

⁴Cf. UNCTAD <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>

En relación con las demandas ambientales efectuadas contra Estados de la región, se toma como base la definición estricta propuesta por Behn y Langford: “(1) cuando una medida ambiental doméstica es cuestionada por un inversor extranjero; o (2) cuando el Estado receptor de la inversión argumenta que al menos una de las medidas cuestionadas encuentra una justificación en razones ambientales”.⁵

Así, se observa que la región presenta, solo ante el tribunal CIADI, 20 laudos vinculados con cuestiones ambientales. De ese total, 8 casos se decidieron a favor del Estado y 12 a favor de los inversores.

De los 8 casos decididos a favor del Estado, 3 tienen como base un TBI: *Levy y Gremsitel v. Perú* de 2011 (TBI Francia-Perú 1993), *Vieira v. Chile* de 2004 (TBI Chile-España 1991) e *Industria Nacional de Alimentos v. Perú* de 2003 (TBI Chile-Perú 2000 terminado). Ninguno de esos instrumentos contempla normas o referencias a las cláusulas previamente reseñadas en el apartado anterior. El resto de los casos se basan en un Tratado de Libre Comercio (NAFTA, CAFTA y TLC Perú- USA).

De las 12 decisiones en favor de los inversores, 10 tienen como base un TBI: *Crystallex v. Venezuela* de 2011 y *Gold Reserve v. Venezuela* de 2009 (TBI Canadá – Venezuela 1996); *Abengoa v. México* de 2009 (TBI México-España 2006); *Burlington v. Ecuador* de 2008 (TBI Ecuador-USA 1993); *Marion Unglaube v. Costa Rica* de 2008 (TBI Costa Rica-Alemania 1994); *Perenco v. Ecuador* de 2008 (TBI Ecuador- Francia 1994); *Quiborax v. Venezuela* de 2006 (TBI Bolivia – Chile 1994 denunciado); *MTD v. Chile* de 2001 (TBI Chile – Malasia 1992); *Tecmed v. México* de 2000 (TBI México - España 1995 terminado) y *Vivendi v. Argentina* de 1997 (TBI Argentina – Francia 1991).

Cabe destacar que solo uno de estos TBIs contaba con normas relativas a la inversión social, en el preámbulo (TBI Ecuador-USA terminado). Otro de los TBI contiene cláusulas sobre salud, ambiente y el derecho del Estado a regular (TBI Canadá-Venezuela 1996). Por el contrario, ninguno de los TBIs que sirvieron de base para esas demandas contemplaban la celebración de audiencias públicas, la publicidad de los documentos o la posibilidad de remitir *amicus curiae*.

IV. Derechos humanos, empresas y ambiente

Tal como señala Peters, la mayoría de las demandas ante tribunales arbitrales las realizan empresas y no personas físicas.⁶ En la actualidad existen al menos 3 instrumentos firmemente establecidos, aunque de carácter no vinculante, que establecen una serie de pautas que las empresas deben respetar en su actuación: la Declaración de la Organización Internacional del

⁵Daniel Behn, Malcolm Langford, “Trumping the Environment? An Empirical Perspective on the Legitimacy of Investment Treaty Arbitration”, 2017, *Journal of World Investment and Trade*, 2017, p. 14. Actualmente, sólo tiene en vigor TBIs con Países Bajos y España.

⁶Anne Peters, *Beyond Human Rights: The Legal Status of the Individual in International Law* (Cambridge University Press, 2016), p. 282.

Trabajo sobre las Empresas Multinacionales de 1977; los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos (en adelante, Principios Rectores) adoptados en el marco del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el año 2011; y las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales que, en el año 2011, y a raíz de la adopción de los Principios Rectores, incorporó un capítulo sobre derechos humanos.

A su vez, el 26 de junio de 2014 el Consejo de Derechos Humanos aprobó la Resolución 26/9 por la que se decidió “establecer un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta encargado, entre otras cosas, de elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos”. Este Grupo ha celebrado 6 períodos de sesiones hasta la fecha y ha publicado 2 proyectos revisados de tratados sobre empresas y derechos humanos. En el proceso han participado representantes de los Estados, las empresas y la sociedad civil. Por parte de América Latina, han remitido observaciones Argentina, Bolivia, Brasil Cuba, Ecuador y México.

A nivel universal, destaca la Observación General 24 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales adoptada en 2017. Allí se sostiene que en el marco de la obligación de respetar los Estados deben “detectar cualquier posible conflicto entre las obligaciones que les incumben en virtud del Pacto y en virtud de los tratados de comercio o de inversión, y abstenerse de celebrar dichos tratados cuando se compruebe la existencia de esos conflictos”.⁷ Asimismo, sostiene el Comité que el Estado debe realizar evaluaciones de impacto antes de concluir estos tratados. También se indica que “[l]a interpretación de los tratados de comercio y de inversión en vigor debería tener en cuenta las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas y el carácter específico de las obligaciones de derechos humanos”.⁸ Por último, el Comité indica que en la adopción de futuros tratados, los Estados debe incorporar disposiciones que refieran de manera explícita “a sus obligaciones de derechos humanos y a asegurar que los mecanismos para el arreglo de controversias entre inversores y Estados tengan en cuenta los derechos humanos en la interpretación de los tratados de inversión o los capítulos sobre inversión de los acuerdos de comercio”.⁹ El Comité señala que esta obligación de respetar en relación con la adopción de tratados de inversión también tiene un alcance extraterritorial que “requiere que los Estados partes se abstengan de interferir directa o indirectamente en el disfrute de los derechos consagrados en el Pacto por personas que se encuentran fuera de su territorio”¹⁰ y que impidan que una empresa que actúa en su territorio afecte el territorio de un tercer Estado en virtud del derecho internacional consuetudinario y del derecho internacional ambiental.¹¹ El Comité agrega que “los tratados de inversión pueden denegar la protección a los inversores extranjeros de la otra parte que hayan incurrido en

⁷CDESC. Observación General No. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales. U.N. Doc. E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017, párr. 13.

⁸Ibid [13].

⁹Ibid [13].

¹⁰Ibid [29].

¹¹Ibid [27].

conductas que den lugar a una vulneración de los derechos enunciados en el Pacto”.¹² Por ejemplo, señala que el Estado debe denegar una licencia para una contratación pública cuando la empresa no ha demostrado los posibles efectos ambientales.¹³

A nivel del sistema interamericano destaca no sólo la recepción de los estándares sobre empresas y derechos humanos sino también la elaboración de estándares para la protección del ambiente. Así, en el informe sobre Empresas y Derechos Humanos de 2019, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) sostuvo que “la obligación de respeto implica que los Estados deban abstenerse de desplegar conductas vinculadas a actividades empresariales que contravengan el ejercicio de los derechos humanos”¹⁴ como por ejemplo la adopción de “acuerdos de inversión o comercio en conflicto con sus obligaciones de derechos humanos”.¹⁵ En relación con el ambiente, la CIDH sostuvo que no sólo los Estados, al ejercer sus funciones regulatorias, fiscalizadoras y judiciales, sino también las empresas, en el marco de sus actividades y relaciones comerciales, deben tener en cuenta y respetar el derecho humano a un medio ambiente sano y el uso sostenible y conservación de los ecosistemas y diversidad biológica”.¹⁶

En el caso *Kaliña Lokono v. Surinam*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) recurrió a los Principios Rectores de 2011 para señalar que si bien las empresas tienen el deber de respetar los derechos humanos de manera directa “los Estados tienen la responsabilidad de proteger los derechos humanos de las personas contra las violaciones cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas”.¹⁷

En la *Opinión Consultiva N° 23* sobre medio ambiente y derechos humanos la Corte IDH se pronunció sobre las obligaciones que tiene el Estado de regular¹⁸, supervisar y fiscalizar¹⁹ las actividades que puedan dañar el ambiente, lo que aplica a la actuación de las empresas. En relación con la obligación de regular, la Corte IDH precisó que los Estados donde se encuentra registrada una empresa tienen la obligación de regular sus actividades, aún cuando esas actividades se desarrollen fuera de su territorio.²⁰ A su vez, la Corte enfatizó que si bien los Estados tienen el deber de supervisar y regular de conformidad con los Principios Rectores “las empresas deben actuar de conformidad con el respeto y la protección de los derechos humanos, así como prevenir, mitigar y hacerse responsables por las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos”.²¹

Finalmente, la Corte IDH también se ha pronunciado sobre la relación entre las obligaciones que surgen de los TBIs y las que surgen de los tratados de derechos humanos. Así, en el caso *Sawhoyamaya v. Paraguay* de 2006, el Estado argumentó haber adoptado medidas

¹²Ibid [50].

¹³Ibid [50].

¹⁴Soledad GARCÍA MUÑOZ. Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos (S.I.): OEA; CIDH; REDESCA, 2019) 69 ss.

¹⁵Ibid [69].

¹⁶Ibid [46].

¹⁷Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam (2015) Serie C no 309, 224.

¹⁸Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam (2015) Serie C no 309, 224.

¹⁹Ibid [152 ss].

²⁰Ibid [151].

²¹Ibid [155].

en virtud del TBI Paraguay-Alemania. La Corte respondió que, si bien no tenía presente el texto de ese instrumento, “la aplicación de acuerdos comerciales bilaterales no justifica el incumplimiento de las obligaciones estatales emanadas de la Convención Americana” y estableció que “su aplicación debe ser siempre compatible con la Convención Americana”.²²

V. Conclusiones

Del análisis de las estadísticas sobre América Latina y el Caribe, se observa que no existe una política regional en materia de inversiones que contemple la protección del ambiente, la protección de los poderes regulatorios del Estado o la facilitación de la participación pública en la solución de controversias Estado-Inversor. Asimismo, los TBIs vigentes tampoco contienen cláusulas que permitan su enmienda o renegociación.

Esta situación colisiona con las obligaciones que establecen los tratados de derechos humanos a nivel regional, que en los últimos años han alcanzado a la protección del ambiente, y que hacen referencia, aunque de manera gradual, a la consagración de obligaciones para las empresas.

Referencias Bibliográficas

- Behn D, Langford M, “Trumping the Environment? An Empirical Perspective on the Legitimacy of Investment Treaty Arbitration”, 2017, Journal of World Investment and Trade, 14.
- Boyle A, “Human Rights and the environment: Where next?”, 2012, European Journal of International Law, 613.
- Muchlinski P, Multinational enterprises & the law (Oxford University Press, 2021).

²²Ibid [140].

Mención de Honor

¿A quién protege el principio protectorio? Deconstrucción del paradigma patriarcal del sujeto protegido.

Coppoletta, Sebastian

Universidad Nacional del Litoral. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Argentina.

I. Te ganarás el pan con el sudor de tu frente

La respuesta a la pregunta del título parecería ser bastante sencilla. Si sostengo que se protege a la persona en situación de trabajo,¹ la cual es un sujeto de preferente tutela constitucional,² seguramente podríamos estar de acuerdo.

Pero, ahora bien, ¿quién es esa persona?

Estoy preguntando por su identidad, lo cual no refiere a su nombre y domicilio, sino al paradigma que como modelo de persona que trabaja se encuentra comprendido en los textos legales que se refieren a este sujeto.

Algunas cosas sabemos de él. Y aquí utilizo el género masculino no por un descuido en la perspectiva de género en la redacción, sino porque la protección laboral está destinada al trabajador (persona varón que trabaja). Y ello surge no sólo del género utilizado en la redacción de la ley de contrato de trabajo en la cual se hace referencia al trabajador para definir a la persona física que se obligue o preste servicios en condición de subordinación (art. 25 de la Ley de Contrato de Trabajo n° 20.744 –en adelante LCT–), sino que, además, esta regulación tiene un título especial dedicado al trabajo de mujeres para regular ciertas vicisitudes especiales que hacen al trabajo de las personas que se identifican con ese género, pero no tiene una disposición similar respecto al género masculino, no hay una sección para el trabajo de hombres, y ello en tanto la regulación normativa en general es destinada al trabajo masculino y, por lo tanto, lo excepcional –el trabajo de mujeres– requiere de un apartado especial.

¹Sinzheimer, Hugo. Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo. Ed. IELSS. Madrid (1984). “Quien presta trabajo no da ningún objeto patrimonial, sino que da a sí mismo. El trabajo es el hombre mismo en situación de actuar.”

²CSJN; 21/09/04. Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. Fallos: 327:3753

Además, otro dato que podemos conocer es que este trabajador tiene familia. Así, por ejemplo, el art. 77 LCT dispone que “el empleador debe prestar protección a la vida y bienes del trabajador cuando este habite en el establecimiento. Si se le proveyese de alimentación y vivienda, aquélla deberá ser sana y suficiente, y la última, adecuada a las necesidades del trabajador y su familia.” Destaco nuevamente que los dos sujetos involucrados son masculinos (el empleador y el trabajador). La idea de la familia se hace presente, solo para citar algunos ejemplos, en los arts. 103 bis, 158, 208 y 221 de la ley 20.744. Pero en el orden social paradigmático pensado para el varón que trabaja la incidencia de la familia es distinta a la mujer, por ello el texto del régimen especial le reservaba la protección contra el despido por causa de matrimonio a la mujer; todo hasta que llegó el fallo Puig de la CSJN.³ Lo que intento destacar es que en el paradigma de la ley 20.744 la familia del trabajador no implica una circunstancia que le impida prestar normalmente el trabajo, en tanto los tiempos de vida familiar y de trabajo estaban perfectamente diferenciados y respetados en el orden social.

A ese sujeto varón y padre de familia es a quién el Derecho del Trabajo va a proteger. Y, por lo tanto, ese sujeto necesita conservar el trabajo y llevar el dinero a casa para afrontar los gastos de la familia. De tal forma, estabilidad y salario han sido los temas cruciales de la regulación de la relación de dependencia laboral. Al paradigma del sujeto varón proveedor -*breadwinner*- el Derecho del Trabajo le ofrece un sistema jurídico protectorio.

Dentro de este paradigma social, se explica no solo la legislación laboral sino también los debates que se han desarrollado. Solo como ejemplo, señalo lo relativo a la irrenunciabilidad de derechos adquiridos a nivel contractual. Si un trabajador⁴ acuerda con su empleador trabajar de lunes a sábados, 8hs diarias, percibiendo un salario mayor al que le corresponde por la aplicación del CCT correspondiente, pero luego decide que no quiere trabajar los días sábados y su empleador no tiene problema en suprimir ese día de trabajo ¿puede acordar percibir el salario de convenio sin trabajar los sábados, renunciado al mayor salario acordado contractualmente? La respuesta doctrinaria mayoritaria previa a la modificación del art. 12 LCT por la ley 26.574 era que no, solución que fue luego incorporada al texto legal. Si el trabajador tuvo suficiente poder de negociación y capacidad para obtener ese mayor salario, ¿por qué luego no puede ejercer ese mismo poder y capacidad para obtener otra cosa que valore más que ese salario -no trabajar el sábado-? Porque según el paradigma legal, para un varón *breadwinner* nada puede ser más valioso que el salario; en su función patriarcal de proveer de dinero al hogar, todo lo que tiene que hacer es trabajar y ganar dinero y, por lo tanto, nada que implique obtener menos cantidad de dinero en el trabajo es aceptado.

Ahora bien, ¿sería la misma respuesta negativa si la persona acuerda trabajar de lunes a viernes, 8hs diarias, por el salario de convenio, y luego acuerda con su empleador trabajar los sábados percibiendo un mayor salario al devengado por CCT? Aquí también habría una renuncia al derecho de no trabajar el sábado, pero a nadie le preocupa esa renuncia en tanto el trabajador va a ganar más salario; ni siquiera con el argumento que el día sábado esa persona acompañaba a su pequeña hija en la práctica de algún deporte y ese espacio de

³CSJN; 24/09/20. Puig, Fernando Rodolfo c/ Minera Santa Cruz S.A. Fallos: 343:1037

⁴Uso el género masculino a propósito.

encuentro entre padre-hija se va a perder a causa del trabajo, pero el *breadwinner* no tiene otra función que ganar dinero trabajando, así que la renuncia a ese día sábado libre es irrelevante para el Derecho del Trabajo. Para acompañar a la nena el sábado está la madre.

II. El desafío de desarmar el paradigma

La erradicación del paradigma patriarcal implica no solo un nuevo rol de la mujer, sino también del hombre. Y aún más, implica desprendernos de las categorías de género y dejar de usar la distinción binaria de hombre y mujer, porque esta no comprende a la totalidad de las personas.

Si bien el mayor trabajo y el acento debe colocarse en la equiparación de los derechos usualmente conferidos (o negados) en razón del género, igualando a la mujer en el goce de Derechos, en estas líneas intento destacar que el cambio de paradigma también afecta a las personas que se expresan en el género masculino, y ello tiene sus implicancias jurídicas en el Derecho del Trabajo.

Algunas de estas implicancias son deseadas, esperadas y fácilmente aceptables. En este sentido cito nuevamente el caso Puig de la CSJN. En el tribunal que tengo el honor de integrar, hemos dictado una sentencia⁵ otorgando protección a un trabajador aplicando el Convenio OIT n° 156 (trabajadores con responsabilidades familiares) en razón del estado de vulnerabilidad en que se encontraba como consecuencia de la enfermedad de su hijo menor de edad. Estas dos sentencias, como muchas otras, destacan nuevos roles de las personas que se expresan en el género masculino, los cuales no estaban comprendidos en el paradigma del Derecho del Trabajo, en tanto que se supone que el varón *breadwinner* si se casa o si tiene un hijo con problemas de salud, el orden social patriarcal hace que esas contingencias no afecten su capacidad de trabajo, pero no sucede eso cuando, rompiendo el molde patriarcal, el padre necesita atender las circunstancias de salud de su hijo y, entonces, se encuentra en una situación de vulnerabilidad en su relación laboral.

Pero, tal vez, otras implicancias de esta deconstrucción del paradigma social del trabajador *breadwinner* no sean tan fáciles de aceptar en el iuslaboralismo clásico en tanto el cambio de paradigma afecta la base misma de lo que entendemos (y aceptamos) como Derecho del Trabajo. El trabajador varón, rudo (los hombres no lloran), que ofrecía un trabajo de tipo manual poco calificado, que cumplía la función de jefe de familia llevando el pan a la mesa, tiene muy poco que ver con el sujeto *millennial*, frágil (los hombres muestran sus sentimientos), comprometido con la defensa de intereses que escapan a su vida absolutamente inmediata y que corren detrás de una vida llena de experiencias antes que del proyecto familiar, la casa propia y la jubilación. Ni que hablar ya de los sujetos

⁵Cám. Lab. Sala II, Santa Fe; 15/12/2020. Bergamasco, Francisco vs. Haidar y Cia. S.R.L. Rubinzal Online; RC J 8414/20

comprendidos en la *generación de cristal o generación Z*, con un infinito catálogo de derechos, pero con pocas obligaciones.

Y así, mientras las empresas luchan en sus relaciones con los/as *millennials* y los *Z*, tratando de ofrecerles incentivos para que permanezcan en el empleo y pospongan su viaje a Tailandia (abandonando no solo el puesto de trabajo sino también la vivienda familiar, ya no con esposa e hijos sino aún con sus padres), el Derecho del Trabajo todavía se preocupa de defender la estabilidad de la persona en el puesto de trabajo.

Si en un congreso de Derecho del Trabajo postulamos que a los jóvenes actuales no les interesa permanecer en el empleo, seguramente seremos catalogados de traidores al *iuslaboralismo*. Sin embargo, el aferrarse al paradigma del sujeto protegido como el varón *breadwinner* no hace más que alejar la eficacia protectora del Derecho del Trabajo a las necesidades del sujeto protegido.

Porque no se trata de proteger o no proteger al sujeto de preferente tutela constitucional, sino de ampararlo en aquellos intereses que el/ella estima relevantes en su vida y que se encuentran afectados por la relación de subordinación. En este sentido, comienza a adquirir una trascendental relevancia en la regulación protectora todos los temas que hacen a la compatibilidad de la vida laboral y la vida personal (prefiero no usar familiar), situación conflictiva que en el paradigma tradicional *iuslaboralista* no se presenta porque los espacios temporales estaban perfectamente delimitados, y el orden social los mantenía de esa forma; de tal manera que en la regulación legal.

Sin embargo, en la actualidad, el derrumbe que se pretende del modelo patriarcal coloca a la persona identificada en el género masculino en una situación en la cual el orden social le reclama (y él desea asumir) nuevas actividades dentro de un nuevo rol que, en cuanto se presentan como conflictivas en la relación laboral, no tienen recepción en el paradigma *iuslaboral* clásico y para las cuales, entonces, no hay regulación protectora. Y aquí se encuentra el desafío actual de Derecho del Trabajo, no solo de comprender en su protección a las personas que se expresan en el género femenino, sino también de modificar su paradigma de trabajador *breadwinner* para ofrecer protección a las personas que se expresan en el género masculino en situaciones conflictivas en la relación de dependencia laboral y para las cuales el paradigma clásico no otorga una respuesta.

En el ámbito laboral, siempre desde el punto de vista teórico (la realidad muestra otra cosa) y tal vez cometiendo el error de generalizar, la tarea de reconocer e igualar los derechos de las personas que se expresan en el género femenino es más fácil,⁶ pues implica avanzar en un terreno en el cual el Derecho del Trabajo no posee un estereotipo definido. Pero cuando se trata de reasignar roles al sujeto identificado en el género masculino en virtud de enterrar el paradigma patriarcal *breadwinner*, ello implica un gran esfuerzo en el Derecho del Trabajo pues directamente está perdiendo su paradigma de sujeto protegido y ello asume el carácter de una crisis estructural.

⁶Por ejemplo, la diferencia salarial entre hombres y mujeres responde a factores externos al Derecho del Trabajo.

Cuando se pregunta a quién se protege en el Derecho del Trabajo, la foto del varón empleado, casado, con dos hijos/as, proveedor del sustento material de esa familia, aferrado social y económicamente al contrato de trabajo dependiente, ordenado socialmente en cuanto a los tiempos de su vida y deseoso de llegar a la jubilación, ha sido cambiada por la foto de una persona para la cual su expresión en el género es una construcción que puede ser distinta a su realidad biológica, la familia basada en el casamiento y la reproducción biológica ya no representa la estructura social en la cual construye su proyecto de vida, se define como *multitasking*, pretendiendo asumir diferentes tareas al mismo tiempo, lo cual lo lleva a una sensación de insuficiencia del tiempo⁷, y para quien el salario ya no es la provisión del bienestar de su familia sino la medida de la capacidad actual de consumo personal.⁸

III. Somos mucho más que dos.

El cambio de foto al que me refería anteriormente, tal vez sea no un reemplazo absoluto sino una sumatoria de distintas fotos.

Si bien la deconstrucción del modelo patriarcal implica abandonar el paradigma del sujeto trabajador *breadwinner*, ello no lleva tan solo a su reemplazo por otro paradigma, tal vez sutilmente modificado. Creo que el desafío es aún mayor porque aparecen ya varios estereotipos de sujetos que reclaman protección en el ámbito de la dependencia laboral. Y no me refiero aquí a las ideas de para subordinación sino a los intereses que se reputan como necesarios de protección dentro de la subordinación. Distintos sujetos reclaman protección sobre distintos intereses. Los cambios en la sociedad y en la economía se hacen necesariamente sentir en la regulación laboral pues esta se construye sobre aquellas dos circunstancias.

Si el Derecho del Trabajo no adapta su paradigma protectorio a las nuevas realidades socio-económicas corre el riesgo de quedar ofreciendo una protección que no es útil a los intereses de los distintos sujetos que reclaman protección.

Y algo de esto ya se evidencia. El Derecho del Trabajo clásico responde a las realidades socio-económicas de la segunda revolución industrial, en la cual se producía en masa bienes estandarizados y el trabajo era el factor del orden social. En esa realidad, la empresa intentaba obtener el mayor provecho de la capacidad de trabajo de su empleado por medio del rigorismo taylorista. El trabajo subordinado era un sufrimiento que se padecía hasta la jubilación. La empresa era un lugar de sumisión, un espacio físico reservado al poder privado empresario que se ejercía como el señor feudal lo hacía sobre sus vasallos.

El capitalismo, ni lento ni perezoso se ha hecho cargo de ello (o por lo menos lo intenta) y ahora la empresa pretende ser presentada como un lugar al cual el/la empleado/a pertenece

⁷Wajcman, Judy. Esclavos del tiempo. Vidas aceleradas en la era del capitalismo digital. Ed. Paidós. Barcelona (2017).

⁸Bauman, Zygmunt. Trabajo, consumismo y nuevos pobres. Ed. Gedisa. Barcelona (2000).

como colaborador/a o asociado/a, y ya ni siquiera necesita ser un determinado espacio físico, pues la empresa entra en el smartphone de la persona y lo acompaña adonde vaya. Ahora el taylorismo se ejerce de modo emocional, implicando a la persona que trabaja en los objetivos de la empresa. La liberación por la jubilación que regula la ley de contrato de trabajo hoy es vista como una injerencia inaceptable de la empresa en el proyecto de vida de la persona que trabaja.

A los cambios económicos-tecnológicos debemos sumar los cambios sociales, especialmente lo que refiere a la idea de familia que, como expuse, es un dato relevante en la construcción paradigmática clásica iuslaboral.

La combinación de distintos sectores de la económica, diferentes realidades tecnológicas y distintas estructuras de relaciones sociales otorgan como resultado una multiplicidad de sujetos que reclaman protección a sus intereses dentro de la subordinación laboral, en un amplísimo rango que comprende desde el trabajador migrante, ilegal, analfabeto, que ofrece una capacidad de trabajo manual, poco capacitada, a la persona que provee servicios de alto valor agregado trabajando en forma remota con un uso intensivo de recurso tecnológicos.

En el medio de todo ello todavía nos queda nuestro/a ya famoso/a trabajador/a de PedidosYa, quien montado/a en su bicicleta desafía al Derecho del Trabajo cual Don Quijote a los molinos, dándose el enorme lujo de trabajar cuando quiera, regulando sus tiempos de trabajo, trayendo a los cimientos del Derecho del Trabajo la dinamita necesaria para derrumbar el edificio...la libertad. Desde que se inventó el Derecho del Trabajo hasta ahora, la dependencia implicaba una pérdida de libertad de la persona, regulada a través del Derecho del Trabajo, y no el ejercicio de un ámbito de libertad para trabajar cuando la persona quiera. Desesperadamente corremos a tapar esta situación con la dependencia laboral: esto es trabajo dependiente y fin de la discusión. No obstante, la grieta en la pared del dique no se puede parar poniendo la punta del dedo.

Es necesario, entonces, comenzar a pensar a quienes (en plural) se protege hoy por medio del principio protectorio laboral, y comenzar a ofrecer soluciones sustantivas y procesales que den una respuesta protectoria adecuada a esos intereses. Esto requerirá, además, una nueva relación del Derecho del Trabajo con el Derecho de la Seguridad Social, pues la protección que aquel no pueda otorgar, tal vez pueda ser abordada por este.⁹ Siempre con el cuidado de no caer en la trampa ya famosa de la flexibilidad laboral. Se trata de sumar protección, no de negarla.

⁹Como se ha intentado respecto al trabajo no remunerado de la mujer en el hogar propio a través de jubilaciones sin el requisito de realizar la totalidad de años de aportes que regula el régimen general u ordinario.

Mención de Honor

El papel de los Principios Rectores en la brecha de género del mercado laboral latinoamericano.

Parra Rosas, Juan Felipe¹

Universidad de los Andes- Miembro del Semillero de Investigación de Trabajo y Derecho.

I. Introducción

Una mujer se acerca a usted y decide contarle su historia, le pide que cierre los ojos y se imagine que usted es ella. Ella le dice que usted es una secretaria en una empresa, madre de dos niños; llegó la pandemia y usted debió trabajar desde casa y cuidar a sus dos hijos. Le dice que esto lo hizo sola ya que su esposo debía salir a trabajar. Le pide por un instante que se imagine que la energía no le da y tuvo que abandonar su trabajo por cuidar a sus hijos, le dice que no se trata únicamente del amor de madre, sino que ese acto implica un sacrificio, un sacrificio que su esposo decidió no hacer. Pues bien, este es un relato ficticio que muestra la cruda realidad del mercado laboral en América Latina, en el que existe una brecha marcada entre la participación y las condiciones de las mujeres y los hombres en el empleo, y la cual tiene muchas veces como causa subyacente las labores de cuidado asociadas culturalmente a las mujeres.²

Este problema, latente en América Latina, prende el foco en el derecho pidiéndole que haga una aparición triunfal para articular a los distintos actores que participan en el mercado laboral para que tomen medidas al respecto.³ Sin embargo, es claro que los Estados están obligados por tratados internacionales a reducir la brecha de género y estos han adoptado medidas antidiscriminatorias,⁴ pero el otro actor clave, aquellas que generan empleo, las empresas ¿están obligadas? Pues bien, esa es la pregunta que busca responder este pequeño artículo en el que se analiza las condiciones del mercado laboral para las mujeres en América Latina, abordando el papel que tienen las empresas en la reducción de la brecha de género, tomando para esto el marco analítico de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos.⁵

¹Abogado y estudiante de la Maestría en Derecho de la Universidad de los Andes.

²Lourdes Benería, Günseli Berik, and Maria S. Flor, *Gender, Development, and Globalization: Economics as If All People Mattered*. (Routledge 2015).

³Adriana Kugler, *Job Security Regulations and Labor Market Flexibility*. En *Law and Employment. Lessons from Latin America and the Caribbean*" (Chicago, IL: University of Chicago Press 2004).

⁴Este ensayo no se enfoca en la eficacia de las medidas antidiscriminatorias tomadas por los Estados.

⁵John Ruggie, *Global Governance and 'New Governance Theory'* (Global Governance 2014).

Para lograr el objetivo, a continuación, se presentarán algunas consideraciones relativas al mercado laboral y a la brecha de género existente en América Latina, para después entrar a analizar el papel de las empresas en la reducción de la brecha de género desde los Principios Rectores. Por último, se presentan algunos comentarios finales. Es importante que el lector tenga en cuenta que las secciones que se presentan a continuación buscan condensar un contenido analítico de los Principios Rectores, sin abordar las críticas en su construcción desde los centros tradicionales de poder; por lo que el análisis se limita a mostrar su rol en la discusión de la brecha de género en el empleo en América Latina y el Caribe.

II. La inequidad a flor de piel, el mercado laboral de América Latina y el Caribe

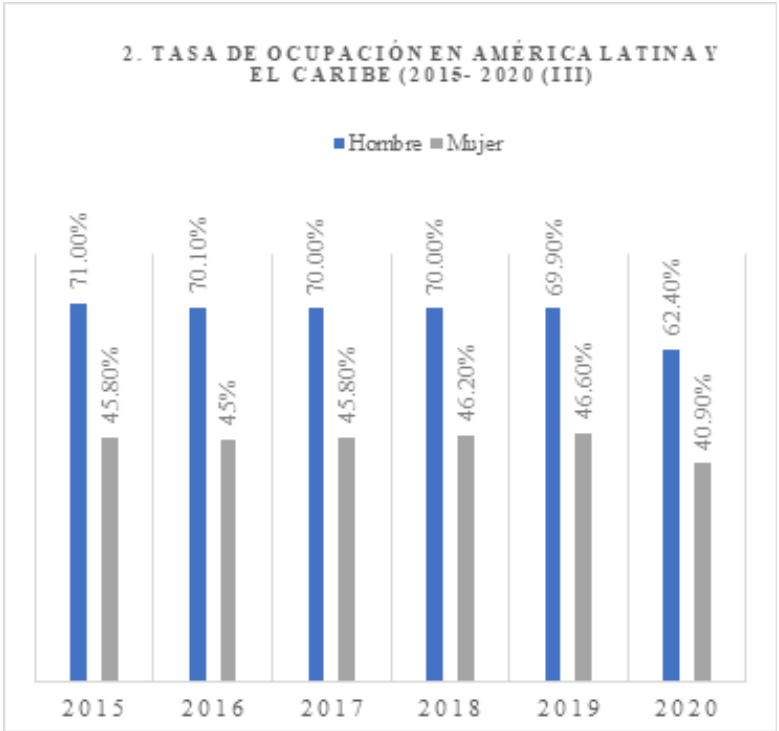
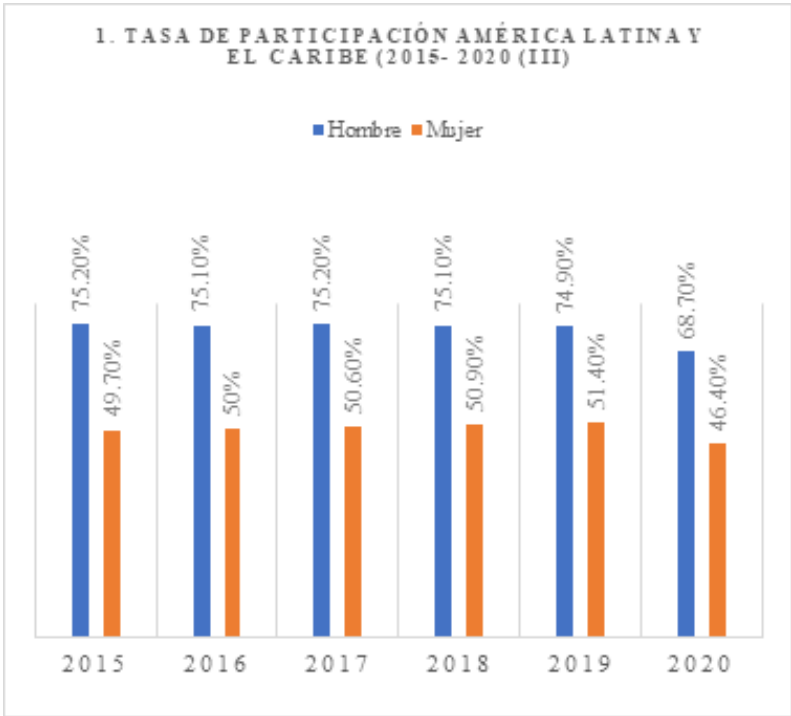
La pandemia que vive actualmente el mundo, ocasionada por la COVID-19, ha acrecentado las brechas de género en todas las regiones del planeta tierra, mostrándonos cómo las recesiones económicas pueden afectar mucho más el empleo de las mujeres que el de los hombres.⁶ Sin embargo, esta reducción del empleo para las mujeres no fue igual en todo el mundo, siendo aún más dramática en regiones como América Latina en donde las mujeres ya tenían una baja participación en el mercado laboral.⁷ Además, en esta región a raíz de la pandemia existió un retroceso de más de 10 años en la reducción de la brecha de género,⁸ presentando un reto para los distintos actores inmersos en el mercado laboral de los países latinoamericanos.

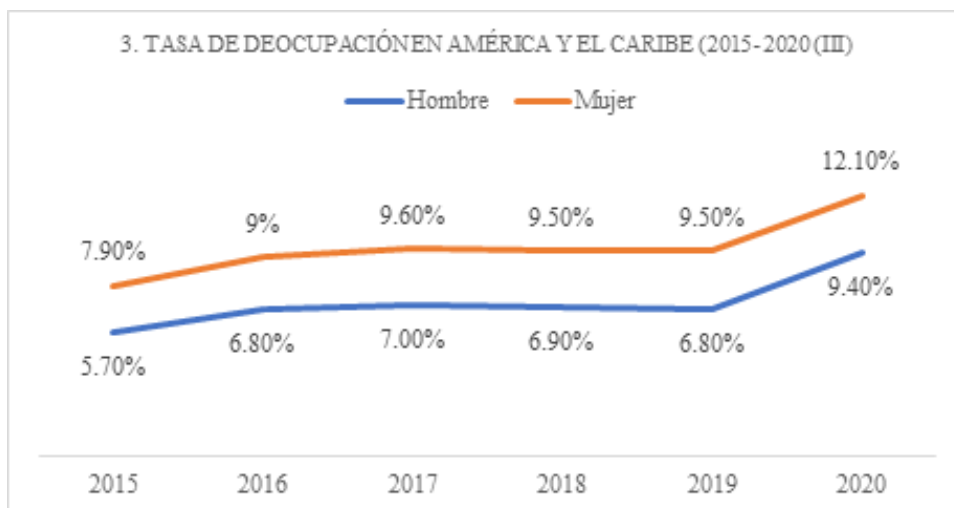
De hecho, si se entra a analizar los datos existentes para América Latina y el Caribe se puede observar que durante la pandemia, específicamente los tres primeros trimestres de 2020, existió una fuerte contracción de la tasa de participación tanto para los hombres (-5,5 pp.) como para las mujeres (-5,4 pp.); sin embargo, si se mira la tasa de participación de las mujeres, la contracción fue proporcionalmente más alta para estas que para los hombres. De igual forma sucedió con la tasa de ocupación por sexo en donde el impacto fue mayor para las mujeres, representando un -12,35%, un -3% de diferencia con la tasa de participación de los hombres. Además, si se mira el histórico de la tasa de ocupación, participación y desempleo todos los indicadores, en todos los años, fueron ostensiblemente peores para las mujeres que para los hombres (Gráfica 1, 2 y 3).

⁶Algunas investigaciones sugieren que las mujeres y los trabajadores con menor nivel educativo tienen significativamente más probabilidades de perder su empleo debido a la recesión económica. por ejemplo "Desigualdad e informalidad en América Latina: el caso de Brasil. de Alejo y Parada y Alon, Titan, Matthias Doepke, Jane Olmstead-Rumsey.

⁷Como lo señala Bustelo, Frisancho y Mariana "la tasa de participación femenina pasó de alrededor del 20% en la década de 1960 a más del 60% a inicios de la década de 2010". Sin embargo, esta participación se estancó en la década de los 2000. Ver: Monserrat Bustelo, Verónica Frisancho, and Mariana Viollaz, '¿Cómo Es El Mercado Laboral Para Las Mujeres En América Latina y El Caribe?' <<https://publications.iadb.org/es/como-es-el-mercado-laboral-para-las-mujeres-en-america-latina-y-el-caribe>>.

⁸Vinicius Pinheiro, director de OIT para América Latina y el Caribe, en una entrevista mencionó que "Esta crisis sin precedentes ha exacerbado las brechas de género en los mercados de trabajo de la región, sacando de la fuerza de trabajo a millones de mujeres y anulando avances anteriores. OIT (ed), '13 Millones de Mujeres Vieron Desaparecer Sus Empleos a Causa de La Pandemia En América Latina y El Caribe' <https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_774797/lang-es/index.htm>.



Categoría: Género y diversidad

Elaborado a partir de los datos de la OIT, Panorama Laboral (2020) América Latina y el Caribe.

Dentro de los efectos de la brecha de género entre hombres y mujeres que aún subsisten en el mercado laboral de América Latina y el Caribe, como se muestran en las gráficas I, II y III, sobresale que una de la causa más común para su permanencia histórica es la penalidad que tienen que costear las mujeres en el tiempo dedicado al trabajo no remunerado.⁹ Las mujeres, por los roles culturales y la relación asimétrica asociada al género, deben conciliar el trabajo remunerado con las responsabilidades familiares, que en muchas ocasiones es una tarea imposible y casi titánica. Por ejemplo, en la crisis actual, a raíz de la pandemia y las medidas de confinamiento, la brecha de género ha crecido, en parte, por el cierre de los colegios y los servicios de cuidado; ocasionando el desplazamiento de las mujeres a estas labores de cuidado de manera exclusiva y una exclusión de facto del mercado laboral.

Lo anterior encuentra sustento en las cifras dadas por el BID, en donde se encontró que las mujeres latinoamericanas y caribeñas dedican alrededor de 38 horas semanales a responsabilidades domésticas y de cuidado no remuneradas, mientras que los hombres solamente dedicaban 16 horas semanales, la mitad de horas que dedicaban las mujeres. A su vez, el estudio encontró que la brecha se intensifica en hogares con niños menores de 5 años, en donde la diferencia entre las horas dedicadas por mujeres y hombres es de 33 horas semanales de trabajo no remunerado. Además, en lo concerniente la maternidad los investigadores del BID encontraron que la brecha en la participación del mercado laboral es de 40 puntos porcentuales más alta cuando se trata de mujeres con hijos menores de 5 años.¹⁰

En ese sentido, el papel de las mujeres como principales cuidadoras ha ocasionado su segregación del mercado laboral, siendo este fenómeno cultural uno de los responsables de la brecha de género en los países de América Latina y el Caribe. Aunque es cierto que la

⁹Nancy Folbre, Medir Los Cuidados: Género, Empoderamiento y La Economía de Los Cuidados", El Trabajo de Cuidados: Historia, Teoría y Políticas. (Los libros de la Catarata y Fuencabral 2011).

¹⁰Monserrat Bustelo, Verónica Frisancho, and Mariana Viollaz, '¿Cómo Es El Mercado Laboral Para Las Mujeres En América Latina y El Caribe?' <<https://publications.iadb.org/es/como-es-el-mercado-laboral-para-las-mujeres-en-america-latina-y-el-caribe>>.

regulación antidiscriminatoria junto con las acciones afirmativas tomadas por los Estados de la región ha acortado la brecha de género en el empleo en los últimos tiempos, es innegable que se hace indispensable que las empresas, las mayores generadoras de empleo, adopten medidas para contribuir con la reducción de la brecha de género, más aún con el estancamiento que se ha visto en los indicadores desde el año 2000 y el fuerte retroceso en esta materia ocasionado por la pandemia que afronta actualmente el mundo.

Por lo tanto, las empresas son las llamadas a enaltecer la igualdad y el trabajo digno y justo, eliminando cualquier forma de discriminación, más aún cuando provienen de construcciones culturales machistas, y de esta forma convertirse en actores activos en la promoción y garantía de los derechos humanos. Sin embargo, surge la pregunta ¿están las empresas obligadas a adoptar algunas medidas para reducir las brechas de género en América Latina y el Caribe? La respuesta sin lugar a dudas es y tiene que ser unánime en el mundo, ya que existen los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos que dan un encaje dogmático y tienen un papel protagónico en la reducción de la brecha de género en todo el mundo.

III. El papel de los principios para reducir la brecha de género en el mercado laboral

Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, que fueron respaldados de manera unánime en el 2011 por el Consejo de Derechos Humanos, son resultado de la necesidad de una juridificación internacional del papel de las empresas transnacionales y nacionales en el respeto y garantía de los derechos de los individuos en todas las latitudes del globo terráqueo, enalteciendo el principio de universalidad del derecho internacional de los derechos humanos.¹¹ Es así como estos principios universales se han convertido en la herramienta base sobre la que se fundamenta la relación tripartita entre la gobernanza estatal, empresarial y aquella ejercida por la sociedad civil en todo el mundo; siendo una estructura en bloque que ejerce “una presión hacia arriba, es decir, que provo(ca) una mejora continua de la protección de los derechos humanos de los afectados por las actividades empresariales”.¹²

En ese orden de ideas, los principios rectores son instrumentalizados para involucrar en todas las obligaciones derivadas de los tratados de derechos humanos a las empresas; haciéndolas sujetos activos en la garantía y respeto por los distintos derechos consagrados en las fuentes

¹¹Cesar Rodríguez Garavito, 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. (Siglo XXI Editores 2019).

¹²Cesar Rodríguez Garavito, 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. (Siglo XXI Editores 2019).

de derecho internacional. Además, los principios están a disposición de las empresas para que interioricen dentro de sus conductas estructurales, orgánicas, de funcionamiento, en su hábitat empresarial y actividad económica un lenguaje de derechos que a su vez se materialice en acciones que impulsen la efectividad de estas garantías. Por lo tanto, los principios rectores no tienen un carácter eminentemente cautelar, ya que buscan que las empresas ejecuten acciones internas que fomenten los derechos y no solamente se abstengan de realizar cualquier acción violatoria de estos.

De esta forma las empresas, generadoras de empleo en la economía global, tienen un gran desafío, ya que mediante su actuar tienen que cerrar la brecha entre los procesos económicos transnacionales y deben adecuar su conducta a la regulación de distintos niveles que buscan la operabilidad del discurso de los derechos humanos en todas las actividades económicas en las que participan.¹³ Dentro de ese desafío se incorpora el papel predominante que tienen las “las empresas” (o firmas) en el mercado laboral, siendo el espacio en el que los sujetos entregan su energía vital a cambio de obtener papel moneda o incrustarse en las dinámicas económicas de su país para lograr desarrollar su plan de vida.

Y es que precisamente en ese espacio denominado “mercado laboral” en el que está en juego el trabajo como recurso productivo de la sociedad,¹⁴ siendo un campo de disputa en el que existe una fuerte tendencia de flexibilización, inequidad y, en algunos casos, precarización de las condiciones de empleo, particularmente, en países en desarrollo o subdesarrollados. Sin embargo, los Principios Rectores, con base en lo dicho anteriormente, pueden ser la llave de ingreso para que las empresas adopten un actuar acorde a los derechos humanos y de esta manera se reduzca la inequidad, el desempleo y la exclusión de grupos históricamente discriminados en el mercado laboral. Si se revisa a fondo los treinta y un principios, se ve como las empresas se encuentran obligadas a acatar los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo, adoptando estándares que dignifiquen el empleo y armonicen las dinámicas del mercado laboral con las garantías universales:

“12. La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se refiere a los derechos humanos internacionalmente reconocidos – que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a 16 los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo”.

Ahora bien, la labor de los estándares de la OIT no se agota en dignificar el empleo, sino que también buscan activamente eliminar cualquier brecha o discriminación existente en el acceso y permanencia en el mismo, enfocándose en la brecha de género que afecta a todos los mercados laborales del mundo. En ese sentido, la Declaración de la OIT es clara en señalar que se debe eliminar cualquier tipo de discriminación en el

¹³Cesar Rodríguez Garavito, 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. (Siglo XXI Editores 2019).

¹⁴Cesar Rodríguez Garavito, 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. (Siglo XXI Editores 2019).

empleo, teniendo su mayor desarrollo en lo concerniente a la discriminación por género:¹⁵

“Declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir: a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; e) la abolición efectiva del trabajo infantil; y d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación”.

De esta manera, los Principios Rectores son instrumentos dogmáticos que pueden guiar a las empresas para que tengan un papel protagónico en el mercado laboral y, con ello, un papel de garante del derecho humano a un trabajo digno y justo de todos los individuos. Además, el encaje interconectado de los principios con los distintos instrumentos internacionales que buscan dignificar el empleo, es una herramienta útil para comenzar a acotar la brecha de género, ya no sólo desde la estatalidad, sino con la participación protagónica del sector privado. De esta manera los principios como marco de operabilidad para las empresas pueden ser parte de la solución de la inequidad de género de la que adolece todo el mundo, pero, particularmente, los países latinoamericanos.

IV. Comentarios finales

Sin lugar a dudas los Principios Rectores obligan a las empresas a adoptar medidas tendientes a promover la igualdad y no discriminación, haciéndolas responsables de crear mecanismos para fomentar la equidad de género en sus actividades económicas y, con ello, en el mercado laboral de los países latinoamericanos. Desde eliminar la brecha salarial entre hombres y mujeres; adoptar una cuota de género del 50% de mujeres en todos los cargos existentes en las empresas; desasociar el desarrollo de actividades o labores exclusivamente a un género; crear un proceso de selección transparente en donde no operen los sesgos de género; y promoviendo el trabajo de cuidado compartido entre hombres y mujeres (igualando las licencias de maternidad y paternidad en las empresas, por ejemplo) las empresas están adoptando acciones útiles que contribuirían a la garantía y al fomento de la igualdad de género en el espacio del trabajo.

En ese sentido, es hora de virar hacia una acción conjunta realizada por Estados y empresa en la que se tenga como foco el desarrollo articulado de acciones que puedan reducir a cero la brecha de género en las variables del mercado laboral, siendo este trabajo

¹⁵Esto es visible en el mandato de igualdad de género que persigue la OIT, dentro de la que se gestaron el Convenio (núm. 100) sobre igualdad de remuneración (1951), el Convenio (núm. 111) sobre la discriminación en el empleo y la ocupación (1958), el Convenio (núm. 156) sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (1981) y el Convenio (núm. 183) sobre la protección de la maternidad (2000).

mancomunado la respuesta para la reactivación de las fuentes de empleo en los tiempos de postpandemia. De hecho, si no se entiende que esta articulación es necesaria seguramente los indicadores continuaran en una lenta y rezagada reducción, pues es precisamente uno de los valores agregado de los Principios Rectores el articular a la sociedad civil, empresas y Estados; los mismos actores que se encuentran inmersos en las decisiones claves del mercado laboral de un país.

Mención de Honor

Consumo de tabaco: alerta sanitaria, impuestos y el comportamiento de la industria. La experiencia Argentina.

Valle Ruidiaz, Anabella^{1 2}

Universidad de Buenos Aires

I. Introducción

Bien es sabido que toda empresa, sin mediar el sector industrial al que pertenezca, tiene impactos y responsabilidades para con los derechos humanos. La dialéctica del presente trabajo se basa en tres principios básicos: las obligaciones del Estado de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos y las libertades fundamentales; b) la obligación de las empresas de cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos; c) la necesidad de que los derechos y obligaciones vayan acompañados de recursos adecuados y efectivos en caso de incumplimiento.³

Desde un enfoque de derechos humanos para el diseño de políticas públicas (Abramovich y Pautassi, 2002), comenzaremos presentando datos sobre la situación epidemiológica en relación al consumo de tabaco en Argentina con el objetivo de dar cuenta de la gravedad e importancia del análisis de la construcción de la política fiscal, a la luz de las recomendaciones y estándares del derecho internacional de los derechos humanos.

Asimismo, haremos una lectura crítica sobre la reforma de la ley impuestos internos⁴ y daremos un ejemplo del comportamiento de la industria tabacalera en cuanto al incumplimiento de sus obligaciones tributarias.

¹Maestranda en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (UBA), Investigadora del Seminario de investigación "Grandes empresas y violación de Derechos Humanos en América Latina" (Fder- UBA) acreditado en la programación científica de 2018-2020. Colaboradora docente en derechos humanos y garantías (Fder- UBA). Asesora legal para el control de los factores de riesgo de las enfermedades no transmisibles.

²En esta publicación se ha procurado evitar un lenguaje que marque diferencias discriminatorias entre géneros. Sin embargo, a fin de facilitar la lectura no se incluyen recursos como @, X o E, por lo que deseamos que se tenga en cuenta la intención de redacción.

³ONU (2011), Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Proteger, respetar y remediar, Resolución A/HRC/RES/17/4.

⁴Ley N° 27.430, Impuesto a las ganancias.

II. La epidemia del tabaquismo en Argentina

Un estudio del Instituto de Efectividad Clínica y Sanitaria concluyó que 44.851 muertes, 20.620 diagnósticos de cáncer, 14.405 accidentes cerebrovasculares y 68.100 hospitalizaciones por enfermedad cardiovascular por año pueden atribuirse al tabaquismo (Andrea Alcaraz /VVAA: 2016).

Asimismo, la presión que ejerce sobre el financiamiento del sistema de salud es también avasalladora: el costo de atender los problemas de salud provocados por el tabaquismo alcanzó los \$33.260 millones en 2015, equivalente al 0,75% del PBI (Producto Bruto Interno). El gasto total en salud (público, privado y de obras sociales) representa alrededor del 8%-10% del PBI, y que entre el 7,5% y el 9,4% del gasto en salud es provocado por el consumo de tabaco.

No obstante ello, el impacto económico y social excede la esfera de la salud, provocando pérdidas de productividad por enfermedad, discapacidad y muerte prematura que se traducen en AVISA (Años de Vida Ajustados a Discapacidad). Otro estudio⁵ estimó en 2005 que en nuestro país el consumo de tabaco causaba una pérdida de 824.804 AVISA de los cuales 113.381 son producidos por cáncer.

Si bien las sucesivas Encuestas Nacionales de Factores de Riesgo (ENFR) desarrolladas por el Ministerio de Salud describen una tendencia descendente en el porcentaje de población adulta que fuma (de 29,7% en 2005 a 22,2% en 2018), la 4ta ENFR mostró que el consumo sigue siendo muy elevado, liderando las tasas de consumo de la región.⁶

También, según la Quinta Encuesta Mundial de Tabaco en Jóvenes 2018, en la actualidad el 20,2 % de las/los estudiantes consume algún producto de tabaco (varones 18,7% y mujeres 21,4%).⁷ En sintonía con la tendencia mundial, el consumo de tabaco desciende la edad de inicio –promedio 12 años–, se desplaza de varones a mujeres y de niveles socioeconómicos altos a bajos. De acuerdo a la 4ta ENFR de 2018 en el quintil de menores ingresos el 24,7% de la población fuma, mientras que en el quintil de mayores ingresos la proporción es significativamente menor, con un 20,3%.

Diversas investigaciones científicas destacan la profundización de la brecha sanitaria entre sectores sociales producida por el tabaquismo, incrementando los riesgos de mortalidad en los segmentos en mayor situación de vulnerabilidad (Rodríguez Iglesias et al, 2015). Además, se sostiene que las personas pobres poseen menores recursos para dejar de fumar y dificultades de acceso a la salud, lo que conlleva a la prevalencia de otras enfermedades crónicas; en consecuencia, no sólo la proporción de fumadoras/es es superior en los grupos más desprotegidos, sino que las/os mismas/os también soportan una mayor carga de enfermedad (Palipudi et al, 2012).

⁵MMSAL (sin fecha), Carga Global de Enfermedad por Tabaquismo en la Argentina. Disponible en: <http://iah.salud.gob.ar/doc/Documento164.pdf> [Estado: 28.06.21]

⁶MSAL (2019), 4ta ENFR. Disponible en: <https://www.indec.gob.ar/indec/web/Nivel4-Tema-4-32-68> [Estado: 28.06.21]

⁷MSAL (2019), 5ta EMTJ 2018. Disponible en: http://www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/0000001554cnt-2018_encuesta-mundial-sobre-tabaco-en-jovenes_arg.pdf [Estado: 28.06.21]

Esta situación se repite en todos los países del mundo: según un informe de la OMS, globalmente el 84% de fumadoras/es viven en países en desarrollo y economías transicionales. Dicho organismo afirmó que: “el tabaquismo ha sido reconocido mundialmente como una causa de empeoramiento de la pobreza y una barrera para el desarrollo sostenible”.⁸

III. Impuestos al tabaco. Recomendaciones internacionales y política fiscal Argentina

1. Impuestos y el principio de progresividad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En 2019, la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (CIDH: 2019) remarcó la importancia “del pago de las contribuciones impositivas que las empresas realizan al erario público, las que a su vez el Estado destina al cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos” y consideró que los ingresos tributarios a nivel regional “han sido insuficientes debido a la baja carga impositiva y también al perfil regresivo de algunos impuestos”.

En el marco del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos (SIDH) existen dos normas que se refieren de manera específica al deber de progresividad, del cual se desprende la prohibición de regresividad: el artículo 26° de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 1° de su Protocolo de San Salvador.

Conforme a los estándares del SIDH, una vez que se hubiere probado la regresividad de una medida determinada, le corresponde al Estado respectivo justificar su adopción, de acuerdo a los criterios señalados en el artículo 5 del Protocolo de San Salvador. En efecto, conforme a los instrumentos del SIDH, también es posible presumir que las medidas regresivas constituyen una violación de los compromisos asumidos por los Estados, presunción que sólo podrá ser desvirtuada si el Estado demuestra que tenía motivos razonables para hacerlo.

En correlato, autores como Abramovich y Courtis refuerzan que los derechos económicos, sociales y culturales generan a cargo del Estado obligaciones tanto positivas como negativas, que vienen a constituir su estructura y determinan las posibilidades de su eventual exigibilidad judicial (Abramovich y Courtis, 2002).

⁸OMS (2015), Convenio Marco de Control de Tabaco. Tabaco. Una barrera para el desarrollo sostenible. Disponible en: http://www.fctc.org/images/stories/Tabaco_desarrollo_sostenible.pdf [Estado: 28.06.21]

2. Impuestos al tabaco para garantizar y proteger el derecho a la salud

La salud, como condición clave para el bienestar humano, es fundamental para el espíritu y el avance de la Agenda de Desarrollo Sostenible de 2030.⁹ El Objetivo de Desarrollo Sostenible N° 3 inciso “a” afirma el compromiso de: *“Fortalecer la aplicación del Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco en todos los países”*.

A saber, el Convenio Marco para el Control del Tabaco obliga a las Partes a aplicar medidas en materia de impuestos y precios para reducir la demanda de tabaco. Además de la reducción de la demanda, los incrementos en los impuestos al tabaco aplicados de manera eficaz también pueden aumentar los ingresos gubernamentales. Si bien Argentina aún no lo ratificó, la Corte Suprema de la Justicia de la Nación sostuvo que a la hora de diseñar política pública debe seguirse las recomendaciones emanadas del Convenio.¹⁰

La eficacia de los instrumentos fiscales como política sanitaria para desalentar el consumo de tabaco no es independiente de la estrategia elegida para su implementación.¹¹ En este sentido, para maximizar el impacto sobre la salud pública es fundamental garantizar: i) que los impuestos se traduzcan efectivamente en precios más elevados para todos los productos de tabaco y todas las marcas; y ii) que el impacto de la medida no se diluya con el transcurrir del tiempo. Para que los impuestos al tabaco surtan efecto y se traduzcan en aumentos de precios uniformes, la OMS¹² recomienda la utilización de impuestos específicos (monto fijo actualizado periódicamente por cantidad de tabaco o por número de cigarrillos independientemente del precio) en lugar del esquema *ad valorem*.

3. Antecedentes de la política fiscal al tabaco en Argentina

Históricamente, en Argentina se utilizó un sistema impositivo *ad valorem*. En mayo de 2016, por Decreto N° 626/2016¹³ se aumentó la alícuota de impuestos internos a los cigarrillos del 60 al 75%. Este aumento de impuestos produjo un incremento del 50 % de los precios de los

⁹OMS (2015), Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/> [Estado: 28.06.21]

¹⁰Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2015), Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c/ Santa Fe, acción declarativa de inconstitucionalidad, 188/2006 (42-N).

¹¹WHO (2010), WHO technical manual on tobacco tax administration: WHO Library 2010, pág. 51. Disponible en: <https://www.who.int/publications/i/item/9789240019188> [Estado: 28.06.21].

¹²OMS, Impuestos sobre los productos de tabaco, Disponible en: <http://www.who.int/tobacco/economics/taxation/es/> [Estado: 28.06.21].

¹³PEN (2016), Decreto N° 626/2016. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=260938> [Estado: 28.06.21]

cigarrillos, con su consiguiente impacto en la caída de las ventas y cambio en el comportamiento de fumadores.¹⁴

Sin embargo, un informe¹⁵ publicado por el Ministerio de Salud destacó que el impacto sanitario positivo de la medida fue diluyéndose hasta desaparecer al año y medio de implementada la reforma. Así, los precios de los cigarrillos crecieron menos que la inflación y los salarios, provocando un incremento paulatino en el poder de compra que hicieron que las ventas se recuperaran; a su vez, la medida fiscal sólo se aplicó a los cigarrillos y no a otros productos de tabaco, por lo que se favoreció la migración al consumo de otros productos como al tabaco para armar.

Partiendo de lo mencionado y en su deber de adoptar medidas positivas para proteger a la población en mayor situación de vulnerabilidad, en diciembre de 2017 se sancionó una nueva ley de impuestos internos, por medio de la cual se fijó una alícuota de un 70% para los cigarrillos y se impuso un impuesto mínimo de 28 pesos actualizable por el Índice de Precios al Consumidor (IPC) con el objetivo de menguar la asequibilidad. No es menor señalar que la reforma impositiva alcanzó tanto a cigarrillos como a otros productos de tabaco que anteriormente no se veían afectados.

La introducción de este impuesto mínimo fijo actualizado por IPC induce a fabricantes de cigarrillos a actualizar el precio de sus productos acompañando el nivel de inflación. La incorporación de un monto fijo tal como lo prevé el artículo 15 de la Ley N° 27.430, si bien no equivale estrictamente a un impuesto específico, evita uno de los aspectos menos deseables del impuesto *ad valorem*: la amplia brecha de precios entre productos de alta gama y alternativas más económicas; esto impide que alternativas de muy bajo costo se posicionen en los sectores de menores ingresos.

A. Reforma de la Ley N° 27.430: ¿Regresividad normativa o de resultados?

Courtis ha advertido que existen dos tipos de exámenes para analizar si una política pública es regresiva o no (Courtis, 2006). Por un lado, el examen normativo exige analizar si la disposición limita, restringe o reduce la extensión o el sentido de un derecho, o le impone a su ejercicio condiciones que antes no debía sortear. Por otro lado, el examen de resultados obliga a verificar empíricamente el impacto de las medidas que se consideran regresivas, siendo necesario recurrir a fuentes de información que ofrezcan estimativos confiables de los efectos de la puesta en práctica de las disposiciones de que se trate: el desafío radica en la

¹⁴OMS (2017), WHO report on the global tobacco epidemic, 2017: monitoring tobacco use and prevention policies. Disponible en: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/255874/1/9789241512824-eng.pdf?ua=1> [Estado: 28.06.21]

¹⁵MSAL (sin fecha), Análisis de la Reforma Fiscal de Productos de tabaco en la Argentina, Avances y desafíos de la salud pública. Disponible en: https://bancos.salud.gob.ar/sites/default/files/2018-10/0000001110cnt-2018-02_informe-impacto-aumento-impuestos-tabaco_preliminar.pdf [Estado: 28.06.21].

interdisciplina, en dar una evaluación de medidas o políticas públicas, recurriendo a información estadística y a indicadores socioeconómicos, por ejemplo.

Llegado a esta instancia, consideramos estar en condiciones de afirmar que, si bien la medida dictada en 2017 estableció una alícuota nominalmente menor a la vigente hasta el momento, la misma estableció la aplicación de un impuesto mínimo actualizable con la inflación. Asimismo, hizo extensiva la aplicación del impuesto a otros productos que hasta el momento no se encontraban gravados.

A la vez, no es menor mencionar que la reforma tributaria establece en su artículo 3 la posibilidad de que el poder ejecutivo aumente dicha alícuota, por lo que, a los fines de cumplir con la obligación de progresividad, el Poder Ejecutivo se encuentra habilitado a revertir la regresividad de la alícuota –aumentar el gravamen del 70 al 75 %-.

Por último, es dable detallar que la reforma, también, incorporó la obligación de establecer un sistema de trazabilidad que permitiría fortalecer el control de las ventas, la protección de la recaudación fiscal y de los sistemas de control del comercio ilícito del tabaco.

IV. Prácticas históricas de la industria tabacalera

La industria tabacalera constantemente desafía las políticas públicas de control de tabaco y la política fiscal no es ajena a ello.

El cumplimiento del pago del impuesto mínimo ha sido judicializado de forma histórica en Argentina. A modo ejemplificativo, la reforma de la Ley N° 27.430 fue cuestionada por la empresa Tabacalera Sarandí S.A.,¹⁶ quien alegó que la medida significaba un incremento en el precio al público de sus productos y que ello la ponía en desventaja frente a empresas internacionales.

Dado que la Sala IV de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal hizo lugar al reclamo de la empresa y la eximió de tributar conforme a la norma, la Administración Federal de Ingresos Públicos apeló la decisión bajo el argumento de que, con dicho pronunciamiento, no sólo se ponía en riesgo la recaudación impositiva, sino que también se vulneraba, primariamente el derecho a la salud de la población argentina y, consecuentemente, otros derechos. Finalmente, el caso llegó al Máximo Tribunal, quien por primera vez revirtió la suerte del Estado en estas causas, afirmando que la ley se dictó bajo fundamentos razonables y que por lo tanto debía ser cumplida.

En línea con lo desarrollado en el punto III, corresponde enfatizar en la ecuanimidad de la medida fiscal, la cual innova respecto al dinamismo presente en su piso actualizable

¹⁶Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, Tabacalera Sarandí SA c/en-AFIP-DGI s/proceso de conocimiento, expediente N° 8093/2018.

¹⁷Artículo 16.- La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas, Ley N° 24.430, Constitución de la Nación Argentina.

trimestralmente. Dicha característica afecta a todas las empresas, sin considerar estructuras de costos, márgenes de rentabilidad y, en definitiva, precio de venta. Por consiguiente, la novedad del impuesto mínimo determina un nivel de precio por debajo del cual ninguna empresa pueda vender sus productos, siendo de allí en más las condiciones de competitividad del mercado las determinantes de la participación de cada compañía. Por tanto, corresponde concluir que la reforma impositiva presta correlato con el art. 16 de la Constitución Nacional en tanto: “la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.¹⁷

V. Conclusión

A lo largo del presente trabajo, de forma lógica hemos expuesto la gravedad de la situación sanitaria, económica y social que produce el consumo de tabaco en la Argentina. Asimismo, hemos detallado las recomendaciones internacionales en relación al diseño de la política fiscal desde una perspectiva de derechos y en relación al principio de progresividad.

Desde una parte, hemos concluido que, para evitar una regresividad en cuanto a la protección y garantía del derecho a la salud en su relación con el control del tabaco, es necesario que el Poder Ejecutivo haga uso de la competencia que el Poder Legislativo le otorgó y aumente la alícuota de impuestos internos del 70 al 75 %.

Desde otra parte, celebramos la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ante el caso modelo, entendiendo fundamental que los tres poderes trabajen mancomunadamente para fortalecer el sistema democrático y puntualmente para nuestro eje de estudio, entendemos fundamental que los tres poderes sean coherentes e integrales de cara a respetar, proteger y garantizar el derecho a la salud.

VI. Bibliografía

- Alcaraz A, Caporale J, Bardach A, Augustovski F, Pichon-Riviere A. (2016), Carga de enfermedad atribuible al uso de tabaco en Argentina y potencial impacto del aumento de precio a través de impuestos, Rev Panam Salud Publica, 40(4):204–12.
- CIDH, Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, doc. OEA/Ser./L/VII.102, 1999.
- CIDH, Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos, 2019.

- Courtis Christian (2006), Ni un paso atrás, La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, Buenos Aires, Del Puerto.
- Rodríguez-Iglesias G, González-Rozada M, Champagne BM, Schoj V. (2015), Real price and affordability as challenges for effective tobacco control policies: an analysis for Argentina. Rev Panam Salud Publica, 37 (2):98–103.
- Palupidu Krishna M. et al (2012), Social determinants of health and tobacco use in thirteen low and middle income countries: evidence from Global Adult Tobacco Survey, PLoSOne; 7 (3):e33466.
- Abramovich Víctor y Courtis Christian (2002), Los derechos sociales como derechos exigibles, Buenos Aires, Editorial Trotta, pp. 65-116.
- Abramovich Víctor Y Pautassi Laura (2009), El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales, en La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos, Buenos Aires, Editores del Puerto, pp. 279-340.

C



Categoría C - Premiados



Jóvenes docentes e investigadores/as

Premiado

La regla LEX LOCI DELICTI y su impacto en la garantía de los Derechos Humanos*

THE LEX LOCI DELICTI rule and its impact on the guarantee of Human Rights.

Tobar Torres Jenner Alonso**

Universidad Libre de Colombia

Resumen

En este artículo se analizan las dificultades que las reglas de conflicto predominantes en materia de daños y responsabilidad civil extracontractual presentan en la práctica cuando se trata de abordar casos de daños derivados de violaciones de derechos humanos por actividades de empresas transnacionales. Se plantea la necesidad de efectuar una revisión de las reglas de derecho internacional privado para permitir a las víctimas de estas violaciones acudir a un foro que garantice el acceso a un recurso judicial efectivo bajo el cual puedan acceder a la reparación material de los daños sufridos.

Palabras claves: regla Lex loci delicti, reglas de conflicto, derechos humanos, actividades de empresas transnacionales.

*Este trabajo es un producto de nuevo conocimiento articulado al Grupo de investigación de Derecho Privado y del proceso "Gustavo Vanegas Torres" de la Universidad Libre de Colombia, dentro del proyecto de investigación "Escenarios de manifestación de la responsabilidad social empresarial y su impacto en la protección de derechos." Este trabajo fue seleccionado como ganador de la categoría C del I Concurso Latinoamericano sobre Ensayos Académicos sobre Empresas y Derechos Humanos y Conducta Empresarial Responsable.

**Docente investigador de la Universidad Libre de Colombia. Doctor en Derecho civil de la Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico: jenner.tobar@unilibre.edu.co

Abstract

This paper analyzes the practical difficulties of the prevailing conflict rules regarding damages and non-contractual civil liability when it comes to dealing with cases of damages derived from human rights violations caused by activities of transnational companies. The paper expose the need to review the rules of private international law in order to guarantee to victims of these violations the access to an effective judicial remedy under which they can get a material reparation for the damages suffered.

Keywords: Lex loci delicti rule, conflict rules, human rights, transnational companies activities.

I. La regla LEX LOCI DELICTI en el derecho internacional privado

En el derecho internacional privado (en adelante DIP) la regla *lex loci actus o lex loci delicti commissi* es ampliamente utilizada para regir los casos de conflicto de leyes en asuntos de responsabilidad civil extracontractual. Esta regla de conflicto es compartida por múltiples textos de DIP.

En el ámbito latinoamericano el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 estableció en su artículo 38 que “las obligaciones que nacen sin convención se rigen por la ley del lugar donde se produjo el hecho lícito o ilícito de que proceden”, regla que ha sido reiterada en el artículo 43 del Tratado de Montevideo sobre Derecho Civil Internacional de 1940.

Por su parte, en el espacio comunitario europeo, el Reglamento de Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, también acogió esta misma formula, aunque de forma subsidiaria. En efecto, este instrumento dispone que en defecto de elección de ley por las partes (artículo 14), ante la ausencia de residencia habitual común de las mismas (artículo 4.2) y siempre que el hecho dañoso no presente vínculos manifiestamente más estrechos con otro país (artículo 4.3), la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño (artículo 4.1).

Con algunos matices, la regla *lex loci delicti* es acogida por la mayoría de legislaciones nacionales como regla de conflicto en materia de responsabilidad civil extracontractual. Son los casos, por ejemplo, del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina (artículo 2657), la Ley de DIP de Venezuela (artículo 32) o la reciente Ley General de DIP de Uruguay (artículo 52).

Por otra parte, en materia de jurisdicción y competencia internacional, la regla *lex loci delicti* también es un común denominador de los diversos instrumentos internacionales que regulan estos aspectos tratándose de escenarios de responsabilidad extracontractual.

En el espacio europeo, el Reglamento de Bruselas I de 2012 establece que una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro en materia delictual o cuasidelictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso (artículo 7.2). Además, señala que en aquellos casos donde por tales hechos es procedente una acción penal, se puede demandar ante el órgano jurisdiccional que conozca de dicha acción, siempre que conforme con su ley dicho órgano jurisdiccional pueda conocer también de la acción civil (artículo 7.3).

En el ámbito latinoamericano no existe aún un instrumento internacional sobre competencia y jurisdicción que regule de forma general la responsabilidad civil extracontractual.¹ Empero, sí se pueden identificar en los derechos nacionales varias normas que regulan esta materia, siendo la regla *lex loci delicti* una constante.

Así, por ejemplo, el Código Civil y Comercial de la Nación argentino señala que son competentes para conocer las acciones fundadas en la existencia de responsabilidad civil el juez del domicilio del demandado o el juez del lugar donde se ha producido el hecho generador o se sufran sus efectos; también en Colombia se establece que en materia de responsabilidad civil extracontractual es competente el juez del domicilio del demandado o del lugar en donde sucedió el hecho (artículo 28, Código General del Proceso).

Ahora bien, es imperioso resaltar que si bien es cierto la regla *lex loci delicti* ha gozado de gran aceptación en los regímenes de DIP, esta no ha estado exenta de dificultades prácticas.

En efecto, debe tenerse en cuenta que la responsabilidad civil extracontractual puede abarcar una amplia amalgama de situaciones que van desde la generación de daños por accidentes en actividades diarias, daños por productos defectuosos, daños derivados de publicaciones en internet, así como daños derivados del ejercicio de actividades empresariales y/o extractivas como contaminación, destrucción del hábitat, afectaciones a derechos fundamentales de las personas y comunidades, entre otras situaciones.

En tal sentido, una aplicación estricta y generalizada de la regla *lex loci delicti* frente a toda esta multiplicidad de escenarios descritos, resulta inconveniente pues desconocería las grandes diferencias que existente entre ellos y no en pocos casos generaría foros exorbitantes en donde el lugar del daño sería un elemento no esencial en la relación jurídica regulada sino meramente tangencial o accidental.

Es por este motivo que la tendencia contemporánea se dirige a tomar en cuenta otros factores o puntos de conexión relevantes para la designación del derecho aplicable o para la elección del foro a fin de matizar la utilización de la regla *lex loci delicti*, otorgándole en varios

¹Se debe resaltar que el Comité Jurídico Interamericano en su 61º período ordinario de sesiones (5 al 30 de agosto de 2002) emitió la resolución CJI/RES.50 (LXI-O/02) denominada Ley aplicable y competencia de la jurisdicción internacional con relación a la responsabilidad civil extracontractual, en donde se resolvió avanzar en estudios que puedan concluir en una eventual una Convención Internacional que regule el ámbito de la Responsabilidad Civil Extracontractual, asunto que aún está en estudio.

casos un rol subsidiario. Como se puede observar de la normativa expuesta, entre los puntos alternativos de conexión al lugar del daño que se han abierto espacio en la normatividad nacional e internacional se puede mencionar, entre otros:

- **El derecho del lugar de domicilio de las partes cuando es compartido.**
- **El derecho del lugar donde se producen los efectos del daño o su causa generadora en casos de ser distintos.**
- **El derecho del lugar donde el hecho dañoso presente vínculos manifiestamente más estrechos.**
- **El derecho del lugar que regula la relación preexistente, cuando esta se presenta.**
- **El derecho elegido por las partes.**

A pesar de estas flexibilizaciones que se han realizado sobre el criterio *lex loci delicti*, existe un escenario de responsabilidad extracontractual que aún no encuentra una solución satisfactoria bajo las reglas de DIP, se trata de la responsabilidad civil derivada de actividades de empresas transnacionales.

II. La responsabilidad civil extracontractual de empresas transnacionales en industrias extractivas y su relación con el foro judicial

Es ampliamente reconocido que las actividades empresariales generan profundos efectos en los espacios y en las comunidades donde son ejercidas. Lamentablemente tales efectos no siempre son positivos. Esto es especialmente notorio en el caso de actividades ejercidas por empresas que desarrollan actividades industriales extractivas o de alto impacto, empresas que en la gran mayoría de ocasiones son transnacionales.

Numerosos son los casos donde en el marco de estas actividades empresariales se han observado vulneraciones a los derechos humanos de las comunidades, tales como el derecho al agua, al medio ambiente sano, al equilibrio ecológico, el derecho de reunión pacífica y libre expresión, los derechos de los pueblos indígenas, el derecho al debido proceso, el derecho a la salud e incluso el mismo derecho a la vida.²

Ante este panorama, una opción de resarcimiento para las víctimas de estas violaciones es buscar la reparación integral de los daños sufridos a través de una acción de responsabilidad civil extracontractual. Sin embargo, la realidad muestra que cuando las víctimas pretenden acudir a esta vía judicial se encuentran con barreras de procedibilidad y de acceso a la justicia impuestas por las reglas de DIP arriba expuestas.

²Una amplísima bibliografía podría ser referenciada en este punto. Por cuestiones de espacio apenas se sugiere el estudio de Luke Eric Peterson, *Panorama del papel de la legislación de derechos humanos en el arbitraje entre inversores y Estados*, (Derechos y Democracia, Centro Internacional de Derechos Humanos y Desarrollo Democrático 2009)

En efecto, bajo la regla *lex loci delicti*, si la víctima de un daño cometido por una empresa transnacional pretende demandar para lograr el resarcimiento del daño, deberá hacerlo ante los jueces del Estado en el cual se desarrollaba la actividad y se cometió el daño. Esta regla aparentemente facilitaría a la víctima el ejercicio de la acción judicial pues acudiría ante un sistema judicial que conoce y que es el del lugar donde vive.

Sin embargo, en algunos casos los Estados que son receptores de inversión extranjera y en los cuales se desarrollan las actividades extractivas no cuentan con sistemas judiciales fuertes, céleres y/o independientes. El amplio poder económico de las empresas transnacionales puede llevar a que, en Estados débiles, estas empresas generen de forma directa o indirecta injerencias indebidas en la administración de justicia.³

Esta situación se hace mas evidente en eventos donde la actividad empresarial se desarrolla en el marco de un tratado de protección a la inversión, pues en estos escenarios los Estados se enfrentan a verdaderos dilemas de enfriamiento regulatorio cuando consideran necesario intervenir en un escenario donde el inversor está desarrollando sus actividades, pero deben considerar detenidamente si la regulación que pretenden puede colocar en riesgo los derechos que el tratado de inversión ha otorgado al inversionista extranjero. En este escenario el inversor puede considerar que determinada regulación o fallo judicial afecta sus derechos y demandar al Estado en un litigio internacional de Inversión.⁴

A esto se suma el hecho que, aún en el caso en el cual la víctima lograra una sentencia a su favor, al tratarse de una empresa transnacional es muy posible que dicha empresa no tenga activos de consideración en el Estado donde fue demandado, sino que los activos principales se encuentren en el Estado de procedencia, de domicilio o en un tercer Estado. Esto limita seriamente la ejecución del fallo pues la víctima deberá acudir a un procedimiento judicial de reconocimiento y ejecución de su sentencia en el país extranjero donde la empresa tenga sus activos.

Ante la seria posibilidad de que la víctima no encuentre garantías suficientes para lograr una justa reparación ante los jueces del lugar donde ocurrió el daño, la regla la regla *lex loci delicti* como criterio de atribución de competencia en casos de responsabilidad civil extracontractual derivada de la actividad de empresas transnacionales en industrias extractivas, se puede convertir en una seria barrera para la efectiva administración de justicia.

Adicionalmente, debe tomarse en consideración que los puntos de puntos de conexión que los diversos textos normativos de DIP ofrecen en estos casos, tampoco proporcionan una solución adecuada a la problemática descrita.

En efecto, las partes involucradas no suelen compartir lugar de domicilio o residencia, pues la empresa es extranjera mientras que la víctima reside en el lugar donde se ejerce la actividad dañosa. En estas actividades la causa generadora del daño y los efectos suelen

³Sobre la influencia y el rol que los diversos actores privados globales ejercen en el marco de actividades empresariales transnacionales puede consultarse, entre otros, Nicolás M. Perrone, *Investment Treaties and the Legal Imagination. How Foreign Investors Play By Their Own Rules*, (Oxford University Press 2021).

⁴Situaciones semejantes han derivado en casos de arbitraje internacional de inversiones como los resueltos en casos como *Methanex Corp. vs Estados Unidos de América*, *Myers Inc. vs Canadá*, o *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. vs México*, *Philip Morris vs Uruguay*, entre otros.

estar ubicados en el mismo Estado, el cual es a su vez el lugar donde el hecho dañoso presente vínculos manifiestamente más estrechos. Tampoco se suelen identificar en estos casos relaciones preexistentes, pues las víctimas son comúnmente miembros de la comunidad donde la empresa ejerce sus actividades sin relación previa entre empresa y comunidad. Finalmente es sumamente improbable que las partes (empresa y víctima) alcancen un acuerdo respecto a fijar como aplicable la competencia de un Estado diferente al del lugar donde ocurrió el hecho.

Por estas razones, las víctimas de estas violaciones de derechos humanos han buscado alternativas judiciales para materializar sus derechos a una efectiva reparación y adecuado acceso a la administración de justicia. No obstante, es claro que el panorama expuesto genera un gigante desafío al DIP para regular adecuadamente estas situaciones.

III. A modo de conclusión: alternativas y desafíos del derecho internacional privado para la garantía de los derechos humanos

Teniendo en cuenta las serias limitaciones que las víctimas de derechos humanos enfrentan al buscar una efectiva administración de justicia ante los tribunales de Estados donde se ejerce la actividad extractiva, estas víctimas han buscado la responsabilidad de empresas transnacionales ante tribunales de la nacionalidad o del domicilio del demandado. Estas acciones se han desarrollado mayoritariamente ante cortes de Estados Unidos con la Ley de Demandas por Hechos Ilícitos contra Extranjeros (ATCA por su sigla en inglés) de este país.⁵

Bajo las prerrogativas de esta ley se han intentando varias acciones de este tipo antes tribunales estadounidenses, llegando a consolidar una importante práctica jurisprudencial respecto a la litigación civil internacional derivada de violaciones de los derechos humanos.⁶

Uno de los casos mas relevantes en esta materia es el caso Kiobel, en el cual se persiguió ante cortes estadounidenses la responsabilidad de la multinacional Shell por complicidad en crímenes cometidos en Nigeria. El fallo denegó las pretensiones de la demanda, sentando un precedente que, a juicio de varios autores, limita seriamente la posibilidad de las víctimas de empresas americanas en suelo extranjero para lograr el resarcimiento de sus daños ante cortes federales estadounidenses.⁷

⁵Nos referimos específicamente a Alien Tort Claims Act o Alien Tort Statute de 1789, instrumento que señala: "The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States".

⁶Álvarez Torné M, 'El derecho internacional privado ante las vulneraciones de derechos humanos cometidas por empresas y respuestas en la UE' (2013) 65 Revista Española de Derecho Internacional 157.

⁷Jain M and Meyersfeld B, 'Lessons from Kiobel V Royal Dutch Petroleum Company: Developing Homegrown Lawyering Strategies Around Corporate Accountability' (2014) 30 South African Journal on Human Rights 430.

Específicamente en este famoso caso Kiobel:

la Supreme Court estadounidense se posiciona a favor de una interpretación restrictiva del ATS, amparándose en el principio de «presunción contra la extraterritorialidad», que conlleva que tal instrumento no resultaría aplicable a abusos contra los derechos humanos ocurridos fuera del territorio de Estados Unidos. Tal presunción puede ser rebatida si en determinadas acciones se logra demostrar suficientes vínculos con el territorio estadounidense —tales aspectos no obtienen mayor concreción, que deberían irse perfilando a través de la casuística que se dé, según indica la opinión particular del Justice Anthony Kennedy—. A la luz de la sentencia, puede deducirse que las corporaciones no quedarían excluidas del radio de acción del ATS —no hay una respuesta expresa en tal sentido, pero no se indica lo contrario—, aunque son numerosas las voces que subrayan que se ha dado un injustificado respaldo a la impunidad empresarial.⁸

Ante este panorama, se hace imperioso generar una profunda revisión de las reglas de conflicto y de competencia judicial en materia de responsabilidad civil extracontractual, especialmente para aquellos casos que pretendan el resarcimiento de daños derivados de violaciones de derechos humanos cometidas en el marco de actividades de empresas transnacionales.

Si se considera que los derechos humanos tienen una innegable vocación de universalidad se puede justificar que, en asuntos relacionados con estos derechos, las reglas de DIP tomen en cuenta puntos de conexión como la nacionalidad o el domicilio (*lex domicilii*) de las empresas demandadas para el reconocimiento de competencia judicial, en tanto los derechos humanos están llamados a permear todos los aspectos de la persona.⁹

Una alternativa que algunas legislaciones incorporan son los denominados “foros de necesidad”. Con estos se habilita de jurisdicción a los jueces de un Estado incluso si carecen de competencia internacional bajo las reglas de conflicto de DIP. Bajo el llamado foro de necesidad se establece la jurisdicción de un Estado si el demandante no puede acreditar la existencia de un foro alternativo en el extranjero o la eficiencia de dicho foro, buscando como objetivo evitar la denegación de justicia, “la justificación de este foro se vincula al derecho a la tutela judicial efectiva de la justicia y a la prohibición por parte del Derecho internacional general a de la denegación de justicia”.¹⁰

En efecto, el uso de estos foros de necesidad ha sido reconocido como estrictamente excepcional, para casos donde la aplicación de la regla de conflicto tradicional derive en una denegación de justicia para el demandante en caso de ser enviado a una jurisdicción

⁸Álvarez Torné M, ‘El derecho internacional privado ante las vulneraciones de derechos humanos cometidas por empresas y respuestas en la UE’ (2013) 65 Revista Española de Derecho Internacional 169.

⁹Debe tenerse en cuenta que, para el caso del estatuto personal, el cual regula aspectos como la capacidad y el estado civil del individuo, se ha admitido en el DIP puntos de conexión como la nacionalidad, el domicilio y/o residencia habitual, esto en razón a la profunda relación que hay entre la persona y el territorio donde nace o reside. Razonamiento semejante puede ser utilizado para el caso de asuntos estrechamente involucrados con derechos humanos.

¹⁰José Carlos Fernández Rozas, “Rigidez versus flexibilidad en la ordenación de la competencia judicial internacional: el *forum necessitatis*” in Víctor Manuel Rojas Amandi (coord.), *Desarrollos Modernos del Derecho Internacional Privado Libro Homenaje al Dr. Leonel Pereznieta Castro* (Tirant lo Blanch, 2017) 251.

extranjera y siempre que haya un punto de contacto relevante con el Estado que asume conocimiento. En tales términos se reconoce esta figura en el Código Civil y Comercial de la Nación argentino (artículo 2602) o en los Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia (TRANSJUS) (artículo 3.10). También se encuentra incorporada, con diversos alcances, en algunas legislaciones europeas e incluso, por su estrecha relación con el debido proceso y el acceso a un recurso judicial efectivo, algunos lo consideran un principio general del derecho.¹¹

Si bien el llamado foro de necesidad ha sido pensado principalmente para situaciones donde el demandante carezca de un foro en el cual ejercitar su acción, esta figura también puede ser utilizada en casos en los que el demandante, aunque cuente con un foro extranjero al cual acudir, acredite una dificultad razonable de iniciar un proceso en el extranjero o de obtener allí un juicio justo. Bajo esta hipótesis, el foro de necesidad puede ser una valiosa herramienta para que las víctimas de violaciones de derechos humanos por daños derivados de actividades de empresas transnacionales puedan presentar sus demandas fuera del Estado donde tuvo lugar el daño.

En este sentido, los mencionados Principios ASADIP- TRANSJUS hacen un llamado a que estos foros de necesidad sean ejercidos especialmente “en casos de daños ambientales o daños derivados de relaciones individuales de trabajo, de consumo y de violaciones de derechos humanos, procurando que personas particularmente vulnerables, como los niños, los refugiados y los migrantes de escasos recursos, cuenten con un acceso eficaz a la justicia”.¹²

No debe perderse de vista que el foro de necesidad es una herramienta excepcional, que no está presente en todas las legislaciones y que su utilización exige un alto grado de discrecionalidad por parte del juez que avoque su estudio, en especial para establecer la razonabilidad de las dificultades que presenta el foro extranjero y si estas conllevan una denegación de justicia.

En este aspecto, es deseable que cuando se trate de daños por violaciones de derechos humanos en el marco de actividades empresariales, en el proceso de valoración el juez tome como relevantes situaciones dentro del foro extranjero que pueden estar presentes en este tipo de casos, tales como la imposibilidad de ejecutar allí la sentencia, la excesiva duración de los litigios que quiebren la noción de “plazo razonable”, la existencia de amenazas contra la vida y/o bienes de los demandantes, dificultades de orden público que impidan el adecuado acceso a la justicia, la violación al principio de separación de poderes y/o indebidas injerencias en la administración de justicia, entre otras.

¹¹En tal sentido ver, José Carlos Fernández Rozas, “Rigidez versus flexibilidad en la ordenación de la competencia judicial internacional: el *forum necessitatis*” in Víctor Manuel Rojas Amandi (coord.), *Desarrollos Modernos del Derecho Internacional Privado Libro Homenaje al dr. Leonel Pereznieta Castro* (Tirant lo Blanch, 2017) 248; Luciana B. Scotti and Leandro Baltar, ‘El *forum actoris* en el Derecho Internacional Privado argentino’ (2020) 15 *Pensar en Derecho* 380.

¹²Asociación Americana de Derecho Internacional Privado ASADIP, Principios ASADIP sobre el acceso transnacional a la justicia (TRANSJUS), 2016, art 3.10.

No obstante, el eventual reconocimiento del foro de necesidad en aquellos Estados donde se acepta, si bien es una alternativa, no representa una solución definitiva que dispense de la mencionada necesidad de efectuar una profunda revisión de las reglas de DIP en materia de responsabilidad extracontractual, en especial para casos de daños por violaciones de derechos humanos en el marco de actividades de empresas transnacionales.

En esta revisión, es imperioso tener en cuenta que hoy en día la actividad empresarial transnacional se desarrolla a partir de complejas figuras societarias que involucran la creación global de matrices, filiales, subsidiarias, agencias, entre otras, lo cual puede difuminar la responsabilidad empresarial. Por este motivo es necesario que en estos casos el DIP evite barreras de procedibilidad basadas exclusivamente en asuntos de legitimidad por pasiva bajo el principio *corporate separation*. Evitar estas barreras hará posible que en cada caso los jueces nacionales evalúen las responsabilidades de todo o parte del conglomerado, a partir del fortalecimiento de los principios de control y debida diligencia exigibles a la actividad empresarial.¹³

Así las cosas, a partir de una adecuada y necesaria revisión de las reglas de DIP en materia de responsabilidad civil extracontractual, es posible generar un profundo cambio en el escenario de responsabilidad de empresas transnacionales y garantizar así que las víctimas acudan a un foro adecuado donde se garantice de manera efectiva su derecho al acceso a la administración de justicia.

¹³En este contexto, figuras como el levantamiento del velo corporativo o la llamada “enterprise entity theory”, pueden aportar importantes desarrollos para alcanzar la responsabilidad efectiva de los involucrados por acción u omisión en la comisión de la conducta dañosa. Esto sin perjuicio de la responsabilidad individual en que los socios o administradores pudieren incurrir. Al respecto ver: Teubner G, ‘The Many-Headed Hydra: Networks as Higher-Order Collective Actors’, *Corporate Control and Accountability: Changing Structures and the Dynamics of Regulation*; Joseph McCahery, Sol Picciotto, and Colin Scott (Hg.) (Oxford University Press 2005) <<http://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/index/docId/3894>>; Peter T. Muchlinski, *Multinational Enterprises & The Law* (2nd edn, OUP 2009) 317.



Categoría C - Mención de honor



Jóvenes docentes e investigadores/as

| Mención de Honor

Agroecología como estrategia radical de responsabilidad social empresarial para la realización de los Derechos Ecológicos.

Bonet de Viola, Ana

Universidad Católica de Santa Fe - Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (UCSF-CONICET)

María Cristina Alé

Universidad de Mendoza

Resumen

Este trabajo presenta una aproximación crítica al concepto de responsabilidad social empresarial a partir de un cuestionamiento del impacto socio-ecológico de las empresas transnacionales en Latinoamérica. Se postula como hipótesis que sólo un enfoque radical de la responsabilidad social empresarial tiene potencial para contribuir a la realización de los derechos (socio-)ecológicos. Las aproximaciones coyunturales y paliativas del término terminan funcionando en cambio como enmiendas, que contribuyen al sostenimiento del sistema de acumulación neo-extractivista.

Palabras Clave:

Agroecología, Neoextractivismo, Derechos Ecológicos, Responsabilidad Social Empresarial.

I. Introducción

Este escrito propone, a modo de ensayo, presentar un abordaje crítico del concepto de responsabilidad social empresarial (RSE) a partir del caso de las corporaciones transnacionales en Latinoamérica. Se parte de la premisa de que la RSE viene funcionando como una estrategia coyuntural de enmienda del sistema económico hegemónico vigente¹ - centrado en la ganancia, la acumulación, la explotación de los recursos naturales, el consumo, el derroche y el descarte-.²

Bajo el rótulo de la responsabilidad social y una narrativa solidarista, empresas de agronegocios como Bayer³, Syngenta⁴, BASF⁵ y Bioceres⁶ presentan programas sociales, ambientales o climáticos de impacto comunicacional. El concepto de responsabilidad social en estos casos parece deslindado de las consecuencias (socio-)ecológicas⁷ que implica la dinámica de concentración que sostienen tales empresas.⁸ El concepto termina entonces solapando la lógica dominial y privatista⁹ que rige el sistema hegemónico del comercio internacional y de esta manera contribuye a sostenerlo.

Se postula como hipótesis que sólo un enfoque radical de la responsabilidad social empresarial - en cuanto responsabilidad integral por la efectiva realización de los derechos (socio-)ecológicos¹⁰ - puede contribuir a revertir la dinámica dominial y absolutista de tal sistema, en función de una convivencia más armónica en la diferencia.

Un viraje agroecológico del modelo agroalimentario se presenta en este contexto, prospectivamente, como auténtica estrategia de responsabilidad social empresarial de las empresas transnacionales vinculadas a los agronegocios en función de la efectiva realización de los derechos (socio-)ecológicos en Latinoamérica.

¹Maristella SVAMPA, La disputa por el desarrollo: territorio, movimientos de carácter socio-ambiental y discursos dominantes (Cambio de época. Movimientos sociales y poder político, 2008) 1 31; Ana María BONET DE VIOLA y AAVV, El potencial ético de la responsabilidad social en el ámbito internacional: Aportes para la efectiva realización de los derechos humanos en el ámbito de la empresa (Cadernos eletronicos Direito Internacional sem Fronteiras, vol. 2, no. 2, 2020) 1 26.

²Papa Francisco, Encíclica Laudato Si' (Ed. Vaticanano, Roma, 2015) 184.

³Cf. BAYER en el Cono Sur <https://www.conosur.bayer.com/es/responsabilidad-social>.

⁴Cf. SYNGENTA <https://www.syngenta.com/en>

⁵Cf. BASF <https://www.basf.com/global/en/topics/diversity-inclusion.html>

⁶Cf. BIO CERES <https://investors.biocerescrops.com/governance/compliance-hotline/default.aspx>

⁷Se postula una noción amplia del término ecología, que implica la convivencia entre humanos y no humanos. En este sentido no sería necesaria la aclaración de "socio-", la cual sin embargo es incorporada a menudo en el texto debido a la naturalización de la dicotomía entre naturaleza y sociedad y a la consecuente identificación de lo no-humano con términos como ambiente o incluso ecología. Sobre la dicotomía naturaleza sociedad cf. Bruno LATOUR, Nous n'avons jamais été modernes: Essai d'anthropologie symétrique (Paris, La Découverte & Syros, 2010).

⁸"The Big Six" se denominaba hasta el año 2015 a las seis empresas de venta y producción de semillas y de fitosanitarios que dominaban el mercado mundial e integradas por BASF, Bayer, Dow Chemical, DuPont, Monsanto y Syngenta. Sin embargo, a partir de ese mismo año se anunciaron tres fusiones: Dow Chemical y DuPont, ChemChina con Syngenta, y Bayer con Monsanto monopolizando aún más el mercado. Si bien en el Cono-Sur son líderes en el mercado, otras empresas como Indear/ Bioceres -con posición dominante en Paraguay, Argentina y Bolivia-, Embrapa en Brasil o Pioneer en Uruguay, dominan los mercados locales. Cf. Walter Alberto PENGUE, La república unida de la soja. concentración y poder basado en la monocultura de exportación (Atlas del agronegocio, 2018); Grain, La República Unida de la Soja recargada (A contrapelo, 2013) 1-14.

⁹Sobre esta lógica cf. Ugo MATTEI, Bienes Comunes. Un Manifiesto (Trotta, Madrid, España, 2013).

¹⁰En concordancia con la aclaración de nota 7, se propone el concepto de derechos ecológicos como aquellos que regulan las relaciones entre humanos y con lo no humano. Procurando evitar la dicotomía sociedad-ambiente, abarcaría los ecológicos tanto los sociales como los ambientales. Incluso para evitar la dinámica autorreferencial que conlleva el concepto de derechos podría utilizarse la categoría de responsabilidad, que daría lugar a una transición del concepto de derechos humanos - en cuanto autoafirmación de las pretensiones humanas - a responsabilidades ecológicas - como estrategia de regulación de la convivencia entre humanos y con lo no humanos -.

I. Empresas y neoextractivismo en latinoamérica

Con el arribo de la Revolución Verde en la década de los setenta del siglo XX¹¹ se encauza a nivel internacional un proceso de industrialización del sistema agrario que, si bien conducido desde el norte global, viene afectando en sus consecuencias más crudas al sur global.

Esta funcionalidad jerárquica del modelo se plasma por un lado en su dinámica extractivista, en tanto mecanismo de explotación de la biodiversidad del sur global en función de la extracción de materias primas a gran escala para satisfacción del estilo de consumo del norte global. La dinámica verticalista se plasma también en el proceso de concentración del poder económico global, a través de la “oligopolización” de las corporaciones que operan *desde* el norte, pero *en* el sur.

La agricultura intensiva se hizo lugar a través de la introducción del llamado “paquete tecnológico” que descansa sobre tres ejes: el monocultivo y la utilización de la siembra directa, el empleo de semillas transgénicas y el uso asociado de agroquímicos.¹² Por su trayectoria agroexportadora y la amplitud de territorios fértiles, Latinoamérica se convirtió en escenario económicamente apto para este modo de producción.

En 1994 Argentina recepcionó el Acta UPOV de 1978 de protección de obtenciones vegetales y en 1995 adoptó una ley de patentes de acuerdo al Acuerdo ADPIC.¹³ Este marco normativo estimuló la introducción de semillas transgénicas en el país y el contrabando de las mismas a Uruguay, Brasil y Paraguay, quienes recién entre 2003 y 2005 comenzaron a adaptar sus marcos regulatorios.¹⁴ Syngenta había lanzado ya entonces una campaña publicitaria con un mapa de Argentina, Brasil, Uruguay Paraguay y Bolivia reunidos bajo el slogan de “República Unida de la Soja”.¹⁵

¹¹Se denomina Revolución verde a una estratégica expansión de la agricultura industrial que comenzó con la segunda mitad del siglo veinte. Promovida a través de convenios con sectores públicos de los países del sur global, la estrategia implicó la introducción de la biotecnología agrícola - o “verde”: ofrecida como “paquete tecnológico” de semillas transgénicas y agroquímicos correspondientes - y la imposición internacional - a través de los Acuerdos ADPIC de la OMC - de sistemas de propiedad intelectual de protección de tales tecnologías. Tuvo como resultado una subida masiva de la producción agrícola, sobre todo en los primeros años, lo cual contribuyó discursivamente a plantearse como alternativa frente a la crisis alimentaria a nivel mundial. Cf. FAO, Enseñanzas de la revolución verde: hacia una nueva revolución verde (1996) 1 19; José Antonio, SEGRELLES SERRANO, El problema de los cultivos transgénicos en América Latina: Una nueva Revolución Verde” (Entorno Geográfico, Cali, Colombia, 2005) 93 120; Eliane, CECCON, La revolución verde tragedia en dos actos (Ciencias, vol. 1, no. 91, 2008) 21–29; Vandana, SHIVA, Biopiratería: El saqueo de la naturaleza y el conocimiento (South End Press, Brooklyn, 2010); Vandana, SHIVA, Stolen harvest: The hijacking of the global food supply (South End Press, Cambridge, MA, 2000).

¹²Lucía Emilia ORTEGA, ¿Qué es la expansión de la frontera agropecuaria? Aproximación al caso de Chaco. (Documentos del CIEA, vol. 6, 2010) 87 109; Carlos M. ZAGNI, Presentación (Acción Educativa, Programa Mercosur Solidario, CCFD TERRE, dir., Apuntes para la discusión sobre el Modelo Productivo hegemónico y sus consecuencias. Una mirada compleja desde distintos actores 2013).

¹³La ley Argentina de patentes admite el patentamiento de microorganismos, no así de plantas y animales, adoptando así el estándar mínimo del Acuerdo ADPIC con las excepciones convencionales. Al respecto cf. VER: Tamara PERELMUTER Youngerman, Propiedad intelectual y cercamiento de semillas en Argentina (1973-2015) (Buenos Aires, El Colectivo; IEALC, 2021).

¹⁴Por normas tales: Brasil, Ley 10.814 (2003) y ley No. 11,105, 24 2005 que crea el CTNBio y establece requisitos para la aprobación de OGM. Paraguay, Res.631/01(2004). Uruguay, Res. Min s/n° 20/06/03 (MEF-MGAP). Para más información cf., VER: <https://biotrackproductdatabase.oecd.org/byCountry.aspx>

¹⁵Cf. Diversidad. La República Unida de la Soja. Concentración y poder basado en la monocultura de exportación. <https://www.biodiversidadla.org/Recomendamos/La-Republica-Unida-de-la-Soja.-Concentraci3n-y-poder-basado-en-la-monocultura-de-exportaci3n#:~:text=La%20E%80%9CRep%C3%BAblica%20Unida%20de%20la,fronteras%20y%20los%20intereses%20nacionales.>

La expansión de la soja en estos países significó por un lado, un crecimiento exponencial del uso incontrolado y abusivo de los agroquímicos¹⁶ que trae aparejado la contaminación de los suelos, el aire y las agua,¹⁷ así como una pérdida drástica de la biodiversidad. Por el otro lado implicó serias consecuencias sanitarias por afectaciones a la salud de las poblaciones involucradas.¹⁸ También contrae consecuencias sociales como la falta de disponibilidad de tierras tanto por la expansión de la frontera sojera¹⁹ así como por el agotamiento, erosión y compactación de suelos que significan la práctica del monocultivo intensivo.²⁰

El monocultivo de otros frutos – como el banano en Ecuador o la piña en Costa Rica – traen aparejados los mismos inconvenientes.²¹ La expansión de la frontera agrícola fue lentamente incorporando territorios destinados a otros cultivos y otras industrias, como la ganadera; así como la creciente deforestación masiva.²²

Esta situación de *extractivismo agrícola* - denominado neoextractivismo, en alusión al primero de la época colonial - constituye un caso de “glocalización”²³ del modelo transnacional de hegemonía económica. Los Estados constituyen actores centrales en su desenvolvimiento y en muchos casos los lleva a estar enfrentados con las mismas corporaciones que atraviesan el sistema. Mientras tanto, el ambiente y sus habitantes sufren las consecuencias del modelo, principalmente en sus ‘derechos ecológicos’.

¹⁶En Argentina se utilizan aprox. 500 millones de litros de agrotóxicos por año. Cf. <https://www.biodiversidadla.org/Documentos/En-la-Argentina-se-utilizan-mas-de-500-millones-de-litros-kilos-de-agrotoxicos-por-ano>. Por su parte, Brasil utiliza alrededor de 900 millones de litros por año, habiendo aumentado su utilización un 190% más en los últimos 10 años. Del mismo modo, Paraguay quintuplicó la importación de agrotóxicos en el mismo período de tiempo. Cf: Informe FIAN 2020, disponible en: <https://fianbrasil.org.br/wp-content/uploads/2021/04/Agrotoxicos-en-America-Latina-Espanol.pdf> y <https://www.scidev.net/americ-latina/analysis-blog/radar-latinoamericano-mas-agrotoxicos-para-que/>

¹⁷Como sostiene el 3er Informe sobre el desarrollo de los recursos hídricos del mundo, la agricultura (industrial) es el mayor consumidor de agua dulce en el mundo: representa el 70% de sus extracciones y en algunas regiones el 90% (UNESCO, Informe mundial de las Naciones Unidas sobre el desarrollo de los recursos hídricos 2019: no dejar a nadie atrás, Programa Mundial de la UNESCO de Evaluación de los Recursos Hídricos, UNESCO. Director-General, 2017- (Azoulay, A., 2019).

¹⁸María Valeria BERROS, Jurisprudencia argentina reciente en materia de riesgos ambientales y relativos a la salud humana: articulaciones entre derecho de daños y principio precautorio (Revista de derecho Valparaíso, no. 43, 2014) 519 547.

¹⁹En el período comprendido desde 1996 al 2019, en los países de la “República Sojera” la superficie ha crecido a 62 millones de hectáreas de soja y asciende a 82 millones de hectáreas cuando se incluye el cultivo del maíz transgénico. Cf. Biodiversidadla, Transgénicos en el Cono Sur: 2020 Video de youtube, 2020. Disponible en: : https://www.youtube.com/watch?v=nwT_1n11Glg

²⁰Esta situación conlleva a la necesidad de un uso creciente de fertilizantes para poder mantener el rendimiento y productividad -cada vez menor- de los suelos. Cf. Foro de la Tierra y la Alimentación, Del “Granero del Mundo” a la Republiqueta Sojera (2004) 2002 2005.

²¹Cf. Lucia GALARZA SUAREZ, Tierra, trabajo y tóxicos: sobre la producción de un territorio bananero en la costa sur del Ecuador (Estud. atacam. [online]. 2019, n.63) 341-364. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-10432019000300341&lng=en&nrm=iso. ISSN 0718-1043. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.22199/issn.0718-1043-2019-0034>.; Tania RODRIGUEZ ECHAVARRIA y Delphine PRUNIER. Extractivismo agrícola, frontera y fuerza de trabajo migrante: La expansión del monocultivo de piña en Costa Rica. (Frontera norte [online]. 2020. vol. 32). Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-73722020000100105&lng=es&nrm=iso. Epub 10-Feb-2021. ISSN 2594-0260. <https://doi.org/10.33679/rfn.v1i1.1983>.

²²En el período que va desde el año 1996 hasta el 2020 se arrasaron 45 millones de hectáreas de bosque nativo. Cf. Biodiversidad la, Transgénicos en el Cono Sur: 2020 Video de youtube, 2020. Disponible en: : https://www.youtube.com/watch?v=nwT_1n11Glg

II. Por una responsabilidad socio-ecológica radical

El despliegue del sector agroindustrial en Latinoamérica ocurre bajo una lógica mercantilista y autorregulativa en la década de los noventa del siglo XX, coetáneamente a la introducción del discurso de la responsabilidad social en el ámbito empresarial.²⁴ En efecto, la implementación empresarial del concepto de responsabilidad social surge entonces, con el imperio de la liberalización y la apertura de los mercados internacionales, en consonancia con los postulados de la integración global.

Esta implementación aconteció en el ámbito empresarial a través de la asunción de la teoría de la pirámide de Carroll,²⁵ que combina las estrategias económicas - como base piramidal de la empresa - junto con estrategias filantrópicas - como punta de la pirámide -, con el fin de instalar una imagen pública positiva a partir de la figura del “buen ciudadano corporativo”. La legitimación de la RSE apela a la autorregulación de actores privados, convirtiendo al Estado en un ente *metaregulator*, que emerge como “entidad responsable de crear el espacio para la legitimidad de los reguladores no estatales”.²⁶

Incluso a pesar de su identificación con la lógica económica del rédito, el concepto de responsabilidad social incluye discursivamente una apelación ética,²⁷ que puede desplegar cierto potencial transformativo en su interpretación más radical. La referencia del concepto al involucramiento en las necesidades sociales, culturales y ambientales del medio circundante,²⁸ si bien suele vincularse a expectativas externas a la organización, en un planteo coherente y ético no podría desvincularse de la responsabilidad que implican sus propios actos o su gestión interna. Una interpretación ética, coherente y radical del término implicaría en cambio un compromiso integral con la comunidad, el ambiente y en general, con el bien común.²⁹

En el ámbito del derecho, la articulación entre lógica económica y responsabilidad empresarial, aunque en principio limitada a la responsabilidad jurídica por el accionar de la empresa, ocurre a partir de los planteos en torno al cumplimiento de los derechos humanos por parte de las empresas. Estos planteos surgieron con la transnacionalización de las empresas y su consecuente desterritorialización. La desterritorialización de las empresas transnacionales las volvió escurridizas respecto de los sistemas nacionales de protección de derechos humanos,³⁰

²⁴Cf. Castro, Augusto, El desafío de un pensar diferente (CLACSO, 2018) 238.

²⁵Archie CARROLL, The Pyramid of Corporate Social Responsibility: Toward the Moral Management of Organizational Stakeholders. Business Horizons (4, 39-48 1991) p. 42.

²⁶Boaventura de SOUSA SANTOS, Más allá de la gobernanza neoliberal: El Foro Social Mundial como legalidad y política cosmopolitas subalternas En: Santos y Garavito (Eds) (El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita; México; Anthropos, 2007).

²⁷Entendida como ética relacional, como responsabilidad por la alteridad. Cf. Ana María BONET DE VIOLA y AAVV, El potencial ético de la responsabilidad social en el ámbito internacional: Aportes para la efectiva realización de los derechos humanos en el ámbito de la empresa (Cuadernos electrónicos Direito Internacional sem Fronteiras, vol. 2, no. 2, 2020) 1 26, 4.

²⁸Albor Ángel CANTARD. Responsabilidad Social Universitaria. El caso de la Universidad Nacional del Litoral (SPINA, Maria Laura (coord.). Aportes para la construcción de responsabilidad social Santa Fé: UNL, 2009) 7-22.

²⁹Juan Felipe CALDERÓN CAJIGA. El Concepto De Responsabilidad Social Empresarial (CEMEFI, 2002).

³⁰Soledad GARCÍA MUÑOZ. Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos (S.I.): OEA; CIDH; REDESCA, 2019) 93 ss.; Humberto Fernando CANTU RIVERA. Empresas y derechos humanos: ¿Hacia una regulación jurídica efectiva, o el mantenimiento del status quo? (Anu. Mex. Der. Inter., México, v. 13, 2013) 344. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542013000100007&lng=es&nrm=iso. Acceso en: 30 jul. 2020.

lo cual llevó a organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU) a involucrarse en la temática.

Con antecedentes como la Comisión de Sociedades Transnacionales, el proyecto de Código de Conducta para las Empresas Transnacionales³¹ y el Programa Global Compact³² surgen en 2011 los Principios en materia de derechos humanos y empresas en el marco de la ONU,³³ y dentro de la órbita de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), surgen las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales como parte integrante de la Declaración sobre Inversiones Internacionales y Empresas Multinacionales de la OCDE de 1997.³⁴

Si bien atravesados por una narrativa filantrópica y solidarista, la carencia de mecanismos vinculantes externos de aplicación y control, así como la falta de transparencia y el propio sistema de financiamiento endógeno, dan cuenta de la funcionalidad de estos programas hacia el sector empresarial. A plasmar tal funcionalidad en los mencionados programas contribuyeron los países centrales, ejerciendo su peso político-económico en la toma de decisiones de las organizaciones.³⁵

En este sentido, los principios sobre empresas y derechos humanos, así como los mecanismos de responsabilidad social y el “discurso verde de los agronegocios”,³⁶ terminan solapando los efectos negativos del sistema hegemónico de acumulación y explotación expandido a nivel global. Al funcionar como estrategias coyunturales de enmienda del sistema - frente a las evidentes y urgentes crisis socio-ecológicas -, terminan siendo funcionales al mismo sistema ya que contribuyen a su subsistencia.

Un planteo serio, coherente y auténtico de los postulados filantrópicos, solidaristas y éticos vinculados a estas figuras, implicaría una revisión de la dinámica hegemónica, dominial y extractivista del sistema económico vigente. Del mismo modo, una interpretación radical de la responsabilidad tanto eco-social así como de los principios sobre empresas y derechos humanos implicaría un auténtico compromiso de las empresas por el bienestar socio-ecológico de los pueblos en toda su integralidad.

³¹José Elías ESTEVE MOLTÓ. Los principios rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas (Anuario Español de Derecho Internacional, Pamplona, v. 27, 2011) 315-349. Disponible en: <https://revistas.unav.edu/index.php/anuario-esp-dcho-internacional/article/view/2559>. Acceso em: 30 jul. 2020, p. 31.

³²Iniciativa del Secretario General de NU Kofi Annan, presentada en 1999 ante el Foro Económico Mundial. Por su afinidad a las propuestas de los países centrales durante el debate del Código de Conducta - abogó por una suscripción voluntaria de las empresas, con un único mecanismo de verificación de cumplimiento a cargo de ellas mismas (cf. Oficina del Pacto Global en Argentina (OPGA), Guía del Pacto Global Una forma práctica. Buenos Aires: Sistema de Naciones Unidas en Argentina, 2004.) -, el Pacto Global generó reticencias en los países del sur global.

³³ACNUDH Principios en materia de derechos humanos y empresas (2011).

³⁴OCDE, Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (Revisión 2011) OECD Publishing.<http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es>.

³⁵Cf. José Elías ESTEVE MOLTÓ. Los principios rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas (Anuario Español de Derecho Internacional, Pamplona, v. 27, 2011) 315-349. Disponible em: <https://revistas.unav.edu/index.php/anuario-esp-dcho-internacional/article/view/2559>. Acceso em: 30 jul. 2020 p. 320-321.

³⁶Guillermo ACHUCARRO Y Leticia ARRÚA, Desmontando el discurso "verde" de las corporaciones del agronegocio (Informe sobre Agronegocios en Paraguay. Con la Soja al Cuello, 2019), 40-43.

III. Agroecología para la efectiva realización de los Derechos Ecológicos

En materia de política internacional, una interpretación radical de los principios sobre empresas y derechos humanos implicaría para los Estados revisar, entre otros casos, los mecanismos instituidos de asistencia y ayuda internacional - a menudo financiados por los programas sociales de empresas transnacionales -, en virtud de sus nefastas consecuencias para los mercados locales. La ayuda internacional, si no se encuentra orientada a las necesidades y demandas locales, puede terminar empeorando las crisis económicas y socio-ambientales de los países asistidos y favoreciendo la captación de los mercados locales por las empresas transnacionales.³⁷

En el contexto del comercio internacional significa poner en cuestión los mecanismos corporativos de captación de los mercados del tercer mundo. Respecto de los agronegocios, un replanteo socio-ecológico de la responsabilidad eco-social conlleva una consideración crítica de los mecanismos empresariales de acaparamiento de tierras - *land grabbing* -. Estos mecanismos vienen arrasando con los ecosistemas locales con el objetivo de expandir las fronteras agrícolas. Ello con serias consecuencias sociales, en particular respecto de las poblaciones allí radicadas así como con irreversibles consecuencias ecológicas.³⁸

Para este replanteo no alcanza un discurso verde de enmienda - “capitalismo verde” o incluso “agroecología empresarial”³⁹ - que al final contribuya a sostener el sistema. Exige, en cambio, un replanteo radical del sistema agroalimentario global. En función de la diversidad que habita el planeta, tal replanteo no puede buscar la determinación de un modelo alternativo hegemónico. En cambio, se trata de hacer lugar a diferentes modelos, plurales y abiertos, que respondan a tal diversidad y estén orientados a la sustentabilidad.

En este sentido cabe recuperar los aportes vinculados al concepto de agroecología. Por su vinculación con los modos de producción y consumo local y el respeto y protección del ambiente, tiene potencial para responder a las demandas plurales que amerita aquella diversidad.⁴⁰ El concepto de agroecología viene vinculado a la gestión local de la producción agroalimentaria. El descarte de todo insumo extranjero - tanto de semillas como de agroquímicos - contribuye no sólo a la sustentabilidad ecológica, sino también a la independencia social respecto de las empresas transnacionales. Promueve así también la recuperación de los saberes ancestrales vinculados con la tierra y la cultura.⁴¹

³⁷FAO El Estado mundial de la Agricultura y la Alimentación: ¿Permite la ayuda alimentaria conseguir la seguridad alimentaria? (2006); OXFAM, De quién es esa ayuda? Ayuda politizada en crisis y conflictos (2011).

³⁸Georges FLEXOR y Sergio PEREIRA LEITE, Land Market and Land Grabbing in Brazil during the Commodity Boom of the 2000s (Contexto Internacional, vol. 39, no. 2, 2017) 393 420; Jochen von BERNSTORFF, 'Land Grabbing' und Menschenrechte: die FAO Voluntary Guidelines on the Responsible Governance of Tenure, (Duisburg, INEF, 2012).

³⁹Alveto ALONSO-FRADEJAS y otros. Agroecología chatarra: La captura corporativa de la agroecología ATI, TNI, Crocevia. Informe publicado en abril de 2020 como parte de la serie “Quién se beneficia?”, con apoyo financiero de Pan para el Mundo (Brot für die Welt). Las opiniones y puntos de vista aquí expresados son responsabilidad exclusiva de Amigos de la Tierra Internacional, (Transnational Institute y Crocevia, 2020).

⁴⁰Cf. Freddy ORDÓÑEZ GÓMEZ, La agroecología y la soberanía alimentaria como alternativas al sistema agroalimentario capitalista Experiencia de la Fundación San Isidro (Duitama, Colombia, vol. 42 /, 2010).

⁴¹Rosa FERNÁNDEZ, Sistemas Participativos de Garantía Agroecológicos en la Argentina (Universidad Nacional de la Matanza, 2018).

Discursivamente, el concepto está relacionado también con los postulados de la soberanía alimentaria. Pese al significado emancipatorio que el término soberanía adquirió a partir de los discursos de soberanía alimentaria, como categoría moderna, la soberanía viene asociada a una dinámica dominial y absolutista⁴² que pone en cuestión su adecuación en función de los postulados emancipatorios que la circundan. La misma dinámica dominial afecta sus postulados respecto del **“dominio local sobre los recursos”**, la cual no logra superar la lógica jerárquica, absolutista, autorreferencial y antropocentrista de la propiedad privada moderna. Tan sólo apela, otra vez como enmienda coyuntural, a la limitación de los procesos de colonización sobre los recursos, promoviendo el dominio local.

En este sentido, la agroecología se presenta prospectivamente como un marco para la transformación socio-ecológica que podría dar espacio al desarrollo de una auténtica responsabilidad socio-ecológica empresarial.

Perspectivas

La radicalidad de la transformación que ameritan las graves crisis socio-ecológicas vigentes apela a la gestación de otras formas de regulación de las relaciones tanto entre humanos como con lo no-humano, que ya no admite ser considerado un recurso para la explotación.

La recuperación de cosmovisiones ancestrales como el buen vivir, que conciben a la tierra como madre, podría contribuir a revisar la dinámica dominial y extractivista respecto de lo no humano, en vistas para una convivencia armónica en la Casa Común. En esta línea se encuentra la propuesta de Shiva acerca de una democracia de la tierra,⁴³ (aunque aquí también no logre desprenderse de un concepto moderno liberal como el de democracia), para definir la convivencia armónica entre humanos y lo no-humano, donde hay lugar para cada criatura. Muy cercana es la propuesta del Papa Francisco respecto de la fraternidad universal⁴⁴ que, al hermanar a todo lo creado, reubica al hombre en su calidad de criatura y así también de “huésped de esta tierra”.⁴⁵

Por eso, no alcanzaría para una auténtica responsabilidad socio-ecológica un giro “agroecológico” de la misma dinámica dominial de las empresas. La introducción de los postulados locales de la agroecología, con sus dimensiones sociales, ambientales y culturales, implicaría, en cambio, para las empresas una revisión de la dinámica dominial y extractivista que viene atravesando sus estrategias de expansión. Ello, en miras y en favor de la efectiva realización de los derechos ecológicos en Latinoamérica.

⁴²Ugo MATTEI, Bienes Comunes. Un Manifiesto (Trotta, Madrid, España, 2013).

⁴³Vandana SHIVA, Erd-Demokratie: Alternativen zur neoliberalen Globalisierung (Zürich, Rotpunktverlag, 2006).

⁴⁴Papa Francisco, Encíclica Laudato Si' (Ed. Vaticano, Roma, 2015), <<https://www.oas.org/es/sg/casacomun/docs/papa-francisco-enciclica-laudato-si-sp.pdf>>, p. 184.

⁴⁵En referencia bíblica al Levítico 25:23.

Mención de Honor

Implementación de los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos en el Perú y su incidencia en las personas defensoras de los derechos humanos.

Merino Arenas, Franck Joris

Universidad Tecnológica de los Andes

I. Introducción

En marzo del año 2011 el representante especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie, presentó los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos al Consejo de Derechos Humanos¹, organismo que acogió estos Principios Rectores el seis de julio del año 2011, fecha significativa para el reconocimiento y protección de los derechos humanos en contextos de actividades empresariales.

Este año se cumple el décimo aniversario de los Principios Rectores, en medio de procesos a nivel mundial de aplicación de estos principios, en la mayoría de los Estados a través de Planes nacionales de acción, y en otros pocos mediante la aprobación de medidas legislativas de debida diligencia en materia de derechos humanos.

El presente ensayo aborda el caso del Estado peruano, donde el proceso de implementación de los principios rectores se ha iniciado con el tercer Plan Nacional de Derechos Humanos, el mismo que reconoce por primera vez como un grupo de especial protección a las personas defensoras de los derechos humanos, y además, a partir de este se aprobó el primer “Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos”, siendo uno de los 27 países en el mundo y el tercero en Latinoamérica en implementar esta norma de *soft law*.

¹Consejo de Derechos Humanos, ‘Resolución A/HRC/17/31 Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. John Ruggie. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Puesta En Práctica Del Marco de Las Naciones Unidas Para “Proteger, Respetar y Remediar”’ <<https://undocs.org/sp/A/HRC/17/31>>.

Estas herramientas son parte de una política pública más amplia que abarca la implementación de estándares internacionales sobre empresas y derechos humanos, y de mecanismos de protección para personas defensoras de derechos humanos, que deben ser complementadas con medidas legales vinculantes para aspirar a una efectiva garantía y respeto de los derechos humanos.

II. Implementación del marco “proteger, respetar y remediar” a través de los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos

Para la implementación y operatividad del Marco de las Naciones Unidas para “Proteger, Respetar y Remediar”, el representante especial para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie, diseñó los “Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos”, estableciendo en estos las condiciones con las que se podría garantizar un cumplimiento efectivo, tanto de los Estados como de las empresas, respecto al respeto de los derechos humanos.²

Tras el fin del mandato del representante especial, mediante resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos en fecha seis de julio del año 2011,³ se creó en el seno de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos un Grupo de Trabajo para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, que entró en funciones en noviembre del año 2011, teniendo como función principal la diseminación e implementación de los principios rectores.⁴ Asimismo, este grupo de trabajo ha implementado su mandato a través de, entre otros, la promoción de Planes de Acción Nacional (PANs) y otras herramientas políticas.⁵

El Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas viene realizando visitas a diversos países. Visitó el Perú entre el 10 y el 19 de julio de 2017, con el propósito de evaluar los esfuerzos que se han realizado y se siguen realizando para prevenir y subsanar las consecuencias negativas de las actividades empresariales en los derechos humanos, de conformidad con los Principios Rectores.⁶

²Humberto Fernando Cantú Rivera, ‘Empresas y derechos humanos: ¿hacia una regulación jurídica efectiva, o el mantenimiento del status quo?’ (2013) 13 Anuario Mexicano de Derecho Internacional 313, 323.

³Consejo de Derechos Humanos, ‘Resolución A/HRC/RES/17/4 Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas’ <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/144/74/PDF/G1114474.pdf?OpenElement>>.

⁴Cantú Rivera (n 2) 323.

⁵Judith Schönsteiner, ‘Empresas y Derechos Humanos. Lecturas a la luz del Ius Constitutionale Commune’ 4 https://www.academia.edu/33857581/Empresas_y_Derechos_Humanos_Lecturas_a_la_luz_del_Ius_Constitutionale_Commune accessed 29 October 2021.

⁶Consejo de Derechos Humanos, ‘Resolución A/HRC/38/48/Add.2 Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas acerca de su misión al Perú’ Párr. 1 <<https://undocs.org/es/A/HRC/38/48/Add.2>>.

En la indicada visita, el Grupo de Trabajo deja en claro que “Si el Perú quiere hacer realidad su aspiración de convertirse en miembro de la OCDE deberá impulsar la adopción de nuevas políticas (...), y cumplir lo establecido en las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, en particular el capítulo sobre los derechos humanos, que está en consonancia con los Principios Rectores. Así pues, también es importante hacer efectiva la aplicación de los Principios Rectores para que la aspiración del país de adherirse a la OCDE se haga realidad”.⁷

En concordancia con lo recomendado por los Organismos Internacionales, el Estado peruano desde hace más de una década ha venido elaborando diversas herramientas de política pública para lograr implementar efectivamente los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, iniciando con la construcción de Planes Nacionales de Derechos Humanos, documento que, en su última versión, ha incorporado en su quinto lineamiento estratégico la implementación de estándares internacionales sobre empresas y derechos humanos.

III. Implementación de los “principios rectores” a través de planes nacionales de derechos humanos y su incidencia en las personas defensoras de los derechos humanos

Como se ha indicado en el apartado anterior, el Estado peruano ha elaborado Planes Nacionales de Derechos Humanos desde hace más de una década, incorporando un lineamiento estratégico para la implementación de los Principios Rectores.

Los Planes Nacionales de Derechos Humanos son una herramienta de política pública que ha sido recomendada en la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993.⁸

El Estado peruano desarrolló su primer Plan Nacional de Derechos Humanos (PNDH) en el periodo 2006 – 2011, aprobado mediante Decreto Supremo N° 017-2005- JUS, luego desarrolló el segundo PNDH para el periodo 2014 – 2016, aprobado mediante Decreto Supremo N° 005-2014-JUS. Ambos fueron parte de un proceso de aprendizaje que contribuyó al desarrollo y robustecimiento de un tercer PNDH.

Por ejemplo, en el segundo PNDH se amplió el número de colectivos cuya situación respecto de sus derechos merecía políticas específicas destinadas a garantizarlas, considerando

⁷Consejo de Derechos Humanos, ‘Resolución A/HRC/38/48/Add.2 Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas acerca de su misión al Perú’ (n 6) Párr. 9.

⁸Laura Pautassi Kandel, Victoria, Laura Gottero and Verónica Jaramillo, Planes nacionales en derechos humanos: debates y reflexiones sobre experiencias latinoamericanas (CLACSO 2021) 10 <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20210427054956/Planes-Nacionales-en-DDHH.pdf>> accessed 2 November 2021.

nuevos grupos de especial protección,⁹ sin embargo, aún no se consideraban a las personas defensoras de los derechos humanos y tampoco implementar estándares internacionales en materia de empresas y derechos humanos.

En el Tercer Plan Nacional de Derechos Humanos del Perú para el periodo 2018-2021, aprobado el 31 de enero de 2018 mediante Decreto Supremo N° 002-2018-JUS, se incorporó en su quinto lineamiento estratégico la implementación de estándares internacionales sobre empresas y derechos humanos, es decir, el Estado peruano se comprometió a promover la implementación progresiva de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos y de otros instrumentos internacionales relacionados a través de la elaboración de un Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos. El desarrollo de planes de acción nacionales sobre las empresas y los derechos humanos ha sido una de las señales más visibles de la adopción de los Principios Rectores por los Estados.¹⁰

Asimismo, el tercer Plan Nacional de Derechos Humanos hace suyas las recomendaciones del *Handbook on National Human Rights Plans of Action* (Manual sobre planes de acción nacionales de derechos humanos), publicado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas el año 2002, pues incorpora a otros sectores vulnerables, dando cabida a las personas LGTBI, las trabajadoras del hogar, y los defensores y defensoras de los derechos humanos.¹¹

En ese sentido, en el vigente PNDH “se hace especial hincapié en los defensores de los derechos humanos. Por primera vez, se identifica a los defensores de los derechos humanos como categoría especial que necesita protección. El Plan prevé el compromiso de implementar, para 2021, un mecanismo de protección de los derechos humanos y, para 2019, un registro destinado a hacer un seguimiento de las situaciones de riesgo a que se enfrentan los defensores de los derechos humanos.”¹²

Es oportuno precisar que, si bien estos instrumentos de política pública incorporan derechos que anteriormente se encontraban totalmente desaparecidos en la regulación, también con mucha frecuencia, los planes de esta naturaleza –en tanto herramienta provista por instancias internacionales de protección– no terminan de ser implementadas en el nivel nacional o subnacional, sino que muchas veces se construyen como modos de “agradar” a las agendas internacionales, más que como formas de convocar e interpelar a los pueblos en iniciativas colectivas de transformación.¹³

Por ello es que, en el ámbito gubernamental, prácticamente la discusión se ha orientado hacia un indicador único: el desarrollo de planes de acción nacional sobre empresas y derechos humanos. Ha sido tal el interés que ha despertado esta cuestión (y el empuje que ha recibido de los diferentes actores que participan en la discusión global sobre los derechos humanos

⁹Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 (Primera edición, 2018) 39.

¹⁰Consejo de Derechos Humanos, ‘Resolución A/HRC//47/39 Décimo aniversario de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: balance del primer decenio’ Párr. 41 <<https://undocs.org/es/A/HRC/47/39>>.

¹¹Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (n 9) 39.

¹²Consejo de Derechos Humanos, ‘Resolución A/HRC/46/35/Add.2 Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, Michael Forst. Visita al Perú.’ Párr. 10 <<https://undocs.org/es/A/HRC/46/35/ADD.2>>.

¹³Pautassi, Gottero and Jaramillo (n 8) 12.

y las empresas), que prácticamente el avance o retraso que pueda tener un país en esta temática se puede medir con base en el nivel de desarrollo de una política pública en la materia.¹⁴

Sin embargo, creemos que, los planes de derechos humanos y planes de acción, pese a que toman caminos ambiguos de formulación, puesta en práctica y evaluación, son, o pueden ser, instrumentos para construir sociedades más justas e incluyentes, pero requieren trabajo y compromiso de largo alcance.¹⁵

IV. Regulación y situación de las personas defensoras de los derechos humanos frente a las actividades empresariales en el Perú

La situación de las personas defensoras de los derechos humanos en el Perú no es alentadora; las amenazas, ataques y violaciones de derechos humanos se incrementan y con ello las víctimas. Se trata mayoritariamente de personas defensoras que operan en zonas rurales (94,87%), de sexo masculino, y adultos. En torno a un 5,13% de las víctimas causadas por las fuerzas del orden son menores de edad, y un 2,56% del total son mujeres.¹⁶

En su última visita a Perú del ex relator especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los defensores y defensoras de los derechos humanos, Michel Forst, realizada del 21 de enero al 3 de febrero de 2020, concluyó preliminarmente en su declaración de fin de misión lo siguiente: *“Lamento que un gran número de personas defensoras de derechos humanos, y especialmente de los pueblos indígenas y las comunidades locales que defienden el medio ambiente y sus derechos humanos, no puedan actuar en un entorno seguro y propicio”*.¹⁷

El ex Relator Especial ha constatado que las siguientes categorías de defensores se enfrentan a mayores riesgos y obstáculos cuando promueven y defienden los derechos humanos: los defensores de la tierra y el medio ambiente (en particular los defensores pertenecientes a pueblos indígenas o comunidades campesinas), las mujeres defensoras de los derechos humanos, los defensores de los derechos humanos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales, los defensores de los derechos sexuales y reproductivos, los periodistas que documentan vulneraciones de los derechos humanos y

¹⁴Humberto Cantú Rivera, ‘Planes de Acción Nacional Sobre Empresas y Derechos Humanos: Sobre La Instrumentalización Del Derecho Internacional En El Ámbito Interno’ 116–117 <<https://www.elsevier.es/es-revista-anuario-mexicano-derecho-internacional-74-pdf-S1870465417300314>> accessed 2 November 2021.

¹⁵Pautassi, Gottero and Jaramillo (n 8) 12–13.

¹⁶Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, ‘Informe Anual 2015 - 2016 Criminalización de la Protesta y la situación de los Defensores y Defensoras de los Derechos Humanos’ 64 <<http://derechoshumanos.pe/informe2015-16/Criminalizacion-de-la-protesta.pdf>>.

¹⁷ACNUDH | Declaración de Fin de Misión, Michel Forst, Relator Especial de Las Naciones Unidas Sobre La Situación de Los Defensores y Defensoras de Derechos Humanos
Visita a Perú, 21 de enero 3 de febrero de 2020’ <<https://www.ohchr.org/sp/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25507&LangID=5>> accessed 3 November 2021.

casos de corrupción, y los defensores de las víctimas del período de violencia (1980-2000) y sus consecuencias.¹⁸

En ese sentido, en la presente investigación se presta especial atención de manera muy breve a la difícil situación de los defensores y defensoras que se ocupan de cuestiones relativas a tierras, territorio, medio ambiente y derechos de los pueblos indígenas, dado que está relacionada en gran medida con los desequilibrios de poder que intervienen en la comercialización del medio ambiente por Estados y empresas. Una investigación de Amnistía Internacional afirma el elevado nivel de violencia contra defensores y defensoras de los derechos humanos que trabajan en estas áreas, la mayoría de los casos documentados por la mencionada organización tuvieron lugar en el contexto de proyectos en los que las empresas explotaban recursos naturales.¹⁹

Con frecuencia se describe públicamente a los defensores de los derechos sobre la tierra y los derechos ambientales como “opositores al desarrollo” y “grupos radicales anti minería” y se los acusa de defender intereses egoístas o corruptos puesto que intentan impedir la explotación de recursos económicos, desviar parte de las ganancias procedentes de esa explotación hacia las comunidades afectadas o cambiar el método de extracción de los recursos.²⁰

El ex Relator Especial observó esa estigmatización de primera mano en reuniones con los representantes de empresas mineras y de energía pertenecientes a la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP). Durante la reunión, los participantes deslegitimaron la labor de los defensores de los derechos sobre la tierra y los derechos ambientales mostrando videos y noticias que daban a entender que los defensores eran corruptos y estaban vinculados a grupos terroristas.²¹

1. La pendiente ratificación del “acuerdo de escazú” por el estado peruano

Perú es uno de los 24 países firmantes del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, “Acuerdo de Escazú”, el cual entró en vigor a partir del 22 de abril de 2021.

¹⁸Consejo de Derechos Humanos, ‘Resolución A/HRC/46/35/Add.2 Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, Michael Forst. Visita al Perú.’ (n 11) Párr. 18.

¹⁹Amnistía Internacional, ‘Defensores y Defensoras de los Derechos Humanos bajo amenaza: La reducción del espacio para la sociedad civil’ 51, 32.

²⁰Consejo de Derechos Humanos, ‘Resolución A/HRC/46/35/Add.2 Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, Michael Forst. Visita al Perú.’ (n 11) Párr. 23.

²¹Consejo de Derechos Humanos, ‘Resolución A/HRC/46/35/Add.2 Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, Michael Forst. Visita al Perú.’ (n 12) cita nro. 10 al pie de página, 5.

El Acuerdo de Escazú es tanto un instrumento ambiental como un tratado de derechos humanos. Gracias a esta doble dimensión, los compromisos que los Estados han asumido en favor de un desarrollo sostenible —así como aquellos derivados del derecho internacional de los derechos humanos— se ven reforzados por nuevos estándares que aspiran a una mayor prosperidad, dignidad y sostenibilidad. Sin duda, en la región más desigual del mundo y de mayores ataques a los defensores de derechos humanos en asuntos ambientales, el Acuerdo de Escazú goza aún de una mayor justificación.²²

Sin embargo, Perú es el único suscriptor cuyo Congreso ha rechazado el Acuerdo, pese a que formó parte del proceso desde Río+20 y de la mesa directiva.²³

Esta situación se originó cuando el Ejecutivo remitió al Congreso de la República del Perú el respectivo proyecto de resolución legislativa en agosto de 2019, destacando que el tratado es conveniente a los intereses del país, entre otros aspectos. Para dicho informe se tomó en cuenta la opinión técnica de la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público-Fiscalía de la Nación, el Ministerio de Economía y Finanzas, el Ministerio de Agricultura y Riego, el Ministerio del Ambiente, el Ministerio de Energía y Minas, el Ministerio de Cultura, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Ministerio de Salud, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, el Ministerio de la Producción, y la Presidencia del Consejo de Ministros. Ese mismo mes de agosto de 2019 la gestión se derivó a la Comisión de Relaciones Exteriores, la cual, resaltando el poco conocimiento de los incumbentes, realizó 13 sesiones donde participaron casi 50 invitados. Estuvieron presentes académicos, ministros, exministros, gobernadores regionales, alcaldes, representantes de colegios profesionales, embajadores, miembros de las fuerzas armadas, representantes de comunidades nativas y comunidades indígenas, representantes de cámaras de comercio, miembros de asociaciones de jóvenes, representantes de ONG, gremios y representantes de la ciudadanía en general. El 20 de octubre se presentó a la Comisión un dictamen para rechazar la ratificación, cuya mayor parte recogía las intervenciones y apelaba a razones como la afectación a la soberanía y la vulneración de la igualdad ante la ley por el artículo 9 del Acuerdo de Escazú. El dictamen fue aprobado por nueve votos y rechazado por tres, por lo que el proyecto de ley fue archivado. Los congresistas del voto minoritario presentaron un informe disidente como un acto simbólico esperando que sea de utilidad para la siguiente legislatura.²⁴

Esperemos que el nuevo Congreso que tomó juramento el 28 de julio de 2021, fecha en que se conmemora el Bicentenario de la Independencia de la República del Perú, priorice la aprobación de la ratificación y consiguiente depósito del “Acuerdo de Escazú”, ya que contiene cláusulas que contribuyen en la protección de personas defensoras de derechos humanos en asuntos ambientales.

²²Constance Nalegach and Paulina Astroza, ‘La necesidad de una democracia ambiental en América Latina: el Acuerdo de Escazú’ [2020] Documentos de Trabajo, 28 <https://www.fundacioncarolina.es/dt_fc_40/> accessed 3 November 2021.

²³Nalegach and Astroza (n 22) 19.

²⁴Nalegach and Astroza (n 22) 20.

2. Regulación del derecho a defender los derechos humanos en el Perú generada a partir del tercer plan nacional de derechos humanos

En el Perú, el ente rector encargado de la implementación de estándares internacionales sobre empresas y derechos humanos, y de fomentar mecanismos para garantizar la protección de las personas defensoras de derechos humanos es el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUSDH).

En ese sentido, el Estado peruano viene construyendo una política pública nacional que busca la atención de las personas defensoras de los derechos humanos con una buena iniciativa del MINJUSDH, que inicialmente aprobó el “Protocolo para garantizar la protección de personas defensoras de derechos humanos” mediante R. M. N° 0159-2019-JUS, del 25 de abril de 2019. Luego aprobó el “Registro sobre situaciones de riesgo de personas defensoras de derechos humanos” mediante R. M. N° 255-2020-JUS, el 01 de octubre de 2020.

Sin embargo, tanto el protocolo como el registro, resultaron en instrumentos limitados debido a que ambos fueron aprobados por normas sectoriales que solo vinculaban al MINJUSDH.

Sumándose a estos esfuerzos, la Defensoría del Pueblo aprobó los “Lineamientos de Intervención Defensorial frente a casos de Defensores y Defensoras de Derechos Humanos” mediante la Resolución Administrativa N° 029-2020/DP-PAD, de fecha 15 de junio de 2020. Este documento establece parámetros de actuación defensorial ante las Sub Prefecturas y Prefecturas, Comisarías, Ministerio Público, Poder Judicial e Instituciones del Estado en general, frente a ataques contra este grupo de especial protección, por encontrarse en una situación de potencial o real afectación a sus derechos.²⁵

En cumplimiento de la meta establecida para las personas defensoras de derechos humanos en el tercer PNDH, el MINJUSDH aprobó la creación del “Mecanismo intersectorial para la protección de las personas defensoras de derechos humanos”, mediante el Decreto Supremo N° 004-2021-JUS el 21 de abril de 2021, herramienta que vincula a 8 ministerios y coordina con las instituciones encargadas de administrar justicia en el Perú. No obstante, aún se encuentra pendiente de aprobar, en coordinación con el Ministerio del Interior, un protocolo de actuación que permita la implementación de las medidas de protección y medidas urgentes de protección que contiene el mecanismo intersectorial, asimismo, este protocolo deberá contener las estrategias de financiamiento para implementar las medidas.

²⁵Defensoría Del Pueblo Aprueba Lineamientos Para Proteger a Defensoras y Defensores de Derechos Humanos' (Defensoría del Pueblo - Perú) <<https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-aprueba-lineamientos-para-proteger-a-defensoras-y-defensores-de-derechos-humanos/>> accessed 4 November 2021.

En ese orden, el MINJUSDH también aprobó el primer “Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos”, mediante Decreto Supremo N° 009-2021-JUS, el 10 de junio de 2021, esta herramienta contiene lineamientos estratégicos y objetivos que contribuirán en la garantía, protección y respeto de los derechos humanos en el desarrollo de actividades empresariales, así como en el reconocimiento y protección de las personas defensoras de los derechos humanos; sin embargo, se encuentra pendiente de establecer el grado de obligación que van asumir las empresas en situaciones de vulneración de derechos humanos de las personas defensoras de asuntos ambientales que puedan generarse en el ámbito de las actividades empresariales.

Finalmente, de manera más específica y sumándose a este esfuerzo intersectorial, el Ministerio del Ambiente aprobó el “Protocolo Sectorial para la protección de las personas defensoras ambientales”, mediante Resolución Ministerial N° 134-2021-MINAM, el 25 de julio de 2021, con la finalidad de contribuir a generar un entorno seguro a favor de estos grupos en situación de vulnerabilidad.²⁶

V. Conclusiones

- a) La implementación de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos en el Perú es un proceso que recién está iniciando, implica una ardua labor que seguramente tomará varios años para que las empresas hagan suyas tales principios y respeten de manera efectiva los derechos humanos.
- b) Se deberá trabajar a nivel legislativo para que los Principios Rectores sean vinculantes para las empresas, siguiendo el ejemplo de diversos países que han aprobado medidas legislativas (leyes) que obligan a las empresas a implementar procesos de debida diligencia en materia de derechos humanos.
- c) Las personas defensoras de los derechos humanos continúan siendo amenazadas y atacadas gravemente en nuestra región, sin embargo, se viene aprobando medidas que reconocen su labor e intentan proteger sus derechos frente a las actividades empresariales que, en muchos casos, los afectan gravemente.
- d) El Estado peruano viene construyendo una política pública nacional de derechos humanos, a través de la aprobación de instrumentos que incluyen las cuestiones empresariales y de los derechos humanos, así como la protección de las personas defensoras de los derechos humanos; sin embargo, estos instrumentos no están siendo efectivos, dado que las vulneraciones a los derechos humanos en contextos de actividades empresariales se mantienen o continúan en aumento.

²⁶Estado peruano Ministerio del Ambiente, ‘Aprueban Protocolo Sectorial para la protección de Defensores Ambientales’ <<https://www.gob.pe/institucion/minam/noticias/508236-aprueban-protocolo-sectorial-para-la-proteccion-de-defensores-ambientales>> accessed 5 November 2021.

Bibliografía

- ACNUDH | Declaración de Fin de Misión, Michel Forst, Relator Especial de Las Naciones Unidas Sobre La Situación de Los Defensores y Defensoras de Derechos Humanos
Visita a Perú, 21 de Enero 3 de Febrero de 2020' <<https://www.ohchr.org/sp/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25507&LangID=S>> accessed 3 November 2021.
- Amnistía Internacional, 'Defensores y Defensoras de los Derechos Humanos bajo amenaza: La reducción del espacio para la sociedad civil' 51.
- Cantú Rivera H, 'Planes de Acción Nacional Sobre Empresas y Derechos Humanos: Sobre La Instrumentalización Del Derecho Internacional En El Ámbito Interno' <<https://www.elsevier.es/es-revista-anuario-mexicano-derecho-internacional-74-pdf-S1870465417300314>> accessed 2 November 2021.
- Cantú Rivera HF, 'Empresas y derechos humanos: ¿hacia una regulación jurídica efectiva, o el mantenimiento del status quo?' (2013) 13 Anuario Mexicano de Derecho Internacional 313 Consejo de Derechos Humanos, 'Resolución A/HRC/17/31 Informe Del Representante Especial Del Secretario General Para La Cuestión de Los Derechos Humanos y Las Empresas Transnacionales y Otras Empresas. John Ruggie. Principios Rectores Sobre Las Empresas y Los Derechos Humanos: Puesta En Práctica Del Marco de Las Naciones Unidas Para "Proteger, Respetar y Remediar"' <<https://undocs.org/sp/A/HRC/17/31>>
- —, 'Resolución A/HRC/RES/17/4 Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas' <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/144/74/PDF/G1114474.pdf?OpenElement>>
- —, 'Resolución A/HRC/38/48/Add.2 Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas acerca de su misión al Perú' <<https://undocs.org/es/A/HRC/38/48/Add.2>>
- —, 'Resolución A/HRC/46/35/Add.2 Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, Michael Forst. Visita al Perú.' <<https://undocs.org/es/A/HRC/46/35/ADD.2>>
- —, 'Resolución A/HRC//47/39 Décimo aniversario de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: balance del primer decenio' <<https://undocs.org/es/A/HRC/47/39>>
- Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 'Informe Anual 2015 - 2016 Criminalización de La Protesta y La Situación de Los Defensores y Defensoras de Los Derechos Humanos' <<http://derechoshumanos.pe/informe2015-16/Criminalizacion-de-la-protesta.pdf>>

- Defensoría Del Pueblo Aprueba Lineamientos Para Proteger a Defensoras y Defensores de Derechos Humanos' (Defensoria del Pueblo - Perú) <<https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-aprueba-lineamientos-para-proteger-a-defensoras-y-defensores-de-derechos-humanos/>> accessed 4 November 2021.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021 (Primera edición, 2018).
- Ministerio del Ambiente E peruano, 'Aprueban Protocolo Sectorial para la protección de Defensores Ambientales' <<https://www.gob.pe/institucion/minam/noticias/508236-aprueban-protocolo-sectorial-para-la-proteccion-de-defensores-ambientales>> accessed 5 November 2021.
- Nalegach C and Astroza P, 'La necesidad de una democracia ambiental en América Latina: el Acuerdo de Escazú' [2020] Documentos de Trabajo <https://www.fundacioncarolina.es/dt_fc_40/> accessed 3 November 2021.
- Pautassi L Kandel, Victoria, Gottero L and Jaramillo V, Planes nacionales en derechos humanos: debates y reflexiones sobre experiencias latinoamericanas (CLACSO 2021) <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20210427054956/Planes-Nacionales-en-DDHH.pdf>> accessed 2 November 2021.
- Schönsteiner J, 'Empresas y Derechos Humanos. Lecturas a la luz del Ius Constitutionale Commune' <https://www.academia.edu/33857581/Empresas_y_Derechos_Humanos_Lecturas_a_la_luz_del_Ius_Constitutionale_Commune> accessed 29 October 2021.

NUEVAS VOCES

Contribuciones desde la
academia latinoamericana
para avanzar hacia una
cultura de Conducta
Empresarial Responsable
y respeto por los
Derechos Humanos

