

2016

La "Responsabilidad De Respetar" Los Derechos Humanos Y El Establecimiento Del Deber De Debida Diligencia Como Una Obligacion Legal Para Las Industrias Extractivas: Desafios Y Oportunidades En Las Americas

Tatiana Gos

University of Oxford, tatiana.gos@auschwitzinstitute.org

Follow this and additional works at: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr>



Part of the [International Law Commons](#)

Recommended Citation

Gos, Tatiana (2016) "La "Responsabilidad De Respetar" Los Derechos Humanos Y El Establecimiento Del Deber De Debida Diligencia Como Una Obligacion Legal Para Las Industrias Extractivas: Desafios Y Oportunidades En Las Americas," *American University International Law Review*: Vol. 32 : Iss. 4 , Article 6.

Available at: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr/vol32/iss4/6>

This Article is brought to you for free and open access by the Washington College of Law Journals & Law Reviews at Digital Commons @ American University Washington College of Law. It has been accepted for inclusion in American University International Law Review by an authorized editor of Digital Commons @ American University Washington College of Law. For more information, please contact kclay@wcl.american.edu.

**LA “RESPONSABILIDAD DE RESPETAR” LOS
DERECHOS HUMANOS Y EL
ESTABLECIMIENTO DEL DEBER DE DEBIDA
DILIGENCIA COMO UNA OBLIGACIÓN
LEGAL PARA LAS INDUSTRIAS
EXTRACTIVAS: DESAFÍOS Y
OPORTUNIDADES EN LAS AMÉRICAS**

TATIANA GOS*

I. INTRODUCCIÓN.....	860
II. LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS DE RESPETAR LOS DERECHOS HUMANOS DE ACUERDO CON LOS PRINCIPIOS RECTORES SOBRE LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS	865
A. INICIATIVAS VOLUNTARIAS	868
III. LA OBLIGACIÓN DE LOS ESTADOS DE GARANTIZAR LOS DERECHOS HUMANOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS RECTORES Y LOS INSTRUMENTOS INTERAMERICANOS DE DERECHOS HUMANOS	875
A. EL ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE SUPRIMIR TODA NORMA VIOLATORIA DE LA CADH	879
IV. ¿CÓMO SE REGULARÍA LA RESPONSABILIDAD DE LAS INDUSTRIAS EXTRACTIVAS DE RESPETAR LOS DERECHOS HUMANOS?	884
V. CONCLUSIÓN	892

* Máster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Oxford. Abogada especialista en Derecho Internacional Público por la Universidad de Buenos Aires. Profesional Certificada en Riesgo y Cumplimiento.

I. INTRODUCCIÓN

Las industrias extractivas (minería, gas y petróleo) son el sector en el cual se verifica mayor conflictividad social y las más graves y frecuentes violaciones de derechos humanos. Desde hace varias décadas se han reportado casos de violaciones al derecho a la consulta previa y consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas, detenciones ilegales, uso excesivo de la fuerza, criminalización de la protesta, hostigamiento y asesinato de defensores de derechos humanos, ejecuciones extrajudiciales, tortura, violencia sexual, discriminación, desplazamientos forzados, adquisición y expropiación indebida de tierras, afectaciones a la salud, degradación ambiental, evasión fiscal, obtención o aprobación de licencias y permisos mediante sobornos y corrupción, resistencia a cumplir órdenes y mandatos judiciales e imposibilidad de las víctimas de obtener reparación por los daños sufridos, en virtud de estructuras corporativas y mecanismos de insolvencia utilizados por las empresas para resguardar su patrimonio y activos en caso de litigio, entre otros.¹

1. Ver James Anaya (Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas), *Las industrias extractivas y los pueblos indígenas*, ¶ 1, Doc. O.N.U. A/HRC/24/41 (1 de jul. de 2013) (señalando que los pueblos indígenas han sufrido consecuencias negativas, incluso devastadoras, a causa de las industrias extractivas); ver también Com. Inter-Am. DD. HH. [CIDH], *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, ¶¶ 205-06, 209, OEA/Ser.L/V/II., doc. 56/09 (30 de diciembre de 2009) [en adelante *Derechos de los pueblos indígenas y tribales*] (describiendo la degradación ambiental en los territorios indígenas como consecuencia de las concesiones para la exploración o explotación de recursos naturales); Alexandra Montgomery, *El espionaje empresarial como estrategia para eludir la responsabilidad por violaciones de derechos humanos: el caso de Vale en Brasil*, APORTES D.P.L.F., ago. 2015, en 37, 38 (indicando que los movimientos sociales y las organizaciones de la sociedad civil enfrentan tácticas de persecución intensas por parte de empresas privadas en complicidad con actores estatales); Javier Valdez, *Excarcelan a líder comunero que protestó contra minera china*, JORNADA (3 ene. de 2016), <http://www.jornada.unam.mx/2016/01/03/estados/020n4est>; *Irregularidades a pesar del cierre temporal del proyecto minero en la Puya*, PROTECTION INT'L (11 ene. de 2016), <http://protectioninternational.org/es/2016/01/11/irregularidades-pesar-del-cierre-temporal-del-proyecto-minero-en-la-puya/>; Com. Inter-Am. DD. HH., *Informe sobre el 156 período de sesiones de la CIDH*, en 9 (2015), <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/docs/Informe-156.pdf>.

En las Américas, las industrias extractivas plantean al menos dos características particulares. En primer lugar, la región comprende tanto países de origen—que albergan las casas matrices de empresas multinacionales dedicadas a la industria extractiva (principalmente Canadá y Estados Unidos)—como países receptores—donde operan esas empresas, individualmente o en conjunto con el Estado (e.g. Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Perú, Honduras, Panamá, etc.).

En cuanto al rol de los Estados de origen, es posible señalar un conjunto de condiciones y políticas que toleran o fomentan la actividad extractiva, sin tomar en consideración sus impactos nocivos para los derechos humanos. Entre ellas, cabe señalar el apoyo económico, político y diplomático a las empresas sin exigir el cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos; la injerencia indebida en los procesos legislativos de los Estados receptores; el blindaje a la responsabilidad de las empresas por medio de acuerdos de libre comercio; y un marco jurídico inadecuado para prevenir y sancionar las violaciones de derechos humanos, incluyendo la falta de obligatoriedad de los principios de responsabilidad social empresarial, la ausencia de regulación de las responsabilidades extraterritoriales y la consecuente falta de fundamento legal para la aplicación de sanciones.²

En cuanto al rol de los países receptores, el sector extractivo “ha mostrado un auge sin precedentes en América Latina, producto del incremento de la demanda y los precios internacionales, así como de la prioridad que los gobiernos le han otorgado al sector dentro de sus políticas macroeconómicas.”³ Sin embargo, el marco normativo e

2. Ver Shin Imai & Natalie Bolton, *El gobierno de Canadá no hace lo suficiente para abordar los problemas de las empresas mineras canadienses en América Latina*, APORTES D.P.L.F., ago. 2015, en 25 (señalando que el gobierno canadiense no hace lo suficiente para asegurarse de que las empresas canadienses cumplan con los estándares de responsabilidad social empresarial); ver también Katharine Valencia, *DPLF participa de la primera sesión del IGWG sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*, APORTES D.P.L.F., ago. 2015, en 12 (describiendo las condiciones y políticas que fomentan la explotación minera a costa de los derechos humanos).

3. Ver FUND. FORO NAC'L POR COLOM., *LA NORMATIVA MINERA EN PAÍSES DE AMÉRICA LATINA: UN ESTUDIO SOBRE BOLIVIA, BRASIL, CHILE, COLOMBIA, ECUADOR, MÉXICO Y PERÚ 2* (2013) [en adelante *LA NORMATIVA MINERA*], http://www.propuestaciudadana.org.pe/sites/default/files/sala_lectura/archivos/La%20normativa%20minera%20en%20pa%C3%ADses%20de%20América%20Lati

institucional que regula el funcionamiento del sector extractivo es débil y se orienta a estimular la inversión privada, mediante facilidades e incentivos que contravienen los estándares de protección del medio ambiente y los derechos humanos.⁴

Si bien “la prohibición de la actividad minera en áreas protegidas, el cuidado del ambiente, la preservación de áreas naturales y la reparación de áreas degradadas por la actividad tienden a ser objetivos compartidos por la legislación de los diferentes países,” las “excepciones” a estos principios terminan constituyéndose en la regla.⁵ Asimismo, entre esas deficiencias es posible destacar que (i) en muchos casos uno de los mecanismos para la concesión de títulos o licencias al sector privado es la aplicación del principio “primero en el tiempo, primero en el derecho” —lo que implica el otorgamiento de licencias a quien primero haga la solicitud y no a través de procesos de competencia; (ii) los permisos y licencias se conceden por largos períodos de tiempo y en algunos casos por tiempo indefinido; y (iii) las exenciones tributarias son notables.⁶

En este sentido, el binomio sede-recepción no siempre es suficiente para abordar las complejidades de las industrias extractivas en las Américas, ya que existen situaciones de tensión entre países receptores que deciden conceder o iniciar proyectos con empresas multinacionales que poseen un historial negativo en materia de derechos humanos en la región. Ejemplo de ello es el caso reciente de la petrolera Chevron Corporation. En Ecuador, un grupo de comunidades indígenas y campesinas ganaron una demanda contra la empresa por el daño ambiental que la petrolera Texaco (adquirida por Chevron en el año 2001) provocó en la amazonia ecuatoriana entre 1964 y 1990.⁷ Frente a la insolvencia de la empresa en

na.pdf (precisando que, inspirados en una posición extractivista (Colombia, Perú) o neo-extractivista (Ecuador, Bolivia), los gobiernos han proclamado la importancia del sector por las rentas que genera y su utilidad para impulsar otros sectores de la economía o implementar políticas sociales redistributivas o de corte asistencial).

4. *Id.*

5. *Id.* en 12.

6. *Ver id.* en 10-11 (explicando los beneficios tributarios otorgados en Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador y México).

7. *Ver* Corte Nacional de Justicia de Ecuador, Juicio verbal sumario No. 174-2012, Resolución de 12 de noviembre de 2013; *Chevron Corp. v. Donziger*, 974 F. Supp. 2d 362, 383, 481 (S.D.N.Y. 2014) (describiendo el proceso iniciado por Chevron contra los demandantes por alegado fraude en el proceso judicial llevado

Ecuador, los demandantes iniciaron una estrategia de persecución de activos de otras filiales de Chevron en diferentes países, entre ellos, Argentina.⁸ Los tribunales argentinos de primera y segunda instancia hicieron lugar a la rogatoria internacional y embargaron el flujo de la compañía Chevron Argentina. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó dicha medida bajo el argumento de que Chevron Argentina era una persona jurídica distinta a Chevron Corporation y no había participado del juicio en Ecuador.⁹ El fallo de la Corte Suprema estuvo precedido por un dictamen en el mismo sentido de la Procuradora General de la Nación, que señaló que el embargo “afectaría la política energética y el desarrollo económico del país y las finanzas públicas,”¹⁰ dado que Chevron se encontraba negociando un acuerdo de exploración y explotación en la zona de Vaca Muerta con la empresa petrolera estatal argentina YPF. Chevron Corporation cuenta con un código de ética y una política de derechos humanos de cumplimiento obligatorio basada en la Declaración Universal de Derechos Humanos y las Convenciones de la Organización Internacional del Trabajo,¹¹ que parece no haber tenido aplicación en la práctica.

En segundo lugar, todos los países de la región están sujetos al Sistema Interamericano de Derechos Humanos como un mecanismo de supervisión, adjudicación y cumplimiento internacional de sus obligaciones en materia de derechos humanos.¹² Si bien es cierto que existen importantes diferencias entre aquellos Estados (principalmente receptores) que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹³ (en adelante “la Convención”

a cabo en Ecuador).

8. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina [CSJN], 4/6/2013, “Aguinda Salazar, María c. Chevron Corporation s/ medidas precautorias,” Fallos (2013-336-503) (Arg.).

9. *Id.* en 515.

10. *Id.* en 505, 511 (Carbó, Procuradora General de la Nación, dictamen).

11. *Ver* Chevron, *About Our Human Rights Policy* [*Acerca de nuestra política de derechos humanos*] (2016), <https://www.chevron.com/~media/chevron/shared/documents/AboutOurHumanRightsPolicy>.

12. *Ver* INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, BASIC DOCUMENTS PERTAINING TO HUMAN RIGHTS IN THE INTER-AMERICAN SYSTEM [DOCUMENTOS BÁSICOS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO] 3-12 (2012), http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/docsbas2012_eng.pdf (describiendo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos).

13. Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de nov. de 1969,

o “CADH”) y aceptado la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte” o “la Corte Interamericana”) y aquellos que no lo han hecho (principalmente de origen), no es menos acertado que todos los Estados de las Américas deben respetar—como mínimo—los derechos y obligaciones que emanan de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹⁴ (en adelante “la Declaración Americana”) y someterse a los mecanismos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana” o “CIDH”). Por ello, el continente americano presenta condiciones favorables para liderar el camino hacia una mayor y mejor regulación de las obligaciones de las empresas en materia de derechos humanos, especialmente en el sector extractivo.

El objeto de este artículo es analizar las obligaciones de los Estados de proteger y garantizar los derechos humanos a través de la regulación, supervisión y rendición de cuentas de las empresas que se desempeñan en el sector extractivo (tanto públicas como privadas o mixtas), a la luz de lo establecido en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas¹⁵ (en adelante “los Principios Rectores”) y las obligaciones que emanan de los instrumentos interamericanos de derechos humanos y la doctrina y jurisprudencia de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El artículo plantea que, en virtud de las lagunas y deficiencias existentes en materia legal y regulatoria, así como de la insuficiencia de los mecanismos judiciales y extrajudiciales para proteger y garantizar los derechos humanos, tanto los Estados de origen como los Estados receptores deben adecuar su normativa, a fin de establecer como una obligación legal el deber de debida diligencia por parte de las empresas. Ello incluye la revisión del derecho interno y los tratados internacionales de comercio e inversión que limiten o anulen las facultades de los Estados para llevar a cabo dicha adecuación, así como la adopción de

1144 U.N.T.S. 123 [en adelante CADH].

14. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, OEA/Ser.L./V.II.23, doc. 21, corr. 6 (1948) [en adelante Declaración Americana].

15. John Ruggie (Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas), *Informe final de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos*, Doc. O.N.U. A/HRC/17/31, en 3 (21 de mar. de 2011) [en adelante Ruggie, *Principios Rectores*].

legislación específica que exija a las empresas la obligación de adoptar instancias concretas de análisis, implementación, evaluación y reparación de violaciones de derechos humanos.

II. LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS DE RESPETAR LOS DERECHOS HUMANOS DE ACUERDO CON LOS PRINCIPIOS RECTORES SOBRE LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS

Los Principios Rectores adoptados en el año 2011 cristalizaron un consenso internacional acerca de los impactos negativos que las empresas pueden provocar en materia de derechos humanos y la necesidad de prevenir y mitigar esos impactos y reparar los daños.¹⁶ En ese sentido, los Principios Rectores establecieron un marco de análisis y acción tripartito consistente en la obligación de los Estados de proteger los derechos humanos y prevenir violaciones por parte de terceros, incluyendo a las empresas; la responsabilidad de las empresas de respetar y no infringir los derechos humanos; y la necesidad de garantizar un mayor acceso a la justicia para las víctimas de violaciones de derechos humanos, a través de mecanismos judiciales y/o extrajudiciales.¹⁷

Estos tres pilares se encuentran inextricablemente relacionados y se retroalimentan de manera constante: los Estados soberanos establecen las reglas de juego donde se desarrolla la actividad privada, en la que opera el principio de autonomía de la voluntad, con excepción de ciertos aspectos que se consideran de orden público y cuya regulación no puede ser librada exclusivamente a la voluntad de los particulares. Las empresas, por su parte, operan de acuerdo con estándares internacionales y marcos legales y regulatorios establecidos por los Estados tanto de origen como de destino, y buscan maximizar su competitividad y ganancias. Finalmente, la existencia de remedios eficaces es indispensable para evitar violaciones, restituir derechos y reparar los daños sufridos.¹⁸

16. *Ver id.* (describiendo los antecedentes de los Principios Rectores, entre ellos, el Marco para “proteger, respetar y remediar” los derechos humanos y el proceso de consulta llevado a cabo para su formulación).

17. *Id.*

18. *Ver id.* en 7-8.

De acuerdo con los Principios Rectores, todas las empresas—tanto multinacionales como locales—tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos y evitar violaciones en su esfera de influencia.¹⁹ Ello supone un estándar de conducta global que existe independientemente del cumplimiento de las leyes nacionales y de la capacidad del Estado de cumplir con sus propias obligaciones de derechos humanos.²⁰ La responsabilidad de respetar los derechos humanos incluye pero excede las medidas o programas de “responsabilidad social empresarial.”²¹ En efecto, las iniciativas de “responsabilidad social empresarial” que generalmente engloban trabajo voluntario o *pro bono*, donaciones, programas de becas, etc. son iniciativas voluntarias, dependientes del caso de negocio y basadas en las preferencias o prioridades de la empresa.²² Por el contrario, la responsabilidad de respetar los derechos humanos tiene una raíz legal, basada en principios universalmente reconocidos que atribuyen un rol central al individuo, y obliga a considerar todos los derechos humanos potencialmente afectados.²³

A fin de implementar esta responsabilidad, las empresas deben actuar con debida diligencia y gestionar adecuadamente sus impactos en materia de derechos humanos, mediante la adopción de medidas de identificación, análisis, prevención, acción, mitigación y reparación.²⁴ La debida diligencia es el mecanismo que las empresas deben utilizar para conocer, reconocer y demostrar que han adoptado

19. *Id.* en 15.

20. *Ver id.* en 15-16.

21. *Ver* Chris Avery, *The Difference Between CSR and Human Rights* [La diferencia entre la RSE y los derechos humanos], CORP. CITIZENSHIP BRIEFING ago.-sep. 2006, en 4, <https://business-humanrights.org/sites/default/files/reports-and-materials/Avery-difference-between-CSR-and-human-rights-Aug-Sep-2006.pdf> (indicando que la aproximación de la responsabilidad social empresarial (CSR, por sus siglas en inglés) funciona desde “arriba hacia abajo,” ya que la empresa decide a qué temas dedicarse, mientras que la aproximación de derechos humanos funciona de “abajo hacia arriba,” puesto que las necesidades y derechos de los individuos son el eje central); *ver también* Archie B. Carroll, *A History of Corporate Social Responsibility: Concepts and Practices* [Una historia de la responsabilidad social empresarial: conceptos y prácticas], en *THE OXFORD HANDBOOK OF CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY* 19, 40-41 (Andrew Crane et al. eds., 2008) (describiendo los antecedentes y evolución del concepto de responsabilidad social empresarial).

22. Avery, *supra* nota 21, en 4.

23. *Id.*

24. Ruggie, *Principios Rectores*, *supra* nota 16, en 15, 17.

las acciones necesarias para prevenir y reparar las violaciones de derechos humanos que han cometido o permitido.²⁵

La debida diligencia debe tomar en cuenta las características propias del país, región, industria, sector y actividad, incluyendo no sólo la operación de la empresa sino también sus proveedores, clientes y socios estratégicos.²⁶ Asimismo, la debida diligencia no sólo deberá considerar los impactos y riesgos potenciales y actuales para la empresa sino también para terceros.²⁷ En cuanto al alcance, las empresas tienen la potencialidad de menoscabar toda la gama de derechos humanos internacionalmente reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,²⁸ el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁹ y los Convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo.³⁰ En las Américas, también es necesario observar los derechos reconocidos en los instrumentos interamericanos de derechos humanos, la jurisprudencia de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los derechos humanos expresamente consagrados en las Constituciones nacionales.³¹

25. *Id.* en 17-18.

26. *Ver id.* en 19, 24.

27. *Ver id.* en 18-19.

28. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de dic. de 1966, 999 U.N.T.S. 171 [en adelante PIDCP].

29. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16 de dic. de 1966, 993 U.N.T.S. 3 [en adelante PIDESC].

30. *Ver, e.g.*, Convention (No. 98) Concerning the Application of the Principles of the Right to Organise and to Bargain Collectively [Convenio No. 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva], *adoptado* 1 de jul. de 1949, 96 U.N.T.S. 257; Convention (No. 105) Concerning the Abolition of Forced Labour [Convenio No. 105 sobre la abolición del trabajo forzoso], *adoptado* 25 de jun. de 1957, 320 U.N.T.S. 291; Convention (No. 111) Concerning Discrimination in Respect of Employment and Occupation [Convenio No. 111 sobre la discriminación con respeto al empleo y ocupación], *adoptado* 25 de jun. de 1958, 362 U.N.T.S. 31; Convention (No. 182) Concerning the Prohibition and Immediate Elimination of the Worst Forms of Child Labour [Convenio No. 182 sobre las peores formas de trabajo infantil], *adoptado* 17 de jun. de 1999, 38 I.L.M. 1207.

31. *Ver, e.g.*, Art. 75, ¶ 22 CONSTITUCIÓN NACIONAL [CONST. NAC.] (Arg.) (estableciendo la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos); Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, CP, art. 1, Diario Oficial de la Federación [DOF] 5-2-1917, últimas reformas DOF 24-02-2017 (Mex.) (declarando que todas las personas podrán beneficiarse de los derechos humanos concedidos por la Constitución y los tratados internacionales de

Las características de la debida diligencia dependerán del tamaño y complejidad de la empresa y el nivel de riesgo para los derechos humanos.³² En casos extremos o de alto impacto, tales como las industrias extractivas, las empresas deben realizar una debida diligencia reforzada y contar con una instancia oficial de información y reporte acerca de la gestión de los riesgos.³³

A. INICIATIVAS VOLUNTARIAS

Con el objetivo de cumplir con la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, desde hace varios años ha surgido una multiplicidad de guías, estándares e iniciativas voluntarias. A modo de ejemplo, la Norma Internacional 26000 Guía de responsabilidad social de la Organización Internacional para la Normalización (ISO, por sus siglas en inglés) incluye un conjunto de principios y prácticas sobre siete materias principales, esto es, la gobernanza de la organización y su interdependencia con los derechos humanos, prácticas laborales, medio ambiente, prácticas justas de operación, asuntos de consumidores, y participación activa y desarrollo de la comunidad.³⁴ A diferencia de otras normas ISO, la norma ISO 26000 contiene guías voluntarias globales y no requisitos, razón por la cual no contempla un sistema de monitoreo ni es susceptible de certificación.³⁵

Asimismo, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (“OCDE”) ha emitido unas Líneas Directrices para Empresas Multinacionales que contienen recomendaciones de los gobiernos a las empresas, a través de un conjunto de principios y normas no vinculantes.³⁶ En la región, solamente Argentina, Brasil,

derechos humanos de los que México sea parte).

32. Ruggie, *Principios Rectores*, supra nota 16, en 17.

33. *Id.* en 24.

34. Organización Internacional de Normalización (ISO), *Guía de responsabilidad social* (2010), <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:26000:ed-1:v1:es>.

35. Ver Salvador Herencia Carrasco, *Industrias extractivas y la protección de los derechos humanos en las Américas: sobre la necesidad de un sistema de responsabilidad que incluya al Estado de origen de las inversiones*, APORTES D.P.L.F., ago. 2015, en 28.

36. Secretario-General, OCDE, *Líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales Revisión 2011*, en 3 (19 de oct. de 2011), <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>.

Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Estados Unidos, México y Perú han establecido sus Puntos Nacionales de Contacto para implementar las Líneas Directrices, esto es, plataformas de mediación y conciliación, sin ningún poder de adjudicación.³⁷ De la información disponible se desprende que ninguno de los diez reclamos relacionados con industrias extractivas en países receptores han tenido soluciones favorables, ya sea porque existen procesos judiciales en curso³⁸ o porque la empresa se niega a participar en los procedimientos.³⁹

De la misma manera, la Iniciativa de Bolsas de Valores Sostenibles ha llevado a las empresas del sector extractivo a tomar en consideración y reportar sobre asuntos ambientales, sociales y de gobierno corporativo. Esta iniciativa surgió en el año 2009 y está co-

37. *Id.*; *List of National Contact Points* [Lista de Puntos Nacionales de Contacto], OCDE, <http://mneguidelines.oecd.org/ncps/> (última visita 8 de mar. de 2017).

38. *Ver e.g.*, OCDE, Annual Report on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises 2010: Corporate Responsibility: Reinforcing a Unique Instrument [Informe anual 2010 sobre las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales: responsabilidad empresarial: reforzando un instrumento único] en 216, 219 (*especificando que se presentó un reclamo contra Shell C.A.P.S.A. en Argentina por incumplimiento de políticas generales, transparencia y previsiones ambientales e indicando que existe un proceso judicial en curso. También se señala un reclamo contra las empresas Shell Brasil y Esso Brasileira en Brasil por incumplimiento de políticas y guías públicas y ambientales y se indica que el asunto fue presentado ante un tribunal*); *ver también Specific Instance Complaint Submitted to the United States and Peru National Contact Points Pursuant to the OECD Guidelines for Multinational Enterprises Concerning: The Operations of Doe Run Peru Corporation and The Renco Group in La Oroya, Peru* [Reclamo de instancia específica presentado a los Puntos Nacionales de Contacto de los Estados Unidos y Perú de conformidad con las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales acerca de las operaciones de la empresa Doe Run Peru y el Grupo Renco en La Oroya, Perú] (2011), http://www.oecdwatch.org/cases/Case_297; *Union Favourtism in Mexico* [Favoritismo sindical en México], OCDE, <http://mneguidelines.oecd.org/database/instances/mx0005.htm> (última visita 8 de mar. de 2017), *Glencore/Perubar S.A. and Central Única de Trabajadores del Perú (CUT)*, OCDE, <http://mneguidelines.oecd.org/database/instances/pe0004.htm> (última visita 8 de mar. de 2017).

39. *Ver e.g.*, PNC Arg., Comunicado del Punto Nacional de Contacto Argentino (PNCA) para las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (3 de nov. de 2014), <http://mneguidelines.oecd.org/database/ncp/Xstrata-2014-sp.pdf> (concluyendo los procedimientos de la instancia específica porque la empresa Xstrata Copper se negó a participar en los procedimientos).

organizada por la Conferencia de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo, el Pacto Global, la Iniciativa de Financiamiento del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y los Principios para la Inversión Responsable.⁴⁰ En la región, Estados Unidos, Canadá y Brasil han implementado normativa relacionada con estos principios.⁴¹ La iniciativa se alinea con la tendencia actual en la que aseguradoras, inversores institucionales y accionistas requieren obtener información acerca del desempeño de las empresas en materia de derechos humanos para prevenir responsabilidades, daños y pérdidas.⁴²

40. *Ver About the Sustainable Stock Exchanges (SSE) Initiative [Sobre la Iniciativa de Bolsas de Valores Sostenibles]*, SUSTAINABLE STOCK EXCHANGES INITIATIVE, <http://www.sseinitiative.org/precuntas-frecuentes> (última visita el 10 de mar. de 2017) (explicando que el objetivo de la SSE es proveer una plataforma efectiva para el diálogo entre las bolsas de valores mundiales).

41. *Ver, e.g.*, Despacho N° 3.034, de 21 de Dezembro de 2006, DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO [D.O.U.] de 28.12.2006 (Braz.) (indicando que los Requisitos de la Agencia Nacional de Energía Eléctrica (ANEEL) para el Reporte Anual de Sostenibilidad obligan a las empresas de energía que cotizan en bolsa a presentar un reporte anual de sostenibilidad en relación con factores sociales y ambientales); Instrução CVM N° 480, de 7 de Dezembro de 2009, DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO [D.O.U.] de 09.12.2009 (Braz.) (demandando que todas las empresas que cotizan en bolsa divulguen sus políticas e impactos ambientales); *ver también* National Instrument 51-102 Continuous Disclosure Obligations [Instrumento Nacional 51-102 Obligaciones de divulgación continua], 27 O.S.C. Bull. 3439, pt. 2 (2004) (Can.) (obligando a todas las empresas que cotizan en la Bolsa de Valores de Toronto a divulgar información sobre temas ambientales y sociales); Regulation S-K, 17 C.F.R. § 229.100 (2017) (obligando a todas las compañías que cotizan en bolsa y a los Emisores Privados Extranjeros (*Foreign Private Issuers*) a divulgar información acerca de la materialidad financiera y la responsabilidad de los accionistas, asociadas con el incumplimiento de normas ambientales); Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub. L. No. 111-203, §§ 1502, 1504, 124 Stat. 1376, 2213-2218 (2010) (codificado como enmendado en secciones dispersas del Código de los Estados Unidos) (exigiendo que las empresas que cotizan en bolsa reporten sobre las medidas de debida diligencia adoptadas para determinar el origen de los minerales que utilizan, su cadena de custodia y su relación con el conflicto armado en la República Democrática del Congo. A su vez, el artículo 1504 de la misma ley obliga a las empresas de las industrias extractivas que cotizan en bolsa a hacer públicos los pagos realizados a gobiernos extranjeros).

42. Las empresas que cotizan en bolsa han proporcionado una oportunidad a las comunidades indígenas para ejercer presión mediante una red de activismo internacional. En Ecuador, por ejemplo, los pueblos indígenas han establecido alianzas estratégicas con organizaciones no gubernamentales internacionales que a su vez trabajan con los accionistas para influenciar las políticas y prácticas de las empresas multinacionales a través de las resoluciones de accionistas. Estas

En particular, los Principios Voluntarios sobre Seguridad y Derechos Humanos (en adelante “los Principios Voluntarios”) surgieron en el año 2000 como una guía diseñada específicamente para las empresas del sector extractivo que engloba a Estados, empresas y organizaciones no gubernamentales.⁴³ En la región, Canadá, Colombia y Estados Unidos y empresas multinacionales como Chevron, Glencore, Shell y Barrick Gold han adherido a los Principios Voluntarios.⁴⁴ Los Principios Voluntarios establecen una serie de estándares vinculados con la evaluación y gestión del riesgo en materia de seguridad; la interacción entre las empresas y la seguridad pública; la coordinación con las empresas de seguridad privada; la necesidad de realizar consultas periódicas y regulares con gobiernos y sociedad civil; y la necesidad de implementar respuestas en caso de abusos.⁴⁵ Los Principios Voluntarios son una mera guía, no poseen ningún mecanismo de divulgación de información ni

resoluciones están siendo cada vez más utilizadas y constituyen una forma de que los accionistas comuniquen sus inquietudes y ejerzan presión sobre la junta directiva y alta gerencia. Ver Emily McAteer et al., *Shareholder Activism and Corporate Behaviour in Ecuador: A Comparative Study of Two Oil Ventures* [Activismo de accionista y comportamiento corporativo en Ecuador: un estudio comparativo de dos empresas de petróleo], en EARTH MATTERS: INDIGENOUS PEOPLES, THE EXTRACTIVE INDUSTRIES AND CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY [LA TIERRA IMPORTA: PUEBLOS INDÍGENAS, INDUSTRIAS EXTRACTIVAS Y LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL] 180, 182 (Ciaran O’Faircheallaigh & Saleem Ali eds., 2008).

43. Ver Principios Voluntarios sobre Seguridad y Derechos Humanos (19 de dic. de 2000), http://www.voluntaryprinciples.org/wp-content/uploads/2013/03/principios_voluntarios_espanol.pdf [en adelante Principios Voluntarios]; ver también Bennett Freeman et al., *A New Approach to Corporate Responsibility: The Voluntary Principles on Security and Human Rights* [Un nuevo enfoque sobre la responsabilidad empresarial: los Principios Voluntarios sobre Seguridad y Derechos Humanos], 24 HASTINGS INT’L & COMP. L. REV. 423, en 426-29 (2001) (explicando el proceso de adopción de los Principios Voluntarios).

44. *Voluntary Principles on Security and Human Rights: Fact Sheet* [Principios Voluntarios sobre Seguridad y Derechos Humanos: ficha informativa], VOLUNTARY PRINCIPLES, http://www.voluntaryprinciples.org/wp-content/uploads/2016/11/VPs_-_Fact_Sheet_-_November_2016-Spanish.pdf (última visita 10 de mar. de 2017).

45. Ver Principios Voluntarios, *supra* nota 43; ver también CONSEJO INTERNACIONAL DE MINERÍA Y METALES ET AL., PRINCIPIOS VOLUNTARIOS DE SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS: GUÍA ORIENTATIVA DE IMPLEMENTACIÓN 8 (2011), <http://www.voluntaryprinciples.org/wp-content/uploads/2013/03/IGT-SPANISH1.pdf>.

sanción en caso de incumplimiento.⁴⁶

Finalmente, en el año 2003 surgió la Iniciativa para la Transparencia de las Industrias Extractivas (“EITI”), como un estándar global para la promoción de un manejo transparente y responsable de los recursos naturales que mejore las condiciones para la inversión nacional y extranjera directa.⁴⁷ En la región, Perú y Guatemala son países “cumplidores” de esta iniciativa mientras que Colombia, Estados Unidos y Honduras son países “candidatos.”⁴⁸ El estándar del EITI incluye el análisis de una serie de elementos tales como licencias y contratos; supervisión de la producción; recaudación de impuestos; distribución de ingresos; y gestión del gasto, que se consolidan en un informe que divulga los ingresos del gobierno y los pagos de las empresas, para su posterior evaluación independiente.⁴⁹

Los Estados “cumplidores” del EITI deben conformar un grupo de trabajo con actores interesados incluyendo a las empresas y sociedad civil, con el que se confecciona un plan de trabajo. Las actividades incluyen la elaboración de un informe anual de actividades y un cotejo exhaustivo de los pagos efectuados por las empresas y los ingresos recibidos por el Estado, realizado por un Administrador Independiente, de conformidad con estándares internacionales de auditoría.⁵⁰

El EITI aborda algunos de los principales problemas de las industrias extractivas, esto es, su efectiva contribución a los habitantes de los países donde operan y la prevención de la evasión

46. *Ver* Principios Voluntarios, *supra* nota 43.

47. *Ver* EXTRACTIVE INDUSTRIES TRANSPARENCY INITIATIVE, EL ESTÁNDAR DEL EITI 2016 10 (23 de feb. de 2016), https://eiti.org/sites/default/files/documents/a4_spanish_standard_web.pdf [en adelante EL ESTÁNDAR DEL EITI 2016].

48. *Country Status Against the EITI Rules (2007-2016)* [Estatus de países de conformidad con las reglas del EITI (2007-2016)], EXTRACTIVE INDUS. TRANSPARENCY INITIATIVE, <https://eiti.org/countries-archive> (última visita 18 de ene. de 2017).

49. EL ESTÁNDAR DEL EITI 2016, *supra* nota 47, en 13-28.

50. *Id.* en 30. El informe debe incluir los siguientes puntos: (i) marco jurídico y régimen fiscal; (ii) situación de las industrias extractivas; (iii) contribución de la industria a la economía; (iv) datos de producción; (v) participación del Estado; (vi) asignaciones y sostenibilidad de los ingresos; (vii) registro de licencias y concesiones; (viii) información sobre los beneficiarios reales o finales de las empresas, para aquellas que no cotizan en bolsa; (ix) contratos.

fiscal y la corrupción. Dado que las industrias extractivas son actividades económicas de “enclave,” es decir, que las empresas “crean eslabonamientos hacia delante o hacia atrás muy limitados con la economía” y el empleo local o nacional,⁵¹ “la renta tributaria debe ser vista como la contribución esencial del sector al desarrollo.”⁵² Sin embargo, las licencias y/o concesiones en las industrias extractivas se otorgan generalmente a cambio del pago de cánones superficiarios, regalías e impuestos mínimos o incluso eximidos,⁵³ con el objeto de promover la inversión extranjera, en muchos casos promovida por órganos de crédito internacional como el Banco Mundial.⁵⁴ Más aún, se ha indicado que el sector minero reporta altos índices de evasión tributaria, especialmente en materia de subvaluación de exportaciones, manipulación de los precios de transferencia que reportan en las ventas entre subsidiarias y empresas relacionadas, y erosión de la base imponible a efectos de la recaudación de impuestos.⁵⁵

El estándar del EITI constituye una herramienta importante para empresas, Estados y sociedad civil como un elemento objetivo que visibiliza las contribuciones, limitaciones y áreas de mejora en términos de la tributación de las industrias extractivas. Sin embargo, para que este enfoque sea completo sería necesario hacer un correlato de la forma en la que el Gobierno redistribuye y/o asigna los ingresos provenientes del sector extractivo, promoviendo una mejor rendición de cuentas.⁵⁶ Por ejemplo, el informe de conciliación de Guatemala

51. Ver CHRISTIAN AID, SOCAVANDO A LOS POBRES: REFORMAS TRIBUTARIAS MINERAS EN AMÉRICA LATINA 4 (2009), <http://www.albasud.org/downloads/43.pdf> (indicando que la minería es una industria de uso intensivo de capital y no de mano de obra, circunstancia que limita la capacidad de los países en desarrollo de utilizar las inversiones mineras en el desarrollo de su sector privado y la creación de empleos).

52. *Id.*

53. LA NORMATIVA MINERA, *supra* nota 3, en 10.

54. CHRISTIAN AID, *supra* nota 51, en 6.

55. *Ver id.* en 20-22.

56. Ver Jędrzej George Frynas, *Corporate Social Responsibility and Societal Governance: Lessons from Transparency in the Oil and Gas Sector* [Responsabilidad social empresarial y gobernanza social: Lecciones de la transparencia en el sector de petróleo y gas], 93 J. BUS. ETHICS 163, 172-74 (2010). En la región, sólo recientemente la perspectiva de derechos humanos en el análisis de los presupuestos gubernamentales ha comenzado a adquirir relevancia. *Ver e.g.*, *Presupuesto y Derechos Humanos*, ASOCIACIÓN CIVIL POR LA IGUALDAD Y LA JUSTICIA, <http://acij.org.ar/presupuestoyddhh/> (última visita 18 de ene. de

concluyó que si bien no existían “diferencias significativas entre los montos reportados como ‘pagados’ por las empresas y los montos reportados como ‘recibidos’ por agencias de gobierno,” no fue posible conciliar las transferencias sub-nacionales, “por falta de información desagregada y detallada.”⁵⁷

Las iniciativas voluntarias poseen la ventaja de que los mismos actores obligados (empresas) pueden tomar en cuenta sus particularidades y problemáticas propias y adoptar las medidas que mejor se adapten a tales circunstancias. Sin embargo, los resultados de estas iniciativas han sido limitados y no han generado mejoras sustanciales debido a la reducida cantidad de participantes, la falta de implementación efectiva, la publicación de información falsa, parcial o distorsiva, y la ausencia de mecanismos de monitoreo y supervisión.⁵⁸ En consecuencia, si bien estas iniciativas constituyen un primer paso para cumplir con la responsabilidad de respetar los derechos humanos, ponen de relieve la necesidad de una expansión de los regímenes nacionales públicos y privados que definan los roles, responsabilidades, estándares de conducta y consecuencias legales en esta materia.⁵⁹

2017); *¿Quiénes Somos?*, FUNDAR, <http://fundar.org.mx/quienes-somos/> (última visita 10 de mar. de 2017) (ambos describiendo estrategias de trabajo que incluyen el análisis presupuestario con un enfoque de derechos humanos).

57. Ver EITI GUATEMALA, SEGUNDO INFORME NACIONAL DE CONCILIACIÓN EITI-GUA. AÑOS 2012 Y 2013 57-58, <http://goldcorpguatemala.com/wp-content/uploads/2015/06/Informe-EITI-2012-2013-RFinal-4.pdf> (indicando que la calidad en la toma de decisiones del gasto es crucial en términos de cumplimiento de normas internacionales y estándares de responsabilidad, publicidad y control presupuestario).

58. Ver HUMAN RIGHTS WATCH, WORLD REPORT 2013: EVENTS OF 2012 [INFORME MUNDIAL 2013: EVENTOS DEL 2012] 33 (2013), <http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/World%20Report%202013%20Challenges%20for%20Rights%20After%20Arab%20Spring.pdf>; ver también PENSAMIENTO Y ACCIÓN SOCIAL & ARBEITSGRUPPE SCHWEIZ KOLUMBIEN, INFORME SOMBRA DE SOSTENIBILIDAD DE LAS OPERACIONES DE GLENCORE EN COLOMBIA 19-22 (Elizabeth Jean Smith & Kathleen Nygard trads., 2015), http://www.askonline.ch/fileadmin/user_upload/documents/Thema_Wirtschaft_un_d_Menschenrechte/Bergbau_Rohstoff/Glencore_Kolumbien/INFORME_SOMBR_A_GLENCORE_-_SHADOW_REPORT_layout.pdf (indicando que a pesar de que Glencore ha adherido a los Principios Voluntarios sobre Seguridad y Derechos Humanos, no existen evidencias contundentes sobre la implementación de mecanismos de evaluación del riesgo, seguimiento y monitoreo de desarrollo de los convenios suscritos con el Ministerio de Defensa de Colombia).

59. Ver Steven Ratner, *Corporations and Human Rights: A Theory of Legal*

III.LA OBLIGACIÓN DE LOS ESTADOS DE GARANTIZAR LOS DERECHOS HUMANOS A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS RECTORES Y LOS INSTRUMENTOS INTERAMERICANOS DE DERECHOS HUMANOS

Los Principios Rectores establecen la obligación de los Estados de garantizar los derechos humanos a través de medidas de prevención, investigación, sanción y reparación de violaciones, incluso cometidas por particulares.⁶⁰ Esta obligación no es ajena ni novedosa para los Estados de las Américas. En efecto, la CIDH ha indicado que la Declaración Americana es parte del marco de derechos humanos establecido por los Estados Miembros de la OEA; les exige abstenerse de cometer, apoyar, tolerar o consentir actos u omisiones que contravengan sus compromisos con los derechos humanos y les obliga a adoptar medidas para hacer efectivos los derechos contenidos en dicho instrumento.⁶¹

En el mismo sentido, la doctrina y jurisprudencia pacífica de los órganos del Sistema Interamericano ha establecido que los artículos 1.1 y 2 de la CADH imponen a los Estados deberes fundamentales de respeto y garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos consagrados en dicho instrumento, incluyendo la obligación positiva de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales.⁶² Para ello, “los Estados deben prevenir, investigar y

Responsibility [Empresas y derechos humanos: Una teoría de la responsabilidad legal], 111 YALE L.J. 443, 533-34 (2001).

60. Ruggie, *Principios Rectores*, *supra* nota 15, en 7.

61. *Ver, e.g.*, *Lenahan vs. Estados Unidos*, Caso 12.626, Com. Inter-Am. DD. HH., Informe N° 80/11, OEA/Ser.L/V/II, doc. 69 ¶ 113 (2011); *Comunidades Indígenas Maya vs. Belice*, Caso 12.053, Com. Inter-Am. DD. HH., Informe N° 40/04, OEA/Ser.L/V/II, doc. 5 corr. 1 ¶ 162 (2005); *Biscet vs. Cuba*, Caso 12.476, Com. Inter-Am. DD. HH., Informe N° 67/06, OEA/Ser.L/V/II.127, doc. 4 corr. 1 ¶¶ 227-231 (2007).

62. *Ver, e.g.*, *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 134, ¶¶ 111-12 (15 de sep. de 2005); *Comunidad Moiwana vs. Suriname*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 124, ¶ 211 (15 de jun. de 2005); *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Fondo, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 110, ¶ 91 (8 de jul. de 2004); *19 Comerciantes vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 109, ¶ 183 (5 de jul. de 2004); *Urrutia vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-

sancionar toda violación de los derechos reconocidos en la [CADH] y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación.”⁶³

En sintonía con lo anterior, la Corte Interamericana ha desarrollado una vasta jurisprudencia sobre las diferentes formas de atribución internacional de responsabilidad estatal. Al respecto, la Corte ha indicado que “es imputable al Estado toda violación . . . cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial,” aún cuando actúen fuera de los límites de su competencia.⁶⁴ Asimismo, una violación de derechos humanos que inicialmente no resulta imputable directamente a un Estado puede acarrear su responsabilidad internacional, no por ese hecho en sí mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o tratarla: ya sea que la violación tuvo lugar con el apoyo o tolerancia del poder público o el Estado ha actuado de manera que la transgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente.⁶⁵

La Corte ha detallado que las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse

[D]e forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada Para que surja esta obligación positiva, debe establecerse que, al momento de los hechos, las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para evitar dicho riesgo.⁶⁶

Am. DD. HH. (ser. C) No. 103, ¶ 71 (27 de nov. de 2003); *Bulacio vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 100, ¶ 111 (18 de sep. de 2003).

63. *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Fondo, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 4, ¶ 166 (29 de jul. de 1988).

64. *Id.* ¶ 172; *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 140, ¶ 111 (31 de ene. de 2006).

65. *Ver Velásquez Rodríguez*, (ser. C) No. 4, ¶ 174.

66. *Masacre de Pueblo Bello*, (ser. C) No. 140, ¶ 124 (citando *Kiliç v. Turkey*, 2000-III Eur. Ct. H.R. 75, 96); *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 146, ¶ 155 (29 de mar. de 2006).

La Corte ha establecido que “[e]l deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito.”⁶⁷ Así, la Corte ha señalado que “[d]e las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentra.”⁶⁸ La Corte ha precisado que cuando se trata de “competencias esenciales relacionadas con la supervisión y fiscalización de la prestación de servicios de interés público, como la salud, sea por entidades públicas o privadas,” la responsabilidad del Estado resulta “por la omisión en el cumplimiento del deber de supervisar la prestación del servicio para proteger el bien respectivo.”⁶⁹

En particular, en el caso de las industrias extractivas, la Corte ha indicado que

[E]l Estado debe asegurar que los derechos de los pueblos indígenas no sean obviados en cualquier otra actividad o acuerdos que haga con terceros privados o en el marco de decisiones del poder público que afectarían sus derechos e intereses. Por ello, en su caso, corresponde también al Estado llevar a cabo tareas de fiscalización y de control en su aplicación y desplegar, cuando sea pertinente, formas de tutela efectiva de ese derecho por medio de los órganos judiciales correspondientes.⁷⁰

Adicionalmente, la Corte ha desarrollado una extensa jurisprudencia en relación con el artículo 2 de la CADH y las obligaciones de los Estados de adecuar su derecho interno y adoptar las medidas políticas y jurídicas necesarias (incluyendo anulación y reformas constitucionales, legales y administrativas) para proteger y garantizar los derechos consagrados en dicho instrumento.

67. Velásquez Rodríguez, (ser. C) No. 4, ¶ 175.

68. Cornejo vs. Ecuador, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 171, ¶ 120 (22 de nov. de 2007).

69. *Id.* ¶ 119; Peralta vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 261, ¶ 150 (21 de mayo de 2013).

70. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 245, ¶ 167 (27 de jun. de 2012).

Así, a partir del caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, la Corte ha elaborado la doctrina del “control de convencionalidad.”⁷¹ El “control de convencionalidad” es una obligación *ex officio* que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias y consiste en la verificación de la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH—tanto en su competencia contenciosa como consultiva—y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte.⁷² El ejercicio del “control de convencionalidad” puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.⁷³ La doctrina del “control de convencionalidad” conlleva un ejercicio constante de adecuación, ponderación e interpretación armoniosa del ordenamiento jurídico de los Estados, como principales y primordiales responsables de

71. *Arellano vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 154, ¶ 124 (26 de sep. de 2006).

72. *Ver, e.g.*, *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 158, ¶ 128 (24 de nov. de 2006); *ver también* Ct. INTER-AM. DD. HH., CUADERNILLO DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS N°7: CONTROL DE CONVENCIONALIDAD 6 (2015), <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>; *La Cantuta vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 162, ¶ 173 (29 de nov. de 2006); *Boyce vs. Barbados*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 169, ¶¶ 77-80 (20 de nov. de 2007); *Portugal vs. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 186, ¶ 180 (12 de ago. de 2008).

73. *Ver, e.g.*, *Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 209, ¶ 339 (23 de nov. de 2009); *Alibux vs. Surinam*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 276, ¶ 151 (30 de ener. de 2014); *Hernández vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 285, ¶¶ 213, 244 (14 de oct. de 2014); *Álvarez vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 253, ¶ 330 (20 de nov. de 2012); *Mendoza vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 260, ¶¶ 221, 331-32 (14 de mayo de 2013); *Riffo vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 239, ¶ 284 (24 de feb. de 2012); *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. A) No. 21, ¶ 31 (19 de ago. de 2014).

cumplir con las obligaciones establecidas en la CADH y otros instrumentos de derechos humanos.⁷⁴

A. EL ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE SUPRIMIR TODA NORMA VIOLATORIA DE LA CADH

Un asunto de particular relevancia para este artículo es el alcance de la obligación de adecuación normativa que impone el artículo 2 de la CADH, tomando en consideración que las industrias extractivas están controladas fundamentalmente por empresas y capital extranjero, en virtud de la especialización y los elevados costos de la actividad. Esa dependencia, sumada a la necesidad de promover la inversión directa—a través de tratados favorables de libre comercio o inversión directa—plantea dificultades adicionales relacionadas con la fragmentación del derecho internacional y la colisión entre regímenes con fines y principios diferentes pero de igual jerarquía normativa.

En efecto, el desarrollo de normativa y tribunales especializados en diferentes áreas del derecho internacional trae aparejado conflictos normativos, circunstancia exacerbada por las características de horizontalidad y ausencia de jerarquías en el derecho internacional, con excepción del *ius cogens* y el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas.⁷⁵ Si bien algunas entidades de derechos humanos han afirmado la supremacía de los derechos humanos por sobre otras áreas del derecho internacional—sin necesariamente afirmar que se trata de normas de *ius cogens*—la práctica de los Estados no ha sido consistente con esas afirmaciones.⁷⁶

74. Gelman vs. Uruguay, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución de Corte, “Control de convencionalidad,” ¶¶ 70-71 (Ct. Inter-Am. DD. HH. 20 de mar. de 2013).

75. Campbell McLachlan, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(C) of the Vienna Convention* [El principio de integración sistemática y el artículo 31(3)(C) de la Convención de Viena], 54 INT’L COMP. L. Q. 279, 282-86 (2005).

76. Ver Dinah Shelton, *Normative Hierarchy in International Law* [La jerarquía normativa en el derecho internacional], 100 AM. J. INT’L L. 291, 294 (2006); ver también Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Informe sobre los períodos de sesiones 18º y 19º, Doc. O.N.U. E/1999/22-E/C.12/1998/26, en 78 (1999) (indicando que las áreas de comercio, finanzas e inversión no se encuentran exentas de las obligaciones de derechos humanos); Res. 1998/12 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las

Al respecto, Víctor Abramovich sostiene que el régimen del derecho internacional de los derechos humanos y los regímenes de inversiones y comercio internacional proyectan expectativas diferenciadas sobre la función estatal regulatoria de las relaciones económicas: mientras que el primero desarrolla obligaciones estatales positivas de protección y garantía de derechos, con la consecuente extensión de las competencias regulatorias y responsabilidad estatal indirecta por la acción de actores privados; los segundos limitan el poder regulatorio y de fiscalización estatal, ampliando la autonomía contractual y la desregulación de los mercados y la actividad económica.⁷⁷

Según Abramovich, varios países de América Latina atrajeron inversiones en el sector petrolero y minero a través de marcos normativos y contratos de concesión estandarizados que limitan el control del Estado en la actividad, delegan en las empresas funciones de monitoreo ambiental y gestión de conflictos con comunidades locales afectadas y resguardan con el secreto aspectos claves del proceso extractivo.⁷⁸ Adicionalmente, las empresas transnacionales que ingresan a la explotación de proyectos extractivos suman la protección del régimen de inversión extranjera, con su foro favorable para eventuales disputas y su efecto inhibitorio de regulaciones invasivas de las expectativas de ganancia empresarias.⁷⁹

Un estudio llevado a cabo por la OCDE sobre tratados de inversión y comercio de cincuenta y cuatro países concluyó que la mayor parte no contiene reglas relacionadas con el desarrollo sostenible y promoción de la conducta responsable en los negocios.⁸⁰

Minorías, Doc. O.N.U. E/CN.4/Sub.2/RES/1998/12, en 2 (20 de agosto de 1998).

77. Víctor Abramovich, *State Regulatory Powers and Global Legal Pluralism: How International Economic Regimes Impose Obligations on States that are Contradictory to Human Rights* [*Poderes regulatorios estatales en el pluralismo jurídico global: cómo los regímenes económicos internacionales imponen a los Estados mandatos contradictorios con los derechos humanos*], SUR – INT'L J. HUM. RTS., ago. 2015, en 8, http://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2015/10/Sur-21_espanol_completo.pdf.

78. *Id.* en 5.

79. *Id.* en 6.

80. Sólo el doce por ciento del universo total estudiado contiene este tipo de lenguaje: diez por ciento referido a protección ambiental; cinco coma cinco por ciento a estándares laborales; uno coma cinco por ciento a anti-corrupción y cero coma cinco por ciento a derechos humanos. Kathryn Gordon et al., *Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: A Fact*

Los tratados no incluyen lenguaje específico acerca de la responsabilidad de los inversores y sólo cuatro tratados mencionan específicamente las Líneas Directrices de las OCDE para Empresas Multinacionales.⁸¹

No obstante, ese estudio identificó una tendencia positiva en el sentido de que más de tres cuartos de los tratados celebrados entre 2008 y 2013 y prácticamente todos los tratados concluidos en 2012 y 2013 sí contenían ese tipo de reglas.⁸² La investigación sugiere que, al celebrar o renegociar estos tratados, los Estados deben reconocer los principios básicos de los tratados de inversión—tales como el de no-discriminación—pero al mismo tiempo deben preservar sus prerrogativas relacionadas con la adopción de normas a nivel interno.⁸³

En la práctica, las empresas—incluso por recomendación o con apoyo de sus Estados de origen⁸⁴—utilizan las reglas inversionista-Estado de los tratados de inversión y libre comercio para eludir los sistemas judiciales nacionales y las regulaciones que los Estados consideran de interés público.⁸⁵ Asimismo, los tribunales

Finding Survey [Tratados de inversión, desarrollo sostenible y conducta empresarial responsable: un estudio de casos], OECD WORKING PAPERS INT'L INV., ene. 2014, en 5, http://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2014_01.pdf.

81. *Ver id.* en 6 (indicando que la muestra revela diferencias en la redacción de los tratados).

82. *Ver id.* en 5.

83. *Ver id.* en 9 (explicando que, pese a que los tratados de inversión son diseñados para proteger las inversiones extranjeras, un análisis de la muestra de tratados revela que dichos tratados también impactan en la gobernanza de los Estados); *ver también* John Ruggie (Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos, las corporaciones transnacionales y otras empresas comerciales), *Principios para contratos responsables: la integración de la gestión de los riesgos para los derechos humanos en las negociaciones contractuales entre Estados e inversionistas: orientación para los negociadores*, en 13-15, Doc. O.N.U. A/HRC/17/31/Add.3 (25 de mayo de 2015) [en adelante Ruggie, *Principios para contratos responsables*], <https://business-humanrights.org/sites/default/files/documents/Principios%20para%20Contratos%20Responsables%20%28español%20por%20CME%202014%2007%2009%29.pdf>.

84. *Ver, e.g.*, Jen Moore, *Complicidad del Estado canadiense en abusos del sector minero: el caso Blackfire Exploration y la embajada de Canadá*, APORTES D.P.L.F., ago. 2015, en 34-36 (detallando los abusos a los derechos humanos cometidos por una empresa minera canadiense con la complicidad del gobierno).

85. Por ejemplo, en abril de 2011, el Grupo Renco demandó a Perú en un arbitraje internacional por expropiación indirecta, con fundamento en el tratado de

especializados en comercio e inversión han adoptado una posición restrictiva, orientada a limitar la consideración de cuestiones relacionadas con obligaciones de derechos humanos al momento de determinar las obligaciones del Estado y la licitud de sus acciones.⁸⁶

Si bien es cierto que los tribunales internacionales tienen una personalidad jurídica limitada y su jurisdicción y competencia se circunscriben a lo establecido en el tratado constitutivo que define sus fines, funciones y facultades, no es menos acertado que los tribunales internacionales pueden y han recurrido a la interpretación de otras normas de derecho internacional (costumbre y tratados) con el fin de determinar las obligaciones de los Estados. En múltiples casos, la Corte Interamericana se ha valido de los principios y normas del Derecho Internacional Humanitario para interpretar y determinar el alcance de las obligaciones de los Estados en contextos de conflicto armado,⁸⁷ y ha recurrido a los principios y reglas de la Organización Internacional del Trabajo para fijar el alcance y estándares relacionados con el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.⁸⁸

libre comercio entre los Estados Unidos de América y Perú, alegando que el Estado obligó a la empresa a cumplir con una normativa ambiental sin considerar extensiones de tiempo requeridas y necesarias. *Ver* María J. Veramendi Villa, *La Oroya sigue esperando*, APORTES D.P.L.F., ago. 2015, en 43. En la misma línea, en el año 2009, la compañía minera canadiense Pacific Rim demandó a El Salvador ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), por la violación de las reglas de protección a las inversiones del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, la República Dominicana y Estados Unidos (DR-CAFTA), a pesar de que ningún acuerdo de explotación minera fue firmado y que El Salvador decidió no avanzar con la propuesta minera porque el noventa por ciento de sus aguas superficiales estaban contaminadas y el proyecto minero hubiera afectado aún más el acceso a dicho recurso. *Ver* Manuel Pérez-Rocha, *El caso Pacific Rim contra El Salvador: una muestra de cómo las corporaciones agresoras del medio ambiente se convierten en víctimas*, APORTES D.P.L.F., ago. 2015, en 46.

86. *Ver* Abramovich, *supra* nota 77, en 3-4.

87. *Ver, e.g.*, Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 259, ¶¶ 22-25 (30 de nov. de 2012); Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños vs. El Salvador, Fondo, Reparaciones y Costas, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 252, ¶ 141 (25 de oct. de 2012); Masacre de la Dos Erres vs. Guatemala, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Ct. Inter-Am. DD. HH. (ser. C) No. 211, ¶ 191 (24 de nov. de 2009).

88. *Ver, e.g.*, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, (ser. C) No. 245, ¶¶ 160-61; Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas,

En la misma línea, de acuerdo con lo que Campbell McLachlan define como el principio de “interpretación sistémica”⁸⁹ basado en el artículo 31.1.c de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,⁹⁰ el Tribunal Arbitral del Tratado de Libre Comercio de América del Norte,⁹¹ el Tribunal Internacional del Derecho del Mar,⁹² la Sala de Apelaciones de la Organización Mundial del Comercio,⁹³ la Corte Europea de Derechos Humanos⁹⁴ y la Corte Internacional de Justicia⁹⁵ han debido interpretar otros tratados y en

Sentencia, Ct. Inter-Am. DD. HH., (ser. C) No. 125, ¶¶ 125-30 (17 de jun. de 2005).

89. Ver McLachlan, *supra* nota 75, en 280.

90. Vienna Convention on the Law of Treaties [Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados] art. 31, *abierto para firma* 32 de mayo de 1969, 1155 U.N.T.S. 331 (“Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin . . . Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.”).

91. Ver Pope & Talbot Inc. v. Canadá, Sentencia y orden del tribunal arbitral, UNCITRAL, ¶¶ 114-16 (2002) (basándose en el derecho internacional consuetudinario para la interpretación del estándar de “tratamiento justo y equitativo” del Tratado de Libre Comercio de América del Norte).

92. Ver Mox Plant Case (Irlanda v. Reino Unido), Caso No. 10, Medidas provisionales, 5 ITLOS Rep. 43 (2001) (basándose en la Convención OSPAR, el Tratado EC y el Tratado Euratom); Dispute Concerning Access to Information Under Article 9 of the OSPAR Convention [Polémica acerca del acceso a información bajo el artículo 9 de la Convención OSPAR] (Irlanda v. Reino Unido), Indemnización final, 23 R.I.A.A. 59 (Ct. Per. Arb. 2003).

93. Ver Appellate Body Report, *United States: Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* [Estados Unidos–Prohibición de importación de determinados camarones y productos de camarón] WTO Doc. WT/DS58/AB/R (12 de oct. de 1998) (afirmando la interpretación anterior de un tribunal del artículo XX del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 aplicada a las leyes nacionales de los Estados Unidos); ver también Appellate Body Report, *EC–Measures Concerning Meat and Meat products (Hormones)* [EC–medidas referidas a la carne y a productos derivados de la carne (hormonas)] WTO Doc. WT/DS26/AB/R (16 de ene. de 1998).

94. Ver Al-Adsani v. United Kingdom, 2001-XI Ct. Eur. DD. HH. 79 (interpretando el principio de inmunidad soberana); Fogarty v. United Kingdom, 2001-XI Ct. Eur. DD. HH. 157 (mismo); McElhinney v. Ireland, 2001-XI Ct. Eur. DD. HH. 37 (mismo).

95. Ver Case Concerning Oil Platforms (Iran v. U.S.) [Caso relativo a plataformas petroleras (Irán v. EE. UU.)], Sentencia, 2003 I.C.J. Rep. 161 (nov. 6) (aplicando las normas de derecho internacional sobre el uso de la fuerza para interpretar un artículo del Tratado de Amistad, Relaciones Económicas y Derechos Consulares entre los Estados Unidos e Irán de 1955).

algunos casos esa interpretación ha sido decisiva para determinar las obligaciones de los Estados en litigio.

En las Américas, los Estados comparten sus perspectivas y obligaciones en materia de derechos humanos. Fuera del continente, la mayor parte de los Estados de origen de empresas multinacionales—con algunas excepciones como China—son Parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su artículo 2 contienen garantías de protección y regulación similares a los artículos 1 y 2 de la CADH y cuyos órganos de interpretación han establecido criterios jurisprudenciales similares.⁹⁶

En base a lo mencionado en párrafos anteriores, es posible sostener que una lectura amplia de las obligaciones que surgen de los tratados internacionales de derechos humanos obligaría a los Estados de la región a revisar no sólo su legislación interna sino también los compromisos internacionales que puedan limitar sus facultades para reformar o adoptar las medidas necesarias para cumplir con dichas obligaciones. Asimismo, en casos vigentes ante tribunales especializados en inversiones y comercio internacional, los Estados deberían plantear posiciones que favorezcan una interpretación armoniosa, que abarque la totalidad de las obligaciones en juego y la legalidad y razonabilidad de las medidas adoptadas.

IV. ¿CÓMO SE REGULARÍA LA RESPONSABILIDAD DE LAS INDUSTRIAS EXTRACTIVAS DE RESPETAR LOS DERECHOS HUMANOS?

Las empresas tienen la capacidad de violar los derechos humanos y en el caso de las industrias extractivas, ello ocurre de manera muy

96. *Ver* Com. de Derechos Humanos, Observación general N° 31: La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto, en 227, ¶ 7, Doc. O.N.U. HRI/GEN/1/Rev.7 (26 de mayo de 2004) [en adelante Observación general N° 31] (“El artículo 2 impone a los Estados Partes la obligación de adoptar medidas legislativas, judiciales, administrativas, educativas y de otra índole adecuadas para cumplir sus obligaciones jurídicas.”); *ver también* Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Com. sobre Derechos Econ., Soc. y Culturales, *Observación general 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes*, Doc. O.N.U. E/1991/23 (4 de dic. de 1990) [en adelante *Observación general 3*].

frecuente y en relación con violaciones graves. Entender las razones o circunstancias por las cuales las empresas violan los derechos humanos es importante para proponer e implementar soluciones adecuadas. Desde el punto de vista de la teoría racional, se ha indicado que las violaciones de derechos humanos se explican fácilmente como un comportamiento de maximización de beneficios, cuando la detección es poco probable y los controles son débiles.⁹⁷ En otras palabras, una empresa “violará la ley para lograr sus objetivos organizacionales a menos que la penalidad exceda los beneficios adicionales que la empresa puede generar con la violación.”⁹⁸ En consecuencia, es necesario establecer una regulación apropiada con obligaciones y controles que anulen o minimicen los beneficios de cometer o participar en violaciones de derechos humanos.⁹⁹

No obstante, se ha indicado que aún cuando se haya alcanzado un balance óptimo de disuasión, la irracionalidad organizacional puede llevar a las empresas a violar derechos humanos a pesar de que ello sea contrario a sus propios intereses.¹⁰⁰ La irracionalidad organizacional sugiere que una conjugación de elementos afecta negativamente el proceso de toma de decisiones en las empresas. Entre esos elementos se destacan: (i) los prejuicios de conocimiento (interpretación de información de manera compatible con actitudes pasadas, sobreestimación de capacidades, compromiso y persistencia en el camino elegido, auto-interés en interpretar la información de forma tal que potencie las ambiciones personales); (ii) la interpretación de la información a través del prisma de una cultura organizacional monolítica que valora de manera excesiva las capacidades de la empresa; y (iii) condiciones de información y

97. *Ver* Note [Artículo estudiantil], *Organizational Irrationality and Corporate Human Rights Violations* [Irracionalidad organizacional y violaciones corporativas de derechos humanos], 122 HARV. L. REV. 1931, 1932-33 (2009).

98. *Id.*

99. *Id.* en 1952.

100. *Id.* en 1934. En efecto, además de los litigios y daños reputacionales, los conflictos con las comunidades generan importantes costos y materialidades financieras para las empresas, tales como demoras e interrupciones, pérdida de oportunidades, imposibilidad de continuar futuros proyectos y recursos humanos requeridos para solucionar esos conflictos, entre otros. *Ver* Rachel Davis & Daniel M. Franks, *The Costs of Conflict with Local Communities in the Extractive Industry* [Los costos de los conflictos con las comunidades locales en la industria extractiva], SR MINING 2011 (2011).

responsabilidad difusas e instancias de comunicación incompleta (estructura organizacional y procesos deficientes en términos de recopilación y sistematización de información relevante) que afectan la detección y evitación de anomalías e irregularidades.¹⁰¹ Desde esta perspectiva, la irracionalidad organizacional no se superaría solamente a través de la regulación sino mediante iniciativas, códigos de conducta y guías interpretativas que permitan el desarrollo de mecanismos internos orientados a superar esos inconvenientes.¹⁰²

Esta sección afirma que la adecuación normativa a través de la consagración de la debida diligencia como una obligación legal permite abordar tanto los elementos de la racionalidad como de la irracionalidad organizacional, en pos de un efectivo cumplimiento de la responsabilidad de las industrias extractivas de respetar los derechos humanos y prevenir violaciones. El establecimiento de este deber como una obligación legal promovería la armonización de los derechos humanos con el derecho corporativo y clarificaría las expectativas y responsabilidades de las empresas y los estándares de conducta de sus directivos¹⁰³ (“obligación fiduciaria”) en el cumplimiento de sus deberes frente al Estado, accionistas, inversores y la sociedad en general. Ello, a su vez, fomentaría la adopción de procesos internos de identificación y gestión del riesgo e impactos adversos—con el correspondiente monitoreo de las actividades de la empresa, proveedores y subsidiarias¹⁰⁴—adecuación de las reglas de gobierno corporativo, asignación de responsabilidades y mecanismos

101. *Ver* Note, *supra* nota 97, en 1934-40.

102. *Ver id.* 1941-48.

103. *Ver* OLIVIER DE SCHUTTER ET AL., HUMAN RIGHTS DUE DILIGENCE: THE ROLE OF STATES [LA DEBIDA DILIGENCIA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS: EL ROL DE LOS ESTADOS] 4, 17 (2012), <http://humanrightsinbusiness.eu/wp-content/uploads/2015/05/De-Schutter-et-al.-Human-Rights-Due-Diligence-The-Role-of-States.pdf>.

Los riesgos de las empresas, incluyendo el riesgo reputacional y operativo, aumentan frente a la opacidad y ambigüedad estatal. En consecuencia, es frecuente que las empresas se refieran a la falta de reglas claras y capacidad técnica como obstáculos para el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos, entre ellos: falta de definición de los límites de algunos derechos humanos en el contexto de las operaciones empresariales y comprensión de las implicancias legales y no legales de los Principios Rectores. *Ver* Eduardo García, *Empresas y derechos humanos: la visión de una empresa extractiva*, 20 APORTES D.P.L.F., ago. de 2015, en 56-57.

104. *Ver* Ruggie, *Principio Rectores*, *supra* nota 15, en 19.

adecuados de comunicación y toma de decisiones. De la misma manera, el estándar de debida diligencia facilitaría los roles de regulación y supervisión por parte de las autoridades competentes y tribunales de justicia.¹⁰⁵

La consagración de la debida diligencia como una obligación legal permitiría distinguir adecuadamente entre obligaciones primarias (respetar los derechos humanos y actuar con el estándar de cuidado apropiado a las circunstancias) y deberes derivados (medidas necesarias para cumplir con la obligación primaria, que dependerán de las características particulares de la empresa y el contexto, y respecto de las cuales la empresa podría tener un mayor margen de acción y discrecionalidad).¹⁰⁶

El deber de debida diligencia se encuentra ampliamente receptado en los sistemas jurídicos de la región como un estándar de conducta para determinar el alcance y aplicación de responsabilidades administrativas, civiles y penales¹⁰⁷ y debería estipularse de manera explícita para regular las obligaciones y responsabilidades de las empresas en derechos humanos.

Al respecto, se han señalado diferentes formas de llevar a cabo esta adecuación normativa. En primer lugar, el deber de debida diligencia puede establecerse de manera explícita como una obligación específica con sanciones administrativas, civiles y penales concretas y ejecutables. En segundo lugar, el deber de debida diligencia puede incorporarse como un asunto de cumplimiento regulatorio indirecto, es decir, que la debida diligencia constituya una defensa válida y exculpatória en procesos administrativos, civiles y penales. En tercer lugar, el deber de debida diligencia puede

105. Ver DE SCHUTTER, *supra* nota 103, en 3.

106. Ver Ratner, *supra* nota 59, en 516-18.

107. Ver FATF, ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE LA LUCHA CONTRA EL LAVADO DE ACTIVOS Y EL FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO Y DE LA PROLIFERACIÓN (2012), http://www.gafilat.org/UserFiles/documentos/es/Las_Nuevas_40_Recomendaciones.pdf. En la misma línea, el deber de debida diligencia se ha establecido como una obligación legal en la normativa nacional relacionada con la prevención del lavado de activos. Ver, e.g., Decreto No. 144-2014, Ley Especial Contra el Lavado de Activos, LA GACETA, DIARIO OFICIAL [L.G.], 30 de abril de 2015 (Hond.); Resolución No. JB-2013-2453, 14 de abril de 2013, REGISTRO OFICIAL [R.O.] (Ecuador); Ley No. 23, 27 de abril de 2015, GACETA OFICIAL [G.O.] (Pan.); Resolución N° 121/2011, 15 de ago. de 2011, 32217 B.O. 9 (Arg.).

incluirse como un requisito para la obtención de incentivos y beneficios. En cuarto lugar, el deber de debida diligencia puede promoverse a través de mecanismos obligatorios de transparencia y divulgación de información.¹⁰⁸ En virtud del alto riesgo que representan las industrias extractivas, todas estas alternativas deberían implementarse de manera conjunta y coordinada.

Asimismo, cualquier adecuación normativa debe tomar en cuenta las obligaciones diferenciadas de Estados, empresas privadas y empresas con participación estatal, sea mayoritaria o minoritaria. Los Estados, incluyendo las empresas estatales o con participación estatal mayoritaria, deben respetar y garantizar los derechos humanos de acuerdo con los compromisos directos asumidos a nivel nacional e internacional. Adicionalmente, los Estados deben hacer valer la influencia que poseen en sus diferentes roles de regulador, cliente, financista o accionista y no deberían aprobar, contratar o apoyar empresas con un historial negativo en derechos humanos.

Por su parte, la responsabilidad de las empresas por violaciones de derechos humanos dependerá de una serie de elementos tales como la proximidad de la empresa con el Estado; el nexo con los individuos o grupos afectados; el derecho en juego; y los principios de atribución que conectan a los perpetradores con la empresa. En otras palabras, (i) las obligaciones de las empresas aumentan en función de su proximidad con el Estado; (ii) las obligaciones de las empresas aumentan en función de su proximidad con los individuos o grupos afectados; (iii) en situaciones que no involucran cooperación con el Estado, las obligaciones de las empresas se determinan mediante un balance entre derechos e intereses, con excepción de los derechos no derogables; (iv) la atribución de responsabilidad a la empresa se basa en el estándar del nivel de control; y (v) el rol de la culpa en la atribución de responsabilidad dependerá de la sanción establecida.¹⁰⁹

Si bien en la región la legislación de minería e hidrocarburos es débil e insuficiente, sí existe una normativa que regula puntualmente

108. *Ver* DE SCHUTTER, *supra* nota 103, en 44, 56 (explicando que la regulación de la debida diligencia promueve una cultura organizacional que previene violaciones de derechos humanos. Asimismo, “la transparencia también permite que las partes interesadas, como los consumidores, los accionistas y las organizaciones de la sociedad civil, tengan acceso a información sobre las actividades de una empresa y aboguen por cambios en esas políticas.”).

109. *Ver* Ratner, *supra* nota 59, 524-25.

a las industrias extractivas y que debe ser mejorada, complementada y compatibilizada con la legislación general y específica sobre derechos humanos, derechos laborales, derechos del consumidor, acceso a la información y protección del ambiente, etc. Por ejemplo, en la mayoría de los casos, la aprobación de una licencia o proyecto extractivo requiere la realización de un estudio de impacto ambiental que defina los alcances de los daños potenciales y actuales, con el fin de determinar la viabilidad y sustentabilidad del proyecto.¹¹⁰ Sin embargo, las legislaciones hacen referencia de manera genérica a la protección de “daños sociales o ambientales,” pero no especifican cuáles son las medidas que las empresas deberían adoptar para alcanzar dichos fines u objetivos, tales como la garantía del derecho a la consulta previa y consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas, divulgación sobre los impactos ambientales y medidas paliativas, información sobre los acuerdos de seguridad celebrados con las fuerzas públicas o empresas privadas, instancias de consulta efectiva con las comunidades afectadas por el proyecto, monitoreo de proveedores, entre otros. La obligación de debida diligencia podría incluirse a través de legislación complementaria o bien mediante normas administrativas que reglamenten, aclaren o precisen el alcance y forma de cumplimiento de las obligaciones existentes en términos de protección de daños sociales y/o ambientales.

Tal como reflejan los Principios Rectores, la responsabilidad de respetar los derechos humanos y el deber de debida diligencia es un estándar aceptado por el mundo empresarial y cónsono con estrategias de negocios basadas en la gestión del riesgo para la consecución de los objetivos, misión y visión de las empresas.¹¹¹ Sin embargo, la responsabilidad de respetar los derechos humanos no

110. *Ver, e.g.*, Ley Orgánica Reformatoria a la Ley de Minería, a la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador y a la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, 16 de jul. 2013, REGISTRO OFICIAL [R.O.] arts. 26, 78 (Ecuador); Decreto Núm. 48/97, 11 de jun. de 1997, Ley de Minería, DIARIO DE CENTRO AMÉRICA [D.C.A.], 17 de jul. de 1997 (Guat.) (algunos de sus artículos relacionados con la emisión de licencias fueron declarados inconstitucionales en el año 2008); Ley Núm. 24585, 24 de nov. de 1995, [28278] B.O. 1 (Arg.).

111. COMM. OF SPONSORING ORG. OF THE TREADWAY COMM'N, INTERNAL CONTROL—INTEGRATED FRAMEWORK [CONTROL INTERNO—MARCO INTEGRADO] 9 (2013), <https://www.coso.org/Documents/990025P-Executive-Summary-final-may20.pdf>.

puede establecerse como meras declaraciones de voluntad, políticas aspiracionales o matrices de riesgo que operan en papel sino que debe regularse como un estándar legal, a partir de los propios sistemas de gestión de las empresas.¹¹² Así, el estándar legal de debida diligencia debería comprender al menos cinco fases:

(i) una fase estratégica de establecimiento del plan en materia de derechos humanos, determinación de objetivos y asignación de responsabilidades;

(ii) una fase de identificación y análisis, individual o conjuntamente con otros estudios de impacto social o ambiental, que incluya la investigación de todos los derechos y riesgos potenciales o actuales para la empresa y terceros. La identificación de impactos debería contar con mecanismos formales de consulta significativa que tomen en cuenta las perspectivas y dilemas del desarrollo del proyecto o actividad empresarial;

(iii) una fase de implementación de las acciones concretas necesarias para evitar y reducir violaciones, restaurar derechos y reparar daños, a través de metas e indicadores objetivos y medibles; mecanismos para reportar violaciones y de protección para quienes las reporten. Esta fase también debería contar con instancias de comunicación efectiva del plan de acción tanto para los empleados como para las partes interesadas y comunidades afectadas;

(iv) una fase de monitoreo, orientada a evaluar la implementación de la estrategia y su efectividad mediante auditorías internas y externas;

(v) una fase de reporte y divulgación que presente información consolidada, veraz y completa acerca del desempeño de la empresa en cuanto a su obligación de respetar los derechos humanos.

112. Ver Ruggie, *Principios Rectores*, *supra* nota 15, en 17-18; DESIREE ABRAHAMS & YANN WYSS, GUIDE TO HUMAN RIGHTS IMPACT ASSESSMENT AND MANAGEMENT [GUÍA PARA ESTUDIOS DE IMPACTO EN DERECHOS HUMANOS Y GESTIÓN] 6-7 (2010); BUS. LEADERS INITIATIVE ON HUM. RTS., A GUIDE FOR INTEGRATING HUMAN RIGHTS INTO BUSINESS MANAGEMENT, [UNA GUÍA PARA INTEGRAR LOS DERECHOS HUMANOS EN LA ADMINISTRACIÓN DE NEGOCIOS] 6-11 (2006), <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuideHRBusinessen.pdf>; *Human Rights Compliance Assessment* [Evaluación del cumplimiento de los derechos humanos], DANISH INST. HUMAN RIGHTS, <https://hrca2.humanrightsbusiness.org> (última visita 7 de abr. de 2017).

El incumplimiento del estándar legal de debida diligencia debe conllevar la aplicación de las sanciones pertinentes. Sin embargo, la información disponible revela que los mecanismos judiciales todavía no son capaces de garantizar un efectivo acceso a la justicia para las personas y comunidades afectadas por las empresas, ya sea por la propia incapacidad para abordar esta problemática, las limitaciones de la legislación aplicable o la corrupción.¹¹³ Más aún, en muchos casos, las empresas desconocen mandatos judiciales u operan a pesar de recibir multas y/o sanciones impuestas por la autoridad regulatoria.¹¹⁴ Por ello, la responsabilidad de respetar los derechos humanos y la gestión de los riesgos relacionados debe incluir información detallada sobre el alcance, implementación y resultados de los mecanismos de reparación a nivel operacional.

Dado que las industrias extractivas representan un alto riesgo e impacto en materia de derechos humanos, resulta indispensable la implementación de mecanismos de reparación a nivel operacional que coadyuven a superar las deficiencias de los mecanismos judiciales, ya sea por las propias carencias estatales o por las acciones de las empresas destinadas a socavar su funcionamiento efectivo e imparcial. En efecto, los Principios Rectores establecen que las empresas deben reparar los abusos de derechos humanos que hayan cometido, con los que hayan contribuido o con los que se hayan beneficiado.¹¹⁵ Estos mecanismos deben cumplir con una serie de criterios de efectividad tales como legitimidad, accesibilidad,

113. *Ver, e.g.,* INT'L FED'N FOR HUMAN RIGHTS, CORPORATE ACCOUNTABILITY FOR HUMAN RIGHTS ABUSES: A GUIDE FOR VICTIMS AND NGOs ON RECOURSE MECHANISMS [RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS: UNA GUÍA SOBRE MECANISMOS DE DENUNCIA PARA VÍCTIMAS Y ONGS] 14-15 (3ra ed. 2016), https://www.fidh.org/IMG/pdf/corporate_accountability_guide_version_web.pdf.

114. *Ver* PENSAMIENTO Y ACCIÓN SOCIAL & ARBEITSGRUPPE SCHWEIZ KOLUMBIEN, *supra* nota 58, en 105-07, 125-126 (detallando la práctica de Glencore de contratar empleados terciarizados y el listado de procesos sancionatorios ambientales contra las empresas de Glencore, respectivamente).

115. *Ver* Ruggie, *Principios Rectores*, *supra* nota 15, en 19; *ver también* Letter from U.N. Office of the High Comm'r for Hum. Rts., *Re: Allegations regarding the Porgera Joint Venture remedy framework* [Carta de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Acerca de un marco de iniciativas de reparación desarrollado por la corporación Barrick Gold y la empresa Porgera*] 1 (julio de 2013), <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/LetterPorgera.pdf>.

previsibilidad, equidad, transparencia y compatibilidad con una perspectiva de derechos, y contribuir a la reparación de los daños una vez que son identificados.¹¹⁶

La interacción entre los mecanismos operacionales y los mecanismos estatales administrativos y judiciales también debe ser expresamente establecida a nivel legal, a fin de evitar alegatos de las empresas de falta de claridad y doble reclamo, así como obstáculos adicionales en el acceso a la justicia para los individuos y comunidades afectadas.

V. CONCLUSIÓN

Las industrias extractivas tienen el potencial de afectar seriamente los derechos humanos de individuos y comunidades. A pesar de que sólo una minoría de las violaciones perpetradas y denunciadas son reparadas, existe una tendencia incipiente pero positiva e irreversible hacia una efectiva judicialización y aplicación de sanciones pecuniarias y penales para los ejecutivos, financistas, inversores y empresas que violan derechos humanos.¹¹⁷ Los Estados de las Américas tienen la oportunidad de liderar esa tendencia a través de una adecuación normativa integral—incluyendo la revisión de los compromisos internacionales cuando resulte pertinente—que establezca la debida diligencia en derechos humanos como un estándar legal, a fin de dar certeza a las obligaciones de las empresas de las industrias extractivas y promover la prevención y sanción de violaciones de derechos humanos.

Las empresas generalmente usan (y abusan de) lagunas normativas y regulaciones “grises” o contradictorias para incrementar su rentabilidad y ganancias. Por ello, es importante que se establezca legalmente y sin lugar a dudas que aquellas empresas que incluyen directa o indirectamente violaciones de derechos humanos en su caso de negocios (asesinato de líderes comunitarios que se oponen al proyecto, adquisición ilegal de tierras, tolerancia de abusos sexuales

116. *Ver* Ruggie, *Principios Rectores*, *supra* nota 15, en 29-32.

117. *Ver, e.g.*, BUS. & HUMAN RIGHTS RESOURCE CTR., IN THE COURTROOM & BEYOND: NEW STRATEGIES TO OVERCOME INEQUALITY AND IMPROVE ACCESS TO JUSTICE [EN LOS TRIBUNALES Y MÁS ALLÁ: NUEVAS ESTRATEGIAS PARA SUPERAR LA DESIGUALDAD Y MEJORAR EL ACCESO A LA JUSTICIA] 4-7 (2016), https://business-humanrights.org/sites/default/files/Corporate%20Legal%20Accountability%20Briefing%202016_0.pdf.

2017] *DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES EN LAS AMÉRICAS* 893

por parte de las empresas de seguridad privada, vertimiento de químicos y desechos industriales sin el tratamiento apropiado o en lugares inadecuados, etc.) no son emprendimientos competitivos y exitosos sino organizaciones criminales que operan al amparo y/o inoperancia de los Estados.