



**EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS**

**DEBATES Y DESAFÍOS ACTUALES**

Año 14  
Número 31  
ABRIL 2024  
Buenos Aires  
Argentina

ISSN 1853-5828

Directora  
**Marcela L. Millán**

Coordinadora  
**María Virginia Gorosito**

La coordinadora de la revista  
agradece la colaboración de  
Verónica Carmona Barrenechea

Publicación propiedad del Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina. Edificio Dr. Arturo Enrique Sampay, México 890 (1097) CABA.

El contenido y las opiniones vertidas en cada uno de los artículos son de exclusiva responsabilidad de sus autores.



**Poder Judicial**  
Ciudad de Buenos Aires



**Ministerio Público  
de la Defensa**

Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires

**Defensora General**

Marcela Laura Millán

**Defensor General Adjunto de Gestión**

Miguel Pablo Talento Bianchi

**Defensora General Adjunta en lo Contencioso,  
Administrativo y Tributario**

Graciela Elena Christe

**Defensora General Adjunta en lo Penal,  
Contravencional y de Faltas**

Adriana Laura Gigena de Haar

**Fuero Contencioso Administrativo y Tributario****Defensoría ante la Cámara de Apelaciones N° 1**

Dr. Fernando Lodeiro Martínez

**Defensoría ante la Cámara de Apelaciones N° 2**

Dra. Mariana Beatriz Pucciarello

**Primera Instancia****Defensoría N° 1**

Dra. Alejandra Lorena Lampolio

**Defensoría N° 2**

Dr. Pablo A. De Giovanni

**Defensoría N° 3**

Dra. María Lorena González Castro Feijóo

**Defensoría N° 4**

Dra. Cecilia González de los Santos

**Defensoría N° 5**

Dr. Ramiro Joaquín Dos Santos Freire

**Defensoría N° 6**

Dr. Javier Indalecio Barraza

**Fuero Penal, Contravencional y de Faltas****Defensoría ante la Cámara de Apelaciones N° 1**

Dr. Gustavo Eduardo Abozo

**Defensoría ante la Cámara de Apelaciones N° 2**

Dr. Emilio Antonio Cappuccio

**Primera Instancia****Defensoría N° 1**

Dra. Patricia Beatriz López

**Defensoría N° 2**

Dra. Silvina Noemí Nápoli

**Defensoría N° 3**

Dra. María Andrea Piesco

**Defensoría N° 4**

Dr. Sebastián Zanazzi

**Defensoría N° 5**

Dra. Victoria Inés Almada

**Defensoría N° 6**

Dra. Marcela María Amelia Paz

**Defensoría N° 7**

Dr. Marcelino N. Civitillo

**Defensoría N° 8**

Dr. Matías Becerra

**Defensoría N° 9**

Dra. Andrea Demarco

**Defensoría N° 10**

Dra. María Florencia Zapata

**Defensoría N° 11**

Dra. Carolina Spósito

**Defensoría N° 12**

Dr. Javier Balmayor

**Defensoría N° 13**

Dra. Paula Lagos

**Defensoría N° 14**

Dr. Sergio J. Pistone

**Defensoría N° 15**

Dr. Miguel Talento Bianchi

**Defensoría N° 16**

Dra. Gabriela Marquiegui Mc Loughlin

**Defensoría N° 17**

Dra. Yanina Gabriela Matas

**Defensoría N° 18**

Dr. Juan Ignacio Cafiero

**Defensoría N° 19**

Dra. Bibiana Marys Birriel Moreira

**Defensoría N° 20**

Dra. Marina Recabarra

**Defensoría N° 21**

Dra. María Lousteau

**Defensoría N° 22**

Dr. Christian Federico Brandoni Nonell

**Defensoría N° 23**

Dra. Claudia Analía Rodríguez

**Defensoría N° 24**

Dra. María Laura Giuseppucci

**Secretario General de Acceso a la Justicia**

Mauro Riano

**Secretaria General de Asistencia Jurisdiccional a la Defensa**

Vanesa Yanina Ferrazzuolo

**Secretaria General de Relaciones de Consumo**

Ivana Cecilia Centanaro

**Secretario General de Derechos Humanos y Sociales**

Julián Besio Moreno

**Secretario General de Planificación**

Santiago Luis Roberto

**Secretario General de Administración**

Jorge Raúl Costales

**Secretaria General de Coordinación Técnica y Jurisdiccional**

Elizabeth Noemí Ortega

- 5 EDITORIAL**  
Marcela Millán
- 7 CAPÍTULO 1. ESTÁNDARES SOBRE EMPRESAS Y DD.HH**
- 8** Hacia una coexistencia justa, digna y por la vida: estándares interamericanos sobre empresas y derechos humanos.  
Soledad García Muñoz
- 20** Las empresas y la corte IDH. Aproximaciones a la atribución de responsabilidad internacional y las reparaciones en el contexto de actividades empresariales en el sistema interamericano.  
Bruno Rodríguez Revegino
- 46** Empresas y derechos humanos: doctrina de los órganos de tratados de derechos humanos.  
María Virginia Gorosito y Verónica Carmona Barrenechea
- 56 CAPÍTULO 2. ACCIONES DE CANCELLERÍA**
- 58** Acciones de la Cancillería Argentina en materia de empresas y derechos humanos  
Cecilia Meirovich y Alejandro Poffo
- 72 CAPÍTULO 3. HACIA EL TRATADO INTERNACIONAL**
- 74** ¿Hacia un tratado internacional sobre la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos?  
Humberto Cantú Rivera
- 98** Responsabilidad internacional de los Estados en el proceso de elaboración del Tratado sobre Empresas y Derechos Humanos.  
Daniel Cerqueira
- 123 CAPÍTULO 4. EMPRESAS E IMPACTO AMBIENTAL**
- 124** Usos (in)sustentables de la tierra y el suelo. Problematicación pública y desafíos técnicos, de política pública, regulatorios e institucionales.  
Sheila Heimenrath
- 144** Gurisada y docentes entre venenos. Debates sobre fumigaciones con agrotóxicos en escuelas rurales de Entre Ríos.  
Victoria del Rosario Fiorotto
- 164** Beneficios tributarios en la industria minera argentina, beneficios para unos pocos. Camila Gonzalez Limardo
- 183 CAPÍTULO 5. GÉNERO Y TRABAJO**
- 184** Teletrabajo y cuidado en contexto COVID-19. Georgina Sticco y Milena D'Atri

**206 Estrategias para el fortalecimiento de la agenda de género, empresas y derechos humanos.**

Agustina Pérez, Denisse Y. Cufre y Florencia S. Wegher Osci

**224 CAPÍTULO 6. EMPRESAS Y POLÍTICA FISCAL**

**226 Fraude impositivo, empresas y derechos humanos. Diagnósticos y propuestas.**

Juan Pablo Bohoslavsky

**250 Prácticas Tributarias Abusivas de las Empresas y Derechos Humanos en las Américas.**

CESR y otras organizaciones

**270 CAPÍTULO 7. EMPRESAS SOSTENIBLES**

**272 El círculo virtuoso entre el respeto a los derechos humanos y los negocios sostenibles.**

Laura Belfiore

**281 CAPÍTULO 8. DEBIDA DILIGENCIA Y ACCESO A LA JUSTICIA**

**282 La búsqueda de la justicia por la participación de actores empresariales y la comisión de delitos de lesa humanidad en la Argentina.**

Gabriel Pereira, Josefina Doz Costa, Pablo Gargiulo, Cynthia Ovejero y Rodrigo Scrocchi

**302 La debida diligencia empresarial y la defensa de los DESC en México.**

Alejandra Ancheita y Jesús Guarneros

**318 CAPÍTULO 9. EMPRESAS Y DERECHO A LA CIUDAD**

**320 El futuro de la Preservación del Patrimonio Cultural Inmobiliario Urbano y los Instrumentos Urbanísticos del Estatuto en la Ciudad.**

*O Futuro da Preservação do Patrimônio Cultural Imobiliário Urbano e os Instrumentos Urbanísticos do Estatuto da Cidade.*

Sonia Rabello

**344 CAPÍTULO 10. EMPRESAS TRANSNACIONALES, VIOLACIONES DE DD.HH Y VIOLENCIA**

**346 Empresas transnacionales, violaciones de derechos humanos y violencia estructural en América Latina: un enfoque criminológico.**

María Laura Böhm

**369 CAPÍTULO 11. EMPRESAS Y CRISIS ECONÓMICAS**

**370 Empresas y derechos humanos desde la perspectiva de la economía popular.**

Secretaría Letrada de Economía Popular MPD-CABA

# Editorial

**Marcela Millán**

Defensora General de la CABA

El modelo de defensa de este Ministerio Público es integral, activo y comprometido con los intereses generales de la sociedad, en el marco de la cultura de los derechos humanos, y de manera especial con la defensa de los derechos de las personas en mayor situación de vulnerabilidad de la Ciudad de Buenos Aires, que requiere, además de un conocimiento técnico sólido, un profundo compromiso y sensibilidad. Por ello, y en sintonía con el desarrollo que han tenido nuestras revistas institucionales de la Defensa Pública en los últimos años, consideramos que la presentación de nuevas temáticas del campo internacional en general y latinoamericano en particular de los DD.HH. es una manera de fortalecer el accionar de las tareas institucionales de este Ministerio.

Esta nueva publicación de la Revista Institucional de la Defensa Pública, *Empresas y Derechos Humanos. Debates y desafíos actuales*, fue desarrollada de manera conjunta por la Secretaría Judicial de Políticas Públicas y la Secretaría Letrada de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dependientes de la Secretaría General de Planificación. Este número cuenta con la colaboración de especialistas de diversas disciplinas y nacionalidades, quienes aportan sus saberes a este campo cada vez más relevante dentro de la agenda del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

A nivel internacional, la aprobación en 2011 de los "Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar" constituyó un hito fundamental, en tanto proporcionaron la primera normativa de alcance mundial para prevenir y abordar el riesgo de que las actividades empresariales repercutan negativamente sobre los derechos humanos.

En el mismo año, el Consejo de Derechos Humanos estableció tanto el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, como el Foro Anual de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos.

Desde el Sistema Interamericano se han ido consolidando una serie de estándares en torno a esta temática, con importantes sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, se destaca la publicación del "Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos", efectuado por la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Los artículos presentes en esta publicación se han organizado en once ejes, que dan cuenta de la amplitud temática que se incluye en la categoría empresas y DD.HH. De esta manera, desde el ámbito internacional se abordan estándares sobre empresas y derechos humanos, en los cuales se analizan tanto los desarrollos dentro del Sistema Interamericano, como la doctrina por parte de los comités de las Naciones Unidas. Dos artículos analizan, por su parte, los distintos esfuerzos que se están llevando adelante hacia la construcción de un tratado internacional vinculante, que a la fecha es uno de los grandes desafíos pendientes. Se incluye también un capítulo sobre las acciones desde la Cancillería argentina en este campo. Otro eje de análisis lo constituye el derecho al medioambiente, con artículos que analizan los usos de la tierra, el uso de agrotóxicos y la industria minera. El quinto eje incluye un enfoque de género y trabajo mediante las visiones de autoras, quienes realizan un diagnóstico preciso de la situación y formulan propuestas concretas para fortalecer una agenda de género. La política fiscal constituye el sexto enfoque, con los distintos tipos de prácticas tributarias abusivas que utilizan las empresas para evadir sus responsabilidades en materia de derechos humanos. En otra sección, se presenta la temática de las empresas sostenibles. Un lugar importante ocupa el acceso a la justicia y la debida diligencia, mediante dos artículos que analizan la participación de actores empresariales durante la dictadura en la Argentina y también el rol que tienen empresas transnacionales en la afectación de derechos sociales en México. Desde otro eje, pero con un foco similar, se vincula las violaciones de derechos humanos y el accionar de empresas transnacionales en América Latina. Se incluye asimismo un artículo que trata sobre el derecho a la ciudad y se cierra este número con un análisis desde la perspectiva de la Economía Popular.

De este modo, esperamos contribuir y enriquecer los debates que se están dando en torno a esta temática, y fortalecer sobre todo el acceso a la justicia de las personas y comunidades que se encuentran en mayor situación de vulnerabilidad, y que se ven más afectadas por las transgresiones que cometen las empresas.





# Hacia una coexistencia justa, digna y por la vida: estándares interamericanos sobre empresas y derechos humanos



**Soledad García Muñoz**

Abogada y diplomada en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Ex relatora especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

\*La autora deja constancia de su reconocimiento a la pasante Ana Suazo (Honduras) en la redacción del presente artículo bajo su supervisión, así como el apoyo del especialista Luis Buob (Perú) y la becaria Paula Mora (Colombia).

\*\* *Hacia la coexistencia justa, digna y por la vida: estándares interamericanos sobre empresas y derechos humanos*, Revista Electrónica del Consejo de Derechos Humanos de la Defensoría del Pueblo de la CABA (REC), Dossier Especial Empresas y Derechos Humanos: Avances, Desafíos y Propuestas para acelerar una agenda de trabajo colaborativa, ISSN 2718-6393, diciembre de 2020.

*Construyamos entonces sociedades capaces de coexistir de manera justa, digna y por la vida.*

Berta Cáceres

(Mujer indígena defensora de los derechos humanos y el ambiente, beneficiaria de medidas cautelares de la CIDH en el marco de un proyecto empresarial energético. Asesinada el 3 de marzo de 2016).

**I. Afrontando el panorama de empresas y derechos humanos en América Latina**

Las empresas pueden representar un rol positivo para generar riqueza y empleos, y contribuir al bienestar de los habitantes de los países en los que operan, a la reducción de la pobreza y hasta al alcance de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030.<sup>1</sup> Por otro lado, cuando estas actividades empresariales se llevan a cabo a expensas del respeto pleno y de la garantía de los derechos humanos de las personas o grupos de personas, su resultado no es precisamente desarrollo.<sup>2</sup> La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, en adelante) y su Relatoría Especial de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA, en

1. Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución N° 70/1, "Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible", 25 de septiembre de 2015.

2. CIDH y REDESCA, "Informe sobre empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1º de noviembre de 2019, párrs. 2 y 3.

lo sucesivo)<sup>3</sup> enfatizan este aspecto en su "Informe sobre empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", lanzado en 2019. La trayectoria de instrumentos jurídicos y contextos que anteceden este informe se caracteriza por la creciente relevancia del tema de empresas y derechos humanos a nivel global.

Entre enero de 2019 y octubre de 2020, han habido por lo menos cuatro casos remitidos por la CIDH a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) por violación de derechos humanos a partir de actividades empresariales.<sup>4</sup> Asimismo, seis de las 13 visitas realizadas por el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas de las Naciones Unidas —el cual fue creado como parte del mandato de la adopción de los Principios Rectores sobre las Empresas y los DD.HH.— se han llevado a cabo en el continente americano hasta la fecha.

Lo anterior indica un panorama que justifica claramente la especial atención que se le ha dado a la temática de empresas y derechos humanos en el sistema interamericano, compuesto por la CIDH y la Corte IDH. Fue bajo solicitud particular de la CIDH que el secretario general de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) designó al profesor John Ruggie como representante especial para la cuestión de los DD.HH. y las empresas transnacionales y otras empresas. Al culminar su trabajo, el profesor Ruggie elaboró los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, los cuales se dividen en tres pilares fundamentales: el deber de los Estados de protegerlos, la responsabilidad de las empresas de respetarlos y el acceso a mecanismos de reparación efectiva cuando son violados.

Dentro del sistema interamericano, la CIDH abordó el impacto diferenciado de industrias extractivas en pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en su "Informe temático" publicado en 2015.<sup>5</sup> Utilizando

la Declaración Americana, Convención Americana y precedentes interamericanos como puntos de referencia, la Comisión desarrolló las obligaciones estatales respecto de esta temática en torno a seis ejes centrales: la adopción de un marco normativo adecuado y efectivo; la prevención de violaciones de derechos humanos; la supervisión y fiscalización de las actividades de extracción, explotación y desarrollo; la garantía de mecanismos de participación efectiva y acceso a la información; prevención de actividades ilegales y violencia; y la garantía a la justicia a través de la investigación, sanción y acceso a la reparación adecuada.

Si bien esta iniciativa de la CIDH abordó una problemática particular e importante dentro del marco de empresas y derechos humanos, la amplitud de este campo requería un análisis más exhaustivo y sistemático para establecer una base común sobre esta temática dentro del sistema interamericano. Por ello, gracias a la solicitud de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) en su Resolución N° 2887,<sup>6</sup> y como parte de su mandato estipulado en el "Plan Estratégico 2017-2021" de la CIDH,<sup>7</sup> la REDESCA fue encomendada con la elaboración de un informe temático para abordar este asunto. Lanzado el 6 de noviembre de 2019, el "Informe de empresas y derechos humanos: estándares interamericanos" (en adelante, el "Informe"), preparado por la REDESCA de la CIDH, abordó por primera vez este campo de manera comprensiva y directa a partir de los antecedentes del sistema ONU y su marco jurídico, así como fundamentalmente de la normativa, experiencia y jurisprudencia del sistema interamericano.

En la preparación del "Informe", se destaca la amplia gama de actores de la región que participaron en el proceso de consultas y de recolección de insumos obtenidos mediante un conjunto de actividades organizadas por la REDESCA. Con el valioso soporte financiero de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, se llevaron a cabo diversos talleres, eventos,

3. Fundada en 2017, la REDESCA es una Oficina de la CIDH, especialmente creada para apoyar a la Comisión en el cumplimiento de su mandato de promoción y protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el continente americano.

4. CIDH, "Decisiones de casos en la Corte", 2019 y 2020. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/demandas.asp>

5. CIDH, "Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de

actividades de extracción, explotación y desarrollo". OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15, 31 de diciembre de 2015.

6. OEA, Asamblea General, Resolución N° 2887, "Promoción y protección de los derechos humanos", AG/RES. 2887 (XLVI-O/16), 14 de junio de 2016.

7. CIDH, "Plan Estratégico 2017-2021", OEA/Ser.L/V/II.161 Doc. 27/17, 20 de marzo de 2017, pp. 35 y 36.

reuniones de trabajo, audiencias públicas, cuestionarios abiertos y consultas de expertos y expertas para este fin. Así, con la participación de Estados, organizaciones de la sociedad civil, representantes de la Academia y otros actores interesados, la REDESCA veló por mantener un amplio espacio de diálogo y colaboración multiactoral a lo largo de todo el proceso que llevó hasta la elaboración del informe.

## II. El "Informe": avanzando en la interamericanización sobre empresas y derechos humanos

El "Informe" proporciona cinco principales aportes al enfoque interamericano de empresas y derechos humanos a lo largo de sus capítulos, resumidos a continuación:

### A. Criterios fundamentales

El "Informe" utiliza el marco general del derecho internacional de los derechos humanos, del desarrollo específico en el sistema regional interamericano y de la aplicación progresiva que los órganos interamericanos han ido dando respecto a las empresas y los derechos humanos en casos en los que las empresas se encuentran de alguna manera involucradas con la afectación de esos derechos.<sup>8</sup>

De esta manera, el "Informe" sistematiza los criterios fundamentales por ser considerados de forma transversal en la adopción de mecanismos para abordar los desafíos en este campo desde un enfoque de derechos humanos. Los criterios, elaborados en el segundo capítulo del "Informe", son los siguientes:

1. Centralidad de la persona y dignidad humana.
2. Universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA), así como de los derechos civiles y políticos.
3. Igualdad y no discriminación con enfoque interseccional y diferencial.
4. Derecho al desarrollo sostenible.
5. Derecho a un medioambiente sano.
6. Derecho a defender los DD.HH.
7. Transparencia y acceso a la información oportuna, accesible y completa.
8. Consulta libre, previa e informada y mecanismos generales de participación.
9. Prevención y debida diligencia por parte de las empresas en materia de DD.HH.
10. Rendición de cuentas y efectiva reparación.
11. Extraterritorialidad.
12. Combate a la corrupción y a la captura del Estado.

El objetivo principal de estos criterios es guiar los debates y evaluaciones que se hagan sobre este campo dentro del sistema interamericano y dentro de las propias iniciativas de los Estados parte. Destaca el

**“La dignidad humana y la centralidad de la persona por encima de cualquier lucro o beneficio material”**

primero de ellos, referido al valor de la dignidad humana y la centralidad de la persona como eje dinamizador y guía en el campo de empresas y derechos humanos, por encima de cualquier lucro o beneficio material de proyectos operados por actores empresariales. Resaltan también los derechos al medioambiente sano, a defender los derechos humanos y al desarrollo, al tener especial rela-

ción y aplicación en esa tarea. Tanto la Comisión como el "Informe" hacen hincapié en el hecho de que no hay propiamente desarrollo sin respeto pleno por los derechos humanos.<sup>9</sup>

8. CIDH y REDESCA, "Informe sobre empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1º de noviembre de 2019, párr. 25.

9. CIDH y REDESCA, "Informe sobre empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1º de noviembre de 2019, párr. 2.

En el contexto de la pandemia, se resalta el criterio de la debida diligencia, el cual en este contexto empresarial se refiere a que los Estados, dentro del marco legal interno, deben exigir a las empresas un proceso continuo de gestión, el cual la empresa debe llevar a cabo "a la luz de sus circunstancias (como el sector en el que opera, el contexto en que realiza su actividad, su tamaño y otros factores) para hacer frente a su responsabilidad de respetar los derechos humanos".<sup>10</sup> En el mismo sentido, en la reciente Resolución N° 4/2020, la CIDH y su REDESCA subrayan que para garantizar los derechos de las personas con COVID-19, los Estados tienen una obligación reforzada de exigir que los actores no estatales o privados del sector de salud respeten y adopten la debida diligencia en sus operaciones, así como fortalecer mecanismos transparentes y efectivos de monitoreo y rendición de cuentas de "las empresas con actividades transnacionales relacionadas con el sector de la salud, sobre las que los Estados ejerzan influencia o control".<sup>11</sup>

## B. Obligaciones estatales

El tercer, cuarto y quinto capítulo del "Informe" representan la parte más sustantiva del trabajo, pues proporcionan un análisis sistemático y evolutivo que busca clarificar, organizar y desarrollar los deberes estatales y los efectos que se pueden generar sobre las empresas en su cumplimiento.

En relación con el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas, el "Informe" identifica dentro del marco convencional —procedente de las obligaciones generales delineadas en el Pacto de San José— que los Principios Rectores y los tres pilares de obligación estatal de proteger, respetar y reparar tienen cabida dentro del sistema interamericano.<sup>12</sup>

Regionalmente, la obligación general para los Estados miembro de la OEA de promover y proteger los derechos humanos nace primeramente de las obligaciones enmarcadas en la Carta de la OEA, y luego de la Convención Americana y la Declaración Americana, las cuales enfatizan el deber de respetar y garantizar el ejercicio efectivo de estos derechos.<sup>13</sup> A partir de esta obligación general, el "Informe" detalla y analiza su aplicación y contenido en el contexto de actividades empresariales, con el propósito de brindar especificidad y contexto a deberes particulares como los de regular, fiscalizar, prevenir o asegurar el acceso a la justicia por quienes ven afectados sus derechos en estas circunstancias.

Por un lado, la obligación de respeto implica que los Estados deban abstenerse de practicar conductas vinculadas a actividades empresariales que transgredan el ejercicio de los derechos humanos. Esto sucedería, por ejemplo, si el Estado adopta tratados bilaterales o multilaterales de inversión o comercio en conflicto con sus obligaciones de derechos humanos,<sup>14</sup> una temática que es abordada por el "Informe" como un contexto interamericano de especial atención en materia de empresas y derechos humanos.<sup>15</sup> Esto también ocurre cuando el Estado asiste, colabora, instruye o controla la conducta de empresas, sean públicas o privadas, que implique violaciones a los derechos humanos, aun cuando la asistencia o control estatal se realiza respecto de otros organismos internacionales vinculados a actividades empresariales.<sup>16</sup>

10. CIDH y REDESCA, "Informe sobre empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1° de noviembre de 2019, párr. 50.

11. CIDH, Resolución N° 4/2020, "Derechos humanos de las personas con COVID-19", 27 de julio de 2020, párrs. 29 y 30.

12. Corte IDH, caso "Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil", Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 14, sentencia del 15 de julio de 2020, Serie C N° 407.

13. CIDH, "Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo". OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15, 31 de diciembre de 2015, párr. 37.

14. Sobre este supuesto, por ejemplo, los Principios Rectores se refieren al deber de los Estados de asegurar un marco normativo adecuado que proteja los derechos humanos en el marco de acuerdos políticos sobre actividades empresariales, como los tratados o contratos de inversión, sin que ello signifique dejar de ofrecer la protección necesaria para los inversores. Cfr. "Informe del representante especial del secretario general para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas", UN Doc. A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011, Principio 9 (comentario).

15. CIDH y REDESCA, "Informe sobre empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1° de noviembre de 2019, párr. 287.

16. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 24, UN Doc. E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017, párrs. 12 y 13; Ver *mutatis mutandi* Comisión Internacional de

Dentro de la obligación de garantizar, tanto la CIDH como la Corte IDH han señalado que la misma implica el deber de los Estados parte de "organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos".<sup>17</sup> En vista de esto, y teniendo en cuenta los Principios Rectores, la CIDH y su REDESCA identificaron cuatro deberes estatales claros para dar cumplimiento a esta obligación dentro del contexto de actividades empresariales:

### 1. La prevención de violaciones de derechos humanos

Para efectos del "Informe", el deber de prevenir estipula que las autoridades correspondientes adopten medidas adecuadas o aseguren que la empresa involucrada tome tales medidas "para evitar que los riesgos reales contra los derechos humanos provenientes de la actuación de empresas de los que tengan o deberían tener conocimiento se concreten".<sup>18</sup> Estas instituciones incluyen la policía, el Poder Judicial, el Congreso y los órganos relacionados con las políticas públicas, entre otros.

Juristas y la Universidad de Maastricht. Principios de Maastricht sobre la Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, 28 de septiembre de 2011, principios 20 y 21; Comisión Internacional de Juristas, Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, y la Universidad de Maastricht. Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 22-26 de enero de 1997, párr. 14. Cfr. CIDH y REDESCA, "Informe sobre empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1º de noviembre de 2019, párr. 69.

17. CIDH y REDESCA, "Informe sobre empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1º de noviembre de 2019, párr. 81.

18. CIDH y REDESCA, "Informe sobre empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1º de noviembre de 2019, párr. 87.

Un ejemplo de lo anterior se refiere a un caso del Estado brasileño, el cual no garantizó la protección de 85 trabajadores sometidos a formas de esclavitud contemporánea y trata de personas en una hacienda de crianza de ganado al norte del país. La Corte IDH se refirió en su examen al deber de prevención exigido al Estado después de que dos de las víctimas presentaron denuncias particulares y su deber de prevención anterior por el conocimiento previo del Estado de las prácticas de trabajo esclavo y explotación de trabajadores que se daban en la referida hacienda.<sup>19</sup>

## “Los Estados deben abstenerse de practicar conductas que transgredan el ejercicio de los derechos humanos”

### 2. La supervisión del disfrute efectivo de los derechos humanos

La Corte IDH, en particular, ha manifestado que la fiscalización estatal comprende tanto servicios prestados por el Estado, directa o indirectamente, como los ofrecidos por particulares.<sup>20</sup> El "Informe" resalta las palabras de la Corte IDH al respecto, la cual indica que la responsabilidad estatal puede resultar por la omisión en el deber de supervisar la prestación de servicios de interés público, como la salud, sea por entidades públicas o privadas.<sup>21</sup>

19. CORTE IDH, Caso "Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs Brasil", Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 20 de octubre de 2016, Serie C Nº 318, párrs. 322-328. Cfr. CIDH y REDESCA, "Informe sobre empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1º de noviembre de 2019, párr. 91.

20. Al respecto ver: CORTE IDH, caso "Ximenes Lopes vs. Brasil", Sentencia del 4 de julio de 2006, Serie C Nº 149; CORTE IDH, caso "Albán Cornejo vs. Ecuador", Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007, Serie C No. 171; Corte IDH. Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 21 de mayo de 2013, Serie C Nº 261. Cfr. CIDH y REDESCA, "Informe sobre empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1º de noviembre de 2019, párr. 97.

21. CORTE IDH, caso "Albán Cornejo vs. Ecuador", Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 22 de noviembre de 2007, Serie C Nº 171, párr. 119. CIDH y REDESCA, "Informe sobre empresas y derechos humanos:

Sin esta debida supervisión, las actividades empresariales pueden resultar en la violación de varios derechos. Un ejemplo de ello son los casos de la comunidad de la Oroya en Perú, quienes denunciaron afectación al derecho a la salud y al medioambiente sano, presuntamente provocados por "un complejo metalúrgico inicialmente administrado por una empresa del Estado peruano y luego por una empresa privada extranjera".<sup>22</sup>

### 3. La regulación y adaptación del derecho interno para la protección de los derechos humanos

Consagrada en el art. 2º de la Convención Americana, existe una obligación estatal general de adecuar el derecho interno a las normas de la Convención para garantizar los derechos humanos reconocidos en ella. Esto implica dos deberes: la supresión de normas y prácticas que entrañen violación de derechos humanos, junto al desarrollo de normas y prácticas conducentes a la efectiva observancia de las garantías previstas en la Convención.<sup>23</sup>

Esto también incluye el deber de regulación de las actividades empresariales locales y transnacionales por empresas domiciliadas en su territorio, respecto del cual el sistema universal de derechos humanos de la ONU ha hecho diversos pronunciamientos.<sup>24</sup> Una iniciativa positiva resaltada por el "Informe" en esta materia es la ley de transparencia en las cadenas de suministro aprobada en 2010 por el estado de California en los Estados Unidos.<sup>25</sup> Otro caso ilustrativo es el recurso judicial del Ministerio Público del Trabajo de Brasil contra siete entidades

bancarias, requiriendo la elaboración de una política de responsabilidad que identifique riesgos sociales y ambientales en su relación con clientes de servicios que puedan involucrar violaciones de derechos humanos de naturaleza laboral.<sup>26</sup>

### 4. La investigación, sanción y garantía de reparación

Constituyendo uno de los tres pilares fundamentales de los Principios Rectores de las Naciones Unidas en materia de empresas y derechos humanos, el acceso a la justicia es una obligación en la cual los Estados deben tomar medidas apropiadas para garantizar que las personas y comunidades afectadas por violaciones de sus derechos humanos producidas bajo su jurisdicción tengan acceso a mecanismos de reparación efectivos.

Por ejemplo, en 2019, se remitió a la Corte IDH el caso de Victorio Spoltore contra el Estado de la Argentina por denegación de justicia y demora en el proceso judicial contra su empleadora Cacique Camping SA.<sup>27</sup> En relación con casos como este, la CIDH y su REDESCA enfatizan que los marcos normativos implementados en el marco de empresas y derechos humanos deben estar orientados al combate contra la impunidad y evitar la repetición de estas ocurrencias por medio de la efectiva rendición de cuentas de los Estados y las empresas.<sup>28</sup> la determinación de su responsabilidad penal, civil o administrativa, y el acceso a la información de estos mecanismos para la población.<sup>29</sup>

estándares interamericanos", OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1º de noviembre de 2019, párr. 98.

22. CIDH, "Informe de admisibilidad N° 76/09", Comunidad de la Oroya (Perú), 5 de agosto de 2009.

23. CORTEIDH, caso "Castillo Petruzzi y otros vs. Perú", Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 30 de mayo de 1999, Serie C N° 52, párr. 207; CORTE IDH, caso "Mendoza y otros vs. Argentina", Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, sentencia del 14 de mayo de 2013, Serie C N° 260. párr. 293.

24. Ver, *inter alia*, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Conclusiones Finales (Estados Unidos de América), UN Doc. CERD/C/USA/CO/6, 8 de mayo de 2008, párr. 30; y Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Observaciones Finales (Suiza), UN Doc. CEDAW/C/CHE/co/4-5, 25 de noviembre de 2016, párr. 41.

25. California Transparency in Supply Chains Act of 2010, Civil Code Section 1714.43.

26. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO (Brasil), Ações Civis Públicas N°1000620-60.2019.5.02.0062,1000641-81.2019.5.02.0047,1000639-03.2019.5.02.0083, 1000645-23.2019.5.02.0014, 1000686-37.2019.5.02.0063, 1000590-12.2019.5.02.0713, 1000618-68.2019.5.02.0037, presentadas ante el Tribunal Regional del Trabajo de la 2ª Región.

27. CIDH, "Informe de fondo N° 74/17", Victorio Spoltore (Argentina), 5 de julio de 2017. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2019/12656FondoEs.pdf>

28. CIDH y REDESCA, "Informe sobre empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1º de noviembre de 2019, párr. 51.

29. Informe del representante especial del secretario general para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, UN Doc. A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011, principios 25-31. Cfr. CIDH y REDESCA, "Informe sobre empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1º de noviembre de 2019, párr. 121.

En función de estas obligaciones, el cuarto capítulo delimita el alcance extraterritorial de las obligaciones de los Estados cuando se cometen abusos a los derechos humanos como resultado de operaciones o actividades transnacionales bajo su jurisdicción, pero fuera de su territorio. Teniendo en cuenta diversos antecedentes, tanto de órganos o procedimientos especiales de derechos humanos de las Naciones Unidas,<sup>30</sup> como de la propia trayectoria jurídica interamericana,<sup>31</sup> el "Informe" subraya que estas obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos se mantienen vigentes extraterritorialmente porque existe una relación fáctica de control entre el Estado demandado y la persona afectada, independientemente de su ubicación. Asimismo, el capítulo destaca el deber de los Estados de cooperar, como principio aplicable y norma de conducta en estos supuestos por las características

propias de las actividades empresariales transnacionales y sus efectos sobre los derechos humanos.

## “El acceso a la justicia es una obligación en la cual los Estados deben tomar medidas para garantizar que las personas afectadas por violaciones de sus derechos tengan acceso a mecanismos de reparación efectivos”

### C. Efectos de las obligaciones estatales en las empresas

Asimismo, a partir de la revisión de la normativa y la experiencia jurídica interamericana, el quinto capítulo enfatiza que la responsabilidad internacional de un Estado parte no solo se compromete cuando la violación de derechos humanos es perpetrada por sus propios agentes, sino también cuando estos actos u omisiones son cometidos por un particular, como las empresas, siempre que el Estado haya actuado con falta de diligencia para prevenir la violación o tr-

tarla conforme a lo que se establece en la Convención Americana.<sup>32</sup>

Debido a la capacidad real de las empresas de afectar negativamente el respeto y garantía de los derechos humanos, la CIDH y su REDESCA enfatizan que las obligaciones estatales pueden generar efectos sobre las empresas a un nivel local o nacional, aunque con grados y alcances diferenciados de los exigidos a los Estados. Para solidificar estos efectos, los Estados deben formular, supervisar y adjudicar responsabilidades jurídicas explícitas y vinculantes dirigidas hacia el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas a

30. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, "López Burgos vs. Uruguay", UN Doc. CCPR/C/13/D/52/1979, 29 de julio de 1981; COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, "Celiberti vs. Uruguay", UN Doc. CCPR/C/13/D/56/1979, 29 de julio de 1981; COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observaciones Finales (Chipre), UN Doc. CCPR/C/79/Add.39, 21 de septiembre de 1994, párr.3; COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observaciones Finales (Israel), UN Doc. CCPR/C/79/Add.93, 18 de agosto de 1998, párr.10; COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observaciones Finales (Israel), UN Doc. CCPR/co/78/ISR, 21 de agosto de 2003, párr.11; COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observaciones Finales (Bélgica), UN Doc. CCPR/C/79/Add.99, 19 de noviembre de 1998, párr. 14; COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observaciones Finales (Países Bajos), UN Doc. CCPR/co/72/NET, 27 de agosto de 2001, párr. 8; COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observaciones Finales (Bélgica), UN Doc. ONU CCPR/co/81/BEL, 12 de agosto de 2004, párr. 6.

31. CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017. Serie A N° 23, párr. 72. En el mismo sentido, ver, inter alia, "TEDH, Ilaşcu y otros vs. Moldavia y Rusia [gs]", N° 48787/99, sentencia del 8 de julio de 2004, párr. 311; TEDH, "Al-Skeini y otros vs. Reino Unido [gs]", N° 55721/07, sentencia del 7 de julio de 2011, párr. 130, y TEDH, "Chiragov y otros vs. Armenia [gs]", N° 13216/05, sentencia del 16 de junio de 2015, párr. 168.

32. CORTE IDH, caso "Velásquez Rodríguez vs. Honduras", Fondo, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C N° 4. párr.172; CIDH, "Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo", OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15, 31 de diciembre de 2015, párr. 46. Cfr. CIDH y REDESCA, "Informe sobre empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1° de noviembre de 2019, párr. 58.



nivel interno; al hacerlo deben considerar las normas y estándares internacionales de derechos humanos.<sup>33</sup>

#### **D. Contextos interamericanos y poblaciones en situación de especial vulnerabilidad**

Otra contribución clave que hace el "Informe" es la estructuración y aproximación a contextos interamericanos de especial atención para el desarrollo del ámbito de empresas y derechos humanos, detallados en el sexto capítulo. Esta sección va un paso más allá del informe temático de la CIDH sobre pueblos indígenas y afrodescendientes e industrias extractivas, pues incorpora otros contextos interamericanos de alta relevancia para este campo e identifica sus desafíos principales. Descriptos desde un enfoque de empresas y derechos humanos, los contextos son: (i) la justicia transicional y rendición de cuentas de actores económicos; (ii) los servicios públicos esenciales para la garantía de derechos humanos en contextos de privatización; (iii) el cambio climático y la degradación ambiental; (iv) las políticas fiscales, prácticas tributarias empresariales y el poder de influencia en la toma de decisiones públicas; y (v) el ámbito de tecnologías de la información y la comunicación.

Adicionalmente, cabe resaltar que una de las situaciones que se más se vio reflejada durante el período de recopilación de información de este "Informe" estuvo relacionada con los impactos diferenciados sobre poblaciones en situación de vulnerabilidad. Por ello, el "Informe" también subraya la obligación de los Estados de prestar especial atención a ciertos grupos, por lo que en el capítulo siete se detalla cómo las actividades empresariales pueden impactar en el disfrute de sus derechos, incluido un enfoque interseccional. Los grupos son:

- personas defensoras de derechos humanos,
- mujeres,
- pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y población campesina,
- niñez y adolescencia,

- personas privadas de la libertad,
- personas en contextos de movilidad humana,
- personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex.

#### **E. Recomendaciones a diversos actores**

Finalmente, después de recopilar algunas iniciativas positivas en el ámbito de las empresas y los derechos humanos en el capítulo ocho, el último capítulo del "Informe" formula 22 recomendaciones a los Estados respecto de la aplicación de los criterios y obligaciones descriptas a todas las acciones que se emprendan en este ámbito.

Dos innovaciones del "Informe" en esta materia son las recomendaciones a las empresas, a manera de herramienta para que las empresas cuenten con políticas y procedimientos apropiados de debida diligencia en materia de DD.HH. dentro de sus operaciones, y las recomendaciones a otros órganos de la OEA, solicitando su continuo apoyo logístico para seguir desarrollando la amplitud de los temas planteados en el "Informe". Para estos efectos, la REDESCA viene dando seguimiento cercano al tema y aportando análisis especializados, tanto dentro del mecanismo de casos, como dentro de las funciones de monitoreo, en audiencias públicas, capacitaciones, visitas *in loco*, comunicados y otras actividades.

### **III. Conclusión**

Con estos aportes al ámbito de empresas y derechos humanos desde el sistema interamericano, el "Informe" analizado es el primero en su género. Partiendo de instrumentos universales y evolutivos como los Principios Rectores, el "Informe" viene a *interamericanizar* una temática central para la efectiva vigencia de todos los derechos humanos, ello en un contexto en el cual las violaciones de dichos derechos bajo vinculaciones empresariales se han ido incrementando.

De esta manera, el "Informe" deja la puerta abierta para que se continúen desarrollando los estándares interamericanos de esta materia en la región, por lo que se

<sup>33</sup>. CIDH y REDESCA, "Informe sobre empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1 de noviembre de 2019, párr. 196.

constituye en una herramienta de enorme potencialidad para mejorar y fortalecer la legislación, las prácticas y las políticas públicas que buscan enfrentar las violaciones y abusos de derechos humanos en el contexto de las operaciones empresariales. Un ejemplo de su impacto es la huella que ya ha comenzado a dejar en el trabajo de otros órganos interamericanos a menos de un año de su lanzamiento, como muestra su cita en la sentencia de la Corte IDH del caso "Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil" de julio de 2020.<sup>34</sup>

Aún más allá de este enorme potencial práctico, el "Informe" es un testamento de los logros posibles cuando se abren espacios de diálogo lo suficientemente amplios para involucrar a varios actores en un trabajo conjunto para la protección de los derechos humanos de todas las personas. En las palabras de la activista hondureña indígena Berta Cáceres, este trabajo busca dirigirnos colectivamente hacia sociedades capaces de coexistir de manera justa, digna y por la vida. La pandemia del COVID-19 viene a reforzar aún más si cabe ese objetivo, que abarca tanto los derechos humanos en su indivisibilidad, como la impostergable protección del ambiente y la naturaleza en la región más desigual del planeta.

**“En las palabras de la activista Berta Cáceres, este trabajo busca dirigirnos colectivamente hacia sociedades capaces de coexistir de manera justa, digna y por la vida”**

<sup>34</sup>. CORTE IDH, caso "Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil", Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 15, sentencia del 15 de julio de 2020, Serie C N° 407.

## **Bibliografía**

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución N° 70/1. "Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible", 2015.

CIDH y REDESCA, "Informe sobre empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", 2019.

CIDH, "Informe de admisibilidad N° 76/09. Comunidad de la Oroya (Perú)", 2009.

CIDH, "Informe de fondo N° 74/17. Victorio Spoltore (Argentina)", 2017. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2019/12656FondoEs.pdf>

CIDH, "Plan Estratégico 2017-2021", 2017.

CIDH, "Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo", 2015.

CIDH, Resolución N° 4/2020. "Derechos humanos de las personas con COVID-19", 2020.

CIDH, Decisiones. "Casos en la Corte", 2019 y 2020. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/demandas.asp>

CORTE IDH, caso "Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil", Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 15 de julio de 2020, Serie C N° 407.

CORTE IDH, caso "Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil", Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 20 de octubre de 2016, Serie C N° 318.

CORTE IDH, caso "Albán Cornejo vs. Ecuador", Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 22 de noviembre de 2007, Serie C N° 171.

CORTE IDH, caso "Castillo Petruzzi y otros vs. Perú", Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 30 de mayo de 1999, Serie C N° 52.

CORTE IDH, caso "Mendoza y otros vs. Argentina", Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, sentencia del 14 de mayo de 2013, Serie C N° 260.

CORTE IDH, caso "Velásquez Rodríguez vs. Honduras", Fondo, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C N° 4.

## ARTÍCULOS

OEA, Asamblea General, Resolución N° 2887, "Promoción y protección de los derechos humanos", 2016.

ONU, "Informe del representante especial del secretario general para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas", 2011.

# Las empresas y la Corte IDH.

Aproximaciones a la atribución de responsabilidad internacional y las reparaciones en el contexto de actividades empresariales en el sistema interamericano



**Bruno Rodríguez Reveggino**

Abogado en la Universidad Católica de San Pablo. Magíster en Administración Pública de la Universidad de Harvard y de la Maestría en Derecho Internacional de la Universidad de Notre Dame. Asesor de la Presidencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las opiniones vertidas en este trabajo son estrictamente personales y no corresponden a las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o su Secretaría.

**1. Introducción**

---

Desde su concepción, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos ha estado demarcado por la determinación de la responsabilidad internacional de los Estados en tanto al incumplimiento de sus deberes de respeto como a su garantía. Sin embargo, esto no le ha impedido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) delimitar el surgimiento de la responsabilidad estatal cuando se trata de actuaciones de particulares o actores no estatales, incluidas las actividades empresariales. Dentro de esta labor jurisdiccional, se han ido esbozando y desarrollando diversos estándares con la finalidad de juzgar las acciones estatales bajo la óptica del deber de los Estados de garantizar los derechos humanos. Estas reglas establecidas jurisprudencialmente han tenido que ir evolucionando producto de los distintos fenómenos sociales, políticos y jurídicos, tanto de nuestra región como del mundo, incluidos los conflictos armados internos, las migraciones masivas, la globalización, el cambio climático, entre otros. Situaciones que han ido moviendo el foco de atención en la "tradicional" concepción del Estado como perpetrador de los derechos humanos a través de sus agentes estatales hacia el Estado como garante.

De manera paralela, la Corte IDH ha desarrollado una importante línea jurisprudencial sobre la obligación del Estado de reparar. En el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, SIDH),

dicho deber no se ha limitado a la categoría tradicional de daño pecuniario, sino que además abarca el concepto de "restitución integral" o *restitutio in integrum*. Este innovador concepto contempla desde la restitución de derechos hasta las garantías de no repetición, además de la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos.

Si bien los cambios coyunturales antes mencionados han representado diversos desafíos dentro del SIDH, probablemente la globalización y su inherente conexión con las actividades empresariales, así como las características de las economías latinoamericanas, cuyos modelos se encuentran centrados en la extracción de minerales y otros recursos naturales, sean hoy en día los ámbitos que más interrogantes y desafíos presentan para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) y la Corte IDH.

El presente artículo surge de la necesidad de establecer el significado de las obligaciones internacionales en materia de atribución de responsabilidad y reparación por parte de los Estados, analizadas a partir de las actividades empresariales privadas en relación con las obligaciones estatales a la luz de la jurisprudencia interamericana. A efectos del presente trabajo, se prevé responder a los siguientes interrogantes: a) ¿en qué medida las actividades empresariales de privados se encuentran dentro del marco de análisis de la Corte IDH y cómo surge la responsabilidad internacional del Estado?, y b) ¿cómo ello se ha visto reflejado en las reparaciones ordenadas?

Existen importantes discusiones sobre la posibilidad de ampliar la jurisdicción internacional al incluir a las empresas como sujetos de responsabilidad internacional en el marco del Sistema Interamericano. Es decir, que las empresas puedan ser condenadas internacionalmente y obligadas a otorgar reparaciones. A esto hay que sumarle las iniciativas globales en torno a la adaptación de instrumentos vinculantes del derecho internacional de los derechos humanos que regulen las actividades empresariales. Sin embargo, este trabajo no se centra en la responsabilidad de las empresas como sujetos en el SIA, sino de los Estados. En esta línea, no buscamos determinar cuáles serían esas obligaciones específicas de respetar los derechos humanos por parte de las empresas. Por el contrario, este trabajo se enfoca en un recuento al día de hoy del contenido y alcance de las

obligaciones ya existentes por parte de los Estados a la hora de garantizar los derechos humanos en los contextos empresariales.

El presente trabajo estará dividido en tres partes. En primer lugar, se abordará la forma en la que la Corte IDH ha desarrollado la atribución de responsabilidad internacional desde la óptica de los deberes de respeto y garantía. En segundo lugar, se hará un breve recuento de la naturaleza de las medidas de reparación teniendo en consideración algunas aproximaciones a las principales discusiones en torno a aquellas que se dan en el contexto de actividades empresariales. En tercer lugar, destacaremos cuatro ámbitos de la jurisprudencia de la Corte: i) esclavitud y trata de personas; ii) afectaciones a la salud; iii) afectaciones laborales; y iv) afectaciones culturales y ambientales. Finalmente, reflexionamos sobre los retos que enfrentan las reparaciones en el SIDH en el contexto futuro.

## 2. La responsabilidad internacional de los Estados por actos de terceros

El art. 1° de la CADH consagra la obligación de todos los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas. Constituyéndose a partir de dichos deberes, "en la piedra angular sobre la cual descansa el sistema de derechos y libertades de la CADH y, en gran medida, del SIDH".<sup>1</sup> Estas obligaciones surgen de la concepción de que "en la protección de los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal".<sup>2</sup>

A partir de los deberes de respeto y garantía, la Corte IDH ha podido desarrollar de forma sólida las obligaciones estatales en materia de derechos humanos y, sobre todo, en lo relacionado a la responsabilidad internacional por actuaciones de terceros por el incumplimiento al deber de garantía. Resulta preciso diferenciar entre

1. FERRER MAC-GREGOR, E., "Los deberes de los Estados y derechos protegidos", en URIBE, G. (Coord.), *Comentario a la Convención Americana de Derechos Humanos*, Segunda Edición, Konrad Adenauer Stiftung, Colombia, 2019, p. 39.

2. CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-6/86. La expresión "leyes" en el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1986, párr. 21.

ambos deberes para poder comprender mejor la atribución de responsabilidad internacional:

## 2.1. El deber de respeto

Supone la obligación que tiene el Estado de abstenerse de realizar acciones u omisiones por parte de cualquier poder u órgano del Estado, a través de sus agentes estatales. Es decir, consiste en cumplir directamente con la norma establecida.<sup>3</sup> Para Gros Espiell, este deber implica la obligatoriedad por parte "del Estado y de todos sus agentes, cualquiera que sea su carácter o condición, de no violar, directa ni indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos y libertades reconocidos en la Convención".<sup>4</sup> Ejemplos de este incumplimiento son las "tradicionales" graves violaciones a los derechos humanos, tales como torturas, desapariciones o ejecuciones extrajudiciales, todas cometidas por agentes estatales.

## 2.2. El deber de garantía

A diferencia del deber de respeto, donde es el propio Estado el que debe abstenerse de realizar violaciones a los derechos humanos, el deber de garantía supone la obligación del Estado de garantizar que terceros no vulneren los derechos de las personas bajo su jurisdicción. Desde su primer caso contencioso, "Velásquez Rodríguez vs. Honduras", la Corte ha entendido este como "el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos".<sup>5</sup>

En la Opinión Consultiva N° 18/03 sobre la "Condición jurídica y derechos de los migrantes

indocumentados", la Corte IDH hizo referencia a la teoría del *drittwirkung*, según la cual "los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares".<sup>6</sup> En esta medida, la obligación de garantizar los derechos humanos "supone el deber estatal de impedir o hacer todo lo racionalmente posible para evitar que se violen los derechos humanos de las personas sometidas a la jurisdicción de un Estado por parte de cualquier persona, pública o privada, individual o colectiva, física o jurídica".<sup>7</sup>

Por supuesto, tal como ha señalado la Corte IDH desde el caso "Velásquez Rodríguez vs. Honduras":

El derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones.<sup>8</sup>

De esta manera, si bien en el caso "Velásquez Rodríguez" la Corte IDH reconoció que la obligación de garantizar derechos es *erga omnes*, esto no significa que el Estado es responsable irrestricto por cualquier conducta o actos de violaciones a los derechos humanos acaecidos dentro de su territorio. En esta medida, la Corte ha ido desarrollando cuáles son los criterios respecto de los cuales se puede atribuir la responsabilidad internacional del Estado por actuaciones de particulares.

### a) Deber de prevención y teoría del riesgo

De la obligación general de garantía se deriva otra serie de obligaciones específicas (o formas de cumplimiento) que se han desarrollado desde los inicios de la

3. NASH ROJAS, C., *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción: aciertos y desafíos*, Porrúa, México, 2009, p. 30.

4. GROS ESPIELL, H., *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1991, p. 65.

5. CORTE IDH, caso "Velásquez Rodríguez vs. Honduras", Fondo, 1988, párr. 166.

6. CORTE IDH, Opinión Consultiva oc-18/03, "Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados", Serie A, N° 18, 17 de septiembre de 2003, párr. 140.

7. GROS ESPIELL, G., *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Chile, 1991, pp. 65, 66, citado por FERRER MAC-GREGOR, E., "Los deberes de los Estados y derechos protegidos", en URIBE, G. (Coord.), *Comentario a la Convención Americana de Derechos Humanos*, segunda edición, Konrad Adenauer Stiftung, Colombia, 2019, p. 43.

8. CORTE IDH, caso "Velásquez Rodríguez vs. Honduras", Fondo, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C N° 4, párr. 134.



jurisprudencia de la Corte IDH;<sup>9</sup> una de ellas ha sido el deber de prevención que ostentan los Estados respecto a las actividades de particulares y el riesgo que ello implica para el goce de los derechos humanos de todas las personas. La Corte ha considerado que no toda violación a los derechos humanos es en principio atribuible al Estado, sino que es necesario que tenga conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para una persona o un grupo de personas determinadas.<sup>10</sup>

La Corte IDH ha abordado diversos estándares para afrontar esta situación, principalmente en casos relacionados con el conflicto armado colombiano y las actuaciones de grupos paramilitares. Como habíamos señalado, el origen de la responsabilidad internacional surge de los "actos u omisiones de cualquier poder u órgano de este, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana".<sup>11</sup> En definitiva, estos actos generan inmediatamente el hecho ilícito internacional sin requerirse, tal como se hace en la jurisdicción penal doméstica o internacional, determinar la responsabilidad individual. Para el derecho internacional de los derechos humanos, resulta suficiente que se demuestre la existencia de apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención,<sup>12</sup> así como por omisiones cometidas por la autoridad pública.

Tal como se muestra en el caso "Masacre de Mapiripán vs. Colombia", dichos actos también pueden ser hechos por particulares, en principio, no atribuibles al Estado. Al resolver este caso, la Corte IDH determinó la responsabilidad internacional de Colombia por haber prestado colaboración, aquiescencia y tolerancia, mediante miembros de las fuerzas armadas y altos funcionarios públicos, para que grupos paramilitares accedieran a la localidad de Mapiripán y atentaran

contra la vida de las personas ubicadas en dicho lugar;<sup>13</sup> sin haber adoptado ninguna medida de protección respecto a dichos actos.<sup>14</sup>

En el caso "Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia", donde dicho Estado fue juzgado por los asesinatos de grupos paramilitares en el marco de un conflicto armado, el Estado colombiano alegó la imposibilidad de declarar la responsabilidad internacional, en la medida en que los hechos acontecidos se dieron mientras la capacidad de reacción estatal estaba limitada por una situación crítica de orden público. Para Colombia, esto imposibilitaba la cobertura total del territorio donde se realizó el ataque de los grupos paramilitares y, por ende, no se pudieron prevenir dichos hechos.<sup>15</sup>

En respuesta a dicho alegato, tal como la Corte IDH había señalado desde el caso "Velásquez Rodríguez vs. Honduras", si bien los actos de particulares en principio no son atribuibles a los Estados:

Estos pueden generar la responsabilidad de los mismos, cuando los agentes estatales en su posición de garantes, por acción u omisión, no adopten las medidas pertinentes para proteger los derechos sometidos a su jurisdicción, esto último teniendo en consideración que las obligaciones de respeto y garantía contenidas en el art. 1.1 de la CADH proyectan sus efectos más allá de la relación entre los Estados y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones individuales.<sup>16</sup>

9. FERRER MAC-GREGOR, E., "Los deberes de los Estados y derechos protegidos", en URIBE, G. (Coord.), *Comentario a la Convención Americana de Derechos Humanos*, segunda edición, Konrad Adenauer Stiftung, Colombia, 2019, p. 44.

10. "Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras", Fondo, reparaciones y costas, 2015, párr. 209.

11. Cfr. CORTE IDH, caso "Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú", Fondo, sentencia del 8 de julio de 2004, Serie C N° 110, párr. 71.

12. CORTE IDH, caso "19 comerciantes vs. Colombia", Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 5 de julio de 2004, Serie C N° 109, párr. 141.

13. La Corte determinó: "La participación de agentes del Estado en la masacre no se limitó solamente a facilitar el ingreso de las AUC en la región, ya que las autoridades tuvieron conocimiento del ataque perpetrado contra la población civil en Mapiripán y omitieron adoptar las medidas necesarias para proteger a los miembros de la comunidad". CORTE IDH, "Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia", Fondo, sentencia del 15 de septiembre de 2005, Serie C N° 134, párr. 120.

14. CORTE IDH, caso "Masacre de Mapiripán vs. Colombia", Fondo, sentencia del 15 de septiembre de 2005, Serie C N° 134, párr. 123.

15. CORTE IDH, caso "Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia", Fondo, sentencia del 31 de enero de 2006, Serie C N° 140, párr. 121.

16. CORTE IDH, caso "Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia", Fondo, sentencia del 31 de enero de 2006, Serie C N° 140, párr. 113.

Desde tales argumentos, la Corte IDH consideró que, si bien el Estado colombiano adoptó ciertas medidas de prevención ante el riesgo inminente de posibles violaciones a derechos humanos por grupos paramilitares, estas no fueron suficientes ni efectivas, en la medida en que el Estado colombiano no proporcionó el personal militar necesario<sup>17</sup> para proteger una zona calificada "de emergencia y de operaciones militares", y, por lo tanto, no previno razonablemente el fallecimiento de aproximadamente 42 personas a manos de estos grupos armados.<sup>18</sup>

Igualmente, la Corte se ha enfrentado a situaciones en las que la responsabilidad internacional y el vínculo de determinación de esta son atribuibles al Estado tanto por la denominada "teoría del riesgo",<sup>19</sup> como por el deber de investigar violaciones a los derechos sustantivos reconocidos en la Convención, tales como el derecho a la vida, integridad física, etc. La Corte ha desarrollado ampliamente esta jurisprudencia en el contexto de casos de violencia contra la mujer, donde las obligaciones establecidas por la Convención Americana se ven reforzadas por la Convención Belém do Pará que en su art. 7b "obliga de manera específica a los Estados parte a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer".<sup>20</sup> Al respecto, el caso paradigmático es "González y otras (Campo Algodonero) vs. México". La Corte IDH determinó que el Estado tuvo pleno conocimiento en diversos momentos<sup>21</sup> del riesgo real e inminente para la vida e integridad de las víctimas del caso, producto del contexto de violencia contra la mujer y su especial estado de vulnerabilidad en

razón de su género, edad y estatus económico.<sup>22</sup> Para la Corte, a pesar de ello, el Estado mexicano no atendió con la debida diligencia las diversas denuncias presentadas, ni abordó medidas preventivas respecto a los claros indicios de violencia sexual; por lo que a criterio de la Corte IDH fue declarado responsable internacionalmente por el incumplimiento del deber de garantía al no haber prevenido razonablemente el riesgo antes descrito.<sup>23</sup>

Al respecto, en el caso "Yarce y otras vs. Colombia", se debatió si el Estado era responsable por no haber garantizado el derecho a la vida e integridad de cinco mujeres en el marco de un conflicto armado.<sup>24</sup> En este caso, la Corte IDH realizó un análisis particular respecto al asesinato de Ana Teresa Yarce por parte de grupos paramilitares, teniendo la oportunidad de desarrollar tres criterios concurrentes para determinar cuándo una situación de riesgo en concreto es atribuible a un Estado por actos de particulares, a saber: i) que al momento de los hechos existía una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinados; ii) que las autoridades conocían o debían tener conocimiento de ese riesgo; iii) que las autoridades, pese a ello, no adoptaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo.<sup>25</sup>

Respecto al primer criterio, en cada caso que se analice, se deberá acreditar que la o las víctimas se encontraban en una situación de riesgo, susceptible de ser materializada de forma inmediata y afectar sus derechos humanos; para ello se deberán tener en cuenta las amenazas, agresiones u otros aspectos, tales como el contexto de cada caso.<sup>26</sup> En cuanto al segundo criterio,

17. CORTE IDH, caso "Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia", Fondo, sentencia del 31 de enero de 2006, Serie C N° 140, párr. 134.

18. CORTE IDH, caso "Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia", Fondo, sentencia del 31 de enero de 2006, Serie C N° 140, párr. 139.

19. ABRAMOVICH, V., "Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso 'Campo Algodonero' en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", JA, Buenos Aires, 2013, pp. 9-10.

20. Caso "Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala", EPFR, 2015, párr. 145

21. La Corte determinó: "En el presente caso, existen dos momentos claves en los que el deber de prevención debe ser analizado. El primero es antes de la desaparición de las víctimas y el segundo, antes de la localización de sus cuerpos sin vida". CORTE IDH, caso "González y otras (Campo Algodonero) vs. México", Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 16 de noviembre de 2009, Serie C N° 205, párr. 282.

22. CORTE IDH, caso "González y otras (Campo Algodonero) vs. México", Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 16 de noviembre de 2009, Serie C N° 205, párr. 282.

23. CORTE IDH, caso "González y otras (Campo Algodonero) vs. México", Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 16 de noviembre de 2009, Serie C N° 205, párr. 286.

24. CORTE IDH, caso "Yarce y otras vs. Colombia", Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 22 de noviembre de 2016, Serie C N° 325, párr. 47.

25. CORTE IDH, caso "Yarce y otras vs. Colombia", Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 22 de noviembre de 2016, Serie C N° 325, párr. 185.

26. CORTE IDH, Caso "Azul Rojas Marín y otra vs. Perú", Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 12 de marzo de 2020, Serie C N° 402, párr. 48. CORTE IDH, Caso "Arrom Suhurt y

también deberá acreditarse que las autoridades estatales debían encontrarse en la posibilidad de conocer tales acontecimientos o, sobre la base de criterios razonables, determinar que deberían haberlo conocido, lo cual podrá ser acreditado mediante denuncias, informes de entidades nacionales o supranacionales, etc. Por último, será pertinente analizar si las medidas para mitigar los riesgos fueron efectivas, es decir, si fueron necesarias y razonables para garantizar los derechos humanos de las víctimas,<sup>27</sup> a pesar de la subsecuente vulneración de tales derechos, ello en razón de que la obligación de prevención es entendida por la Corte IDH como uno de comportamiento y no de resultados.<sup>28</sup>

*b) El deber de fiscalización empresarial*

El deber de prevención, como ha sido analizado hasta el momento en este trabajo, se ha restringido estrictamente a sucesos enmarcados dentro de conflictos armados o contextos de violencia contra la mujer; no obstante, en el ámbito de las actividades empresariales, la Corte IDH ha establecido ciertas obligaciones específicas para la prevención y subsecuente garantía de los derechos humanos.

En razón a ello, la Corte ha señalado en los casos "Gonzales Lluy, Albán Cornejo y Suárez Peralta contra Ecuador" que los Estados tienen la obligación de

regular y supervisar la prestación de servicios<sup>29</sup> de interés público —en particular, en los casos de salud—, sean realizados por entidades públicas o privadas;<sup>30</sup> lo cual, en el caso de estas últimas, desencadenaría en la responsabilidad internacional del Estado por actuación de terceros como analizaremos puntualmente en el siguiente acápite.

*c) El incumplimiento del deber de respeto producto de actos de particulares*

Por último, si bien hemos señalado que el deber de garantía implica adoptar medidas de prevención ante supuestos de riesgo, ya sea dentro de conflictos armados o actividades empresariales, el art. 1º de la CADH también contempla el deber de respeto. A diferencia del deber de garantía, este consiste en cumplir directamente con la obligación establecida, ya sea absteniéndose de actuar o dando una prestación determinada.<sup>31</sup>

En ese orden de ideas, las actuaciones de terceros también en casos determinados podrían significar la responsabilidad estatal por incumplimiento del deber de respeto, pese a que no se acredite la actuación inmediata

## “Un caso paradigmático es González y otras vs. México en el que la Corte IDH tuvo conocimiento del riesgo real e inminente para la vida e integridad de las víctimas, producto del contexto de violencia contra la mujer”

otros vs. Paraguay”, Fondo, sentencia del 13 de mayo de 2019, Serie C N° 377, párr. 46.

27. CORTE IDH, caso “Defensor de derechos humanos y otros vs. Guatemala”, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 de agosto de 2014, Serie C N° 283, párr. 141.

28. CORTE IDH, caso “Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras”, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 8 de octubre de 2015, Serie C N° 304, párr. 277.

29. CORTE IDH, caso “Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador”, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1º de septiembre de 2015, Serie C N° 298, párr. 174.

30. CORTE IDH, caso “Albán Cornejo y otros vs. Ecuador”, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 22 de noviembre de 2007, Serie C N° 171, párr. 119. CORTE IDH, Caso “Suárez Peralta vs. Ecuador”, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 21 de mayo de 2013, Serie C N° 261, párr. 150.

31. NASH ROJAS, c., *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción: Aciertos y desafíos*, México, 2009, p. 30, citado por FERRER MAC-GREGOR, E., “Los deberes de los Estados y derechos protegidos”, en URIBE, G. (Coord.), *Comentario a la Convención Americana de Derechos Humanos*, segunda edición, Konrad Adenauer Stiftung, Colombia, 2019, p. 41.

o perpetración directa de los hechos por parte de agentes estatales. Resulta pertinente ilustrar este punto con el ejemplo del caso "López Soto vs. Venezuela" relativo, entre otros aspectos, a la tortura sexual infringida en contra de Linda López. En dicho caso, la hermana de la víctima denunció en múltiples ocasiones dichos actos con la finalidad de rescatar a su hermana; a pesar de tales requerimientos, las autoridades venezolanas no realizaron diligencia alguna para prevenir las agresiones físicas, verbales, psicológicas y sexuales que sufrió la víctima durante su captura, pese a tener pleno conocimiento de la identidad y ubicación de la persona denunciada; esto demostró "una actitud tolerante frente a situaciones que por sus características constituyen un riesgo de violencia contra la mujer".<sup>32</sup>

Tal como consideró la Corte IDH en este caso, a diferencia del deber de prevención,

La aquiescencia en la actuación de terceros por parte del Estado generaría un nivel de responsabilidad más directo que aquel derivado del análisis del riesgo, por cuanto aquel comporta un consentimiento del Estado al accionar del particular, sea por la inacción deliberada o por su propio accionar, al haber generado las condiciones que permitan que el hecho sea ejecutado por los particulares.<sup>33</sup>

Por lo tanto, para determinar el incumplimiento de la obligación de respeto, en el marco de la tortura sexual sufrida por la víctima en este caso, a consideración de la Corte es importante "dilucidar si una determinada violación ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si este ha actuado de manera que la transgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente".<sup>34</sup>

Al respecto, la Corte IDH ha señalado que la configuración de la tortura<sup>35</sup> no se encuentra condicionada a su comisión directa por parte de actores estatales; por el contrario, también se prevé que los Estados puedan ser responsables internacionalmente en instancias relacionadas con la instigación, consentimiento, aquiescencia y falta de actuación cuando pudieran impedir tales actos.<sup>36</sup>

En razón de ello, la Corte IDH declaró responsable al Estado venezolano por el incumplimiento del deber de respeto en relación con los actos de tortura sexual, en la medida en que las autoridades venezolanas, conociendo la identidad, ubicación e incluso haberse contactado con el agresor de la víctima, no adoptaron medida alguna frente a las denuncias presentadas, demostrando una grosera omisión que posibilitó los actos de tortura.<sup>37</sup>

De esta manera, habiendo establecido el marco general desarrollado por la Corte IDH para la adjudicación de responsabilidad internacional por la actuación de terceros, corresponde, a efectos de este trabajo, centrarnos en aquellas vulneraciones perpetradas en el marco de la actividad empresarial. Sin embargo, para poder atender al objeto de este trabajo repasaremos previamente cuáles son las facultades de la Corte en materia de reparación integral.

### 3. La reparación integral

El art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos otorga a la Corte Interamericana la facultad de ordenar que se garantice a la víctima el derecho violado, así como de ordenar medidas de reparación que abarquen tanto indemnizaciones compensatorias como otras medidas adicionales. Para el Tribunal, toda violación a una obligación internacional, que significa un

**32.** CORTE IDH, caso "López Soto vs. Venezuela", Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2018, Serie C N° 362, párr. 169.

**33.** CORTE IDH, caso "López Soto vs. Venezuela", Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2018, Serie C N° 362, párr. 146.

**34.** CORTE IDH, caso "López Soto vs. Venezuela", Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2018, Serie C N° 362, párr. 146.

**35.** La Corte determinó: "A la luz del art. 5.2 de la Convención Americana y de conformidad con la jurisprudencia de esta Corte, se está frente a un acto constitutivo de tortura cuando el maltrato: i) es intencional; ii) cause severos sufrimientos físicos o mentales, y iii) se cometa con cualquier fin o propósito". CORTE IDH, caso "López Soto vs. Venezuela", Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2018, Serie C N° 362, párr. 186.

**36.** CORTE IDH, caso "López Soto vs. Venezuela", Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2018, Serie C N° 362, párr. 192.

**37.** CORTE IDH, caso "López Soto vs. Venezuela", Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2018, Serie C N° 362, párr. 199.

daño, conlleva una reparación.<sup>38</sup> El sustento además de convencional se encuentra en el hecho de que estamos ante una "norma consuetudinaria de derecho internacional que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado".<sup>39</sup> Además, este Tribunal ha establecido que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como con las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos.<sup>40</sup>

Igualmente, al momento de identificar cómo abordará la determinación de las reparaciones que corresponden en un caso en concreto, la Corte analizará las pretensiones tanto de los representantes de las víctimas como de la Comisión Interamericana y las contrastará con lo señalado por el Estado a la luz de la Convención.<sup>41</sup>

La Corte se ha caracterizado por ser un tribunal internacional pionero respecto de las medidas de reparación que ha ordenado a los Estados responsables de las violaciones a los derechos humanos. En particular, debido al concepto de reparación integral,<sup>42</sup> que toma muy en cuenta las necesidades de las víctimas y también tiene en consideración aquellos aspectos estructurales o normativos que provocaron la violación y requieren ser

modificados por el Estado para evitar la repetición del mismo tipo de violaciones.<sup>43</sup> A su vez, se trata de diversas medidas que no solo inciden en los aspectos patrimoniales de justicia redistributiva, sino que tienen un enfoque más comprensivo. Por tanto, no estamos hablando únicamente de ordenar indemnizaciones pecuniarias, sino que ha habido un énfasis en las medidas que atienden las dimensiones de restitución, rehabilitación, satisfacción, garantías de no repetición de las violaciones y la obligación de investigar las violaciones.<sup>44</sup>

Cabe resaltar que la Corte también ha considerado que las medidas de reparación deben tener "un efecto no solo restitutivo, sino también correctivo", en el sentido de que se dirijan a prevenir la repetición de violaciones a través de una vocación de transformar las circunstancias que provocaron violación.<sup>45</sup> Es decir, las reparaciones de la Corte tienen una dimensión transformadora.<sup>46</sup>

En cada sentencia, se ordenan múltiples medidas de reparación. Para comprender la gran amplitud de medidas ordenadas por la Corte IDH es posible agruparlas dentro de seis formas de reparación.<sup>47</sup>

38. Cfr. caso "Velásquez Rodríguez vs. Honduras", Reparaciones y costas, sentencia del 21 de julio de 1989, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C N° 7, párr. 25.

39. Caso "Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala", Reparaciones y costas, sentencia del 26 de mayo de 2001, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C N° 77, párr. 62.

40. Cfr. caso "Ortiz Hernández y otros vs. Venezuela", sentencia del 22 de agosto de 2017, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr. 185, Cas. "Vereda la Esperanza vs. Colombia", Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2017, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr. 253, caso "Velásquez Rodríguez vs. Honduras", Reparaciones y costas, cit. párrs. 25 y 26.

41. Cfr. caso "Vereda la Esperanza vs. Colombia", Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, cit. párr. 254.

42. Carlos Berinstain ha reconocido que "[la] jurisprudencia [de la Corte IDH] ha supuesto avances muy significativos respecto a una perspectiva de la reparación más amplia que los enfoques centrados en la reparación económica. Se ha basado en una perspectiva integral que tenga en cuenta las cinco dimensiones básicas de la reparación (restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y prevención". BERISTAIN, C., *Diálogos sobre la reparación. Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*, ministro de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2010, p. 178. Disponible en: <<https://www.iidh.ed.cr/iidh/media/1585/dialogos-sobre-la-reparacion-2010.pdf>>

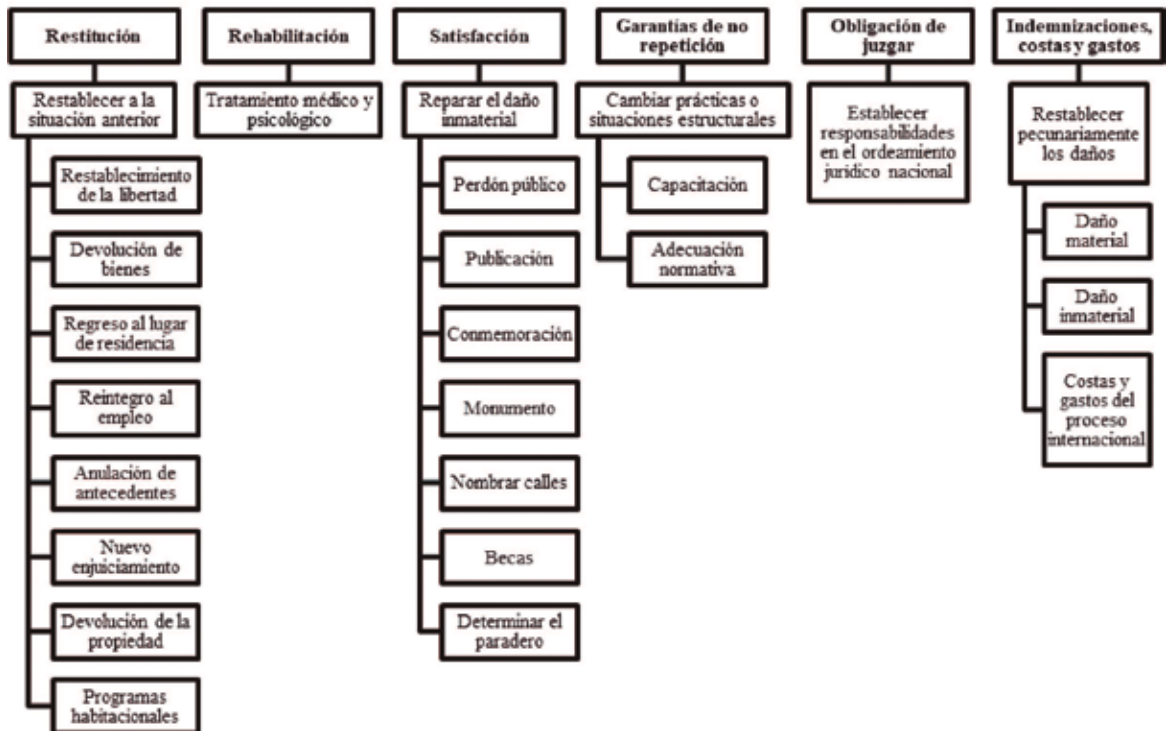
43. SHELTON, D., *Remedies in International Human Rights Law*, George Washington University Law School, 3ª edición, Washington, 2005, pp. 65.

44. Cfr. caso "Ortiz Hernández y otros vs. Venezuela", Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 22 de agosto del 2017, cit. párr. 186.

45. Cfr. caso "González y otras ('Campo algodónero') vs. México", Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. sentencia del 16 de noviembre de 2009, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C N° 205, párr. 450.

46. Cfr. VON BOGDANDY, A.; FERRER MAC GREGOR, E.; MORALES ANTONIAZZI, A. y PIOVESAN, F., "Soley. Ius Constitutionale Commune En América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism", Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law, 2017, pp. 15-57.

47. Siguiendo la propia nomenclatura adoptada por la Corte IDH en sus últimas sentencias.



### 3.1. Algunos debates en torno a las reparaciones en contextos empresariales en el Sistema Interamericano

Cuatro aclaraciones son necesarias para comprender el concepto de "reparación integral" en el contexto de las actividades empresariales y derechos humanos, que surgen de las siguientes dudas:

1. ¿Son las empresas las responsables de reparar en el marco del Sistema Interamericano?
2. ¿Es posible que exista responsabilidad internacional de un Estado por actuaciones de empresas en otros territorios?
3. ¿Pueden ser consideradas las empresas víctimas o beneficiarias de las reparaciones en el marco del Sistema Interamericano?

4. Desde la óptica de la subsidiariedad y complementariedad del Sistema Interamericano, ¿tienen las reparaciones internacionales la misma naturaleza que las locales?

A continuación, responderemos a estos interrogantes:

#### a) Empresas como titulares del deber de reparación

Como vimos, conforme las normas interamericanas y los mecanismos de atribución de responsabilidad internacional antes mencionados, únicamente pueden exigirse reparaciones por violaciones de derechos humanos a los Estados parte de la Convención Americana. Es decir, siguiendo la lógica del derecho internacional público, únicamente los Estados, al ser los sujetos que

han ratificado un tratado, son los obligados a cumplirlo y, atendiendo a la costumbre internacional y las normas del SIA, los llamados a reparar.

No obstante, los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos establecen: "Si las empresas determinan que han provocado o contribuido a provocar consecuencias negativas deben repararlas o contribuir a su reparación por medios legítimos".<sup>48</sup> Si bien en el marco del Sistema Interamericano no se ha ahondado en esta posibilidad de exigir reparaciones a las empresas, la Corte Interamericana ha tenido una muy interesante respuesta en el caso "Kaliña Lokono vs. Surinam".<sup>49</sup>

En este caso, la Corte declaró la responsabilidad internacional del Estado por no haber respetado el derecho a la propiedad comunal de determinadas comunidades indígenas, al haber otorgado concesiones mineras por largos períodos, lo que afectó gravemente la propiedad e identidad cultural de esas comunidades.

La Corte IDH dispuso dentro de sus medidas de reparación que el Estado de Surinam de manera conjunta con las empresas extractivas implementen las acciones suficientes y necesarias, a fin de rehabilitar la zona afectada; a efectos de ello, contando con la participación de una representación de los pueblos Kaliña y Lokono.

Esta resulta la primera vez y la única hasta el momento en que la Corte ha ordenado de manera directa a una empresa, al igual que al Estado, a que participe de manera activa en la rehabilitación de las propiedades indígenas. Si bien a nuestro criterio representa un mecanismo de reparación sumamente interesante en el contexto de las actividades empresariales privadas, algunas precisiones son necesarias: (1) esta reparación no parece abrir la puerta a que la Corte analice las actuaciones de privados de forma independiente, ya que dichos actos bajo la competencia de la Corte IDH solo podrán ser analizados a

partir de la responsabilidad internacional de los Estados y el incumplimiento de las obligaciones emanadas de la CADH. (2) Como todos los particulares, si bien las empresas tienen obligaciones en materia de derechos humanos, dichas obligaciones no se dan en el nivel de responsabilidad internacional en el SIA. Lo anterior sería considerar a las empresas como sujetos internacionales, una discusión existente en la doctrina e interesante, pero que no ahondaremos en este trabajo.<sup>50</sup> (3) La Corte no precisa en su sentencia cuál es el grado de participación que debe tener la empresa en la implementación de la mencionada medida de reparación. (4) Tampoco se evidencia si se trata de una obligación conjunta, que deber ser cumplida de manera mancomunada o cuáles serían los efectos del incumplimiento por parte de la empresa. (5) Cabe preguntarse cómo se desarrollará la supervisión del cumplimiento de esta medida y si la Corte, efectivamente, exigirá al Estado que integre a la empresa en su ejecución.<sup>51</sup> A la fecha de cierre de este artículo, la Corte no había emitido una resolución de supervisión de cumplimiento de esta sentencia.

## **b) Obligaciones extraterritoriales de los Estados por actuaciones empresariales**

A la fecha, la Corte IDH no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la responsabilidad extraterritorial de los Estados por actividades empresariales. Además de las reglas clásicas de atribución de responsabilidad que ya hemos abarcado, es preciso señalar que, en su Opinión Consultiva N° 23 sobre "Medio ambiente y derechos humanos" de 2017, la Corte IDH desarrolló aspectos muy relevantes respecto de su jurisdicción en situaciones en las que los derechos humanos se vean afectados

48. ONU, Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar", informe del representante especial del secretario general para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Presentado durante el 17° período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011. Disponible en: [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR\\_Sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_Sp.pdf)

49. CORTE IDH, caso "Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam", Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 25 de noviembre de 2015, Serie C N° 309.

50. CANTÚ RIVERA, H., *Empresas y derechos humanos: ¿hacia una regulación jurídica efectiva o el mantenimiento del statu quo?*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2013, p. 343.

51. En su voto parcialmente disidente a la sentencia, el juez Humberto Sierra Porto es crítico a lo que considera "Inconvenientes en la supervisión de cumplimiento relativos a la periodicidad y pormenorización de la medida de reparación sobre la restitución de las tierras". Ver: voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto a la sentencia del caso "Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina", Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 6 de febrero de 2020, Serie C N° 400, párrs. 23-30.

por daños ambientales. Puntualizamos los siguientes: (1) las obligaciones de los Estados parte no están restringidas al espacio geográfico correspondiente a su territorio, sino que abarcan aquellas situaciones en las que, aun fuera del territorio de un Estado, una persona se encuentre bajo su jurisdicción. (2) El ejercicio de la jurisdicción por parte de un Estado bajo el art. 1.1 de la Convención puede abarcar conductas extraterritoriales y dichas circunstancias deben ser examinadas en cada caso concreto a efectos de verificar la existencia de un control efectivo sobre las personas. (3) Una persona está sometida a la "jurisdicción" de un Estado, respecto de una conducta cometida fuera del territorio de dicho Estado (conductas extraterritoriales) o con efectos fuera de dicho territorio, cuando dicho Estado está ejerciendo autoridad sobre la persona o cuando la persona se encuentre bajo su control efectivo, sea dentro o fuera de su territorio. (4) Respecto a daños ambientales transfronterizos, la Corte concluyó que una persona está bajo la jurisdicción del Estado de origen cuando existe una relación de causalidad entre el hecho que ocurrió en su territorio y la afectación de los derechos humanos de personas fuera de su territorio. (5) Las obligaciones de protección del medio ambiente establecidas para zonas de aplicación específicas por determinados tratados no constituyen una extensión de la jurisdicción de los Estados a efectos de las obligaciones derivadas de la Convención Americana.

Siguiendo esta línea, la Comisión Interamericana, en su "Informe sobre empresas y derechos humanos", toca la responsabilidad extraterritorial de los Estados, a partir de una interpretación amplia de la noción de "jurisdicción", argumentando la posibilidad de que se pueda generar responsabilidad internacional por actos u omisiones de un Estado que produzcan efectos o sean llevados a cabo fuera de su territorio;<sup>52</sup> esto último, en la medida en que si bien todos los Estados están obligados a respaldar los derechos protegidos de cualquier persona sujeta a su jurisdicción, ello en determinadas circunstancias puede referirse a la conducta con un *locus* extraterritorial, en que la persona está presente en el territorio de un Estado, pero sujeta al control de otro.<sup>53</sup>

52. CIDH, "Informe de inadmisibilidad" N° 38/99, Víctor Saldaño (Argentina), 11 de marzo de 1999, párr. 17.

53. CIDH, "Empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1° de noviembre de 2019, párr. 148.

A criterio de la CIDH, dadas las complejas formas de organización y operación a nivel local, regional y global de los actores económicos, los mecanismos políticos o marcos normativos dirigidos a enfrentar los desafíos en este campo, deben incorporar y reconocer la aplicación extraterritorial de las obligaciones que se desprenden del derecho internacional de los derechos humanos, para garantizar la protección de todas las personas y comunidades involucradas.<sup>54</sup>

### c) Empresas como beneficiarias de reparaciones o "víctimas"

Es importante destacar que las empresas dentro del SIDH, no solo han tenido el rol de agentes que han acarreado la responsabilidad internacional de los Estados por las actividades irregulares que estas realizan, sino que también han sido nexos entre las víctimas y la justicia internacional. Sin embargo, la Corte IDH en la Opinión Consultiva N° 22/16 ha sido suficientemente enfática en señalar que las personas jurídicas no son titulares de derechos ante el SIDH.<sup>55</sup>

Por supuesto, ello no restringe la posibilidad de que bajo determinados supuestos las personas que ejercen sus derechos a través de ellas puedan acudir al SIDH para hacer valer los mismos, aun cuando estos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema jurídico.<sup>56</sup> De esta manera, en su jurisprudencia,

54. CIDH, "Empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1° de noviembre de 2019, párr. 52.

55. Con excepción de las comunidades indígenas y tribales, y los sindicatos, federaciones y confederaciones; CORTE IDH, Opinión Consultiva oc-22/16, "Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos" (interpretación y alcance del art. 1.2, en relación con los arts. 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del art. 8.1.a y b del Protocolo de San Salvador), 26 de febrero de 2016, Serie A N° 22, párr.106.

56. CORTE IDH, Opinión Consultiva oc-22/16, "Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos" (interpretación y alcance del art. 1.2, en relación con los arts. 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del art. 8.1.a y b del Protocolo de San Salvador), 26 de febrero de 2016. Serie A N° 22, párr. 109. CORTE IDH, caso "Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela", Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 22 de junio de 2015, Serie C N° 293, párr. 146.



las empresas han servido de medios por los cuales determinadas víctimas han podido acceder a la jurisdicción de la Corte IDH como en los casos "Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela"<sup>57</sup> o "Ivcher Bronstein vs. Perú",<sup>58</sup> donde los principales accionistas y trabajadores de empresas privadas vieron vulnerados su derecho a la libertad de expresión por las restricciones ilegítimas impuestas por los Estados de Venezuela y Perú respecto de las noticias y la información que brindaban a la sociedad.

#### d) Subsidiariedad y complementariedad de las reparaciones

El SIA es subsidiario, es decir que la "responsabilidad estatal bajo la Convención solo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de establecer, en su caso, una violación de un derecho y reparar el daño ocasionado por sus propios medios".<sup>59</sup>

De esta manera, atendiendo al principio de subsidiariedad, en algunos casos, la Corte ha considerado que el Estado se encuentra en mejor posición para otorgar reparaciones particulares. En mayor medida, se ha tratado de casos con gran cantidad de víctimas y que han respondido a contextos de justicia transicional.<sup>60</sup> No obstante,

cabe mencionar que la Corte sí entra a analizar la compatibilidad de estos mecanismos de reparación interna, usualmente de naturaleza administrativa, con las obligaciones internacionales a la luz de la Convención Americana. Es importante destacar que para la Corte el acceso a estos mecanismos no es excluyente de la posibilidad de reclamar reparaciones individuales, tal como señaló en el caso "García Lucero vs. Chile" (2013).<sup>61</sup>

La Corte ha reiterado que, de existir programas internos de reparación, esta debe valorar sus procedimientos y sus resultados, particularmente debido a "que constituyen un esfuerzo por parte del Estado en dirección de un proceso colectivo de reparación y de paz social".<sup>62</sup> Sin embargo, al entrar a valorar dichos programas, la jurisprudencia de la Corte ha oscilado principalmente entre dos vertientes.

La primera y más controversial<sup>63</sup> no da preferencia a los programas y establece sus propios montos como en cualquier otro caso, que usualmente son mayores a los brindados por programas administrativos y masivos de reparación.<sup>64</sup> La segunda y más limitada vertiente de la

*Justice*, *Transitional Justice in the Twenty-First Century: Beyond Truth versus Justice*, 2006. MAGARRELL, L. y WESLEY, J., "Learning from Greensboro: Truth and Reconciliation in the United States", University of Pennsylvania Press, 2008. UPRIMNY, R. y SAFFON, M.P., "Uses and Abuses of Transitional Justice Discourse in Colombia", International Peace Research Institute, 2007.

61. Caso "García Lucero vs. Chile", Excepción preliminar, fondo y reparaciones, sentencia del 28 de agosto de 2013, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C N° 267, párr. 79.

62. Caso "Perrone y Preckel vs. Argentina", Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 8 de octubre de 2019, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C N° 384, párr. 116.

63. Al respecto, se ha señalado: "Si se pretendiera utilizar como parámetro de las reparaciones internas los montos que asigna la Corte en caso de violaciones al derecho a la vida, por cada persona ejecutada el Estado peruano debería abonar montos que oscilarían entre 80.000 y 200.000 dólares. Esto arrojaría un total aproximado de entre 5.52 y 13.8 mil millones de dólares, lo que representaría un alto porcentaje del producto interno bruto o casi la totalidad del presupuesto anual del Estado peruano". DULITZKY, A., "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos", cit. p. 423.

64. En el caso "Masacres de Río Negro vs. Guatemala", que tiene que ver con masacres perpetradas por miembros del ejército guatemalteco y patrullas de autodefensa y cuyo número de víctimas reconocidas por la Corte asciende a mil personas, el Estado consideró que se debía considerar como "debidamente indemnizadas" a las víctimas que recibieron montos indemnizatorios como parte del Programa Nacional de Resarcimiento. No obstante, la Corte consideró pertinente establecer sus propios montos reparatorios en la sentencia y

57. CORTE IDH, caso "Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela", Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 22 de junio de 2015, Serie C N° 293.

58. CORTE IDH, caso "Ivcher Bronstein vs. Perú", interpretación de la sentencia de fondo, sentencia del 4 de septiembre de 2001, Serie C N° 84.

59. CORTE IDH, caso "Tarazona Arrieta y otros vs. Perú", Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 15 de octubre de 2014, Serie C N° 286, párr. 137.

60. Si bien en la doctrina no existe una definición homogénea sobre "justicia transicional", se encuentra un consenso en que es a través de estos procesos que las sociedades, en su gran diversidad de características, buscan enfrentar los abusos perpetrados a gran escala y resolver los problemas de cara al futuro. De esta manera, su objetivo principal es que "los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación". Cfr. THE INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE, *Qu'est-ce que la justice transitionnelle?*, 2007, o BICKFORD, L., "Transitional Justice", *The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*, 2004, pp. 1045-1047; UPRIMNY YEPES, R., "¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia", Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006. ROTH-ARRIAZA, N., "The New Landscape of Transitional

jurisprudencia sobre reparaciones en el marco de programas de reparación interno no ordena indemnizaciones individuales.<sup>65</sup>

Sin embargo, estos escenarios antes mencionados se dieron en contextos de justicia transicional y no necesariamente de actividades empresariales, por lo que aún quedaría preguntarse si en el caso de violaciones masivas o con una pluralidad de víctimas importante por parte de empresas o en el contexto de sus actividades, la Corte adoptaría una posición similar o diferente. Un caso que nos permitiría una aproximación a esta respuesta es "Ximenes Lopes vs. Brasil" sobre un centro privado para atención a personas con discapacidad mental. En este caso, la Corte consideró que si bien en los supuestos de responsabilidad internacional de los Estados nace una nueva relación entre las víctimas y el Estado, ello no significa desconocimiento del derecho que poseen las víctimas de reclamar una reparación a través de un proceso civil interno y de la obligación que tienen los

Estados de garantizar que los recursos para obtener una reparación sean efectivos y que los procesos se den de manera adecuada y en un plazo razonable.<sup>66</sup> Es decir, en este caso, la Corte dejó la posibilidad de replicar, conforme las normas del derecho nacional en contra de la empresa a nivel interno. A decir verdad, consideramos que dependerá del caso en concreto el poder evidenciar si, efectivamente, la Corte considerará: i) las reparaciones a nivel interno como válidas, sin considerar necesario adoptar nuevas en sede internacional; ii) la necesidad de adoptar nuevas reparaciones, pese a la existencia de reparaciones a nivel interno; iii) adoptar reparaciones y también dejar abierta la posibilidad de considerar otras reparaciones civiles.

### 3.2 La jurisprudencia de la Corte IDH en la adjudicación de responsabilidad internacional por actividades empresariales

Hasta el momento, hemos analizado de forma general cómo la Corte IDH ha determinado si un Estado es responsable por las actividades de cualquier particular o tercero; dentro de los cuales, también se podrían encontrar las empresas y las posibles afectaciones que, a partir de su desempeño o actividades irregulares, podrían suscitarse. Si bien los estándares antes señalados son perfectamente aplicables al contexto empresarial, la Corte IDH y la CIDH han tenido la oportunidad de desarrollar algunos criterios adicionales en aras de reforzar las obligaciones estatales en el marco de las actividades empresariales que se encuentren bajo su jurisdicción.

La CIDH, a través de su Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (en adelante, REDESCA), ha señalado que si bien en la experiencia interamericana el análisis de la responsabilidad de terceros se ha concentrado particularmente en el marco de actores paramilitares o paraestatales, ello, a criterio de la CIDH, ha servido como base teórica para la posible atribución de responsabilidad directa del Estado

que los montos que ya han sido entregados a víctimas a nivel interno mediante el Programa Nacional de Resarcimiento sean reconocidos como parte de la reparación debida a estas y descontado de las cantidades que había fijado en su sentencia por concepto de indemnización. Esta respuesta ha sido similar en diversos casos contra Perú. Caso "Masacres de Río Negro vs. Guatemala", Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 4 de septiembre de 2012, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C N° 250, párrs. 297-304.

65. Este criterio fue adoptado por la Corte en el caso de las "Comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (operación 'Génesis') vs. Colombia" de 2013. El caso trata sobre una operación militar denominada "Génesis" cuyo fin era combatir a las FARC en 1997 y que resultó con el desplazamiento forzado de centenares de pobladores de la cuenca del río Cacarica. En Colombia, se adoptaron diversos mecanismos administrativos internos de reparación, entre ellos, la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras para "aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1° de enero de 1985. Al litigar este caso ante la Corte IDH, el Estado colombiano consideró que se debería integrar a las víctimas en ese programa. Al valorar el programa, la Corte consideró que en escenarios de justicia transicional en que se trata de reparaciones masivas que exceden las capacidades de los tribunales internos es posible que los programas administrativos satisfagan los estándares de reparación internacional. Por tanto, la Corte consideró que no era necesario adoptar indemnizaciones individuales y dispuso que el Estado colombiano debía garantizar el acceso de las 372 personas reconocidas como víctimas en su sentencia para que tengan acceso prioritario al programa de reparación. COLOMBIA, Ley de Víctimas y Restitución de Tierras colombiana, Ley N° 1448 de 2011, "por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones", art. 3°.

66. CORTE IDH, caso "Ximenes Lopes vs. Brasil", sentencia del 4 de julio de 2006, Serie C N° 149,

por complicidad en el ámbito de las empresas y los derechos humanos.<sup>67</sup>

En virtud de ello, la CIDH ha consignado cuatro supuestos en los que la acción o inacción de las entidades empresariales pueden generar responsabilidad internacional a los Estados: i) empresas que actúan por parte o bajo el control estatal, en el contexto de los contratos celebrados por las autoridades públicas, y de empresas públicas controladas por los Estados; ii) actuaciones empresariales en la medida en que el Estado parte reconozca y adopte ese comportamiento como propio; iii) empresas facultadas para ejercer atribuciones del poder estatal, como la prestación de determinados servicios públicos, como seguridad, salud, educación o administración de centros penitenciarios;<sup>68</sup> y iv) empresas fuera de los supuestos anteriores, cuyas actividades generen responsabilidad internacional por infracción al deber de respecto producto de la aquiescencia, tolerancia o colaboración estatal.<sup>69</sup>

A efectos del presente trabajo, no abordaremos las actividades empresariales de carácter estatal, donde la responsabilidad internacional no estaría relacionada con la actividad de terceros, ya que sería el propio Estado quien ejercerá estas funciones y será responsable por la inobservancia del deber de respeto, como ha sido establecido por la Corte IDH en los casos "Petroperú"<sup>70</sup> y "Lagos del Campo contra Perú",<sup>71</sup> respecto a vulneraciones de derechos laborales. Por el contrario, sí serán materia de análisis las actividades empresariales privadas, las cuales, para ser imputables a un Estado, deberán acarrear el incumplimiento del deber de garantía. Para tales fines, es menester realizar un análisis conjunto entre la teoría del riesgo en materia de adjudicación de responsabilidad por actos de

terceros, así como las obligaciones en materia empresarial establecidas por la Corte IDH.

En razón de ello, haremos un breve repaso sobre diversos casos sometidos a la jurisdicción de la Corte IDH, donde las actividades empresariales privadas han tenido un impacto sustancial en derechos específicos contemplados en la normativa de la CADH, en los cuales la Corte ha podido ordenar distintas medidas de reparación para revertir las circunstancias que promuevan la vulneración de los derechos humanos dentro del marco empresarial. En este análisis, son principalmente cuatro ámbitos los que nos gustaría destacar: i) esclavitud y trata de personas; ii) salud; iii) afectaciones laborales; y iv) afectaciones culturales y ambientales.

### 3.2.1 Responsabilidad en materia de esclavitud y trata de personas

La Corte IDH mediante su jurisprudencia ha dotado de contenido a las obligaciones que emanan de cada uno de los artículos contenido en la CADH. En los últimos años, la Corte ha tenido la oportunidad de abordar las obligaciones emanadas del art. 6° de la CADH, pronunciándose por primera vez en el caso "Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil" respecto de los elementos constitutivos de la trata de personas<sup>72</sup> y la esclavitud.<sup>73</sup>

En este caso, la Corte IDH analizó la responsabilidad internacional del Estado brasileño por la esclavitud y trata

67. CIDH, "Empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1° de noviembre de 2019, párrs. 70 y 71.

68. CIDH, "Empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1° de noviembre de 2019, párr. 70.

69. CIDH, "Empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1° de noviembre de 2019, párr. 74.

70. CORTE IDH, caso "Trabajadores cesados de Petroperú y otros vs. Perú", Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2017, Serie C N° 344.

71. CORTE IDH, caso "Lagos del Campo vs. Perú", Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2017, Serie C N° 340.

72. La Corte determinó: "Por lo tanto, la prohibición de 'la trata de esclavos y la trata de mujeres' contenida en el art. 6.1 de la Convención Americana se refiere a: i) la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas; ii) recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra. Para los menores de 18 años, estos requisitos no son condición necesaria para la caracterización de trata; iii) con cualquier fin de explotación". CORTE IDH, caso "Hacienda Brasil Verde vs. Brasil", Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 20 de octubre de 2016, Serie C N 318, párr. 290.

73. La Corte determinó: "El primer elemento (estado o condición) se refiere tanto a la situación de jure como de facto, es decir, que no es esencial la existencia de un documento formal o una norma legal para la caracterización de ese fenómeno, como en el caso de la esclavitud *chattel* o tradicional". CORTE IDH, caso "Hacienda Brasil Verde vs. Brasil", Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 20 de octubre de 2016, Serie C N° 318, párr. 270.

de personas a las cuales fueron sometidas las víctimas del caso por parte de una empresa privada: la Hacienda Brasil Verde. A efectos de determinar la responsabilidad del Estado, la Corte IDH abordó dos aspectos muy importantes: a) el contexto empresarial dentro de Brasil; y b) las fiscalizaciones a la Hacienda Brasil Verde.

En cuanto al primer punto, en materia de derechos humanos y empresas, la CIDH ha considerado que, en diversas ocasiones, existe un impacto diferenciado en aquellas personas pertenecientes a ciertos grupos sociales por actos desarrollados por privados.<sup>74</sup> En el caso bajo análisis, las personas sometidas a trata de personas y esclavitud dentro de la Hacienda eran personas que históricamente habían vivido en la pobreza y constantemente sometidas a trabajos denigrantes. De hecho, en este caso, la Corte consideró que la violación al derecho a no ser sometido a esclavitud se produjo en el marco de una situación de discriminación estructural histórica en razón de la posición económica de los 85 trabajadores.<sup>75</sup>

Respecto de las fiscalizaciones realizadas, la CIDH ha consignado que, en el marco de las actividades empresariales, el conocimiento de un riesgo particular puede ser advertido a partir de las obligaciones generales de vigilancia y monitoreo que tienen los Estados respecto de las empresas privadas.<sup>76</sup> Asimismo, la Corte IDH ha señalado en el caso bajo análisis lo siguiente:

En atención al elevado número de víctimas de esclavitud, trata y servidumbre que continúan siendo liberadas por parte de las autoridades brasileñas y al cambio de perspectiva de esos fenómenos y su ocurrencia en los últimos eslabones de las cadenas de suministro de una economía globalizada, es importante que el Estado adopte medidas para desalentar

la demanda que alimenta la explotación del trabajo, tanto a través de trabajo forzoso, como de servidumbre y esclavitud.<sup>77</sup>

En el caso de la "Hacienda Verde", desde 1988 se realizaron múltiples fiscalizaciones a ese centro laboral, donde se constató la existencia de personas sin registros laborales o cédulas de trabajo, falta de pago de salarios, captaciones irregulares, condiciones contrarias a las disposiciones laborales, entre otros aspectos que evidenciaban supuestos de esclavitud y de trata de personas que nunca fueron sancionados o reparados, pese a su total conocimiento. A raíz de ello, la Corte IDH declaró la responsabilidad internacional del Estado de Brasil por el incumplimiento del deber de garantía, en la medida en que no previno adecuadamente los hechos ya señalados.

En cuanto a las reparaciones ordenadas, la Corte IDH dispuso: a) reiniciar las investigaciones y procesos penales en contra de los reclutadores de la Hacienda con la finalidad de sancionar adecuadamente el delito de esclavitud; y b) en concordancia con el contexto de esclavitud y el abuso generalizado por parte de la actividad empresarial, se exhortó al Estado a adoptar las medidas necesarias para garantizar que la prescripción no sea aplicable a este delito ni a sus formas análogas.

De esta manera, la Corte IDH procuró que las afectaciones sufridas dentro del marco empresarial, en primer lugar, sean investigadas y adecuadamente sancionadas; y, en segundo lugar, que el contexto de tolerancia que propició la esclavitud y trata de personas de las empresas sea erradicado con la normativa pertinente y su debida aplicación.

### 3.2.2 Responsabilidad por afectaciones a la salud

Dentro del marco de la prestación de servicios de salud, la Corte IDH ha tenido la oportunidad de analizar diversos casos donde se ha declarado responsable

74. CIDH, "Empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1º de noviembre de 2019, párr. 85. CIDH, "Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas", OEA/Ser.L/V/II.164, 7 de septiembre de 2017.

75. CORTE IDH, caso "Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil", Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 20 de octubre de 2016, Serie C N° 318, párr. 343 y punto resolutivo 4.

76. CIDH, "Empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1º de noviembre de 2019, párr. 88.

77. CORTE IDH, caso "Hacienda Brasil Verde vs. Brasil", Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 20 de octubre de 2016, Serie C N° 318, párr. 318.

internacionalmente a los Estados por el inexistente o deficiente servicio brindado dentro de los centros de salud privados. Al respecto y con la intención de ilustrar lo señalado, consideramos pertinente analizar tres casos: i) "Ximenes Lopes vs. Brasil"; ii) "Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador"; y iii) "Cuscul Privaral y otros vs. Guatemala".

En el caso "Ximenes Lopes", la Corte IDH declaró la responsabilidad del Estado brasileño, por la vulneración a los arts. 4° y 5° de la CADH, a raíz de ciertas irregularidades presentadas dentro de un centro de salud psiquiátrico de carácter privado, que formaba parte del Sistema Único de Salud instaurado por el Estado.

A consideración de la CIDH y de la Corte IDH, cuando los actores empresariales privados estén actuando con capacidad estatal<sup>78</sup> a través de la llamada *tercerización*,<sup>79</sup> la vigilancia de su prestación compete al poder público<sup>80</sup> como si fuera el propio Estado quien estuviera brindado el servicio directamente.<sup>81</sup> Asimismo, cuando se trata de competencias esenciales relacionadas con la supervisión y fiscalización de la prestación de salud,<sup>82</sup> los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia prestada para garantizar adecuadamente la vida e integridad personal de todos los pacientes.<sup>83</sup>

En el caso concreto de Damiao Ximenes Lopes, este ingresó en la Casa de Reposo Guararape con la finalidad de recibir un tratamiento efectivo debido a problemas de salud mental que había desarrollado desde su infancia; a los pocos días de haber ingresado, sufrió diversos ataques de agresividad que, lejos de ser tratados adecuadamente, provocaron por parte del personal del centro psiquiátrico una actitud sumamente violenta que

desencadenó en agresiones físicas y el posterior fallecimiento de la víctima.

A raíz de estos sucesos, el Estado de Brasil reconoció su responsabilidad internacional al no haber garantizado ni fiscalizado adecuadamente los servicios de salud prestados por empresas privadas, pues estos se prestaron de forma defectuosa y pusieron en riesgo la vida de aquellos pacientes cuya asistencia resulta sumamente necesaria.

En el caso "Gonzales Lluy y otros", la Corte IDH, entre otros aspectos, analizó la prestación de servicios de salud referidos a la administración de Bancos de Sangre por parte de la Cruz Roja, donde producto de una deficiente fiscalización y control estatal se realizaron transfusiones de sangre que provocaron el contagio de VIH a una niña de 3 años.

Al respecto, la Corte IDH señaló que la obligación de regular y supervisar los servicios de los bancos de sangre de gestión privada<sup>84</sup> implica que los Estados responsables regulen permanentemente la prestación y ejecución de los servicios relativos a brindar una salud de calidad, de tal manera que disuada cualquier amenaza a la vida e integridad de las personas.<sup>85</sup>

Ahora bien, a criterio de la Corte IDH existen ciertas actividades específicas que implican la obligación de los Estados de adoptar regulaciones específicas como sucede con el adecuado funcionamiento de los bancos de sangre en la medida en que entrañan riesgos significativos para la salud de las personas.<sup>86</sup> En el presente caso, "dado que la Cruz Roja, empresa de carácter privado, era la única entidad con la responsabilidad del manejo de bancos de sangre, el nivel de supervisión y fiscalización sobre dicha institución tenía que ser el más alto posible teniendo en cuenta el debido cuidado que se debe tener en actividades asociadas a transfusiones de sangre y dado que existían menos controles que

78. CORTE IDH, caso "Ximenes Lopes vs. Brasil", Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 4 de julio de 2006, Serie C N 149, párr. 90.

79. CORTE IDH, caso "Ximenes Lopes vs. Brasil", Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 4 de julio de 2006, Serie C N 149, párr. 96.

80. CIDH, "Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos", OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1° de noviembre de 2019, párr. 98.

81. CORTE IDH, caso "Ximenes Lopes vs. Brasil", Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 4 de julio de 2006, Serie C N 149, párr. 87.

82. CORTE IDH, caso "Albán Cornejo vs. Ecuador", Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 22 de noviembre de 2007, Serie C N 171, párr. 119.

83. CORTE IDH, caso "Ximenes Lopes vs. Brasil", Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 4 de julio de 2006, Serie C N 149, párr. 89.

84. CORTE IDH, caso "Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador", Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1° de septiembre de 2015, Serie C N 298, párr. 176.

85. CORTE IDH, caso "Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador", Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1° de septiembre de 2015, Serie C N 298, párr. 177.

86. CORTE IDH, caso "Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador", Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1° de septiembre de 2015, Serie C N 298, párr. 178.

aquellos a los que se someten los funcionarios estatales por la prestación de servicios públicos.”<sup>87</sup>

En ese orden de ideas, la Corte constató en el presente caso que el banco de sangre de la Cruz Roja funcionaba con ciertas irregularidades referidas a: i) muy escasos recursos; ii) ausencia de registros con información detallada y completa sobre los donantes, las pruebas realizadas y las entregas de productos sanguíneos; iii) irregularidades y contradicciones en los pocos registros existentes, y iv) personal que mantenía la práctica de no registrar las entregas de sangre que se efectuaban con posterioridad a las 6 PM, que fue precisamente la situación de los productos sanguíneos entregados para la víctima del presente caso.<sup>88</sup> A raíz de ello, y en la medida en que la omisión en supervisar a esa entidad privada permitió que la sangre donada no haya sido sometida a los exámenes de seguridad más básicos como el de VIH,<sup>89</sup> la Corte declaró la responsabilidad internacional del Estado de Ecuador en la medida en que la precariedad e irregularidades en las que funcionaba el banco de sangre son un reflejo de las consecuencias que puede tener el incumplimiento de las obligaciones de supervisar y fiscalizar por parte de los Estados.<sup>90</sup>

Por último, en el caso “Cuscul Pivaral y otros”, la Corte IDH estableció los lineamientos para la prestación de servicios de salud, específicamente en el ámbito del tratamiento médico para personas con VIH, el cual no fue otorgado adecuadamente a las víctimas de este caso mediante la atención en centros de salud públicos ni privados.

La Corte IDH ha señalado que la obligación general de protección a la salud conlleva el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales

de salud;<sup>91</sup> viéndose materializada la operatividad de dicha obligación con el cumplimiento del deber de regular permanentemente estos servicios.<sup>92</sup>

En el caso en análisis, según la Corte, el tratamiento médico para personas con VIH requiere: i) la disponibilidad de cantidades suficientes de antirretrovirales y otros productos farmacéuticos para el tratamiento de enfermedades oportunistas;<sup>93</sup> ii) la realización de pruebas diagnósticas para la atención de la infección y de enfermedades oportunistas, las cuales son fundamentales para prescribir el tratamiento antirretroviral adecuado;<sup>94</sup> iii) que la atención de personas que viven con el VIH incluya la buena alimentación, el apoyo social y psicológico, así como la atención social y comunitaria y domiciliaria;<sup>95</sup> y iv) que los sectores más vulnerables o marginados de la población tengan acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud, los cuales deben estar al alcance geográfico y económico.<sup>96</sup>

Los supuestos antes señalados no fueron puestos a disposición de las víctimas producto de la deficiente regulación que procure vincular el actuar de entidades públicas como privadas con la prestación de servicios de salud que respondan a los estándares internacionales;<sup>97</sup>

**87.** CORTE IDH, caso “Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador”, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1º de septiembre de 2015, Serie C N 298, párr. 178. TEDH, “Oyal vs. Turquía”, Nº 4864/05, sección segunda, sentencia del 23 de marzo de 2010.

**88.** CORTE IDH, caso “Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador”, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1º de septiembre de 2015, Serie C N 298, párr. 188.

**89.** CORTE IDH, caso “Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador”, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1º de septiembre de 2015, Serie C N 298, párr. 178.

**90.** CORTE IDH, caso “Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador”, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1º de septiembre de 2015, Serie C N 298, párr. 189.

**91.** CORTE IDH, caso “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de agosto de 2018, Serie C N 359, párr. 105.

**92.** CORTE IDH, caso “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de agosto de 2018, Serie C N 359, párr. 106.

**93.** CORTE IDH, caso “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de agosto de 2018, Serie C N 359, párr. 121.

**94.** CORTE IDH, caso “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de agosto de 2018, Serie C N 359, párr. 122.

**95.** CORTE IDH, caso “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de agosto de 2018, Serie C N 359, párr. 123.

**96.** CORTE IDH, caso “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de agosto de 2018, Serie C N 359, párr. 124.

**97.** La Corte determinó: “Al respecto, la Corte considera que al haber sido acreditado el acceso irregular, nulo e inadecuado a antirretrovirales, la falta de acceso a pruebas periódicas de CD4, carga viral, fenotipo y genotipo, el inadecuado o nulo apoyo social, y la imposibilidad de acceso a los centros de salud por razones económicas o de ubicación de los domicilios de algunas de las presuntas víctimas del caso, el Estado incumplió con su deber de garantía del derecho a la salud en tanto sus omisiones son incompatibles con los elementos de disponibilidad, accesibilidad y calidad de la atención a la salud. Los

y, por lo tanto, el Estado fue declarado responsable internacionalmente por la inobservancia de dichos mecanismos, lo cual promovió la prestación de un irregular servicio de salud.

### 3.2.2.1 Reparaciones dictadas por la Corte IDH

Producto de las afectaciones consignadas en el apartado anterior, la Corte IDH dispuso dictar a favor de las presuntas víctimas o sus familiares diversas medidas de reparación con la intención de subsanar las distintas vulneraciones sufridas.

En cuanto al caso "Ximenes Lopes", la Corte IDH dispuso el desarrollo de un programa de formación y capacitación para el personal médico, psiquiátrico, psicológico, de enfermería, auxiliares de enfermería y para todas aquellas personas vinculadas con la atención de salud mental.

La reparación antes señalada es de particular trascendencia, ya que no solo tiene impacto en el marco estatal de salud, sino que, aunado a ello, genera que las propias empresas privadas que formen parte del sistema de salud brasileño mantengan en constante capacitación e instrucción al personal correspondiente, otorgando a la asistencia psiquiátrica un enfoque que se adecue a los estándares internacionales.

Respecto de los casos "Gonzales Lluy" y "Cuscul Pivaral", la Corte IDH dispuso en ambos casos que el Estado de forma gratuita brinde a través de instituciones de salud públicas especializadas o en su defecto mediante instituciones privadas o de la sociedad civil especializadas, de forma inmediata, oportuna, adecuada y efectiva, el tratamiento médico y psicológico o psiquiátrico a las víctimas directas de violaciones al derecho a la salud y a la integridad personal en concordancia con las obligaciones específicas de cada caso. Todo ello, con la finalidad de que los Estados intervengan activamente

---

elementos de disponibilidad y calidad requieren que exista un número suficiente de bienes, servicios y medicamentos necesarios para la atención a la salud, los cuales además deben ser apropiados desde el punto de vista médico y de buena calidad, lo cual no ocurrió en el presente caso". CORTE IDH, caso "Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala", Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de agosto de 2018, Serie C N 359, párr. 125.

dentro de los servicios de salud prestados por las empresas privadas, con el fin de procurar que sus actuaciones se ajusten a los estándares internacionales en la materia, sobre todo cuando de ellas dependan la prestación de servicios esenciales para la sociedad.

De todo lo expuesto, vemos cómo la Corte al momento de juzgar a los Estados por su inobservancia en la fiscalización, supervisión y regulación de la prestación de servicios de salud por entidades privadas, en primer lugar, destaca la importancia que dichos servicios tienen para la sociedad y cómo el Estado puede delegarlos vía tercerización para facilitar y viabilizar su prestación; y, en segundo lugar, aunado a ello, cómo los Estados al implementar estos mecanismos deben asumir un rol de garantes respecto de estas actividades como si fueran directamente responsables por su comisión.

### 3.2.3 Responsabilidad por afectaciones laborales

Durante el paso de los años, la Corte IDH ha tenido la posibilidad de pronunciarse respecto de las diversas dimensiones de los derechos laborales que los Estados se encuentran en la obligación de garantizar: uno de ellos han sido las condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, las cuales, según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, son aquellos factores que permiten un trabajo en condiciones dignas, con el fin de prevenir accidentes y enfermedades profesionales, para así garantizar al más alto nivel posible la salud física y mental de los trabajadores.<sup>98</sup>

En orden a ello, la Corte IDH en su reciente jurisprudencia ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la responsabilidad internacional de los Estados de Brasil<sup>99</sup> y la Argentina<sup>100</sup> por actividades empresariales

---

98. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 23, "El derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias", UN Doc. E/c.12/GC/23, 27 de abril de 2016, párr. 25.

99. CORTE IDH, caso "Empleados de la fábrica de fuegos artificiales en Santo Antônio de Jesús y sus familiares vs. Brasil", Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 15 de julio de 2020, Serie C N° 407.

100. CORTE IDH, caso "Spoltore vs. Argentina", Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 9 de junio de 2020, Serie C N° 404.

de privados, que no han correspondido a los estándares de las condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, como pasaremos a desarrollar.

En primer lugar, en el caso "Empleados de la fábrica de fuegos artificiales en Santo Antonio de Jesús y sus familiares vs. Brasil", la Corte IDH declaró la responsabilidad internacional del Estado brasileño por la vulneración al art. 26 de la CADH, en los aspectos referidos a las condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo que se presentaron dentro de la fábrica privada de fuegos artificiales Vardo de Jesús, donde a raíz de una explosión fallecieron 60 personas y otras seis quedaron heridas. Ese acontecimiento estuvo agravado en la medida en que el Estado de Brasil tenía conocimiento de las deplorables condiciones laborales que se presentaban en el rubro de los fuegos artificiales y, específicamente, dentro de la fábrica Vardo de Jesús, al constatarse que las actividades de esta empresa se llevaban a cabo en carpas clandestinas e insalubres que carecían de las condiciones mínimas de seguridad requeridas para una actividad de esta naturaleza.

Luego de que la Corte determinara que, como parte de la obligación de garantizar el Estado debía adoptar las medidas necesarias para prevenir dichas violaciones, recurrió a los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos para reforzar su conclusión de que los Estados se encuentran en la obligación de implementar políticas de protección en casos de actividades empresariales riesgosas,<sup>101</sup> con el propósito de garantizar el cumplimiento de las leyes promulgadas y evaluar periódicamente si estas resultan adecuadas para remediar eventuales carencias<sup>102</sup> en el marco de la fiscalización y supervisión de empresas.

A efectos de ello, la Corte IDH en el caso bajo análisis señaló que, en este tipo de actividades, los Estados tienen el deber de regular, supervisar y fiscalizar a las empresas con la intención de prevenir las posibles afectaciones a

los derechos de los individuos que allí trabajaban,<sup>103</sup> hecho que no se dio en la fábrica Vardo de Jesús, debido a la carencia de un marco normativo aplicable. Esto desencadenó que por muchos años las actividades dentro de este centro laboral se dieran de forma irregular, lo cual expuso a los trabajadores a diversos accidentes laborales, que, finalmente, tuvieron su punto de quiebre en una lamentable explosión que causó múltiples muertes.

De esta forma, vemos cómo la Corte IDH va ingresando dentro del ámbito de la regulación laboral estatal, para procurar que esta responda ante la naturaleza de los riesgos propios de cada actividad empresarial, y exhorta a los Estados a tener especial cuidado de las medidas de supervisión y fiscalización implementadas, en cumplimiento de su rol de garantes de los derechos humanos.

Dentro del mismo contexto, en el segundo caso que analizaremos, el Estado argentino fue declarado responsable por la vulneración a las condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo del Sr. Victorio Spoltore, en la medida en que el Estado no garantizó un plazo razonable dentro del proceso de indemnización por enfermedades profesionales que seguía la víctima del caso en contra de la última empresa en la que trabajó antes de su jubilación.

A diferencia del primer caso analizado, en este, la Corte IDH otorgó un enfoque adicional a las condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, reconociendo el acceso a la justicia como uno de sus componentes fundamentales.<sup>104</sup> En concordancia con ello, la CIDH ha consignado que resulta de trascendental importancia que los Estados adopten medidas apropiadas para garantizar que las personas y comunidades afectadas por abusos y violaciones de sus derechos humanos puedan acceder a mecanismos de reparación efectivos, lo que incluye la rendición de cuentas de las empresas y la determinación de su responsabilidad penal, civil o administrativa.<sup>105</sup>

101. CIDH, "Empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1º de noviembre de 2019, párr. 90.

102. Consejo de Derechos Humanos, "Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos", UN Doc. A/HRC/17/31, 16 de junio de 2011, Principio N° 3.

103. CORTE IDH, caso "Empleados de la fábrica de fuegos artificiales en Santo de Jesús y sus familiares vs. Brasil", Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 15 de julio de 2020, Serie C N° 407, párr. 121.

104. CORTE IDH, caso "Spoltore vs. Argentina", Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 9 de junio de 2020, Serie C N° 404, párr. 102.

105. CIDH, "Empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1º de noviembre de 2019, párr. 121.



En el caso bajo análisis, el Sr. Spoltore presentó una demanda laboral en la que solicitó una indemnización por las enfermedades contraídas producto de las actividades realizadas dentro de su último centro laboral; a pesar de que esta fue desestimada, el retraso que representó la decisión afectó gravemente la situación del Sr. Spoltore, y a criterio de la Corte IDH, el Estado argentino incumplió con su obligación de disponer mecanismos efectivos de reclamo frente a las relaciones laborales en el ámbito privado, con ello afectó el acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva de la víctima en el presente caso.<sup>106</sup>

De los casos analizados, resulta sumamente claro que la Corte IDH ha procurado pronunciarse en el ámbito donde las actividades empresariales privadas tienen mayor injerencia, como son los derechos laborales y las condiciones en las que estos deben ser garantizados. De este modo, se pudo encontrar deficiencias en los sistemas legislativos y judiciales de los Estados que promueven que las empresas privadas puedan cometer ciertas irregularidades que afecten los derechos humanos de sus trabajadores.

### 3.2.3.1 Reparaciones dictadas por la Corte IDH

Producto de la determinación de la responsabilidad internacional de los Estados de Brasil y la Argentina bajo los argumentos expuestos, la Corte IDH ordenó en virtud de las vulneraciones probadas las siguientes medidas de reparación. En el caso de la fábrica de fuegos artificiales, la Corte IDH dispuso: i) con el fin de frenar el funcionamiento de las fábricas clandestinas que operan en desacuerdo con las normas sobre el control de actividades peligrosas, que el Estado de Brasil deberá adoptar las medidas necesarias para implementar una política sistemática de inspecciones periódicas en los locales de producción de fuegos artificiales, tanto para que se verifiquen, en primer lugar, condiciones de seguridad y salubridad del trabajo; y, en segundo lugar, se fiscalice el cumplimiento de las normas relativas al

almacenamiento de los insumos;<sup>107</sup> y ii) teniendo en consideración que el presente caso se refiere también a la temática de empresas y derechos humanos, la Corte IDH ordenó al Estado brasileño que en el plazo de un año rinda un informe sobre la implementación y aplicación de las Directrices Nacionales sobre Empresas y Derechos Humanos.<sup>108</sup>

Lo trascendental en este caso es que la Corte IDH, en primer lugar, ordenó las medidas de reparación, explícitamente en relación con la actividad empresarial privada referida a la industria pirotécnica y al respeto de los derechos humanos; y, en segundo lugar, en relación con ello, exigió al Estado de Brasil la implementación de un marco normativo específico de fiscalización sobre la base de los avances legislativos que se encontraban en curso dentro del Estado. Todo ello, con la finalidad de poder sancionar y erradicar las actividades privadas que no respondan a los estándares de las condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo establecidas en el derecho internacional de los derechos humanos.

En segundo lugar, en el caso "Spoltore", si bien la Corte IDH no optó por conveniente ordenar ninguna medida de reparación en relación con la actividad empresarial privada producto de la falta de elementos probatorios, el propio Estado argentino se comprometió a mejorar el servicio de administración de justicia en materia laboral<sup>109</sup> con la intención de poder dar respuesta efectiva a las denuncias que se presenten en el futuro, respetando un plazo razonable y ajustándose a sus obligaciones convencionales. Esto último, destacada la conciencia y el compromiso de los Estados dentro de la región, en respetar los derechos humanos de los particulares en el ámbito de las actividades empresariales privadas, las cuales, como hemos venido desarrollando, demandan un gran esfuerzo en todos los ámbitos

<sup>106</sup>. CORTE IDH, caso "Spoltore vs. Argentina", Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 9 de junio de 2020, Serie C N° 404, párr. 102.

<sup>107</sup>. CORTE IDH, caso "Empleados de la fábrica de fuegos artificiales en Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil", Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 15 de julio de 2020, Serie C N° 407, párr. 287.

<sup>108</sup>. CORTE IDH, caso "Empleados de la fábrica de fuegos artificiales en Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil", Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 15 de julio de 2020, Serie C N° 407, párr. 291.

<sup>109</sup>. CORTE IDH, caso "Spoltore vs. Argentina", Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 9 de junio de 2020, Serie C N° 404, párr. 122.

estatales para prevenir y sancionar adecuadamente cualquier suceso que afecte los derechos laborales de todas las personas.

### 3.2.4 Responsabilidad en materia ambiental y cultural

Los proyectos extractivos, de explotación o desarrollo han sido ámbitos en los que se ha desarrollado el deber de los Estados de fiscalizar las actividades empresariales que puedan afectar los derechos humanos, incluido el cuidado del medioambiente. Ello se asocia a que muchos de estos proyectos, por su naturaleza, suelen representar serios riesgos a los derechos humanos y exigen una regulación y supervisión específica por parte de los Estados.<sup>110</sup>

La Corte IDH ha tenido la oportunidad de hacer referencia a cómo las actividades empresariales de terceros tuvieron injerencia en los derechos al medioambiente y a la propiedad comunal en el caso de las "Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat vs. Argentina". En este caso, la Corte IDH determinó la responsabilidad del Estado argentino por la vulneración a los arts. 21 y 26 de la CADH, en la medida en que el Estado no garantizó adecuadamente el derecho al medioambiente y a la propiedad privada indígena de los miembros de la Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat, en tanto no se les reconoció los derechos inherentes a sus territorios, y se permitió que dentro de los mismos se desarrollaran distintas actividades, como la cría de ganado, instalación de cercados, tala ilegal e implementación de proyectos de infraestructura.

En el caso antes señalado, la Corte IDH dividió su análisis en dos ámbitos muy importantes; i) la propiedad

indígena; y ii) las afectaciones al medioambiente. A fin de proteger los derechos humanos amenazados en el marco de las actividades empresariales, los Estados tienen, entre otras obligaciones, el deber de generar, recopilar, evaluar, actualizar y comunicar la información adecuada a las poblaciones en riesgo, con el fin de facilitar el derecho de participación de los titulares en la toma de decisiones en tales contextos, así como implementar acciones para que las empresas involucradas manejen con la debida diligencia tales situaciones.<sup>111</sup>

En el mismo orden de ideas, la Corte IDH ha señalado que entre las personas indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo, sino en el grupo y su comunidad.<sup>112</sup> De esto último, emana el deber de los Estados de adoptar medidas para asegurar que los pueblos indígenas puedan acceder a la demarcación, delimitación y titularidad de sus territorios.<sup>113</sup>

En el caso de la Asociación Lhaka Honhat, las comunidades pertenecientes a esta no pudieron acceder adecuadamente al proceso de reconocimiento de su territorio, hecho que generó que sus propiedades sean adjudicadas a terceros, y a raíz de ello se desarrollen actividades sin su consentimiento y sin observar el procedimiento de consulta previa previsto para ello. Esas actividades se materializaron en la construcción de un puente internacional y obras conexas por distintas empresas, sin la aprobación correspondiente de las comunidades.

Por lo tanto y en la medida en que el Estado argentino no procuró el respeto de los derechos a la propiedad de las comunidades miembros de la Asociación Lhaka Honhat, la Corte IDH lo declaró responsable internacionalmente, al permitir el desarrollo de actividades empresariales sin cumplir los requisitos necesarios para ello.

110. CIDH, "Empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1º de noviembre de 2019, párr. 100. CIDH, "Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo", OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15, 31 de diciembre de 2015, párrs. 98-105. CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, "Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", 15 de noviembre de 2017, Serie A N° 23, párrs. 152, 155.

111. CIDH, "Empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1º de noviembre de 2019, párr. 93.

112. CORTE IDH, caso "Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua", Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C N° 79, párrs. 148, 149 y 151.

113. CORTE IDH, caso "Pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá", Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 14 de octubre de 2014, párr. 119.

Respecto de las afectaciones al medioambiente, la Corte IDH, en la Opinión Consultiva N° 23/17, ha destacado las obligaciones de prevención estatal respecto de los daños medioambientales donde pueda estar involucrada la actividad empresarial. Estableció a efectos de ello, que, para cumplir con la obligación de prevención, los Estados deberán regular y supervisar las actividades bajo su jurisdicción que puedan causar un daño significativo al medioambiente.<sup>114</sup>

En el mismo sentido, la Corte IDH ha señalado que el derecho a un medioambiente sano está destinado a alcanzar el desarrollo integral de los pueblos;<sup>115</sup> buscando proteger la naturaleza, no solo por su utilidad o efectos respecto de los seres humanos y sus derechos conexos, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta.<sup>116</sup> A raíz de ello, existe la posibilidad de que la vulneración al medioambiente se encuentre conexas y se dé a raíz de las vulneraciones a otros derechos, como

la alimentación,<sup>117</sup> el agua<sup>118</sup> o la participación en la vida cultural.<sup>119</sup>

Dentro del contexto del caso bajo análisis, la Corte IDH determinó la vulneración a los derechos a la alimentación y al agua, pero sobre todo hizo un análisis especial respecto a la vida cultural, en tanto, como se señaló, el Estado argentino adjudicó parte del territorio de estas comunidades a terceros ajenos a las costumbres, forma de vivir e instituciones propias de cada comunidad. Esto obligó a que exista un impedimento por parte de las comunidades indígenas a desplegar sus tradiciones y desarrollar en plenitud su vida cultural, hecho que fue agravado por las distintas actividades ilegales o de infraestructura netamente empresariales que se desarrollaron dentro de su territorio.

Por lo tanto, si bien a diferencia de los casos antes analizados, la Corte IDH centra su análisis en la indebida actuación del Estado para respetar el derecho a la propiedad, debemos destacar que quienes produjeron directamente las afectaciones fueron las empresas privadas, las cuales tuvieron la tolerancia y autorización del Estado para actuar dentro de la propiedad de los miembros de la Asociación Lhaka Honhat que desencadenó en la vulneración de los derechos contenidos en los arts. 21 y 26 de la CADH por las razones ya señaladas.

## “A fin de proteger los DD.HH los Estados tienen el deber de generar, recopilar, evaluar, actualizar y comunicar la información adecuada a las poblaciones en riesgo”

**114.** CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, “Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, 15 de noviembre de 2017, Serie A N° 23, párr. 174. CIDH, “Empresas y derechos humanos: estándares interamericanos”, OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1° de noviembre de 2019, párr. 92.

**115.** CORTE IDH, caso “Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina”, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 6 de febrero de 2020, Serie C N° 404, párr. 202.

**116.** CORTE IDH, caso “Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina”, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 6 de febrero de 2020, Serie C N° 404, párr. 203.

**117.** CORTE IDH, caso “Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) c. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 6 de febrero de 2020, Serie C N° 404, párr. 210.

**118.** CORTE IDH, caso “Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina”, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 6 de febrero de 2020, Serie C N° 404, párr. 222.

**119.** CORTE IDH, caso “Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina”, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 6 de febrero de 2020, Serie C N° 404, párr. 231.

Respecto de las reparaciones dictadas, en el caso de las "Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat vs. Argentina", la Corte IDH ordenó reparaciones con un enfoque de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Tal como señala el juez Ferrer Mac-Gregor, esta visión se aparta de la visión tradicional de centrar las reparaciones en la "tierra" como aspecto de posesión comunal, sino que es más comprensiva en tanto que incluye una perspectiva de reparación integral. Para el presidente de la Corte IDH, estas no estuvieron solo acotadas a restituir el derecho a la propiedad, sino que también estuvieron dirigidas a los derechos a un medioambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural.<sup>120</sup> En esta línea, se ordenó: a) la elaboración por parte del Estado de un estudio en el que identifique situaciones críticas de falta de acceso al agua potable o la alimentación y la formulación e implementación de un plan de acción al respecto; b) la elaboración y presentación de otro estudio que establezca acciones por instrumentar para lograr en forma permanente la conservación de aguas existentes en el territorio indígena, el acceso al agua potable y la alimentación, y evitar la continuidad de pérdida de forestación y lograr su paulatina recuperación, y c) la constitución de un fondo de desarrollo comunitario destinado a financiar acciones para la recuperación de la cultura indígena.<sup>121</sup>

120. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, caso "Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina", Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 6 de febrero de 2020, Serie C N° 404, párr. 71.

121. Cfr. caso "Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina", Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 6 de febrero de 2020, Serie C N° 400, párrs. 331 a 342.

#### 4. Reflexiones finales

La relación entre la responsabilidad internacional de un Estado en el marco del Sistema Interamericano y la actuación de empresas es de vital relevancia en nuestra región, especialmente teniendo en cuenta, por un lado, el contexto general de globalización y el capitalismo, y, por el otro, el particular, economías centradas en la exportación de recursos minerales y la proliferación de tratados de libre comercio.<sup>122</sup>

Si bien existen importantes discusiones sobre la posibilidad de ampliar la jurisdicción internacional al incluir a las empresas como sujetos de responsabilidad internacional en el marco del Sistema Interamericano,<sup>123</sup> esto no exime de los deberes

específicos con los que ya cuentan los Estados a la hora de garantizar los derechos humanos de las personas en el contexto de actividades empresariales.

El presente trabajo buscó desarrollar de manera transversal dos aspectos centrales: i) las reglas de atribución de responsabilidad internacional del Estado en contextos empresariales y ii) la reparación integral. Dos ámbitos muy característicos del SIA y que requieren especial conocimiento para comprender las aristas de la posibilidad de actuación de la Corte IDH cuando sean las empresas las que cometan violaciones a los derechos humanos.

Al momento de resolver casos particulares, la Corte ha ido dotando de alcance y contenido a estas

122. Ver: CANTÚ RIVERA, H., *Empresas y derechos humanos: ¿hacia una regulación jurídica efectiva, o el mantenimiento del statu quo?*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2013.

123. Ver: PÉREZ, E., "Los deberes de la empresa en la protección del derecho a un medio ambiente sano según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Desafíos para la regulación de los derechos humanos y las empresas: ¿cómo lograr proteger, respetar y remediar?*, 2019.

## “La Corte IDH ha señalado que el derecho a un medioambiente sano está destinado a alcanzar el desarrollo integral de los pueblos”

obligaciones al utilizar, además de su jurisprudencia, otras fuentes, incluidos los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de 2011. Al cierre de este artículo, las principales líneas jurisprudenciales en la materia eran las relacionadas con los importantes desarrollos relativos a esclavitud y trata de personas; el derecho a la salud; las afectaciones laborales; y aquellas relacionadas con los derechos culturales y ambientales.

En los próximos meses, la Corte IDH resolverá dos casos muy relevantes sobre actividades empresariales y violaciones a los derechos humanos, que, sin dudas, permitirán continuar profundizando el alcance y contenido de las obligaciones estatales:

El caso "Vera Rojas vs. Chile", relacionado con la supuesta responsabilidad internacional del Estado por la alegada falta de regulación, control y sistemas de regulación adecuado para la fiscalización de tratamientos médicos por parte de una aseguradora de salud en perjuicio de una niña diagnosticada con síndrome de Leigh, que habría requerido un régimen de hospitalización domiciliaria para su supervivencia.<sup>124</sup>

El caso de los "Buzos Miskito vs. Honduras", que tiene que ver con diversas afectaciones a personas del pueblo indígena Miskito, quienes realizan labores de buceo con el fin de pescar langostas. Según se alega, están sujetos a un régimen de explotación laboral, que se ve acrecentado por las condiciones peligrosas en que realizan la práctica del buceo. Habrían sufrido accidentes por las sumersiones profundas y síndrome de descompresión, que incluso llevaron a la muerte a algunos de ellos.<sup>125</sup>

Por supuesto, si bien este trabajo analiza el ámbito del SIA, esto no significa renunciar al debate sobre la protección a los derechos humanos a través de otros instrumentos multilaterales vinculantes para la regulación de las empresas transnacionales.<sup>126</sup> En el derecho

internacional de los derechos humanos, todas las respuestas que permitan una protección multinivel resultan relevantes y no son ni deben ser consideradas excluyentes.

124. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/037.asp>

125. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/257.asp>

126. Por ejemplo, en el seno de las Naciones Unidas existe la propuesta de un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos. Ver: Second Revised Draft Legally Binding Instrument on Business Activities and Human Rights, open-ended intergovernmental working group, UN. Disponible en: [https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG\\_Chair-Rapporteur\\_second\\_revised\\_draft\\_LBI\\_on\\_TNCs\\_and\\_OBEs\\_with\\_respect\\_to\\_Human\\_Rights.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf)





# Empresas y derechos humanos: doctrina de los órganos de tratados de derechos humanos

**María Virginia Gorosito**

Abogada de la Universidad Católica Argentina. Magíster graduada de la Maestría en Derechos Humanos, Política Fiscal y Crisis Financiera Global en Europa y América por la Universidad de Roma Unitelma Sapienza. Secretaria Judicial de Políticas Públicas, MPD CABA.

**Verónica Carmona Barrenechea**

Lic. en Ciencia Política de la Universidad de Buenos Aires. Magíster graduada de la Maestría en Derechos Humanos, Política Fiscal y Crisis Financiera Global en Europa y América por la Universidad de Roma Unitelma Sapienza. Secretaria Letrada de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, MPD CABA.

**I. Introducción**

En el presente artículo, nos proponemos abordar los avances más significativos efectuados por los órganos de tratados de DD.HH en relación con las empresas y los derechos humanos.

Específicamente, recogeremos, por un lado, la doctrina del Comité de Derechos del Niño y, por el otro, la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

De este modo, desarrollaremos en la primera sección las recomendaciones sobre "El sector privado como proveedor de servicios y su función en la realización de los derechos del niño"<sup>1</sup> y la Observación General N° 16<sup>2</sup> sobre "Las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño", ambas adoptadas por el Comité de Derechos del Niño. Por otra parte, en la segunda sección, nos abocaremos a la doctrina desarrollada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Así, tomaremos la Declaración sobre las obligaciones de los Estados parte en relación con el sector empresarial y los derechos económicos, sociales y culturales<sup>3</sup> y la Observación

1. Recomendaciones sobre "El sector privado como proveedor de servicios y su función en la realización de los derechos del niño", día de debate general, CRC/C/121, 31º período de sesiones, 20 de septiembre de 2002.

2. Observación General N° 16 (2013) sobre "Las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño", CRC/C/GC/16, 17 de abril de 2013.

3. Declaración sobre las obligaciones de los Estados parte en relación con el sector empresarial y los derechos económicos, sociales y culturales, - E7c.12/2011/1, 12 de julio de 2011.



General N° 24 sobre "Las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales".<sup>4</sup>

En el cierre del artículo, se presentarán unas breves reflexiones finales.

## II. Comité de los Derechos del Niño

### A. Recomendaciones sobre "El sector privado como proveedor de servicios y su función en la realización de los derechos del niño", aprobadas en 2002<sup>5</sup>

El Comité de los Derechos del Niño ha abordado la temática de empresas y derechos humanos en las jornadas anuales de Debate General del Comité de los Derechos del Niño de 2002.<sup>6</sup> Estas jornadas buscan fomentar una comprensión más profunda del contenido y las implicaciones de la Convención en su relación con determinados artículos o temas específicos.

4. Observación General N° 24 sobre "Las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales", E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017.

5. Recomendaciones sobre "El sector privado como proveedor de servicios y su función en la realización de los derechos del niño", día de debate general, CRC/C/121, 31° período de sesiones, 20 de septiembre de 2002.

6. Acorde con el art. 79 del Reglamento del Comité: "Debate general. Con el fin de profundizar el entendimiento del contenido y las consecuencias de la Convención, el Comité podrá consagrar una o más sesiones de sus períodos ordinarios de sesiones a un debate general sobre un artículo específico de la Convención o un tema conexo". Ver Reglamento, disponible en: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/4/Rev.4&Lang=es](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=_CRC/C/4/Rev.4&Lang=es)

En esa oportunidad, el encuentro<sup>7</sup> se propuso analizar el impacto del desempeño y financiación por parte del sector privado de funciones similares a las estatales en la aplicación de la Convención, con especial foco en el derecho a la salud y la educación.

A raíz de las diversas presentaciones y debates llevados adelante, se publicó una serie de recomendaciones que, posteriormente, han sido incorporadas con mayor especificidad en la Observación General N° 5,<sup>8</sup> aprobada al año siguiente y en la Observación General N° 16 de 2013, que se analizará en la siguiente sección de este artículo.

El debate versó de manera principal sobre las obligaciones jurídicas de los Estados parte de la Convención en torno a la regulación y la supervisión de las actividades del sector privado. Asimismo, el Comité buscó examinar la posibilidad de exigir responsabilidades a las entidades privadas prestadoras de servicios.

En relación con las obligaciones jurídicas de los Estados parte, el Comité señaló que la obligación de respetar y promover incluye la obligación de velar por que los proveedores privados de servicios actúen de conformidad con las disposiciones de la Convención, por lo que se crean así obligaciones indirectas para esas entidades.

De manera particular, el Comité destacó cómo algunos procesos de privatización podrían afectar el derecho a la salud y a la educación de niñas y niños. En este

7. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 31° período de sesiones, del 16 de septiembre al 4 de octubre de 2002. Informe sobre el 31° período de sesiones, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G02/462/73/PDF/G0246273.pdf?OpenElement>

8. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N° 5, "Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 4 y 42 y párr. 6 del art. 44)", 2003.

# “Al recoger la doctrina del Comité de Derechos del Niño y la del Comité de DESC, nos proponemos abordar los avances más significativos efectuados por los órganos de tratados de DD.HH en relación con las empresas”

sentido, el Estado tiene un rol explícito de impedir que esto suceda, y que no se restrinja el acceso a servicios y derechos.

En concordancia con el formato de trabajo de este organismo internacional, se recomendó que cada Estado parte adopte las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias. En este sentido, señaló el establecimiento de mecanismos de evaluación, supervisión permanente y, cuando corresponda, el acceso a recursos efectivos de acceso a la justicia en caso de vulneración de derechos.

Por otra parte, el Comité recomendó a los proveedores privados de servicios que velen por el cumplimiento de las normas internacionales, especialmente las previstas en la Convención. Para ello, alentó a que diseñen mecanismos de autorregulación, a que aprueben códigos de conducta conforme los principios generales de la Convención, así como también un sistema de supervisión de aplicación del mencionado código o documento. Asimismo, el Comité fomentó a que el sector privado mantenga diálogo y consultas con las comunidades en las cuales trabajan, y de que velen que el suministro de los servicios que presten sea culturalmente adecuado y que garanticen su disponibilidad, accesibilidad y calidad.

## **B. Observación General N° 16 sobre "Las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño" de 2013.<sup>9</sup>**

En 2013, el Comité de los Derechos del Niño aprobó la Observación General N° 16 sobre "Las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño"<sup>10</sup> con el objetivo de crear un entorno propicio para el respeto de los derechos de niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNyA), velar por que las actividades empresariales no afecten negativamente sus derechos y garantizar el acceso a recursos

efectivos cuando se vean vulnerados los derechos de NNyA por parte de las empresas.

Esta OG tiene especial relevancia, en tanto la privatización de numerosas funciones del Estado ha aumentado el impacto que puede tener el sector empresarial en los derechos de NNyA. Pues si bien las empresas pueden impulsar el crecimiento y tener un impacto social positivo, esto no se traduce de manera automática en una ampliación ni en una mejora del ejercicio de sus derechos.<sup>11</sup>

Debido a ello, el Comité ha considerado necesario detallar las obligaciones que recaen sobre los Estados en virtud del vínculo entre el sector empresarial y los derechos de NNyA, y definir su alcance y las medidas que deben ser adoptadas para su cumplimiento.

De este modo, el Comité ha señalado los cuatro principios generales básicos que son base de todos los actos y decisiones del Estado relacionados con las actividades empresariales.

El primer principio es el derecho a la **no discriminación** sobre el cual el Comité señala que los Estados deben respetar y garantizar los derechos de cada niño e impedir la discriminación, al mismo tiempo que proporcionar un recurso en caso de que esta se produzca. Para ello, los Estados deben monitorear la actividad empresarial, reunir datos, investigar las prácticas discriminatorias y, al mismo tiempo, capacitar y sensibilizar en lo que a sus prácticas respecta, en miras de eliminar actitudes discriminatorias hacia los niños, especialmente hacia quienes se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad.

El segundo es el **interés superior del niño**, que debe ser considerado con carácter primordial, especialmente en la elaboración de nuevas leyes y políticas relacionadas con las actividades de empresas, tanto en cuestiones relativas al empleo, la corrupción y la privatización, entre otras.

9. Observación General N° 16 (2013) sobre "Las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño", CRC/C/GC/16, 17 de abril de 2013.

10. Disponible en: [https://www2.ohchr.org/\\_cr/c.c.gc.16\\_sp.doc](https://www2.ohchr.org/_cr/c.c.gc.16_sp.doc)

11. *Las empresas y los derechos del niño. Una explicación para todos. Una versión amigable de la Observación General N° 16 del Comité de los Derechos del Niño sobre "Las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño".* Disponible en: <http://pasc-lac.org/wp-content/uploads/2018/07/una-explicacion-para-todos.pdf>

El tercer principio se relaciona con el art. 6° de la CDN, que establece el **derecho intrínseco de todo niño a la vida**, por lo que los Estados deben garantizar su supervivencia y desarrollo. En este sentido, el Comité ha definido el desarrollo del niño como un "concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño".<sup>12</sup> Por este motivo, el impacto que pueden tener las actividades empresariales también debe ser analizado de manera holística. Así, la contaminación ambiental generada por una curtiembre, un polo petroquímico o una fábrica que no trata sus residuos de manera correcta y los vuelca a un río o en un basural abierto cercano a viviendas precarias donde viven familias puede ser extremadamente nociva y peligrosa para niñas y niños, afectando su derecho a la salud, la seguridad alimentaria, el acceso al agua segura y potable y al saneamiento, entre otros.

En igual sentido, se abordan la publicidad y el marketing en la venta de productos poco saludables o nocivos para los niños, tales como el alcohol, cigarrillos, productos con alto contenido de azúcar, grasas trans y otros aditivos y el impacto que tiene la falta de políticas favorables a las familias en el desarrollo de NNyA, especialmente niñas, por la asunción de tareas domésticas y de cuidado. El cuarto y último principio se enfoca en el **derecho del niño a ser escuchado**. Así como los Estados deben escuchar a niñas, niños y adolescentes al evaluar el impacto de políticas y prácticas, también es importante

que lo hagan las empresas en caso de que sus proyectos puedan afectar los derechos de NNyA, y fundamentalmente que sus opiniones sean tenidas en cuenta a la hora de adoptar decisiones. De esta manera, el derecho a ser oído se vincula profundamente con el derecho a la participación.

Sobre la base de estos cuatro principios, las obligaciones generales del Estado son de respetar, proteger y dar efectividad a los derechos de niñas, niños y adolescentes.

La obligación de **respetar** implica que los gobiernos no deben permitir ninguna violación de los derechos del niño, asegurándose que el sector privado no solo no los vulnere, sino que también los respete. Esto se vincula con la obligación de **proteger** que también cabe a los Estados.

En relación con la obligación de **dar efectividad**, la misma exige a los Estados que adopten medidas positivas y concretas para promover y garantizar los derechos de niñas y niños, mediante la adopción de medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otro tipo en lo que hace a las actividades empresariales.

Esto incluye normativa en materia de trabajo, empleo, salud, seguridad, medio ambiente, uso de la tierra, así como también leyes relativas a la igualdad de trato y empleo

decente para mejorar el nivel de vida.

Además, el Comité identificó **contextos específicos** en los que las actividades empresariales tienen impactos considerables en NNyA, por lo que deben reforzarse las obligaciones estatales de respetar, proteger y dar efectividad.

Dentro de estos contextos, se menciona la prestación y gestión de servicios públicos que llevan a cabo las empresas, tanto en el abastecimiento de agua

**“Los Estados deben garantizar el derecho intrínseco de todo niño a la vida: la contaminación ambiental, por ejemplo, puede afectar su derecho a la salud, la seguridad alimentaria, el acceso al agua segura y potable y al saneamiento”**

12. Véase, Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento N° 41 (A/59/41), "Anexo XI", párr. 12, citado en la Observación General N° 16.

potable, la electricidad, el transporte y la educación, entre otros. Asimismo, destacan que la economía informal representa un escenario en el que pueden verse sumamente vulnerados los derechos de NNyA, en donde se registra trabajo infantil al margen de la protección que les asiste y se los priva de asistir a la escuela. También los hogares en los cuales las madres, padres o cuidadores se desempeñan en el sector informal de subsistencia, en tanto tienen largas jornadas de trabajo y pocos derechos, lo que dificulta el ejercicio de sus responsabilidades parentales. Otro contexto analizado por el Comité se relaciona con el proceso de globalización y con las operaciones mundiales que llevan adelante las empresas y que involucran a compañías subsidiarias de la empresa matriz, a contratistas, concesionarios, proveedores, entre otras figuras que conforman las cadenas de suministro de fabricación y venta de productos de las empresas. En estos casos, un proveedor podría utilizar mano de obra infantil, una filial intervenir en deposiciones de tierras o un contratista vender productos nocivos para niños. Asimismo, este proceso podría implicar a empresas registradas en un Estado de origen y los negocios se podrían desarrollar en otro, un Estado receptor, por lo que en estos casos cobran especial relevancia las obligaciones extraterritoriales y la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de NNyA en todos los países.

Los Estados pueden adoptar ciertas medidas para prevenir violaciones a los derechos del niño por parte de empresas que operan en el extranjero condicionando tanto el acceso a fondos y apoyo público como su asignación acorde con el historial previo de la empresa.

### **Medidas de reparación y acceso a la justicia**

El acceso a la justicia de NNyA puede resultar sumamente dificultoso y más aún cuando hay intereses de empresas involucradas. Pueden darse casos en los que NNyA no conozcan sus derechos, o bien desconozcan los mecanismos y procedimientos que existen para iniciar un reclamo; que no cuenten con legitimación procesal o patrocinio letrado, o que, incluso sorteando esos obstáculos, los Estados no investiguen. Es decir que, las barreras de acceso a la justicia son muchas, tanto para el inicio como para el desarrollo de un proceso.

Por estos motivos, el Comité llama a los Estados a eliminar las barreras sociales, económicas y jurídicas para facilitar el acceso de NNyA a mecanismos administrativos, judiciales o extrajudiciales efectivos y sin discriminación. Además, se destaca que resulta fundamental que durante todas las etapas del proceso se respeten la confidencialidad y la privacidad, y se mantenga a los NNyA informados de conformidad con su edad, madurez y desarrollo.

### **III. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

---

#### **A. Declaración sobre las obligaciones de los Estados parte en relación con el sector empresarial y los derechos económicos, sociales y culturales - E7C.12/2011/1, aprobada el 12 de julio de 2011.**

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales se ha ocupado de manera creciente de las obligaciones de los Estados parte en relación con los efectos de la acción del sector empresarial en el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. Pues si bien en muchos aspectos el sector empresarial puede contribuir a la satisfacción de los derechos consagrados en el Pacto, también sus actividades pueden actuar en detrimento de estos derechos.

En atención a ello, en 2011, el Comité ha publicado la "Declaración sobre las obligaciones de los Estados parte en relación con el sector empresarial y los derechos económicos, sociales y culturales".

En este documento, el Comité recuerda a los Estados parte su obligación de respetar, proteger y garantizar el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de las actividades empresariales llevadas a cabo por empresas de titularidad pública o privada.

De este modo, sostiene que la obligación de **respetar** implica que los Estados deben garantizar que las leyes y políticas sobre las actividades empresariales se encuentren en consonancia con los derechos enunciados en el Pacto. Y que, en este marco, los Estados deben reunir sus esfuerzos para que las empresas actúen con

debida diligencia, a fin de no impedir el ejercicio de los mencionados derechos.

Al referirse a la obligación de **proteger**, el Comité señala que los Estados parte deben "ofrecer una protección eficaz a los titulares de derechos contra las violaciones de sus derechos económicos, sociales y culturales en las que intervengan agentes empresariales, mediante la adopción de leyes y reglamentos adecuados y de procedimientos de vigilancia, investigación y rendición de cuentas para establecer y hacer cumplir las normas de actuación empresarial".

En este marco, hace referencia a la obligaciones extraterritoriales e insta a los Estados parte a tomar medidas para impedir que empresas con domicilio social en su jurisdicción vulneren los derechos humanos en el extranjero.<sup>13</sup>

Por último, en relación con la obligación de **garantizar** el ejercicio de derechos, llama a los Estados parte a asumir el compromiso de obtener el apoyo del sector empresarial para darles efectividad a los derechos económicos, sociales y culturales. Y, tal como lo hizo anteriormente, convoca a los Estados parte de origen de las empresas que realizan actividades en el extranjero a alentar a dichas empresas para que presten colaboración con los Estados de acogida en lo relativo a la observancia de los derechos consagrados en el Pacto.

## **B. Observación General N° 24 sobre "Las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales", E/C.12/GC/24, 10 de agosto de 2017.**

El objetivo primordial de esta observación es la aclaración de las obligaciones que tienen los Estados parte en el PIDESC en relación con las actividades empresariales a fin de prevenir y encarar los efectos adversos que estas puedan tener en los derechos humanos.

<sup>13</sup>. En el mismo sentido, se había manifestado el Comité en su Observación General N° 15 de 2002 sobre "Derecho al agua", al apuntar: "Los Estados parte deben adoptar medidas para impedir que sus propios ciudadanos y empresas violen el derecho al agua potable de las personas y comunidades de otros países".

Cabe destacar que el Comité ha examinado en diversas ocasiones el creciente efecto de las actividades empresariales en el disfrute de derechos enunciados en el Pacto, en concreto en relación con la salud,<sup>14</sup> la vivienda,<sup>15</sup> la alimentación,<sup>16</sup> el agua,<sup>17</sup> la seguridad social,<sup>18</sup> el derecho al trabajo,<sup>19</sup> el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias<sup>20</sup> y el derecho a fundar sindicatos y a sindicarse.<sup>21</sup>

En concordancia con la doctrina desarrollada por este y otros comités, se abordan las obligaciones de los Estados parte en virtud del Pacto, entre las cuales se encuentran tres grupos. En primer lugar, las obligaciones de no discriminación; en segunda instancia, las obligaciones de respetar, proteger y dar efectividad, y, por último, las obligaciones extraterritoriales.

Sobre las primeras obligaciones de **no discriminación**, el Comité hace especial hincapié en los grupos que se ven afectados de manera desproporcionada por los efectos adversos de las actividades empresariales como lo son las mujeres, los niños, los pueblos indígenas, sobre todo en vinculación con el uso y explotación de tierras y recursos naturales en proyectos de desarrollo, campesinos y personas que viven en zonas rurales, minorías étnicas o religiosas, entre otros grupos de población que se encuentran expuestos a sufrir discriminación intersectorial y múltiple.

En vinculación a la **obligación de respetar**, el Comité observa que esta se vulnera cuando los Estados dan prioridad a los intereses de las empresas en detrimento de los derechos del Pacto y pone como ejemplo los casos de desalojos forzosos en proyectos de inversión que afectan a pueblos indígenas.

<sup>14</sup>. Véase la Observación General N° 14 del Comité (2000) sobre "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud", párrs. 26 y 35.

<sup>15</sup>. Véase la Observación General N° 4 del Comité (1991) sobre "El derecho a una vivienda adecuada", párr. 14.

<sup>16</sup>. Véase la Observación General N° 12 del Comité (1999) sobre "El derecho a una alimentación adecuada", párrs. 19 y 20.

<sup>17</sup>. Véase la Observación General N° 15 del Comité (2002) sobre "El derecho al agua", párr. 49.

<sup>18</sup>. Véase la Observación General N° 19 del Comité (2007) sobre "El derecho a la seguridad social", párrs. 45, 46 y 71.

<sup>19</sup>. Véase la Observación General N° 18 del Comité (2005) sobre "El derecho al trabajo", párr. 52.

<sup>20</sup>. Véase la Observación General N° 23 del Comité (2016) sobre "El derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias", párrs. 74 y 75.

<sup>21</sup>. Véase E/C.12/AZE/CO/3, párr. 15.

Por otra parte, al referirse a la **obligación de proteger**, indica que los Estados deben adoptar medidas legislativas, administrativas, educativas y de otra índole para prevenir de manera eficaz toda vulneración a los DESC en el contexto de actividades empresariales. Esto incluye el deber positivo de adoptar un marco jurídico que exija a las empresas ejercer la debida diligencia en materia de derechos humanos.

El Comité señala que esta obligación puede necesitar una regulación e intervención directa y, tal como lo ha indicado el Comité de los Derechos del Niño, destaca la necesidad de restringir la comercialización y publicidad de determinados productos con el fin de proteger la salud pública, tales como el alcohol o el tabaco, así como también ejercer un control sobre los alquileres en el mercado privado de la vivienda y establecer un salario mínimo, entre otros.

En el mismo sentido a lo referido por el Comité de los Derechos del Niño, el Comité DESC resalta los efectos de la privatización y el rol de los proveedores privados de servicios públicos y su impacto en los DESC.

La **obligación de dar efectividad** se vincula a la utilización del máximo de los recursos disponibles para el disfrute y promoción de los derechos consagrados en el Pacto. Para el cumplimiento de estas obligaciones, los Estados pueden adoptar una serie de medidas, entre ellas, sistemas de fiscalidad progresiva.

Las **obligaciones extraterritoriales** son el tercer grupo que aborda el Comité. Como fue señalado en la declaración de 2011 del Comité DESC analizada en la sección anterior, las obligaciones de los Estados parte en el Pacto no terminan en sus fronteras territoriales y, de esta manera, las obligaciones del Pacto se expresan sin restricción alguna vinculada al territorio o la jurisdicción.

Por ello estas obligaciones extraterritoriales también contemplan la obligación de respetar, proteger y dar efectividad. Para ello exige que los Estados parte adopten medidas para prevenir y corregir vulneraciones que se producen fuera de su territorio, debido a las actividades empresariales sobre las que pueden ejercer un control, sobre todo, en los casos en que los recursos de los que disponen las víctimas sean ineficaces o no existan directamente.

Los Estados pueden tratar de regular las empresas con domicilio en su territorio o jurisdicción, además de recurrir a obligaciones directas de incentivos en contrataciones públicas, pueden solicitar a las empresas que tanto sus filiales como sus socios comerciales, así como otros agentes que formen parte de las cadenas de suministro mundiales respeten los derechos consagrados en el Pacto. En los casos transnacionales es fundamental lograr una

rendición de cuentas y el acceso a medios de reparación efectivos, para lo cual la cooperación internacional juega un rol fundamental.

**“Los Estados parte deben ‘ofrecer una protección eficaz a los titulares de derechos contra las violaciones de sus DESC en las que intervengan agentes empresariales, mediante la adopción de leyes y reglamentos adecuados y de procedimientos de vigilancia, investigación y rendición de cuentas para establecer y hacer cumplir las normas de actuación empresarial’”**

Por último, el Comité señala los obstáculos que pueden enfrentar las víctimas para acceder a la justicia cuando las vulneraciones son cometidas por empresas transnacionales: ya sea por los costos de un litigio en términos de tiempo y dinero, por no contar con mecanismos sólidos de asistencia judicial o por las dificultades de probar los daños y perjuicios, entre otras barreras y obstáculos sustantivos, procesales y prácticos. Por ello, existe una obligación por parte de los Estados parte de adoptar una serie de medidas. Algunas de ellas pueden ser establecer regímenes de responsabilidad de la empresa matriz o del grupo, al ofrecer asistencia letrada, permitir demandas colectivas, facilitar el acceso a la información. En este sentido, los Estados deben asegurar la rendición de cuentas de las empresas por vulneraciones de derechos mediante diversos tipos de recursos, entre ellos, judiciales y extrajudiciales, y abordar las responsabilidades penales y los diversos tipos de sanciones que se podrían imponer a las empresas, incluidas las sanciones administrativas.

#### IV. Reflexiones finales

Como se ha mencionado de manera previa, las empresas desempeñan un papel de importancia para lograr el ejercicio efectivo de los muchos derechos humanos, entre otras cosas, por su contribución a la creación de oportunidades de empleo, desarrollo, a la reducción de la pobreza y al mayor bienestar de las sociedades en general. Al mismo tiempo, las actividades de las empresas pueden tener efectos extremadamente

negativos que se traducen en la afectación o violación de una multiplicidad de derechos.

El desarrollo global y acelerado de la economía presenta un escenario donde el ejercicio y el respeto de los derechos humanos deberían ser la brújula que marque el accionar de las empresas transnacionales, creando bienestar e inclusión social a lo largo de su cadena de suministro y producción. Sin embargo, la lógica capitalista en búsqueda de la mayor plusvalía se desarrolla en muchos casos en detrimento de la naturaleza y a costa de las personas. Las empresas transnacionales, en sus diferentes formatos y figuras, tienen en muchas oportunidades más poder económico, político y simbólico que el de los Estados.

En esta línea, en las últimas décadas, ha avanzado el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos en cuanto a la temática, dentro de los cuales los documentos analizados representan valiosos aportes por cuanto clarifican las obligaciones de los Estados parte tanto de la Convención de los Derechos del Niño como del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Por otra parte, brindan lineamientos de

acción para el sector empresarial.

Se observa cómo a lo largo de los años, en especial desde el primer documento bajo análisis que es de 2002 al más reciente, de 2017, se ha consolidado la doctrina respecto de las obligaciones de los Estados parte bajo los tres principios rectores de respetar, proteger y garantizar o dar efectividad a los derechos humanos.

En este sentido, resultó un hito significativo la aprobación en 2011 de los Principios Rectores sobre

**“Si bien las empresas contribuyen a la creación de oportunidades de empleo y al mayor bienestar de las sociedades en general, pueden tener efectos extremadamente negativos como la afectación o violación de una multiplicidad de derechos”**

las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas,<sup>22</sup> en tanto a la fecha es el instrumento más comprensivo en abordar la temática, y a su vez, recoge muchos de los debates presentados y los principios desarrollados en la doctrina de los dos comités analizados en este artículo.

Han transcurrido ya dos décadas desde el primer documento que se analizó del Comité de los Derechos del Niño, y si bien a través de cada documento se hace más robusto el análisis y se delimita de manera más clara cuáles son las obligaciones de los Estados, por un lado, se observan, por otra parte, avances en la redacción de borradores de un nuevo tratado de derecho internacional, y se conforman nuevos grupos de trabajo con expertos en la temática. Sin embargo, el panorama se presenta cada vez de manera más compleja, con mayores desafíos y aun mayores vulneraciones de derechos humanos a lo largo del mundo, sobre todo, en los países en desarrollo. Por ello, uno de los grandes desafíos que siguen a futuro es el desarrollo, consolidación, tratado, aprobación y puesta en marcha de un instrumento internacional jurídico vinculante para garantizar la efectividad de los derechos humanos en el marco de las actividades empresariales.

**“Uno de los desafíos a futuro es el desarrollo, consolidación, tratado, aprobación y puesta en marcha de un instrumento internacional jurídico vinculante para garantizar los DD.HH en el marco de las actividades empresariales”**

---

22. Disponible en: [https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf)







## **CAPÍTULO 2**

# **ACCIONES DE CANCILLERÍA**

# Acciones de la Cancillería Argentina en materia de empresas y derechos humanos



**Cecilia Meirovich**

Lic. en Comunicación Social y magíster en Relaciones Internacionales por la Universidad Nacional de Córdoba. Consejera egresada del Instituto del Servicio Exterior de la Nación. Dirección de Derechos Humanos de la Cancillería argentina. Además trabajó en la Dirección de Asuntos Regionales y fue representante alterna ante la Organización de los Estados Americanos.

**Alejandro Poffo**

Embajador, Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de Argentina. Punto Nacional de Contacto Argentina de la OCDE.

El concepto de "empresas y derechos humanos" comienza a ser abordado a nivel internacional en los años setenta con la expansión de las empresas multinacionales. En ese momento, se pensó en el marco de las negociaciones en el seno de las Naciones Unidas de un Código de Conducta de Empresas Transnacionales vinculante, el que nunca vio la luz. El objetivo de este código era establecer "de manera equilibrada los derechos y responsabilidades de las empresas transnacionales y los Estados receptores de inversiones en sus relaciones mutuas".<sup>1</sup> Por su parte, en 1976, en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), se adoptó una Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales, que incluía en un anexo lo que luego serían las Líneas Directrices de esa Organización. Se intentaba entonces encontrar —de forma voluntaria— un equilibrio entre actividades de las empresas y su contribución al progreso, a la vez que reducir y resolver los impactos que dichas actividades pudieran tener.

Luego, en los años noventa con el auge de la globalización, los tratados de libre comercio y los tratados de inversiones, la entonces Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, que formaba parte de la también entonces Comisión de Derechos, comenzó la redacción del documento

---

1. ESCOBAR, L., "La relevancia del Punto Nacional de Contacto Argentino de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales como mecanismo estatal extrajudicial de acceso a reclamación en asuntos de Empresas y Derechos Humanos", Instituto del Servicio Exterior de la Nación, Buenos Aires, 2020.

"Normas y Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras iniciativas empresarias en relación a los derechos humanos", con el fin de analizar la relación entre empresas transnacionales y derechos humanos. El documento fue rechazado por el cuerpo de dicha Comisión por considerar, entre otras cuestiones, que no había sido solicitado y que no tenía estatus legal.

Pero esto no fue el cierre del debate, sino, antes bien, el comienzo de un período fructífero para el desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos, referido a una cuestión por demás compleja para los temas habituales de discusión: cómo abordar el accionar de las empresas, teniendo en mente su contribución al progreso y bienestar de la sociedad, pero también las implicancias de sus actividades, tomando en consideración el deber primario de los Estados de garantizar los derechos humanos. Es así como a pedido de la ex-Comisión de Derechos Humanos, en 2005, el entonces secretario general de la ONU, Kofi Annan, solicitó al profesor John Ruggie, hoy experto indiscutido de este tema, que identificara y clarificara los estándares y buenas prácticas, así como conceptos tales como "complicidad corporativa" y "esferas de influencia"<sup>2</sup> e hiciera recomendaciones tanto para Estados como para empresas. Ruggie abordó la cuestión desde una perspectiva diferente a lo que proyectaba el Código de Conducta de los setenta: en lugar de un instrumento vinculante, "avanzó hacia la sistematización de prácticas y estándares existentes para empresas transnacionales que termin[ara] por establecer las obligaciones que les correspondían a los Estados y las responsabilidades de las empresas". Este mandato culminó tres años después con la elaboración del marco "Proteger, respetar y remediar" de la ONU, documento base en lo que refiere a empresas y derechos humanos y el primero de las Naciones Unidas en tomar una posición sobre el tema. Con posterioridad, el Consejo de Derechos Humanos aprobó 31 Principios Rectores, los que operacionalizan en la práctica ese marco; esto constituye el plexo conceptual universal base en este tema. El trabajo de

Ruggie "implicó un cambio de paradigma para avanzar hacia un enfoque colaborativo más que de confrontación como la vía de convergencia para abordar las cuestiones de empresas y derechos".<sup>3</sup>

La aprobación de estos Principios fue fruto de un largo trabajo de negociación que la Argentina impulsó mediante la presentación, junto con Noruega, Rusia, y Ghana, de la resolución que los adoptó, la que además creó un Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos en el ámbito del Consejo de Derechos Humanos y un foro anual sobre este tema, con la función de promover el diálogo y la cooperación. Recientemente, nuestro país apoyó la renovación por tres años más del mandato del Grupo de Trabajo.

En la actualidad, nuestro país continúa promoviendo activamente la implementación de los Principios en el ámbito del Consejo de Derechos Humanos en su carácter de *core group* (copatrocinador principal) de las resoluciones que se presentan periódicamente sobre empresas y derechos humanos. Además, participa en las sesiones del Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre Empresas Transnacionales y Otras Empresas con respecto a los DD.HH., en el que aún se requiere trabajar a futuro para poder arribar a consensos. Por otro lado, desde principios de 2018, nuestro país es miembro pleno de la Iniciativa sobre Principios Voluntarios de Seguridad y Derechos Humanos, cuyo objetivo es servir de guía a las compañías extractivas para mantener la seguridad de sus operaciones bajo un marco que garantice el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales.

En lo que respecta al trabajo específico de la Cancillería, esta participa del proyecto CERALC, implementado conjuntamente por la OIT, la OCDE y la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, con el objetivo de promover prácticas de conducta empresarial responsable de acuerdo con las normas internacionales.

Asimismo, en el ámbito de la Cancillería, funciona el Punto Nacional de Contacto (PNC) de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. La Argentina adhirió a estas Directrices, sobre las que este artículo se abocará más adelante, en 1997. El marco

2. RUGGIE, J. y NELSON, T., "Human Rights and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Normative Innovations and Implementation Challenges", *Faculty Research Working Paper Series*, Harvard Kennedy School, Cambridge, MA, 2015.

3. Ídem 2.

"Proteger, respetar y remediar" (2008) como los Principios Rectores (2011), ambos de las Naciones Unidas, hacen referencia al PNC como uno de los mecanismos de reclamación existentes.

De esta manera, la Argentina participa sostenidamente acompañando y promoviendo iniciativas que promueven el desarrollo de este tema, trabajando juntamente con otros actores del sistema regional e internacional.

Los avances en esta materia han llegado también al ámbito interamericano: a pesar de ser un tema de desarrollo muy incipiente, con la creación de la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Culturales, Sociales y Ambientales (hoy a cargo de la experta argentina Soledad García Muñoz), la temática adquiere prioridad. En 2018, la REDESCA publica su primer informe desde su creación y lo dedica a las empresas y los derechos humanos. Una de las innovaciones de este informe es su mirada regional, lo que le aporta especificidad y consideración sobre las desigualdades presentes de nuestra región. En ese sentido, vincula el rol de las empresas como generadoras de riqueza, empleo, mayor bienestar y ayuda en la reducción de la pobreza,<sup>4</sup> pero esta tarea no será completa si no se hace en el marco del respeto de los derechos humanos, la consulta previa a las comunidades afectadas y con especial atención a los grupos en situación de vulnerabilidad, para lo cual el Estado debe ser el garante último. De esta manera, las relaciones

asimétricas de poder entre las empresas y comunidades afectadas solo podrán reducirse o paliarse a través de la mediación del Estado, como garante de derechos, en atención a las obligaciones asumidas internacionalmente en materia de derechos humanos.

Cabe recordar que nuestro país es parte de los principales instrumentos internacionales del sistema univer-

sal y regional de protección de derechos humanos, incluidos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales revisten jerarquía constitucional. Asimismo, es parte del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocido como Protocolo de San Salvador, el cual cuenta con un mecanismo de monitoreo que mide con indicadores concretos el avance e impacto de los derechos allí enunciados. También ha ratificado los llamados ocho convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT): el Convenio 169 sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales, el Convenio 29 sobre el trabajo forzoso u obligatorio, el Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de

sindicación, el Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, el Convenio 100 sobre la igualdad de remuneración, el Convenio 105 sobre la abolición del trabajo forzoso, el Convenio 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), el Convenio 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo, el Convenio 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su

**“Nuestro país continúa promoviendo la implementación de los Principios en el ámbito del Consejo de Derechos Humanos en su carácter de core group de las resoluciones que se presentan periódicamente sobre empresas y derechos humanos”**

4. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Informe sobre empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, Washington DC, 2018.

eliminación. A estos instrumentos, debe adicionarse el Convenio 190 sobre violencia y acoso, recientemente ratificado por nuestro país.

Es importante señalar que la temática es abordada por distintas agencias del Estado, en tanto la Cancillería es la cara visible a nivel exterior de las múltiples acciones que se realizan a nivel internacional. Esto da cuenta de la necesidad de trabajar este tema de una forma multidisciplinaria, con el fin de abordar todas sus aristas.

A continuación, el presente trabajo abordará en detalle una parte del intenso accionar del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, con el fin último de potenciar su visibilidad y utilización por parte de potenciales interesados/as: las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales.

### **Las líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales**

---

#### **Las empresas multinacionales y su impacto en las sociedades**

Luego de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, el mundo volvió a experimentar épocas de crecimiento económico, al mismo tiempo que se produjo un aumento considerable en las comunicaciones y en la circulación de personas y bienes. Por supuesto que muchos de los desarrollos tecnológicos de esta época ya habían aparecido incluso en el siglo anterior, pero fue entonces cuando estos se aceleraron sustancialmente y se difundieron en casi todo el mundo.

Esto trajo una serie de consecuencias a nivel de las empresas y los negocios, y muy especialmente, comenzaron a difundirse en un número creciente de países las empresas multinacionales. Estas compañías no solamente comercian con empresas de diferentes países, como ya venía sucediendo desde décadas o siglos atrás, sino que incluso producen cada vez más en distintos países además del de origen. Constituyen así cadenas globales de valor e incrementan las interacciones entre las empresas, incluso dentro de un mismo país, al tiempo

que aumentan el tamaño y complejidad de las operaciones de muchas de estas empresas multinacionales.

Este fenómeno cada vez más generalizado trajo aparejada una serie de cuestiones nuevas: ¿cómo deben comportarse estas empresas en los países en los que se van estableciendo? ¿Cómo deben adaptarse a nuevas legislaciones en materia impositiva, laboral, medioambiental, etc.? ¿Qué sucede cuando la legislación en el país de origen y en el nuevo país en el que se establece son distintas o incluso incompatibles? ¿Cómo evitar que estas empresas aprovechen situaciones en las que la legislación en determinados países es menos estricta para producir respetando legislaciones laborales más laxas o con menor consideración a normas medioambientales? ¿Cómo deben actuar las empresas de forma tal que su accionar permita una mejor interacción con sus consumidores, con sus trabajadores, con las sociedades en las que se encuentran o interactúan, de forma tal que su accionar sea visto como positivo y contribuya a incrementar el valor de la empresa y disminuir el potencial de reclamos?

Esto trae aparejado el concepto que ha evolucionado en lo que se conoce como Conducta Empresarial Responsable (CER).

Los principios y estándares de la Conducta Empresarial Responsable establecen la expectativa de que todas las empresas, independientemente de su estado legal, tamaño, estructura de propiedad o sector, eviten y aborden las consecuencias negativas de sus operaciones, al mismo tiempo que contribuyan al desarrollo sostenible de los países donde operan. CER significa integrar y considerar las cuestiones ambientales y sociales dentro de las actividades comerciales centrales, incluso de la cadena de suministro y relaciones comerciales. Un elemento clave de la CER es la debida diligencia basada en el riesgo, un proceso a través del cual las empresas identifican, previenen y mitigan su potencial y real impacto negativo y dan cuenta de cómo se abordan esos impactos.<sup>5</sup>

5. Disponible en: <https://mneguidelines.oecd.org/Promoting-and-enabling-RBC-through-development-cooperation.pdf>

Los nuevos desafíos que plantean la consolidación de estos conceptos no solo afectan a las decisiones de las empresas multinacionales, sino también a los gobiernos de los Estados donde se encuentran las matrices y las sucursales de dichas empresas, a los sindicatos, a los consumidores y a la sociedad en su conjunto.

Paralelamente a estos desarrollos, se dio otro proceso de particular relevancia, que tiene que ver con la ampliación de los derechos de las personas en las más diversas áreas.

Esto llevó a que cada vez más frecuentemente se analizara el impacto que las empresas multinacionales tenían en las sociedades y sus componentes y, por otra parte, cómo lograr que dicho impacto fuera cada vez más positivo y que se respetaran cabalmente los derechos humanos.

Ambos fenómenos, el del crecimiento exponencial de las empresas multinacionales y la ampliación del concepto de los derechos humanos, hicieron que algunos organismos internacionales le dedicaran cada vez mayor análisis al tema. En especial, esto tuvo lugar a partir de la década de 1970 en tres organismos: la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

Cada organismo trató estos temas desde su perspectiva específica, y fue produciendo documentos relevantes a esta materia que se fueron actualizando con regularidad, a la par que las sociedades y la concepción de los derechos humanos iban evolucionando. Y cada documento y sus actualizaciones fueron a la vez considerados por los otros organismos, en una serie de iteraciones que enriquecieron el trabajo de cada uno de ellos.

Los principales instrumentos que se fueron desarrollando y que apuntan a fomentar una contribución positiva de las empresas multinacionales al desarrollo económico son los siguientes: los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo, relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales.

### **La Argentina y las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales**

La Argentina no es miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, pero como varios países no miembros ha adherido a un gran número de instrumentos de esa organización y participa activamente en muchos de sus grupos de trabajo.

Como ejemplo, en 1997, la Argentina adhirió a la Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, que es "un compromiso político de los gobiernos adherentes para proporcionar un entorno abierto y transparente para la inversión internacional y para alentar la contribución positiva que las empresas multinacionales pueden hacer al progreso económico y social".<sup>6</sup> Una parte de esa Declaración está constituida por las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales que son recomendaciones relacionadas con la conducta empresarial responsable, dirigidas por los gobiernos a las empresas multinacionales que operan o tienen su sede en países adherentes a las Líneas Directrices. Otros países no miembro de la OCDE que han adherido a esta Declaración y, por lo tanto, a las Líneas Directrices son, a la fecha: Brasil, Costa Rica, Croacia, Egipto, Jordania, Kazajistán, Marruecos, Perú, Rumania, Túnez y Ucrania.<sup>7</sup>

"El objetivo de las Directrices es garantizar que las actividades de esas empresas se desarrollen en armonía con las políticas públicas, fortalecer la base de confianza mutua entre las empresas y las sociedades en las que desarrollan su actividad, contribuir a mejorar el clima para la inversión extranjera y potenciar la contribución de las empresas multinacionales al desarrollo sostenible."<sup>8</sup>

Las Líneas Directrices, que fueron adoptadas inicialmente en 1976, son revisadas periódicamente. La revisión en vigor corresponde a 2011. Constituyen un código

6. Disponible en: <http://mneguidelines.oecd.org/oecddeclarationand-decisions.htm>

7. Disponible en: <http://mneguidelines.oecd.org/oecddeclarationand-decisions.htm>

8. OCDE, Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, OECD Publishing, 2013. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es>



de conducta amplio y no jurídicamente vinculante para las empresas que los Estados adherentes se han comprometido a promover.

En las Líneas Directrices:

(...) se reconocen y alientan los aportes positivos de las empresas al progreso económico, medioambiental y social, pero también se reconoce que las actividades empresariales pueden generar impactos negativos relacionados con los trabajadores, los derechos humanos, el medioambiente, el cohecho, los consumidores y el gobierno corporativo. Las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales recomiendan, por lo tanto, que las empresas lleven a cabo la debida diligencia en función del riesgo, para evitar y abordar estos impactos negativos asociados a sus actividades, sus cadenas de suministro y otras relaciones comerciales.<sup>9</sup>

Adicionalmente, en 2013 se creó el Grupo de Trabajo intergubernamental sobre Conducta Empresarial Responsable con el objetivo de contribuir a promover la eficacia de las Líneas Directrices. Este Grupo de Trabajo reúne a los Estados —actualmente 49— que, como la Argentina, han adherido a las Líneas Directrices.

¿Qué temas cubren las Líneas Directrices?

Las Líneas Directrices tienen un capítulo de Principios Generales, que establece la orientación general y principios fundamentales comunes para las recomendaciones específicas que se explicitan en los capítulos temáticos sucesivos.

A continuación, se desarrollan Líneas Relativas a la Divulgación de la Información, en la que se establece que "las empresas deberán respetar normas de alta calidad en materia de divulgación de información contable, financiera y no financiera, incluida la información medioambiental y social en su caso";<sup>10</sup> derechos huma-

nos, capítulo incorporado en la revisión de 2011, inspirado en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para "Proteger, respetar y remediar"; empleo y relaciones laborales; medioambiente, en el que se refiere que las empresas deberán "establecer y mantener un sistema de gestión medioambiental"; lucha contra la corrupción, las peticiones de soborno y otras formas de extorsión, en donde se indica que las empresas "no deberán ofrecer, prometer, dar ni solicitar, directa o indirectamente, pagos ilícitos u otras ventajas indebidas para obtener o conservar un contrato u otra ventaja ilegítima", al mismo tiempo que "deberán, rechazar cualquier soborno y otras formas de extorsión"; temas relacionados con los "Intereses de los consumidores", ciencia y tecnología; competencia y cuestiones tributarias.

Estos son solo algunos ejemplos de los múltiples temas que son cubiertos por las Líneas Directrices, en sus diferentes capítulos.

### Puntos Nacionales de Contacto

Con posterioridad a la Declaración inicial sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales, a propuesta del Comité de Inversiones, el Consejo aprobó la "Enmienda a la Decisión del Consejo sobre las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales" y decidió que cada adherente debía crear un Punto Nacional de Contacto para favorecer la eficacia de las Directrices realizando actividades de promoción, atendiendo consultas y contribuyendo a la resolución de las cuestiones que surjan en relación con la implementación de las Directrices en instancias específicas.

Estos Puntos Nacionales de Contacto deben actuar de acuerdo con los principios de visibilidad, accesibilidad, transparencia y responsabilidad para fomentar el cumplimiento del objetivo de equivalencia funcional y tienen dos responsabilidades principales, a fin de favorecer la eficacia de las Líneas Directrices:

- promover las Líneas Directrices a través de actividades de promoción y atendiendo consultas respecto de estas, y

9. OCDE, *Guía de la OCDE de debida diligencia para una conducta empresarial responsable*, 2018, p. 10. Disponible en: <https://mneguidelines.oecd.org/Guia-de-la-ocde-de-debida-diligencia-para-una-conducta-empresarial-responsable.pdf>

10. OCDE, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, OECD Publishing, 2013. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es>, p. 31.

- contribuir a la resolución de las cuestiones que surjan en relación con la implementación de las Directrices en instancias específicas.

La primera responsabilidad surgió en 1984, al momento de creación de los Puntos Nacionales de Contacto. En 2000, dichas responsabilidades se ampliaron cuando se les asignó adicionalmente la responsabilidad de colaborar en la búsqueda de soluciones en relación con las presentaciones individuales que hagan personas humanas, grupos de personas o entidades, acerca de la implementación de las Directrices por parte de las empresas en mecanismos denominados "instancias específicas".

No existe una forma única en que los países adherentes deban constituir sus Puntos Nacionales de Contacto, por el contrario, las Líneas Directrices establecen: "Los países adherentes pondrán a disposición recursos humanos y económicos para sus Puntos Nacionales de Contacto con el fin de que estos puedan cumplir sus responsabilidades de manera eficaz, teniendo en cuenta las prioridades y prácticas presupuestarias internas". Es decir, cada país puede elegir la forma en que mejor considera que puede constituir su Punto Nacional de Contacto.

Entre los 49 Puntos Nacionales de Contacto actuales, algunos países adherentes han elegido constituirlos en un ministerio único, mientras que otros lo han hecho con representantes de más de un ministerio, o con representantes de asociaciones de empresas, sindicatos o expertos independientes. Varios Puntos Nacionales de

Contacto, como el de la Argentina, por ejemplo, tienen además un consejo asesor constituido por otros organismos nacionales y partes interesadas.

En el caso de la Argentina, el PNC fue creado en 2000 y por Resolución Ministerial N° 1567, del 31 de julio de 2006, se estableció en la Dirección Nacional de Negociaciones Económicas Multilaterales del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, y está conformado por funcionarios diplomáticos de esa Dirección Nacional, con funcionarios de apoyo.

Estos Puntos Nacionales de Contacto deben actuar respetando los criterios de visibilidad, accesibilidad, transparencia y responsabilidad. Por otra parte, según establecen las Líneas Directrices, los PNC deberán, en sus actividades, tratar las instancias específicas respetando los principios de imparcialidad, previsibilidad (brindar información clara que será puesta a disposición del público respecto de su función en la resolución de instancias específicas, incluido el ofrecimiento de buenos oficios, los pasos del proceso para la instancia específica; en particular, sobre la duración y el posible papel que pueden desempeñar para dar seguimiento a la

implementación de los acuerdos celebrados entre las partes), equidad (por ejemplo, al brindar acceso razonable a las fuentes de información pertinentes para el procedimiento) y compatibilidad con las Directrices, es decir, de conformidad con los principios y normas establecidos en ese instrumento.

**“En las Líneas Directrices se reconocen y alientan los aportes positivos de las empresas al progreso económico, medioambiental y social, pero también se reconoce que las actividades empresariales pueden generar impactos negativos relacionados con los trabajadores, los derechos humanos...”**

## Las instancias específicas

Las Directrices no proporcionan una definición formal de "instancias específicas", sin embargo, ese instrumento indica: "El término 'instancia' hace referencia, en este sentido, a los casos o quejas sobre el supuesto incumplimiento de las Directrices por parte de una empresa".

Al referirse a las instancias específicas, las Líneas Directrices indican: "El PNC ofrecerá un foro para el debate y asistirá al sector empresarial, a las organizaciones de trabajadores, otras organizaciones no gubernamentales y otras partes interesadas que pretendan resolver las cuestiones planteadas de manera eficaz y oportuna y de conformidad con la legislación aplicable".<sup>11</sup>

A partir de 2000 y hasta el presente, han tenido lugar más de 500 instancias específicas en más de 100 países y territorios.

Las instancias específicas pueden constituir un "foro de discusión" consensuado y no contencioso para intentar resolver los problemas que surjan en relación con la implementación de las Directrices. Para ello, y atento el carácter voluntario de la participación, la instancia tiene que ser aceptada por ambas partes en todo momento.

Las instancias específicas que sean aceptadas por un PNC pueden ser tratadas exclusivamente por dicho PNC o bien, según lo considere necesario, puede intervenir también otro u otros PNC de apoyo —por ejemplo, teniendo en cuenta los demás países en los que actúa la empresa en cuestión—. <sup>12</sup>

11. OCDE, Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, OECD Publishing, 2013, p. 76. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es>

12. Temas relacionados con la coordinación de los Puntos Nacionales de Contacto se tratan en OECD, *Guide for National Contact*

Las Líneas Directrices establecen que el PNC, al proporcionar la asistencia:

1. Realizará una evaluación inicial para determinar si las cuestiones planteadas merecen un examen más detallado y dará una respuesta a las partes involucradas.
2. En los casos en los que las cuestiones planteadas merezcan un análisis más detallado, ofrecerá sus buenos oficios para que las partes involucradas puedan resolver la cuestión. Para ello, el PNC consultará con dichas partes y, cuando proceda:
  - a) procurará obtener asesoramiento de las autoridades competentes o los representantes del sector empresarial, las organizaciones de trabajadores, otras organizaciones no gubernamentales y los expertos

que resulten pertinentes;

- b) consultará con el PNC del otro país o de los otros países involucrados.<sup>13 14</sup>

**“Los Puntos Nacionales de Contacto deben actuar de acuerdo con los principios de visibilidad, accesibilidad, transparencia y responsabilidad para fomentar el cumplimiento del objetivo de equivalencia funcional”**

*Points on Coordination when handling Specific Instances*, OECD Guidelines for Multinational Enterprises, 2019, y están disponibles en: <https://mneguidelines.oecd.org/Guide-for-NCPs-on-Coordination-when-handling-Specific-Instances.pdf>

13. OCDE, Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, OECD Publishing, 2013, p. 76. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es>

14. Temas relacionados con la coordinación de los Puntos Nacionales de Contacto se tratan en OECD, *Guide for National Contact Points on Coordination when handling Specific Instances*, OECD Guidelines for Multinational Enterprises, 2019, y están disponibles en: <https://mneguidelines.oecd.org/Guide-for-NCPs-on-Coordination-when-handling-Specific-Instances.pdf>

## El concepto de debida diligencia

Las Líneas Directrices recomiendan que las empresas utilicen la debida diligencia para identificar, prevenir y mitigar los impactos adversos, potenciales y reales de sus actividades. La debida diligencia es un proceso flexible y basado en el riesgo, a través de lo cual las empresas conocen y describen los posibles efectos que sus operaciones pueden tener con el fin de tomar medidas para abordar el riesgo.

La implementación efectiva de las Directrices se apoya en una agenda proactiva, cuyo objeto es ayudar a las Empresas Multinacionales a identificar y responder a los riesgos de impactos adversos asociados con sectores, industrias, regiones o productos específicos.

Al respecto, la actualización 2011 de las Líneas Directrices incluyó "Un enfoque nuevo y amplio en relación con el principio de la debida diligencia y con la gestión responsable de la cadena de suministro, que implica un avance significativo en comparación con las anteriores propuestas".<sup>15</sup> Y, en tal sentido, las empresas deberán "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". Asimismo, el documento aclara: "La naturaleza y el alcance de la debida diligencia dependen de las circunstancias de cada situación particular".<sup>16</sup>

La debida diligencia puede integrarse en otros sistemas de gestión de riesgo existentes en la empresa siempre que no se limite meramente a identificar y gestionar riesgos significativos para la propia empresa, sino que incluya también los riesgos de impactos negativos en los temas contemplados en las Directrices. Los impactos potenciales deben ser tratados a través de medidas de prevención o atenuación, mientras que los impactos reales serán tratados con medios de reparación. Las Directrices se refieren a los impactos negativos originados por las empresas o que estas contribuyen a generar,

o a aquellos que están directamente relacionados con sus actividades, productos o servicios, en virtud de una relación comercial (...).<sup>17</sup>

Con el objetivo de "brindar apoyo práctico a las empresas en la implementación de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, a través de la explicación, en un lenguaje sencillo, de sus recomendaciones en materia de debida diligencia y sus disposiciones asociadas", aclarar algunos de los conceptos relacionados con la debida diligencia y profundizar el análisis, la OCDE publicó la "Guía de la OCDE de debida diligencia para una conducta empresarial responsable",<sup>18</sup> que fue supervisada en su elaboración por parte del Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Conducta Empresarial Responsable (WPRBC, por su sigla en inglés) y luego fue aprobada por el Consejo a nivel ministerial el 30 de mayo de 2018.

A su vez, la Secretaría OCDE ha publicado una serie de guías de Debida Diligencia específica para diferentes sectores.<sup>19</sup> Entre ellas, se encuentran las del sector Agricultura, Minería, Vestimenta y Calzado, Industrias Extractivas, Sector Financiero.

## Algunas experiencias en la difusión e implementación de las Líneas Directrices por parte del Punto Nacional de Contacto de la Argentina

### Actividades de difusión

Como se menciona más arriba, una de las actividades principales de los Puntos Nacionales de Contacto es la de promover las Líneas Directrices a través de actividades de promoción. En tal sentido, el PNC de la Argentina ha venido realizando estos últimos años numerosas

15. OCDE, Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, OECD Publishing, 2013, p. 4. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es>

16. OCDE, Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, OECD Publishing, 2013, p. 23. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es>

17. OCDE, Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, OECD Publishing, 2013, pp. 26 y 27. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es>

18. OCDE, *Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable*, Disponible en castellano en: <https://mneguidelines.oecd.org/Guia-de-la-ocde-de-debida-diligencia-para-una-conducta-empresarial-responsable.pdf>

19. Disponible en: <https://mneguidelines.oecd.org/due-diligence-guidance-for-responsible-business-conduct.htm>

actividades de difusión, en formato de seminarios y mesas redonda. Estos mecanismos se vieron alterados con el comienzo del aislamiento social, pero rápidamente pudieron adaptarse a formatos virtuales que, si bien no tienen la cercanía de los encuentros cara a cara, permitieron aumentar el número de eventos y, al mismo tiempo, otro aspecto sustancial para un país de la extensión territorial de la Argentina: federalizar la difusión, al realizar encuentros en diferentes provincias de nuestro país.

Según se indica más adelante, una de las recomendaciones realizadas al Punto Nacional de Contacto de la Argentina en su revisión de pares apuntó a ampliar las actividades de difusión, que es una de las principales funciones de los PNC, según las Líneas Directrices. En tal sentido, durante 2020 el PNC amplió considerablemente esas actividades y esperamos que el presente documento sirva también a ese objetivo.

Por otra parte, el Punto Nacional de Contacto argentino ha participado en un gran número de actividades de difusión organizadas por miembros del Consejo Consultivo, creado por Resolución N° 138/2019 e integrado por miembros permanentes, miembros no permanentes y representantes sectoriales de diferentes áreas, que han realizado un aporte sustancial teniendo en cuenta sus áreas de conocimiento y actuación.

### **Actividades de aprendizaje de pares**

Uno de los mecanismos más utilizados en el marco de la red de Puntos Nacionales de Contacto para fomentar el aprendizaje de la normativa OCDE relacionada con las Líneas Directrices e intentar establecer modos comunes de desempeño y de ejecución por parte de los Puntos Nacionales de Contacto tiene que ver con el uso de las redes colaborativas fomentadas desde la propia redacción de las Líneas Directrices. En efecto, este instrumento indica que el Comité de Inversión "facilitará actividades de aprendizaje entre pares, incluidas las evaluaciones entre pares voluntarias, así como la generación de capacidades y la capacitación, en particular, para los PNC de los nuevos países adherentes, en relación con los procedimientos de implementación de las

Directrices, tales como la promoción y la facilitación de procesos de conciliación y mediación"; y, más adelante, "los PNC participarán en actividades conjuntas de aprendizaje entre pares. En particular, se los alienta a intervenir en las revisiones temáticas llevadas a cabo entre pares, en forma horizontal y en las evaluaciones entre pares voluntarias de los PNC. Este aprendizaje entre pares puede realizarse a través de reuniones en la OCDE o bien mediante la directa cooperación entre los PNC".<sup>20</sup>

Es decir, esta clase de actividades se refiere a dos grandes conceptos:

- reuniones o interacciones entre Puntos Nacionales de Contacto y la Secretaría OCDE, para intercambiar experiencias, debatir ideas, comentar nuevas líneas de abordaje a las cuestiones cubiertas en las Directrices, entre otros asuntos. En esta clase de actividades, el Punto Nacional de Contacto de la Argentina participa, por ejemplo, en las reuniones de la red de PNC de América Latina y el Caribe, en el marco del Proyecto Conducta Empresarial Responsable en América Latina y el Caribe (CERALC).

- revisión de pares: se trata de evaluaciones voluntarias de las que participan algunos Puntos Nacionales de Contacto, revisando el accionar de algún Punto Nacional de Contacto en particular, según un cronograma establecido, a fin de conocer de primera mano el accionar del PNC en revisión y proponer ajustes con el objetivo de mejorar el funcionamiento de este.

El PNC de la Argentina ha participado de ambos mecanismos. Por un lado, con el objeto de intercambiar experiencias y de propiciar un espacio de diálogo y de aprendizaje entre pares, solo a modo de ejemplo, el PNCA mantuvo reuniones virtuales y separadas con los PNC de Brasil, Chile, Colombia y Perú. Durante los encuentros, se mantuvo un provechoso intercambio de experiencias relativo a la actividad de los PNC en el marco de la pandemia, a sus cuestiones organizativas e institucionales y a aspectos puntuales de las instancias específicas. Por otra parte, se mantienen contactos regulares, en especial con los PNC latinoamericanos sobre temas de interpretación de las Líneas Directrices y sobre el funcionamiento de los PNC.

20. OCDE, Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, OECD Publishing, 2013. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202436-es>

En cuanto a la Revisión de Pares, la Argentina tuvo la suya en 2019 y actualmente se encuentra en etapa de implementación de recomendaciones.<sup>21</sup> Participaron de la Revisión de Pares de la Argentina los Puntos Nacionales de Contacto de Canadá, Colombia y Dinamarca, junto con la Secretaría de la OCDE y, como se espera de esta clase de revisiones, su informe final incluye una serie de observaciones sobre el funcionamiento del PNC, así como recomendaciones para mejorar su funcionamiento.

En el caso argentino, las recomendaciones se refirieron a temas de la institucionalidad del Punto Nacional de Contacto y otras a temas operativos. Por ejemplo, una de las recomendaciones apunta a que el PNCA debe revisar sus reglas de procedimiento con la idea de alinearlas a la *Guía de procedimiento* y diseñar un procedimiento más claro y predecible. En este sentido, el PNCA tomó en cuenta esta recomendación y ha actualizado a lo largo de 2020 sus reglas de procedimiento, a fin de ajustarlas según la recomendación de los pares.

También se sugirió que el PNCA debería incrementar sus esfuerzos y desarrollar información y promoción de materiales con el fin de promocionarse e informar al público sobre su papel y funciones, así como los beneficios de relacionarse con el PNC. En tal sentido, durante 2020, el PNCA aumentó considerablemente las actividades de difusión en conjunto con una serie de entidades, tales como universidades de distintas regiones del país, la Cámara Argentina de Comercio, la Defensoría del Pueblo de la Nación, entre muchas otras. Varias de estas entidades son miembro del Consejo Asesor del PNCA.

Otra fuente de aprendizaje la constituye la revisión permanente de las instancias específicas de otros Puntos Nacionales de Contacto. En este sentido, debe destacarse el documento que conmemora el 20° aniversario del sistema de instancias específicas, que recientemente ha publicado la Secretaría General de la OCDE,<sup>22</sup> que incluye una selección de algunos de los más de 500

casos de instancias específicas que han tenido lugar durante estos 20 años.

La totalidad de los documentos de cierre de las instancias específicas, por otra parte, son publicados, según la normativa OCDE, en la página web de este organismo.<sup>23</sup>

### Proyecto CERALC

Es un proyecto implementado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), cuyo financiamiento y diseño es realizado por la Unión Europea (UE) e implementado en colaboración con la ONU, OIT y OCDE.

El objetivo del Proyecto CERALC es "promover un crecimiento inteligente, sostenible e inclusivo en la UE y en América Latina y el Caribe, mediante el apoyo a prácticas de conducta empresarial responsable, en línea con los instrumentos de las Naciones Unidas, la OIT y la OCDE",<sup>24</sup> los cuales, como se mencionaba precedentemente, interactúan entre sí.

El Proyecto CERALC trabaja en tres pilares: pilar I: Políticas Gubernamentales para la Conducta Empresarial Responsable, pilar II: Apoyar a las empresas para llevar a cabo la Debida Diligencia en sectores priorizados, y pilar III: Fortalecer el acceso a mecanismos de remediación: reforzar los Puntos Nacionales de Contacto.

El Punto Nacional de Contacto argentino participa específicamente en el pilar III, junto con el resto de los PNC de la región, en actividades conjuntas y en reuniones regionales de la Red de PNC para compartir experiencias y buenas prácticas. Por otra parte, participa junto con otras áreas de la administración, en el resto de los pilares, según sus competencias.

21. Publicada en OECD, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises National Contact Point Peer Reviews*, Argentina, 2019. Disponible en: <https://mneguidelines.oecd.org/ncppeerreviews.htm>. Disponible en inglés en: <https://mneguidelines.oecd.org/Argentina-NCP-Peer-Review-2019.pdf>

22. Disponible en: <http://mneguidelines.oecd.org/NCPs-for-RBC-providing-access-to-remedy-20-years-and-the-road-ahead.pdf>

23. Disponible en <https://mneguidelines.oecd.org/database/>

24. Disponible en: <http://mneguidelines.oecd.org/RBC-LAC-scope-and-activities-Spanish.pdf>

## Instancias específicas

Como se mencionó precedentemente, una de las funciones de los Puntos Nacionales de Contacto es la de contribuir a la resolución de las cuestiones que surjan en relación con la implementación de las Directrices en instancias específicas. En este sentido, el PNC de la Argentina ha participado de numerosas instancias específicas que se le han presentado a lo largo de los años y, en la actualidad, continúa trabajando en instancias activas o solicitudes de aperturas de instancias específicas.

En algunos casos, las instancias específicas fueron cerradas porque las empresas involucradas no aceptaron participar de instancias de diálogo; en otros casos, en cambio, el proceso se cerró con un acuerdo entre las partes.

Tal cual ha sucedido con otros Puntos Nacionales de Contacto, se espera que una mayor difusión de las Líneas Directrices entre Empresas Multinacionales y entre las partes interesadas pudiera traer aparejada la apertura de nuevas instancias específicas y, eventualmente, una mayor participación por parte de las empresas.

## Desafíos a futuro

Dentro de los objetivos para los próximos años en el marco del desarrollo del tema Empresas y Derechos Humanos, la Argentina se encuentra evaluando la posibilidad de desarrollar un Plan Nacional de Acción. Evidentemente, se trata del mayor desafío por delante, como gran paso a dar en torno al compromiso de nuestro país con la temática.

En ese sentido, en 2014, mediante la resolución "Derechos Humanos, empresas transnacionales y otras empresas comerciales" (A/HRC/RES/26/22), el Consejo de Derechos Humanos alentó a los Estados a adoptar Planes Nacionales de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos (PAN), como uno de los puntos de partida para discutir los procesos de implementación de los Principios Rectores y de otros instrumentos relevantes. Así, un número creciente de Estados de varios continentes ha comenzado a participar en procesos para desarrollar PAN, mientras que otros han transmitido su intención

de hacerlo. En la región, hay países como Chile que ya cuentan con una segunda versión de un PAN.

De acuerdo con el documento elaborado por el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, un PAN es entendido como "una estrategia política en evolución desarrollada por un Estado para proteger contra las consecuencias negativas de las actividades empresariales sobre los derechos humanos, de conformidad con los Principios Rectores de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos".<sup>25</sup>

El desarrollo de un Plan Nacional de Acción podría coadyuvar a lograr una alianza entre actores interesados a través de un mayor nivel de coordinación entre las agencias involucradas que permita una mayor eficiencia en los programas que se planifique implementar. Esto debería redundar en una más efectiva incorporación de los Principios Rectores, con resultados concretos en la práctica que conduzcan a aumentar la protección de los derechos humanos de las personas, con el fin de favorecer particularmente aquellos pertenecientes a grupos en situaciones de vulnerabilidad. Es importante destacar aquí la importancia de que un eventual Plan cuente con una mirada interseccional e intersectorial que deje de lado un abordaje por compartimentos estancos. Para ello, las distintas realidades de grupos en situación de vulnerabilidad o históricamente discriminados deben ser tenidas en cuenta, así como el objetivo de la igualdad sustantiva entre varones y mujeres.

Llevar a cabo este desafío representará para nuestro país fortalecer su compromiso con la protección y la promoción de los derechos humanos, como parte de su política de Estado desde el regreso a la democracia.

Sin embargo, tenemos otros desafíos importantes como país. En lo que respecta a los Principios Rectores, debemos continuar con el trabajo de ampliar su difusión en el sector público, empresas o cámaras empresarias, así como de fortalecer las capacidades de la sociedad civil para lograr su participación en esta temática.

Por otro lado, la reciente ratificación del Convenio 190 de la OIT sobre Violencia y Acoso Laboral nos da la oportunidad de fortalecer la perspectiva de género,

25. ONU, *Guías sobre Planes de Acción en Empresas y Derechos Humanos*, Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos, Ginebra, 2016.

diversidad y no discriminación, miradas que en la actualidad deben estar presentes en todas las políticas públicas y que, años atrás, en el momento de elaboración tanto de las Directrices como de los Principios Rectores no fueron incluidas cabalmente.

Los compromisos asumidos internacionalmente por la Argentina una vez más nos brindan la oportunidad de avanzar en una agenda de progreso de derechos para todas las personas, con el fin de lograr sociedades más igualitarias, inclusivas y diversas, en línea con el liderazgo y determinación de nuestro país en elevar los estándares de protección de los derechos humanos.



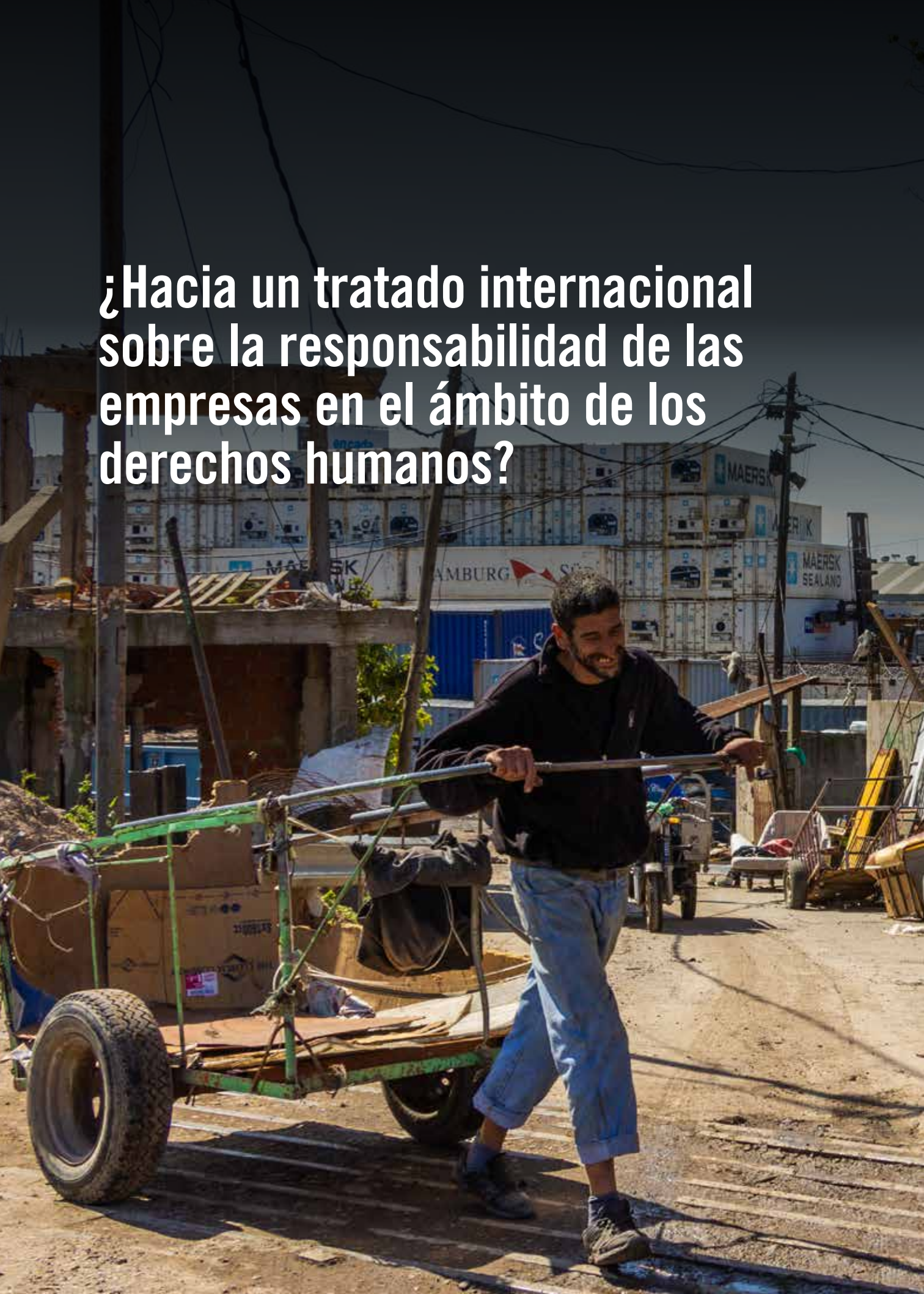




## **CAPÍTULO 3**

# **HACIA EL TRATADO INTERNACIONAL**

**¿Hacia un tratado internacional sobre la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos?**



**Humberto Cantú Rivera**

Abogado de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, México. Magíster en Derechos Humanos y Derecho Humanitario y doctor por la Université Panthéon-Assas Paris II (París, Francia). Profesor titular de la Escuela de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Monterrey y director ejecutivo de su Instituto de Derechos Humanos y Empresas. Asesor experto de la Delegación de México ante el Grupo de Trabajo Intergubernamental. Las opiniones aquí expresadas son a título individual y no necesariamente representan la postura del Estado mexicano.

\* El presente texto fue originalmente publicado en el Vol. XVI del Anuario Mexicano de Derecho Internacional, en 2016, bajo el título "¿Hacia un tratado internacional sobre la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos? Reflexiones sobre la primera sesión del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta". No ha sido actualizado para esta publicación.

**I. Introducción**

La responsabilidad del sector empresarial por su impacto en la protección de los derechos humanos y el medioambiente es un tema que ha estado durante más de cuarenta años en la agenda internacional de forma intermitente.<sup>1</sup> La adopción por consenso de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos<sup>2</sup> en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en 2011, como punto culminante del mandato de John Ruggie como representante especial del Secretario General sobre los Derechos Humanos y las empresas transnacionales, sirvió para instalar de forma permanente el tema en la agenda del organismo internacional. Como su propio autor lo reconoció, se trató de la fase final del inicio de un proyecto que, partiendo de una base

1. Para una referencia general más amplia sobre el tema, véanse JÄGERS, N., *Corporate Human Rights Obligations: In Search of Accountability*, Antwerp, Intersentia, 2002, pp. 119-130; SAUVANT, K.P., "The Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations: Experience and Lessons Learned", *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 16, 2015; BAIR, J., "Corporations at the United Nations: Echoes of the New International Economic Order?", *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development*, Vol. 6(1), 2015; CANTÚ RIVERA, H.F., "Empresas y derechos humanos: ¿Hacia una regulación jurídica efectiva o el mantenimiento del *statu quo*?", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIII, 2013, pp. 316-325.

2. Representante especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar", A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011.

común en donde se reconocen obligaciones y responsabilidades diferenciadas, necesita continuar construyendo un andamiaje jurídico a nivel internacional para garantizar la protección y realización de los derechos humanos ante los impactos producidos por las empresas, independientemente de su tamaño o giro.<sup>3</sup>

Desde luego, los Principios Rectores fueron sujeto de numerosas críticas,<sup>4</sup> en virtud de la aparente laxa convicción de establecer obligaciones jurídicas para las empresas, de haber descartado proponer opciones en relación con la competencia extraterritorial de los Estados para perseguir y castigar violaciones a los derechos humanos por las empresas o de no establecer un mecanismo para el monitoreo de su implementación. Por supuesto, algunas de esas críticas podrían haber sido merecidas, aunque ciertamente ignoran la dificultad de lograr acuerdos políticos en esa esfera para establecer una base común<sup>5</sup> y, conforme al mandato del Consejo de Derechos Humanos tras la renovación del mandato en 2008, para hacer operativo el marco conceptual presentado por el representante especial.

El Consejo, tras el final del mandato de Ruggie, estableció un Grupo de Trabajo<sup>6</sup> para dar seguimiento a la difusión e implementación de los Principios Rectores, así como para recolectar y compartir las buenas prácticas que existen tanto a nivel estatal como empresarial. Debe decirse, sin embargo, que la ejecución de este mandato no ha sido sencilla, en virtud de las importantes

diferencias administrativas y políticas en el seno de los Estados, y de la titánica tarea de monitorear la actividad de millones de empresas, nacionales y transnacionales, alrededor del mundo.<sup>7</sup> Cabe mencionar, sin embargo, que el Grupo de Trabajo ha sabido capitalizar las tendencias más importantes en la materia, como el desarrollo de planes nacionales de acción sobre empresas y derechos humanos,<sup>8</sup> o su coordinación y trabajo con las diferentes organizaciones regionales para avanzar en la implementación de este tema a través de sus respectivos foros.<sup>9</sup>

A pesar de la creciente implantación de los Principios Rectores de la ONU en diferentes espacios y estructuras,<sup>10</sup> diversos casos judiciales<sup>11</sup> y la lenta actividad

3. RUGGIE, J.G., *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, w.w. Norton & Co., Nueva York, 2013, p. 124.

4. Sobre este punto, véanse particularmente DEVA, S., "Treating human rights lightly: a critique of the consensus rhetoric and the language employed by the Guiding Principles", en DEVA, S. & BILCHITZ, D. (eds.), *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 91-103; BILCHITZ, D., "A chasm between 'is' and 'ought'? A critique of the normative foundations of the SRSG's Framework and the Guiding Principles", en DEVA, S. & BILCHITZ, D. (eds.), *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 118-130; CANTÚ RIVERA, H.F., "Empresas y derechos humanos: ¿Hacia una regulación jurídica efectiva o el mantenimiento del *statu quo*?", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIII, 2013, pp. 331-339.

5. RUGGIE, J.G., *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, w.w. Norton & Co., Nueva York, 2013, pp. 129-132.

6. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/RES/17/4, 16 de junio de 2011, §6.

7. ADDO, M.K., "El mandato del Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos: ideas preliminares", en MARTÍNEZ GARZA, M.E. & CANTÚ RIVERA, H.F. (Comp.), *El futuro es hoy: Construyendo una agenda de derechos humanos*, CEDHNL/UANL, Monterrey, 2013, pp. 79-83.

8. GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA CUESTIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES Y OTRAS EMPRESAS, A/69/263, 5 de agosto de 2014. Sobre la cuestión de los planes nacionales de acción, véase de forma general DE FELICE, D. & GRAF, A., "The Potential of National Action Plans to Implement Human Rights Norms: An Early Assessment with Respect to the UN Guiding Principles on Business and Human Rights", *Journal of Human Rights Practice*, Vol. 7(1), 2015.

9. GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA CUESTIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES Y OTRAS EMPRESAS, "Informe sobre el Primer Foro Regional de América Latina y el Caribe sobre Empresas y Derechos Humanos", A/HRC/26/25/Add.2, 24 de abril de 2014; GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA CUESTIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES Y OTRAS EMPRESAS, "Informe sobre el Primer Foro Regional de África sobre las Empresas y los Derechos Humanos", A/HRC/29/28/Add.2, 2 de abril de 2015.

10. Incluso se considera que existe en la actualidad un ecosistema internacional sobre empresas y derechos humanos, por su adopción en los marcos jurídicos e institucionales de distintas organizaciones, como el Consejo de la Unión Europea, la Comisión Europea, la Organización de los Estados Americanos, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, ASEAN, entre otras.

11. Dos casos, en particular, resaltaron la dificultad (jurídica o política) para juzgar a las empresas en foros nacionales tanto de países desarrollados como en vías de desarrollo: "Kiobel *et al.* vs. Royal Dutch Petroleum Co. *et al.*", 133 s.Ct. 1659 (2013); sentencia, "María Aguinda *et al.* vs. Chevron Corp.", caso N° 2003-0002, Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbios, 14 de febrero de 2011. Se ha escrito un número importante de comentarios sobre la sentencia "Kiobel": véase "Agora: Reflections on Kiobel", *American Journal of International Law*, Vol. 107, 2013; CANTÚ RIVERA, H., "The Kiobel Precedent and its Effects on Universal Jurisdiction and the Business & Human Rights Agenda", *Cuestiones Constitucionales*, N° 30, 2014. Respecto de la sentencia en el caso de Ecuador, véase CANTÚ RIVERA, H., "Towards Judicial Accountability in the Business & Human Rights Field?", en MOURA, Vicente D. (ed.), *Towards a Universal Justice?*

gubernamental para conformar sus proyectos políticos y económicos a los estándares internacionales en la materia dieron origen a un nuevo llamado a establecer un marco normativo internacional para regular las actividades de las empresas de carácter transnacional. La capitalización de ese llamado tuvo lugar en 2014 y generó una profunda división entre aquellos Estados en contra de la adopción de un instrumento internacional jurídicamente vinculante, los Estados a favor de dicha propuesta y numerosos Estados que decidieron no manifestarse al respecto, a pesar de sus claras políticas económicas neoliberales. De tal manera, la búsqueda de crear un tratado internacional en la materia amenaza con romper un consenso que tardó más de cuarenta años en alcanzarse, y al que no se le ha dado tiempo suficiente para su adecuado desarrollo e implementación a nivel interno.<sup>12</sup>

El presente artículo busca dilucidar el desarrollo que ha seguido la cuestión de la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos desde la adopción de los Principios Rectores y, de forma particular, la manera en que la polarización entre la adopción de estándares jurídicos vinculantes o instrumentos no vinculantes volvió a instalarse en el seno de esta discusión a nivel internacional. Asimismo, se busca brindar al lector una visión panorámica en torno a la resolución del Consejo de Derechos Humanos de la ONU de crear un Grupo de Trabajo Intergubernamental para desarrollar un instrumento jurídicamente vinculante, y los resultados de su primera sesión desde una perspectiva interna.

En ese sentido, la segunda sección del presente artículo se refiere a las propuestas presentadas al Consejo de Derechos Humanos respecto a un instrumento vinculante, por una parte, y a la extensión del mandato del Grupo de Trabajo a cargo de la difusión

e implementación de los Principios Rectores, por la otra. Una tercera sección se dedica a analizar los principales temas —tanto positivos como negativos— que deben ser abordados en el marco de una discusión sobre un tratado internacional en la materia. La cuarta sección, por su parte, se concentra en brindar al lector unas breves reflexiones sobre la primera sesión del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta para la elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante, así como los principales obstáculos y temáticas que fueron abordadas. Finalmente, se presentan unas breves conclusiones sobre lo que se debe esperar para las siguientes sesiones del Grupo de Trabajo Intergubernamental.

## **II. La propuesta de Ecuador y Sudáfrica sobre un instrumento internacional vinculante, y el voto de continuidad a la difusión e implementación de los Principios Rectores de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos**

La consolidación de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos a nivel internacional, así como la convergencia internacional y regional de distintos actores, organizaciones e instrumentos hacia un ecosistema universal respecto de la conducta empresarial responsable son desarrollos de una trascendencia e impacto innegable en el derecho internacional de los derechos humanos.<sup>13</sup> De forma general, se logró consensuar posiciones de sectores previamente polarizados (como las organizaciones de la sociedad civil, los gobiernos y las empresas), lo cual permitió establecer un marco normativo internacional —aunque no jurídicamente vinculante— que determinó la existencia de una

*Putting International Courts and Jurisdictions into Perspective*, Leiden, Brill, 2015 (en prensa).

12. Desde luego, no debe dejarse de lado la indecisión —o tal vez falta de voluntad— de algunos Estados para actuar en este tema a nivel interno, a través de la implementación de reformas políticas, legislativas y judiciales recomendadas por los Principios Rectores. John Ruggie señala que la implementación de cambios en la cultura corporativa puede tomar hasta dos años y que, por lo general, los cambios en las políticas gubernamentales tienden a tomar más tiempo. Véase RUGGIE, J.G., *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, w.w. Norton & Co., Nueva York, 2013, p. 177.

13. Respecto de la cuestión de la convergencia regional en la materia, véanse CANTÚ RIVERA, H., "Regional Approaches in the Business & Human Rights Field", *L'Observateur des Nations Unies*, Vol. 35, 2013; CANTÚ RIVERA, H., "The United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights in the European Union: From Regional Action to National Implementation", en MARTIN, J. & BRAVO, K.E. (eds.), *The Business and Human Rights Landscape: Moving Forward, Looking Back*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015 (en prensa).

responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos.<sup>14</sup>

Sin embargo, el lento desarrollo de acciones nacionales para implementar en el marco jurídico interno de los Estados las disposiciones de los Principios Rectores, la inexistencia de estándares internacionales vinculantes, así como el impacto jurídico de diversos casos en ciertos países<sup>15</sup> llevaron a la reaparición del debate respecto de la necesidad de contar con un instrumento internacional vinculante para regular las actividades de las empresas en el ámbito de los derechos humanos, ante la ineficacia o insuficiencia de los procedimientos judiciales a nivel interno. En ese sentido, la delegación ecuatoriana ante los organismos internacionales comenzó a promover durante la 24ª sesión del Consejo de Derechos Humanos, en septiembre de 2013, la necesidad de contar con un instrumento internacional para regular las actividades empresariales ante los impactos negativos que se produzcan en los derechos humanos.<sup>16</sup>

Esa promoción fue propuesta formalmente por las delegaciones del Ecuador y de Sudáfrica durante la 26ª sesión de dicho órgano, en junio de 2014. Tras una votación dividida, en donde 20 Estados<sup>17</sup> votaron a favor, 14 votaron en contra<sup>18</sup> y 13 se abstuvieron,<sup>19</sup> se adoptó la Resolución N° 26/9, por medio de la cual se creó un Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta, con el mandato de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre los

derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales.<sup>20</sup>

Algunas de las posiciones de los países eran previsibles: los países desarrollados votaron en contra de la Resolución, mientras que Rusia, China, la India y una parte importante del grupo africano votaron a favor de la Resolución.<sup>21</sup> Sin embargo, hubo una notable tendencia que contravendría a la expectativa de una renovada división binaria entre el norte global y el sur global: la mayoría de los países latinoamericanos, en particular aquellos que se han adherido a las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales,<sup>22</sup> se abstuvieron en la votación. De la misma forma, algunos países del grupo africano y del grupo Asia-Pacífico se abstuvieron. Lo anterior, desde luego, indica que, a pesar de la insistencia en continuar considerando la existencia de un mundo binario, el efecto de la globalización ha acercado a algunos países en vías de desarrollo hacia el modelo de mercado liberal que en la actualidad continúa promoviendo la inversión extranjera y el intercambio de bienes y servicios a nivel mundial, y del cual numerosas empresas de países emergentes con operaciones transnacionales se han beneficiado.<sup>23</sup>

14. Sobre lo anterior, véase JÄGERS, N., "UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Making Headway Towards Real Corporate Accountability?", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 29(2), 2011, pp. 159-163.

15. Los ya citados *Kiobel* y *Aguinda*, entre otros.

16. REPÚBLICA DEL ECUADOR, "Statement on behalf of a Group of Countries at the 24<sup>th</sup> Session of the Human Rights Council", [en línea]. Disponible en: <http://business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/statement-unhrc-legally-binding.pdf> [Fecha de la última consulta: el 28 de julio de 2015].

17. Argelia, Benín, Burkina Faso, China, Congo, Costa de Marfil, Cuba, Etiopía, Rusia, Filipinas, la India, Indonesia, Kazajistán, Kenia, Marruecos, Namibia, Pakistán, Sudáfrica, Venezuela y Vietnam.

18. Alemania, Austria, Estados Unidos de América, Estonia, Macedonia, Francia, Irlanda, Italia, Japón, Montenegro, Gran Bretaña, República Checa, Corea y Rumania.

19. Arabia Saudita, Argentina, Botsuana, Brasil, Chile, Costa Rica, Emiratos Árabes Unidos, Gabón, Kuwait, Maldivas, México, Perú y Sierra Leona.

20. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*, A/HRC/RES/26/9, 26 de junio de 2014.

21. Para una explicación de los votos formulados, véase OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS, "Council extends mandates on extreme poverty, international solidarity, independence of judges, and trafficking in persons", 26 de junio de 2014, [en línea]. Disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14785&LangID=E> [Fecha de la última consulta: el 28 de julio de 2015].

22. La Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, México y Perú se han adherido a las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. De ellos, Colombia no era un Estado miembro del Consejo de Derechos Humanos durante la sesión en la que se votó la Resolución.

23. Incluso, las predicciones macroeconómicas se orientan a que la economía mundial sea sostenida por países emergentes en las siguientes décadas, apoyadas por las actividades de sus empresas: OECD, "Looking to 2060: A Global Vision of Long-Term Growth", *OECD Economics Department Policy Notes*, N° 15, 2012, pp. 1-2, 7. Véase igualmente PricewaterhouseCoopers, *The World in 2050: Will the shift in global economic power continue?*, 2015, pp. 1-5. Disponible en: <http://www.pwc.com/gx/en/issues/the-economy/assets/world-in-2050-february-2015.pdf> [Fecha de la última consulta: el 31 de agosto de 2015].

La resolución de la propuesta liderada por el Ecuador y Sudáfrica indicó que las dos primeras sesiones del Grupo de Trabajo Intergubernamental serían dedicadas a deliberaciones constructivas sobre las perspectivas y áreas que deben cubrirse por el futuro instrumento, y que, a partir de la tercera sesión, se comenzaría a discutir el proyecto de un instrumento propuesto por el Presidente-Relator del Grupo de Trabajo Intergubernamental, que deberá recoger los insumos de las deliberaciones sostenidas durante las primeras dos sesiones.<sup>24</sup>

A la par de la Resolución N° 26/9, el Consejo de Derechos Humanos adoptó por consenso, a propuesta de la Argentina, Noruega, Ghana y Rusia, una segunda resolución, a través de la cual extendió el mandato del Grupo de Trabajo de la ONU sobre las empresas y los derechos humanos por un período de tres años.<sup>25</sup> La Resolución N° 26/22 determinó la adopción de nuevas áreas de enfoque para el Grupo de Trabajo, a la par de su encomienda inicial de difundir y promover los Principios Rectores, particularmente centradas en la cuestión de acceso a recursos jurídicos y no jurídicos para la reparación de violaciones de derechos humanos en que la actividad empresarial estuviere involucrada.<sup>26</sup> En ese sentido, la Resolución llama a la exploración de todas las opciones jurídicas y medidas prácticas existentes para mejorar el acceso a mecanismos de reparación por parte de las víctimas, hecho que derivó en una serie de proyectos paralelos sobre rendición de cuentas y acceso a reparación a cargo de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos.<sup>27</sup>

Una de las principales preocupaciones al haberse adoptado ambas resoluciones fue que el consenso y progreso logrados con la adopción de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos,

así como el alineamiento de estándares internacionales relativos a la responsabilidad de las empresas, se diluyeran ante la existencia de un nuevo proyecto para solidificar las obligaciones internacionales de las personas morales con fines de lucro.<sup>28</sup> Ciertamente, la sombra de las negociaciones multilaterales respecto al fallido proyecto de código de conducta para empresas transnacionales<sup>29</sup> que se discutió en la ONU entre las décadas de 1970 y 1990, o bien del proyecto de normas de la Subcomisión de la ONU para la protección y promoción de los derechos humanos,<sup>30</sup> se cernieron sobre la Resolución N° 26/9 del Consejo de Derechos Humanos. Una pregunta fundamental que fue formulada por las empresas y los Estados desarrollados fue si sería apropiado desviar la atención de la implementación de los Principios Rectores a nivel nacional y regional, en virtud del corto tiempo que ha transcurrido desde su adopción, para comenzar las discusiones en torno al proceso del tratado.

Por otra parte, otra tendencia se desarrolló a favor del carácter complementario de los dos proyectos. Como Surya Deva y John Ruggie, dos de los principales expertos en el tema, lo han propuesto, resulta innecesario e improductivo observar el fenómeno de la responsabilidad empresarial desde la dicotomía de la adopción de estándares voluntarios o vinculantes, ya que es necesario contar con un régimen que se oriente a proponer soluciones pragmáticas y que supere conjuntamente las limitaciones individuales de cada uno de los tipos de estándares.<sup>31</sup> Es decir, es necesario contar tanto con

24. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*, A/HRC/RES/26/9, 26 de junio de 2014, §2-3.

25. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/RES/26/22, 27 de junio de 2014.

26. *Ibid.*, §9.

27. *Ibid.*, §7. Esa iniciativa (*Initiative on enhancing accountability and access to remedy in cases of business involvement in human rights abuses*) puede ser consultada en: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/OHCHRstudyondomesticlawremedies.aspx> [Fecha de la última consulta: el 28 de julio de 2015].

28. Véase, por ejemplo, RUGGIE, J., *Quo Vadis? Unsolicited Advice to Business and Human Rights Treaty Sponsors*, 9 de septiembre de 2014. Disponible en: <http://www.ihrb.org/commentary/quo-vadis-unsolicited-advice-business.html> [Fecha de la última consulta: el 28 de julio de 2015].

29. UN *Draft Code of Conduct on Transnational Corporations*, E/1988/39/Add.1, 1º de febrero de 1988.

30. SUBCOMISIÓN DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 26 de agosto de 2003.

31. Surya Deva llama a su proyecto una "teoría integrada de regulación" (*integrated theory of regulation*), mientras que John Ruggie denomina al suyo una "mezcla inteligente de medidas" (*smart mix of measures*); aunque difieren en algunos puntos, ambos sugieren que los instrumentos no vinculantes, aparejados con medidas obligatorias a nivel interno (y, eventualmente, a nivel internacional), con la adecuada vigilancia o monitoreo de sociedad civil y autoridades,



estándares vinculantes —que establezcan las normas aplicables a nivel internacional y que equilibren las diferencias regulatorias entre países—, como con lineamientos o normas no vinculantes que orienten y permitan a sus destinatarios adaptar sus procesos internos para hacer frente a los impactos en los derechos humanos. Como se puede observar, la utilización de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos en tanto se sientan las bases para la adopción de un tratado internacional en la materia no solo es una idea lógica, sino complementaria, y puede permitir generar consensos y desarrollos jurídicos y prácticos que favorezcan la protección de las víctimas de violaciones a los derechos humanos.<sup>32</sup>

En principio, las dos resoluciones no son contradictorias, sino que se complementan mutuamente: la Resolución N° 26/9 contiene sendas referencias a los primeros dos pilares de los Principios Rectores (la obligación del Estado de proteger los derechos humanos y de la empresa de respetarlos), mientras que la Resolución N° 26/22 enfatiza la necesidad de concentrar el trabajo de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos y del Grupo de Trabajo sobre las empresas y los derechos humanos en el tercer pilar, particularmente a través del Proyecto sobre rendición de cuentas y mecanismos de reparación, por una parte, y de la exploración de las diversas medidas para garantizar el acceso a recursos jurídicos efectivos, por la otra.

En ese sentido, el proyecto sobre el tratado necesariamente deberá tomar en consideración el contenido de los Principios Rectores, que, desde sus orígenes, ha sido concebido como una plataforma sobre la que puede desarrollarse el andamiaje jurídico sobre el tema a nivel internacional. Ciertamente la presión y la expectativa

internacional en torno a este proyecto jurídico son altas, por lo que se espera que este instrumento tome en consideración diversos elementos cuya característica común es su carácter controversial a la luz del derecho internacional. A esta cuestión se dedican los párrafos sucesivos.

### III. Posibilidades y desafíos de un tratado internacional sobre la responsabilidad empresarial en el ámbito de los derechos humanos

Diversas cuestiones deben ser abordadas al momento de comenzar a reflexionar sobre la viabilidad y posibilidad de desarrollar un tratado internacional sobre la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos. Sin embargo, este tema resalta por la necesidad de discutir sobre temas jurídicos que continúan siendo controversiales, como la competencia jurisdiccional, el sujeto obligado, las conductas por regular, los conflictos o jerarquía de normas a nivel internacional o los mecanismos de investigación y reparación a nivel internacional, entre otros. Debido a su profundidad y complejidad, los siguientes párrafos se limitarán a discutir de forma sucinta los principales desafíos y las posibilidades en la adopción de un instrumento internacional jurídicamente vinculante, con el propósito de dilucidar las principales posiciones existentes en torno de los temas señalados.

Un punto inicial por considerar es que, desde el derecho internacional, todo lo que no está prohibido está permitido.<sup>33</sup> Esa regla no escrita, frecuentemente invocada en el ámbito del ejercicio extraterritorial de la competencia,<sup>34</sup> permite considerar la posibilidad de desarrollar un tratado bajo el derecho internacional de los derechos humanos que se centre en regular las actividades de sujetos no estatales; en este caso, las empresas

pueden lograr un comportamiento responsable de las empresas en el ámbito de los derechos humanos. Sobre estos puntos, véanse RUGGIE, J.G., *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, W.W. Norton & Co., Nueva York, 2013, p. xxiii, 125; DEVA, S., *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business*, Routledge, Londres, 2012, p. 193.

32. DARCY, S., 'A new business and human rights instrument?', p. 2, artículo presentado durante la sesión de lluvia de ideas sobre empresas y derechos humanos titulada "Access to Justice and Extraterritorial Obligations", Ginebra, 26 de febrero de 2015. Disponible en: [http://www.fes-globalization.org/geneva/documents/2015/2015\\_2\\_26\\_Darcy\\_Contribution%20to%20Roundtable%20-%20Geneva.pdf](http://www.fes-globalization.org/geneva/documents/2015/2015_2_26_Darcy_Contribution%20to%20Roundtable%20-%20Geneva.pdf) [Fecha de la última consulta: el 28 de julio de 2015].

33. Lo anterior fue señalado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1927: PCIJ, *The Case of the s.s. Lotus ("France vs. Turkey")*, Serie A N° 10, 7 de septiembre de 1927, p. 18.

34. BERNAZ, N., "Enhancing Corporate Accountability for Human Rights Violations: Is Extraterritoriality the Magic Potion?", *Journal of Business Ethics*, Vol. 117(3), 2013, p. 508; LENHOFF, A., "International Law and Rules on International Jurisdiction", *Cornell Law Review*, Vol. 50, 1964, pp. 5-7; INAZUMI, M., *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law*, Intersentia, Cambridge, 2005, pp. 23-30.

con operaciones transnacionales. En principio, no existe ninguna barrera jurídica para ello según el derecho internacional, por lo que se ha considerado que las limitaciones que han existido para tal proyecto han sido particularmente de índole política o comercial.<sup>35</sup> Al ser sujetos de derecho interno, en principio, el desarrollo de las obligaciones jurídicas directas de carácter internacional sobre las empresas no encontraría mayor obstáculo (jurídico) que la conciliación de las posiciones políticas de los diferentes Estados. Incluso algunos tratados internacionales, como el Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos,<sup>36</sup> han establecido obligaciones jurídicas directas en materia de reparación a cargo de las empresas, en donde el rol del Estado se ve (relativamente) reducido a asegurar la existencia de un foro adecuado y a regular los fondos de reparación que deben ser puestos a disposición por las empresas en caso de contaminación por hidrocarburos.

No obstante, no debe ignorarse el hecho de que este caso es bastante lejano al ámbito de los derechos humanos, un área tradicionalmente centrada en las obligaciones de los Estados, y que, incluso en ámbitos más cercanos como en el caso de la Organización Internacional del

Trabajo, los instrumentos internacionales señalan repetidamente las obligaciones de los Estados de asegurar la debida aplicación del tratado respectivo.<sup>37</sup> Además de ello, los tratados internacionales de derechos humanos que existen en la actualidad establecen que las acciones de actores no estatales darán origen a una responsabilidad indirecta del Estado, por su omisión de asegurar el respeto de los derechos humanos protegidos por el instrumento en su territorio.<sup>38</sup> Sin embargo, ningún instrumento internacional de derechos humanos en vigor establece obligaciones jurídicas directas a ser implementadas por las empresas para salvaguardar o respetar los derechos que pudieran ser infringidos por sus operaciones.<sup>39</sup>

Otro argumento que resulta relevante destacar aquí es que los tratados internacionales de derechos humanos en vigor se han concentrado en identificar el acto que debe ser regulado (o protegido) por el Estado

**“Es necesario contar tanto con estándares vinculantes y con lineamientos o normas no vinculantes que orienten y permitan a sus destinatarios adaptar sus procesos internos para hacer frente a los impactos en los derechos humanos”**

35. PITTS, Ch., ‘For a Treaty on Business & Human Rights’, p. 2, artículo presentado en el seminario Does the World Need a Treaty on Business and Human Rights? Weighing the Pros and Cons, organizado por la Escuela de Derecho de la Universidad de Notre Dame y el Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos en Londres, el 14 de mayo de 2014. El autor hizo énfasis en la inexistencia de barreras jurídicas para desarrollar un tratado en la materia durante sus participaciones como panelista experto en la primera sesión del Grupo de Trabajo Intergubernamental.

36. INTERNATIONAL CONVENTION ON CIVIL LIABILITY FOR OIL POLLUTION DAMAGE, UNTS, Vol. 973, 1975, p. 2.

37. LÓPEZ, C., “International talks on a treaty on business & human rights: A good start to a bumpy road”, 2015. Disponible en: <http://business-humanrights.org/en/international-talks-on-a-treaty-on-business-human-rights-a-good-start-to-a-bumpy-road> [Fecha de la última consulta: el 28 de julio de 2015].

38. Véanse DE FROUVILLE, O., “Attribution of Conduct to the State: Private Individuals”, en CRAWFORD, J.; PELLET, A. & OLLESON, S. (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2010; LATTY, F., “Actions and Omissions”, en CRAWFORD, J.; PELLET, A. & OLLESON, S. (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2010. Véase igualmente DE SCHUTTER, O., “La responsabilité des États dans le contrôle des sociétés transnationales: vers une convention internationale sur la lutte contre les atteintes aux droits de l’homme commises par les sociétés transnationales”, en DECAUX, E. (Ed.), *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l’homme*, Bruylant, Bruselas, 2010, p. 47.

39. Las referencias más directas se encuentran en los artículos 2(e) de la CEDAW y 1(e) de la Convención sobre Personas con Discapacidad, en los que se indica que el Estado deberá asegurar la eliminación de patrones de discriminación en las empresas privadas.

parte del instrumento, sin enumerar las categorías de actores no estatales que tendrían la obligación jurídica de respetar o no infringir los derechos protegidos por el instrumento respectivo ni la manera de garantizar la adopción de acciones que aseguren ese respeto.<sup>40</sup> En ese sentido, un tratado internacional en la materia podría ser innovador al establecer una obligación jurídica específica sobre una categoría (relativamente) específica de actores no estatales,<sup>41</sup> aunque corre el riesgo de ser percibido como un ejercicio diametralmente opuesto a la práctica habitual de los Estados en el ámbito de los derechos humanos.

Un segundo aspecto positivo para la determinación de estándares internacionales que normalicen (con la debida ratificación por los Estados) el marco regulatorio para las empresas en el ámbito de los derechos humanos es el dinamismo e impulso que este tema ha adquirido en la agenda internacional. El proyecto del tratado ha sido apoyado por numerosas organizaciones no gubernamentales (a través de la denominada "Alianza por el Tratado"),<sup>42</sup> así como por una cantidad significativa de Estados en vías de desarrollo, en lo que parece ser una continuación lógica y razonable tras la adopción de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos en 2011, y de las acciones adoptadas a nivel regional en Europa y en América. Por ello, ante la convergencia de diferentes procesos internacionales en donde la participación e involucramiento del sector privado cobra mayor relevancia, este tema se vislumbra como uno de los espacios que permanecerá en la agenda internacional en las siguientes décadas.

A pesar de ello, existen varios aspectos que, por su complejidad técnica, constituyen desafíos que deberán ser debidamente analizados, discutidos y tomados en

cuenta por los Estados que participen en las negociaciones sobre el proyecto del tratado. El primero de ellos es la cuestión de la competencia jurisdiccional, que tiene una relevancia particular en el marco actual de los litigios transnacionales por impactos en los derechos humanos como resultado de la actividad de las empresas.<sup>43</sup> Tal situación aparece con cierta frecuencia en los contextos en que las empresas con operaciones transnacionales generan un impacto negativo en los derechos humanos de las personas o comunidades del sitio donde operan; ante ello, surge la problemática para las víctimas de acudir a un foro judicial que pueda recibir sus reclamos. Sin embargo, como se ha podido observar en diversos casos judiciales recientes, los Estados receptores de inversión, por lo general, no tienen la posibilidad o la voluntad de dirimir casos en que empresas con operaciones transnacionales hayan estado implicadas (directamente o por complicidad) en violaciones a los derechos humanos.<sup>44</sup>

Ante el riesgo de denegación de justicia en el Estado receptor, las víctimas en ocasiones presentan sus demandas en los Estados de origen de las empresas,<sup>45</sup> o bien en foros en donde las leyes nacionales propician la utilización de sus tribunales como foros con competencia universal, como los Estados Unidos de América.<sup>46</sup> No obstante, la práctica reciente se ha inclinado a limitar el

40. Por lo general, la mayoría de los tratados se han referido a terceros que actúen con el consentimiento o aquiescencia del gobierno, por tanto, estos establecen la obligación de los Estados de adoptar medidas de derecho interno para prevenir las violaciones a los derechos humanos por actores no estatales.

41. Para una perspectiva específica sobre esta cuestión, se recomienda al lector consultar de manera general la obra de ČERNIČ, J.L. & VAN HO, T. (eds.), *Human Rights and Business: Direct Corporate Accountability for Human Rights*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2015.

42. Movimiento Global por un Tratado Vinculante. Disponible en: <http://www.treatymovement.com/alianza-para-el-tratado/>.

43. Numerosos estudios han sido preparados sobre este tema en el contexto de las empresas y los derechos humanos. Véanse *inter alia* DE SCHUTTER, O., "Les affaires *Total* et *Unocal* : Complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme", *Annuaire français de droit international*, 2006; DE SCHUTTER, O., *Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations*, 22 de diciembre de 2006; BUCHER, A., "La compétence universelle civile", *Recueil des cours*, Vol. 372, 2015.

44. Desde luego, la principal referencia en la actualidad es respecto al caso de Chevron en el Ecuador, citado *supra*. En muchas ocasiones, esa reticencia deriva de la influencia que tiene la presencia de la empresa en el Estado como resultado de su impacto económico positivo, o bien, por la amenaza de que las empresas comiencen un litigio arbitral contra el Estado sobre la base de acuerdos bilaterales de inversión que potencialmente podrían ser muy costosos.

45. Véase al respecto MCCORQUODALE, R., "Waving Not Drowning: Kiobel Outside the United States", *American Journal of International Law*, Vol. 107, 2013, pp. 846-847, quien presenta el caso de los países europeos a la luz de los Reglamentos Bruselas I y Roma II.

46. PÉREZ CORREA CAMARENA, F., "El Alien Tort Statute: El imperialismo judicial de los valores occidentales", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, N° 260, 2013.

ejercicio de esta competencia universal (o extraterritorial) por los tribunales de Estados con pocos o nulos nexos con el caso en cuestión, en un esfuerzo por reducir las fricciones diplomáticas (particularmente con aquellos Estados en donde se encuentren registradas las empresas matrices), aunque también con el fin de limitar la concentración de litigios sin relación con la jurisdicción.<sup>47</sup> Desde luego, ante la incapacidad o desinterés de ciertos Estados por admitir a trámite tales casos, las víctimas sufren la violación de otro de sus derechos humanos, a saber: el derecho a un recurso judicial efectivo.

El proyecto del tratado deberá, considerando la práctica actual en la materia, proponer soluciones efectivas a esta situación. Una instancia ideal incluiría un fortalecimiento de las capacidades institucionales de los Estados receptores de inversión para tener la capacidad técnica y jurídica de dirimir las controversias ocurridas en su territorio, lo cual procesalmente y desde una perspectiva probatoria sería lo más sencillo. No obstante, en aquellos casos en que los Estados receptores no puedan (o no quieran, a pesar de quebrantar sus obligaciones de derechos humanos) dar trámite a estos reclamos, el tratado podría establecer una competencia subsidiaria para los Estados de origen de las empresas, con la finalidad de que ejerzan su competencia jurisdiccional en aquellos casos en que empresas de su nacionalidad (o sus filiales en el extranjero) estén involucradas en violaciones a los derechos humanos.<sup>48</sup> El vínculo generador

de la competencia, por tanto, sería la "nacionalidad" de la empresa (es decir, aquel lugar donde se haya constituido o donde se encuentre su sede principal de operaciones), con lo que se establecería un orden de competencia que permitiría resolver ciertos conflictos derivados de la elección de jurisdicción.<sup>49</sup>

Asimismo, en casos de violaciones graves a los derechos humanos y ante la falta de ejercicio de la jurisdicción por los Estados receptores o de origen de las empresas, se podría prever la habilitación de una "tercera" jurisdicción por necesidad (*forum necessitatis*) que les permitiera a las víctimas exponer sus reclamos y demandas.<sup>50</sup> Claramente, el uso de esa "tercera" jurisdicción debe limitarse al máximo posible y ser excepcional, en virtud de su carácter polémico y de la oposición que pudiera surgir por parte de los Estados de origen o recepción de las empresas; para ello, será necesario

## “Las víctimas en ocasiones presentan sus demandas en los Estados de origen de las empresas, o bien en foros en donde las leyes nacionales propician la utilización de sus tribunales como foros con competencia universal”

convention internationale sur la lutte contre les atteintes aux droits de l'homme commises par les sociétés transnationales", en DECAUX, E. (ed.), *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'homme*, Bruylant, Bruselas, 2010, p. 90.

49. Esta postura ha sido adoptada, por ejemplo, por el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (el vínculo de nacionalidad está contemplado en el art. 4.2, y conforme al art. 3.4, podrá incluir a personas jurídicas); o bien, ha sido utilizado en el contexto de los Puntos de Contacto Nacional en el marco de las Directrices para Empresas Multinacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Sobre este último punto, véase CANTÚ RIVERA, H., "La OCDE y los derechos humanos: el caso de las Directrices para Empresas Multinacionales y los Puntos de Contacto Nacional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. xv, 2015, pp. 642-643.

50. BUCHER, A., "La compétence universelle civile", *Recueil des cours*, Vol. 372, 2015, pp. 103-106; Redfield, S., 'Searching for Justice: The Use of Forum Necessitatis', *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 45, 2014, pp. 906-915.

47. Esto ha sido resultado directo del caso "Kiobel" citado *supra*. Véase de forma general CANTÚ RIVERA, H., "The Kiobel Precedent and its Effects on Universal Jurisdiction and the Business & Human Rights Agenda", *Cuestiones Constitucionales*, N° 30, 2014.

48. Sobre esta posibilidad, véase DE SCHUTTER, O., "La responsabilité des États dans le contrôle des sociétés transnationales: vers une

definir de forma precisa lo que se entiende por "violación grave", así como determinar los candados necesarios para evitar una utilización abusiva.

En este contexto de la competencia jurisdiccional, deberá abordarse igualmente la cuestión de la asistencia o cooperación judicial entre países en casos que involucren impactos en los derechos humanos como resultado de la actividad de las empresas,<sup>51</sup> a fin de favorecer que los casos puedan tramitarse con la menor cantidad de complicaciones posibles. Lo anterior será igualmente necesario para la cuestión de la ejecución de los fallos, con la debida adopción de medidas para asegurar que las sentencias por ejecutarse cumplan con los principios de respeto al orden público, al debido proceso y a la transparencia.

Un segundo tema que debería ser analizado en el marco de las discusiones a sostenerse por el Grupo de Trabajo Intergubernamental es definir quién sería el sujeto obligado por el tratado. De forma común, se hace referencia a los impactos en los derechos humanos en el contexto de las operaciones de las empresas transnacionales. Sin embargo, ¿qué es una empresa transnacional? En realidad, ese término ha sido adoptado para referirse a los grupos de personas jurídicas de distintas nacionalidades que, con un nombre o marca común y a través de distintas estructuras corporativas, trabajan de forma coordinada en diferentes jurisdicciones.<sup>52</sup> De forma estricta, las empresas "transnacionales" no existen en el ámbito jurídico, por lo que adoptar un tratado internacional para regularlas parecería un ejercicio sin una finalidad clara. En todo caso, podría ser más efectiva la adopción de un instrumento internacional dirigido a regular las conductas de las empresas que generen impactos negativos en los derechos de las personas, que regular a los entes jurídicos en sí. Volvemos, pues, a

la discusión abierta previamente sobre la necesidad de regular el acto violatorio en vez de al actor, aunque en el marco de la presente discusión existiría una delimitación clara en torno a las actividades realizadas por las personas jurídicas.

Como puede observarse, nuestra posición se inclina a favor de que en un eventual instrumento internacional se busque regular las actividades de las empresas de forma general, independientemente de que sus operaciones tengan carácter transnacional o meramente doméstico, ya que ante el impacto en los derechos humanos (y en la percepción de las víctimas) ese carácter resulta irrelevante. Sin embargo, como lo han propuesto la Federación Internacional de los Derechos Humanos (FIDH) y la Alianza por el Tratado, un enfoque especial deberá darse también a los casos en los que la empresa tenga operaciones transnacionales, ante el incremento de la posibilidad de evadir la competencia de las diversas jurisdicciones donde opera.<sup>53</sup> Si bien podría parecer una discusión semántica, en el marco de la primera sesión del Grupo de Trabajo Intergubernamental esta situación generó una importante confrontación entre los diversos Estados presentes. Esta situación será abordada, sin embargo, en la siguiente sección.

Un tercer punto de marcada relevancia en este tema es la cuestión de la materia por regular, en el sentido de si el instrumento debe enfocarse en las violaciones más graves a los derechos humanos, o bien, si debe ampliarse a la protección de todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Algunos se han inclinado por una posición pragmática y factible, sugiriendo la adopción de un tratado que se refiera exclusivamente a las violaciones graves de derechos humanos, ante la aceptación universal de la necesidad de prohibir o perseguir estas conductas.<sup>54</sup> Lo anterior sería en principio más sencillo de acordar debido al reconocimiento

51. Lo anterior fue incluso propuesto por la Misión del Ecuador en la nota conceptual preparada para la primera sesión del Grupo de Trabajo. Véase MISIÓN PERMANENTE DEL ECUADOR ANTE LA ONU Y OTROS ORGANISMOS INTERNACIONALES, *Concept note proposed under the responsibility of the designated Chair, Amb. María Fernanda Espinosa, Permanent Representative of Ecuador to the United Nations in Geneva*, §5. Disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/Session1.aspx> [Fecha de la última consulta: el 28 de julio de 2015].

52. Sobre este punto, véase CLAPHAM, A., *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 199-201.

53. GRUPO DE TRABAJO INTERGUBERNAMENTAL DE COMPOSICIÓN ABIERTA SOBRE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES Y OTRAS EMPRESAS CON RESPECTO A LOS DERECHOS HUMANOS, *Joint written statement submitted by FIDH, Tides Center Project, ESCR-Net, non-governmental organizations with special consultative status, A/HRC/WG.16/1/NGO/7*, 24 de junio de 2015, p. 5.

54. RUGGIE, J.G., "A UN Business and Human Rights Treaty? An Issues Brief", p. 5. Disponible en: <http://business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/ruggie-on-un-business-human-rights-treaty-jan-2014.pdf>

de que las violaciones graves de derechos humanos que puedan constituir crímenes internacionales gozarían de la aceptación prácticamente incondicional de los Estados, como se ha acordado ya en materia penal.

Sin embargo, los impactos de las empresas, por lo general, no son respecto a violaciones graves, como torturas, ejecuciones extrajudiciales o desapariciones forzadas, sino a otro tipo de conductas o actividades que impactan en los derechos económicos o sociales de la población (como en la salud, el trabajo, el agua o la alimentación), y que, por tanto, generan impactos importantes en el derecho a la vida. Asimismo, la adopción de un tratado sobre un espectro reducido de derechos podría sugerir la existencia de una jerarquía entre los diferentes derechos y libertades de los seres humanos, situación que sería incompatible con el carácter interrelacionado, interdependiente e indivisible que estos guardan. En ese sentido, un tratado con un enfoque minimalista podría resultar perjudicial para la protección global de los derechos humanos, lo cual indudablemente constituiría un retroceso, a pesar de la viabilidad política de lograr tal acuerdo.

Un cuarto tema que tiene una importante relevancia para las discusiones del tratado es la jerarquía de las normas en el derecho internacional.<sup>55</sup> En el ámbito de las empresas y los derechos humanos, dos conjuntos normativos destacan por su contraposición: las normas o acuerdos de inversión a nivel internacional, por un lado, y los tratados de derechos humanos, por el otro.<sup>56</sup> De manera general, los tratados bilaterales de inver-

sión buscan brindarles seguridad jurídica a los Estados contratantes respecto a la normatividad aplicable a las inversiones realizadas en un territorio determinado, además de garantizar al inversionista ciertas condiciones de trato que tienden a beneficiar sus intereses. Sin embargo, diversos casos en América Latina (y en otras regiones del mundo) han demostrado que la utilización de cláusulas de estabilización<sup>57</sup> nulifican el poder del Estado e impiden una adecuada y efectiva protección de los derechos humanos en las áreas en que la inversión está protegida.<sup>58</sup>

Uno de los principales impedimentos para que el Estado ejerza libremente su capacidad regulatoria (en el marco de su soberanía), a pesar de los tratados de inversión, radica en el riesgo de ser demandados ante tribunales arbitrales constituidos para la solución de controversias entre un Estado y un inversionista. De forma usual, los laudos arbitrales han resultado particularmente costosos para los Estados, a pesar de la presentación de argumentos sobre normativas contendientes que prevén, por un lado, la protección de las inversiones extranjeras, y, por otro, la protección de los derechos humanos de la población.<sup>59</sup> No obstante, la práctica arbitral raramente ha tomado en consideración las disposiciones aplicables de derechos humanos a la disputa arbitral, en virtud de usualmente encontrarse fuera del ámbito de competencia *ratione materiae* del tribunal, que, por lo general, tiene competencia sobre las normas

55. Sobre la jerarquía normativa en el derecho internacional, véanse de forma general SHELTON, D., "Normative Hierarchy in International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 100, 2006; DE WET, E. & VIDMAR, J., "Conflicts Between International Paradigms: Hierarchy versus Systemic Integration", *Global Constitutionalism*, Vol. 2(2), 2013; HIRSCH, M., "Interactions Between Investment and Non-investment Obligations", en MUCHLINSKI, P.; ORTINO, F. & SCHREUER, Ch. (Ed.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

56. Se ha desarrollado una interesante y abundante línea doctrinal sobre este tema. Véanse, en particular, DUPUY, P.M.; PETERSMANN, E.U. & FRANCONI, F. (Eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009; SUDA, R., "The Effect of Bilateral Investment Treaties in Human Rights Enforcement and Realization", en DE SCHUTTER, O. (Ed.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford, Hart, 2006; KARAMANIAN, S.L., "The Place of Human Rights in Investor-State Arbitration", *Lewis & Clark Law Review*, Vol. 17(2), 2013, pp. 432-447.

57. Las cláusulas de estabilización son disposiciones incluidas en los tratados de inversión que tienden a garantizar al inversionista que las reglas acordadas en el instrumento bilateral no serán modificadas por eventuales reformas legislativas o regulatorias por parte del Estado receptor. En sí, tienden a "congelar" el poder regulatorio del Estado, ante el riesgo de usualmente costosos litigios ante tribunales arbitrales internacionales. Sobre las cláusulas de estabilización, véase MORGERA, E., *Corporate Accountability in International Environmental Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2009, p. 27.

58. Un claro ejemplo en América Latina ha sido el derecho al agua; véase al respecto MESHEL, T., "Human Rights in Investor-State Arbitration: The Human Right to Water and Beyond", *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 6(2), 2015, pp. 281-301.

59. Véanse, por ejemplo, CIADI, "Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. et al. vs. República Argentina", caso N° ARB/97/3 (Laudo, 2007), §§3.3.2-3.3.6; CIADI, "Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. et al. vs. República Argentina", caso N° ARB/03/19. (Decisión sobre responsabilidad, 2010), §§251, 254; ambos laudos fueron por cientos de millones de dólares a favor de las empresas.

determinadas en el acuerdo de inversión y que excluyen otras obligaciones contrapuestas que tiene el Estado.

Ante la frecuente imposibilidad de los Estados en vías de desarrollo de cumplir con sus obligaciones de derechos humanos con motivo de sus acuerdos de inversión, se ha comenzado a pugnar por el establecimiento de una jerarquía normativa a nivel internacional que reconozca la primacía de los derechos humanos frente a otras normas internacionales, incluida en el marco del Grupo de Trabajo Intergubernamental. Teóricamente, no habría impedimento para establecer que los derechos humanos deben ser respetados aun en el contexto de obligaciones contrapuestas que han sido igualmente adquiridas por los Estados en el marco de su soberanía.<sup>60</sup> Sin embargo, los aspectos prácticos para la elaboración o implementación de tal jerarquía son particularmente complejos. Para comenzar, ¿qué legitimidad existe a nivel internacional para que un tratado sobre derechos humanos tenga primacía frente a diversos instrumentos bilaterales de inversión, particularmente si los Estados parte de estos no acordaron esa primacía en los respectivos instrumentos? ¿Qué ocurriría si un Estado parte de un tratado de inversión no lo es en un instrumento de derechos humanos que pretenda establecer tal jerarquía normativa a nivel internacional? Y en su caso, ¿qué garantía existe de que tal declaración en un instrumento internacional vinculante será aplicada por mecanismos de solución de controversias de otros ámbitos normativos del derecho internacional, en particular, por los tribunales arbitrales de inversión? Como se desprende de estas preguntas, la relativa simplicidad teórica de establecer una jerarquía jurídica internacional enfrenta numerosas aristas al momento de comenzar a reflexionar sobre su implementación.

Desde una perspectiva práctica, la mejor forma de lograr ese equilibrio entre derechos humanos y derechos de los inversionistas ocurriría a través de la renegociación de los tratados bilaterales de inversión existentes, de forma que se inserte una cláusula convencional que establezca una excepción regulatoria a favor del

Estado para aquellos casos que pudieran generar impactos negativos en los derechos humanos por parte de los inversionistas. Lo mismo ocurriría con los tratados que aparezcan en el futuro, donde de mucha conveniencia sería contar con una evaluación previa a la ratificación del instrumento para medir los posibles impactos en la capacidad regulatoria del Estado y, por consecuencia, en su capacidad de protección de los derechos humanos.<sup>61</sup> Sin embargo, su concretización dependerá de la voluntad política que exista entre los Estados. Esto, desde luego, puede resultar problemático ante la posibilidad de reducir la protección jurídica de las inversiones de empresas provenientes de países desarrollados. El tema de las inversiones y los derechos humanos es, sin lugar a dudas, uno de los espacios de discusión más complejos que estarán en la agenda del Grupo de Trabajo Intergubernamental sobre el tratado, y que, seguramente, merecerán la intervención de especialistas de las distintas ramas del derecho internacional.

Finalmente, uno de los principales temas que tendrán una importancia trascendental en las discusiones del Grupo de Trabajo Intergubernamental será la cuestión de la implementación y monitoreo de cumplimiento del instrumento que llegase a ser adoptado. De forma particular, esta cuestión necesitará de profundas reflexiones si se desea, en realidad, crear un instrumento que tenga un impacto verdadero en la protección de los derechos humanos de las personas más desfavorecidas.<sup>62</sup> Los nueve tratados internacionales de derechos humanos adoptados hasta la fecha han instituido comités para monitorear la implementación de los estándares adoptados por los Estados, en muchos casos teniendo la oportunidad de recibir quejas de individuos que consi-

60. Cfr. *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany vs. Italy, Greece intervening), Judgment, ICJ Reports 2012, p. 99, en el que la Corte consideró que la inmunidad jurisdiccional tenía preponderancia ante los derechos humanos de las víctimas.

61. Véase SIMMA, B., "Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 60, 2011, pp. 594-596, quien propone una evaluación de impacto en derechos humanos previa a la suscripción de instrumentos internacionales de inversión.

62. Desde hace algunos años, se ha analizado la idea de crear una corte internacional de derechos humanos, con competencia para conocer sobre casos relativos a violaciones de derechos humanos cometidos por empresas. Sin embargo, ante la aparente polarización previa y durante la primera sesión del Grupo de Trabajo Intergubernamental, esta posibilidad parece de difícil realización. Para una discusión preliminar sobre el tema, véase NOWAK, M., "The Need for a World Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, Vol. 7(1), 2007, pp. 256-257.

deren que sus derechos bajo un tratado en cuestión han sido violados. Asimismo, estos órganos de tratado tienen la posibilidad de desarrollar una interpretación "oficial" del instrumento que los creó, desde la figura de observaciones generales. No obstante, a pesar de la competencia de recibir comunicaciones y de monitorear la implementación de las convenciones por los Estados, la efectividad de estos instrumentos es relativa en virtud de la incapacidad de garantizar el estricto cumplimiento y cooperación por los Estados parte. Sin embargo, no se vislumbran alternativas a este modelo con el respaldo político suficiente a nivel internacional para poder crear un sistema de monitoreo más efectivo.

En ese sentido, la determinación de cómo vigilar el cumplimiento del instrumento internacional vinculante que llegase a ser adoptado dependerá en gran medida de la determinación que sea acordada en cuanto a su contenido. Si bien la sociedad civil ha pugnado por un órgano con competencia para exigir a las empresas el cumplimiento de obligaciones jurídicas directas (lo cual sería una novedad en el derecho internacional de los derechos humanos), lo más probable es que el instrumento imponga obligaciones a los Estados de garantizar el respeto de los derechos humanos por las empresas que operen en su jurisdicción (es decir, de forma territorial) o que estén registradas en su país (lo cual, por ende, podría implicar también medidas de regulación de carácter extraterritorial). En otras palabras, la probabilidad principal es que el instrumento que se adopte posiblemente continúe operando desde el modelo de responsabilidad indirecta que ha sido la norma del derecho internacional.

Aun así, existen importantes interrogantes que deberán ser resueltos en el marco de las discusiones del tratado: por ejemplo, ¿cómo podría el sistema de comunicaciones individuales ser reformado para examinar tanto las acciones del Estado como de las empresas involucradas en una presunta violación de derechos humanos? ¿Cómo podría mejorarse el sistema de "reparaciones" que existe en el marco de los órganos de tratado? ¿Tendría el órgano creado competencia para supervisar las acciones tanto de Estados como de empresas, incluso a través de los informes periódicos que se utilizan en el contexto de los comités? Indudablemente, estas y otras preguntas deberán ser resueltas por el Grupo de Trabajo

Intergubernamental para determinar la forma de crear un órgano que tenga una mayor efectividad que la que se ha conseguido hasta ahora por los otros comités, particularmente en torno de las cuestiones de comunicaciones e informes periódicos. Particularmente en la cuestión de las comunicaciones, una reformulación del procedimiento relativamente estandarizado que se ha adoptado a través de los comités podría ser una opción deseable e interesante, sobre todo si se considera la posibilidad de que las empresas (como responsables directas) y los Estados (como responsables indirectos) puedan comparecer en casos específicos ante el órgano resultante, con la finalidad de dirimir las controversias que tengan lugar a través de la mediación o conciliación, o de no ser posible, que se adopten vistas tendientes a señalar las violaciones cometidas tanto por empresas como por el Estado y, en su caso, que se dicten medidas de reparación a favor de las víctimas.<sup>63</sup>

Como se podrá observar, en el alba del funcionamiento del Grupo de Trabajo Intergubernamental sobre un tratado de empresas y derechos humanos sobresalen las dudas respecto de cuestiones tanto sustantivas como procesales. Este tema, que durante tantas décadas ha sido debatido en el seno de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales, finalmente tiene una oportunidad clara de concretizar sus objetivos y propuestas en un instrumento vinculante. Debido a su complejidad técnica, se espera que las discusiones se prolonguen durante varios años, en un esfuerzo por consagrar, finalmente, la obligación empresarial de respetar los derechos humanos y, eventualmente, de colaborar en su protección e implementación a nivel doméstico. Las cuestiones señaladas en los párrafos precedentes son algunos de los diversos aspectos que sin dudas habrán de discutirse durante el ciclo del Grupo de Trabajo Intergubernamental, y, en particular, durante las dos primeras sesiones, que servirán para informar la propuesta que deberá ser hecha por el Presidente-Relator del Grupo previo a la tercera sesión.

63. Una interesante opción sería seguir el modelo instituido por el Comité de Derechos Humanos; véase al respecto DAVID, V., "Reparations at the Human Rights Committee: Legal Basis, Practice and Challenges", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 32(1), 2014.



#### **IV. Breves reflexiones sobre la primera sesión del Grupo de Trabajo intergubernamental de Composición Abierta sobre el proyecto del tratado**

La primera sesión del Grupo de Trabajo Intergubernamental tuvo lugar entre el 6 y el 10 de julio de 2015 en la Sala de los Derechos Humanos y de la Alianza de las Civilizaciones, en Ginebra, con la participación de aproximadamente 50 Estados y numerosas organizaciones no gubernamentales con estatus consultivo ante el ECOSOC. Con algunas semanas de anticipación a la sesión, la Secretaría del Grupo de Trabajo circuló un programa de trabajo, que inicialmente incluiría bajo su cuarto punto de agenda siete paneles temáticos, referentes de forma general a los principios que integrarían un instrumento internacional en la materia, a su alcance y al contenido que debería incluir. Tras una elección unánime de la embajadora del Ecuador como Presidenta-Relatora del Grupo de Trabajo Intergubernamental, que claramente había sido acordada con los demás Estados participantes, se procedió a la adopción de la agenda y el programa de trabajo.

En una posición fuertemente criticada tanto por Estados como por representantes de la sociedad civil (y que, incluso, ha sido considerada un intento de sabotaje de la sesión), la delegación de la Unión Europea, apoyada por Francia y Luxemburgo, propuso a la recién electa presidenta del Grupo de Trabajo Intergubernamental dos modificaciones al programa, las cuales condicionaban la participación en los trabajos del Grupo a su aceptación: en primer lugar, que se incluyera un panel referente a los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos y su implementación a nivel interno, y, en segundo lugar, la inclusión de la palabra "todas" antes de "las demás empresas de negocios" en el programa de trabajo para la primera sesión.<sup>64</sup> Diversas reflexiones deben hacerse sobre esta situación: en primer lugar, el llamado a incluir un panel sobre la implementación de

los Principios Rectores obedece a distintos factores. La Unión Europea, tanto a nivel institucional como en sus Estados miembro, ha sido el único bloque regional que ha adoptado estrategias y lineamientos para desarrollar una agenda sobre la promoción e implementación de los Principios Rectores a nivel interno.

De la misma forma, la implementación del marco de la ONU a través de planes nacionales de acción ha ocurrido a la fecha únicamente en países europeos, lo cual podría servir para reflejar tanto que a nivel interno de esos países se han adoptado medidas para asegurar que las empresas respeten los derechos humanos, como que los demás países (incluso aquellos que propusieron la creación del Grupo de Trabajo Intergubernamental, Ecuador y Sudáfrica) no han hecho el mínimo esfuerzo posible para adaptar su marco jurídico interno a las recomendaciones estipuladas en los Principios Rectores.

Por otra parte, la inclusión de un panel sobre los Principios Rectores posiblemente fue propuesta para atenuar la percepción de dicotomía que existe entre el proyecto del tratado y la implementación del marco de la ONU, y con ello, para asegurar que los Principios Rectores sean un elemento básico que esté presente en las discusiones del proyecto del tratado. A nivel logístico, ese llamado de última hora para alterar el programa de trabajo sufrió de la falta de una preparación adecuada del panel (particularmente en cuanto al número de intervenciones), aunque a la distancia la impresión es que los Principios Rectores, aun si no se hubiera incluido dicho panel, de cualquier manera habrían sido un elemento intrínseco en el desarrollo de la sesión.

En cuanto a la segunda propuesta de la Unión Europea, de incluir la palabra "todas" antes de "las demás empresas de negocios", la cuestión es particularmente distinta. En los meses previos a la sesión, la posición común de numerosos Estados y organizaciones no gubernamentales había sido de utilizar este Grupo de Trabajo Intergubernamental para que el instrumento fuera dirigido únicamente a empresas transnacionales. Sin embargo, la inclusión de la palabra "todas" tendría la intención de asegurar que el instrumento tenga un impacto en todas las empresas, independientemente de si sus operaciones se realizan de forma coordinada

<sup>64</sup> Algunas delegaciones (como Cuba, Sudáfrica, Pakistán o Bolivia, El Salvador, Venezuela, la India, Egipto e Indonesia, entre otras) y organizaciones no gubernamentales, sin embargo, interpretaron la propuesta de la Unión Europea como un llamado a modificar el texto de la Resolución N° 26/9 adoptada por el Consejo de Derechos Humanos.

a nivel transnacional o si únicamente trabajan en una jurisdicción.

Ello podría generar dos efectos: crear un instrumento cuya implementación en la práctica sea inefectivo, ante la incapacidad de mecanismos internacionales o incluso nacionales de dar un seguimiento preciso a las actividades de millones de empresas, con operaciones transnacionales o no; o bien, desde un punto de vista jurídico, asegurar que el instrumento no exima a las empresas con sede en países en vías de desarrollo de cumplir con las obligaciones que eventualmente llegasen a ser estipuladas en el tratado, y, con ello, que se diluyera el excesivo enfoque en las empresas de países desarrollados.

La modificación del texto del programa de trabajo para la primera sesión habría tenido un efecto práctico limitado, puesto que las intervenciones de los expertos invitados seguramente no habrían variado de forma significativa, y las primeras dos sesiones tienen por objetivo la discusión y el intercambio de ideas para informar el proyecto de instrumento. Por el contrario, si la propuesta hubiera sido modificar el texto de la Resolución N° 26/9 adoptada por el Consejo de Derechos Humanos (como algunos participantes en la sesión lo interpretaron), ello habría generado, por lo menos, una cuestión de mayor relevancia, aunque de carácter primordialmente procedimental: al ser el Grupo de Trabajo Intergubernamental un órgano creado en virtud de una resolución del Consejo, parece pertinente preguntar cuál sería su competencia para modificar una decisión de un órgano superior. En principio, la lógica sugeriría que toda modificación de un mandato otorgado correspondería únicamente al Consejo de Derechos Humanos, quien en una sesión regular podría sujetar esta propuesta a votación. En ese sentido, la propuesta de la Unión Europea, en principio, habría sido factible respecto a la modificación del Programa de Trabajo (al estar dentro de la competencia del Grupo de Trabajo Intergubernamental), aunque no en torno a la modificación del contenido de la Resolución N° 26/9.

Conforme a las Reglas de Procedimiento de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que rigen también las actuaciones del Consejo de Derechos Humanos y de los órganos derivados de este, la moción de la

Unión Europea debería haber sido sujeta a discusiones<sup>65</sup> (que, en la práctica, tuvieron lugar) y, posteriormente, a un voto. Sin embargo, sin haber llamado a un voto, la Presidenta-Relatora del Grupo de Trabajo Intergubernamental determinó adoptar el Programa de Trabajo modificado, incluyendo la primera propuesta de la Unión Europea sobre incorporar un panel relativo a la implementación de los Principios Rectores a nivel interno.<sup>66</sup>

A pesar de este accidentado comienzo en la primera sesión, el Programa de Trabajo se desarrolló por lo general conforme a lo previsto. Así, se organizaron ocho paneles temáticos, divididos en cuatro grandes áreas: la implementación de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, los principios para el proyecto del tratado, el alcance de un futuro instrumento vinculante<sup>67</sup> y, finalmente, su posible contenido.<sup>68</sup> De forma general, tres grandes temas resaltaron en las discusiones sostenidas entre los expertos, los Estados y las organizaciones de la sociedad civil que participaron en la primera sesión: la profundidad que debe tener el eventual futuro instrumento (dimensión vertical), su amplitud (dimensión horizontal) y las obligaciones de los Estados para asegurar una mejor y más efectiva protección de los derechos humanos. Desde luego, algunas de estas cuestiones ya han sido abordadas en la sección anterior, por lo que los breves comentarios que a

65. ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU, *Reglamento de la Asamblea General*, A/520/Rev.17, abril de 2008, Regla N° 78.

66. Sobre este punto, la posición de México (con el apoyo de Chile y Uruguay) fue determinante para lograr una solución de compromiso, que permitiera la inclusión del panel propuesto por la Unión Europea, y conseguir que se discutiera de forma posterior la modificación —o del Programa de Trabajo y de la Resolución.

67. Dos paneles se organizaron en torno al alcance: el primero, sobre la definición y la naturaleza jurídica conforme al derecho internacional de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, y el segundo, respecto de qué derechos humanos deben estar protegidos por el instrumento ante las actividades de las empresas.

68. En este rubro se organizaron cuatro paneles temáticos, respecto de las obligaciones de los Estados de garantizar el respeto de los derechos humanos por las empresas, incluso a través de obligaciones extraterritoriales; sobre las obligaciones de las empresas de prevenir las violaciones de derechos humanos y los estándares para su prevención y reparación; sobre los estándares para la determinación de la responsabilidad jurídica de las empresas y las conductas que la originarían; y, finalmente, sobre los mecanismos nacionales e internacionales de reparación, la cooperación judicial internacional, y el Proyecto de Rendición de Cuentas y Mecanismos de Reparación de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos.

continuación se expondrán buscan reflejar la manera en que estos temas fueron considerados por los participantes en la sesión.

Respecto de la profundidad del instrumento que comenzará a ser discutido a partir de 2017 en el marco de la tercera sesión del Grupo de Trabajo Intergubernamental, la discusión se ha concentrado en argumentar los motivos para que el instrumento se enfoque, por una parte, en las empresas transnacionales (o, como ya se ha mencionado *supra*, en aquellas que realizan operaciones de carácter transnacional),<sup>69</sup> o, por la otra –y en concordancia con la propuesta de la Unión Europea–, a todas las empresas, independientemente de su tamaño o giro.

En general, respecto de este tema hubo una tendencia inclinada a sujetar a las empresas transnacionales al instrumento internacional, en virtud de su poderío económico, la facilidad para moverse entre jurisdicciones (y con ello escapar a la competencia de los Estados según su conveniencia o necesidad) y para aprovechar las lagunas existentes tanto desde el derecho internacional como desde el derecho interno.<sup>70</sup> A pesar de que la posición de la delegación de la Unión Europea podría haber sido factual y jurídicamente correcta al señalar que cualquier empresa puede tener impactos negativos en los derechos humanos, independientemente de su tamaño o la naturaleza de las operaciones, su abandono (así como el de Francia) de la sesión impidió profundizar en los méritos de la propuesta, a pesar de que incluso algunas de las ONG de mayor envergadura y posición en el tema (como la FIDH) compartían de cierto modo esa perspectiva.<sup>71</sup> En general, parece que hay una fijación con la figura que representan las empresas con operaciones transnacionales, particularmente respecto de aquellas provenientes de países desarrollados con acti-

vidades en África, América Latina o Asia. Sin embargo, es posible que, conforme avancen las negociaciones y sesiones del Grupo de Trabajo Intergubernamental, la posición común de los distintos países vaya refinándose para concentrarse, como fue señalado en los debates durante las sesiones, en las lagunas provocadas directamente por las operaciones transnacionales de las empresas.

En lo que respecta a la dimensión horizontal, es decir, a la amplitud que debería tener el instrumento, la discusión (previa y durante la sesión) se concentró en la necesidad de que el instrumento sea amplio y que cubra la protección de todos los derechos humanos, o bien, que sea un instrumento de carácter minimalista (es decir, concentrado únicamente en las más graves violaciones a los derechos humanos que pudieran a su vez constituir crímenes internacionales). La ausencia de la mayor parte de los países integrantes del bloque occidental, que son los que en principio podrían haber apoyado esta propuesta, generó que la discusión fuera solo por referencia a posiciones expresadas previamente, sin que verdaderamente existiera un debate en la Sala XX. Tomando en cuenta el respaldo unánime a los Principios Rectores, el único motivo por el que se buscaría adoptar un instrumento internacional con un alcance reducido sería lograr una aceptación relativamente indiscutida y rápida de este. No obstante, la posición general en el seno del Grupo de Trabajo Intergubernamental fue en torno a la adopción de un instrumento internacional que proteja por igual todos los derechos humanos, con el propósito de respetar sus principios de indivisibilidad, interrelación e interdependencia.<sup>72</sup>

Finalmente, una tercera cuestión que sobresalió entre los debates fue relativa a las obligaciones de los Estados de proteger los derechos humanos frente a las actividades de las empresas. Numerosas referencias a los pilares I y III de los Principios Rectores de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos fueron

69. Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, *Draft Report of the First Session*, A/HRC// (10 July 2015), §55. [En línea]. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session1/Draftreport.pdf>

70. *Ibid.*, §53. Algunas delegaciones reconocieron durante la sesión la inexistencia de la figura jurídica de "empresa transnacional", por lo que se sugirió concentrar el objetivo del instrumento en las operaciones de carácter transnacional que empresas de distintas nacionalidades realizan de forma coordinada para un objetivo común.

71. Cabe resaltar que algunos países, incluidos México, Chile y Uruguay, respaldaron esa propuesta.

72. Lo anterior fue reflejado en el proyecto del informe presentado por la Secretaría del Grupo de Trabajo de Composición Abierta: Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, *Draft Report of the First Session*, A/HRC//, 10 de julio de 2015, §56. [En línea]. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session1/Draftreport.pdf>

hechas por las delegaciones de los Estados y las organizaciones de la sociedad civil, así como por los expertos invitados a la sesión, particularmente en torno de la necesidad de mejorar la cooperación internacional entre Estados en casos que involucren violaciones a los derechos humanos cometidos por empresas (o con su participación o colaboración), de la adopción de medidas regulatorias y jurisdiccionales con efecto o alcance extraterritorial, y de la estandarización de sus marcos normativos para incluir plenas obligaciones de las empresas de respetar los derechos humanos.

La principal atención se centró en dos cuestiones: el problema de la extraterritorialidad, por una parte, y el de la jerarquía de los derechos humanos ante los instrumentos internacionales de protección de inversiones, por la otra. Como ya se ha señalado, algunos puntos sustantivos de ambos temas han sido discutidos con antelación,<sup>73</sup> por lo que únicamente cabría añadir que hubo de manera general un amplio consenso entre los participantes respecto de la necesidad de colmar las lagunas jurídicas existentes en torno de la cuestión de la jurisdicción y regulación extraterritoriales, por una parte, y de determinar la existencia de

**“Solo con esfuerzos coordinados a nivel nacional, regional y universal, y con una amplia participación de los diferentes actores involucrados podrá este tema finalmente pasar de las discusiones a su instrumentación, y con ello a la protección de las víctimas de violaciones de los derechos humanos en la práctica”**

una jerarquía normativa desde el derecho internacional, por la otra. Claramente, ante la ausencia de los principales países desarrollados en la sesión, no existió una verdadera contraposición y debate respecto de la factibilidad y retos jurídicos que existirían en ambos temas, que sin duda continuarán en la agenda de las sesiones venideras del Grupo de Trabajo Intergubernamental.

## V. Conclusiones

De forma general, se puede concluir que la primera sesión del Grupo de Trabajo Intergubernamental —a pesar de la retirada de los países europeos y de la inasistencia de Estados como Japón, Noruega, Canadá, Reino Unido o los Estados Unidos de América— tuvo unas buenas discusiones iniciales sobre la adopción de un instrumento internacional vinculante,<sup>74</sup> en particular, por su apertura hacia las organizaciones de la sociedad civil. Sin embargo, sería deseable que, en aras de contar con un debate constructivo y comprometido con mejo-

rar la protección de los derechos humanos afectados por las actividades de las empresas, se pudieran lograr los consensos necesarios para involucrar, por lo menos, a las delegaciones europeas, que de forma general han liderado el tema de las empresas y los derechos humanos

73. Tanto en el cuerpo de este texto como en otras publicaciones. Sobre la cuestión de la extraterritorialidad, véanse CANTÚ RIVERA, H., “Developments in Extraterritoriality and Soft Law: Towards New Measures to Hold Corporations Accountable for their Human Rights Performance?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. xiv, 2014, pp. 731-749; BERNAZ, N., *op. cit.*; DEVA, S., “Corporate Human Rights Violations: A Case for Extraterritorial Regulation”, en LUETGE, Ch. (ed.), *Handbook of the Philosophical Foundations of Business Ethics*, Heidelberg, Springer, 2012, pp. 1080-1086; KNOX, J.H., “A Presumption Against Extrajurisdictionality”, *American Journal of International Law*, Vol. 104, 2010.

74. En ese sentido, véase LÓPEZ, C., “International talks on a treaty on business & human rights: A good start to a bumpy road”, 2015. Disponible en: <http://business-humanrights.org/en/international-talks-on-a-treaty-on-business-human-rights-a-good-start-to-a-bumpy-road>

en el marco de los Principios Rectores. En ese mismo sentido, sería conveniente que en el marco de las organizaciones regionales existentes<sup>75</sup> se continúe la discusión sobre el tema, no solo respecto de la adopción de instrumentos o declaraciones regionales en la materia, sino también respecto de la manera de ligar los procedimientos que puedan existir de forma paralela entre organizaciones regionales y las Naciones Unidas. Solo con esfuerzos coordinados a nivel nacional, regional y universal, y con una amplia participación de los diferentes actores involucrados podrá este tema finalmente pasar de las discusiones a su instrumentación, y con ello a la protección de las víctimas de violaciones de los derechos humanos en la práctica.

---

75. La Organización de Estados Americanos, la Unión Europea, la Unión Africana o la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN, por su sigla en inglés).

## VI. Bibliografía

ADDO, M.K., "El mandato del Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos: ideas preliminares", en MARTÍNEZ GARZA, M.E. & CANTÚ RIVERA, H.F. (Comp.), *El futuro es hoy: Construyendo una agenda de derechos humanos*, CEDHNL/UANL, Monterrey, 2013.

"Agora: Reflections on Kiobel", *American Journal of International Law*, Vol. 107, 2013.

BAIR, J., "Corporations at the United Nations: Echoes of the New International Economic Order?", *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development*, Vol. 6(1), 2015.

BILCHITZ, D., "A chasm between 'is and 'ought'? A critique of the normative foundations of the SRSG's Framework and the Guiding Principles", en DEVA, S. & BILCHITZ, D. (eds.), *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

BUCHER, A., "La compétence universelle civile", *Recueil des cours*, Vol. 372, 2015, s/d.

CANTÚ RIVERA, H., "Empresas y derechos humanos: ¿Hacia una regulación jurídica efectiva o el mantenimiento del status quo?", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIII, 2013, s/d.

CANTÚ RIVERA, H., "Regional Approaches in the Business & Human Rights Field", *L'Observateur des Nations Unies*, Vol. 35, 2013, s/d.

CANTÚ RIVERA, H., "The Kiobel Precedent and its Effects on Universal Jurisdiction and the Business & Human Rights Agenda", *Cuestiones Constitucionales*, N° 30, 2014.

CANTÚ RIVERA, H., "Developments in Extraterritoriality and Soft Law: Towards New Measures to Hold Corporations Accountable for their Human Rights Performance?", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIV, 2014.

CANTÚ RIVERA, H., "Towards Judicial Accountability in the Business & Human Rights Field?", en MOURA VICENTE, D. (Ed.), *Towards a Universal Justice? Putting International Courts and Jurisdictions into Perspective*, Brill, Leiden, 2015.

CANTÚ RIVERA, H., "The United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights in the European Union: From Regional Action to National Implementation", en MARTIN, J. & BRAVO, K.E. (Eds.), *The Business and Human Rights Landscape: Moving Forward, Looking Back*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

CANTÚ RIVERA, H., "La OCDE y los derechos humanos: el caso de las Directrices para Empresas Multinacionales y los Puntos de Contacto Nacional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XV, 2015.

ČERNIČ, J.L. & VAN HO, T. (Eds.), *Human Rights and Business: Direct Corporate Accountability for Human Rights*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2015.

CLAPHAM, A., *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

DARCY, S., "A new business and human rights instrument?", p. 2, artículo presentado durante la sesión de lluvia de ideas sobre empresas y derechos humanos titulada "Access to Justice and Extraterritorial Obligations", Ginebra, del 26 de febrero de 2015. Disponible en: [http://www.fes-globalization.org/geneva/documents/2015/2015\\_2\\_26\\_Darcy\\_Contribution%20to%20Roundtable%20-%20Geneva.pdf](http://www.fes-globalization.org/geneva/documents/2015/2015_2_26_Darcy_Contribution%20to%20Roundtable%20-%20Geneva.pdf)

DAVID, V., "Reparations at the Human Rights Committee: Legal Basis, Practice and Challenges", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 32(1), 2014.

DE FELICE, D. & GRAF, A., "The Potential of National Action Plans to Implement Human Rights Norms: An Early Assessment with Respect to the UN Guiding Principles on Business and Human Rights", *Journal of Human Rights Practice*, Vol. 7(1), 2015.

DE FROUVILLE, O., "Attribution of Conduct to the State: Private Individuals", en CRAWFORD, J.; PELLET, A. & OLLESON, S. (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

DE SCHUTTER, O., "Les affaires *Total et Unocal* : Complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme", *Annuaire français de droit international*, 2006.

DE SCHUTTER, O., *Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations*, 22 de diciembre de 2006.

DE SCHUTTER, O., "La responsabilité des États dans le contrôle des sociétés transnationales: vers une convention internationale sur la lutte contre les atteintes aux droits de l'homme commises par les sociétés transnationales", en DECAUX, E. (ed.), *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'homme*, Bruylant, Bruselas, 2010.

DE WET, E. & VIDMAR, J., "Conflicts Between International Paradigms: Hierarchy versus Systemic Integration", *Global Constitutionalism*, Vol. 2(2), 2013.

DEVA, S., *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business*, Routledge, Londres, 2012.

DEVA, S., "Corporate Human Rights Violations: A Case for Extraterritorial Regulation", en LUETGE, Ch. (ed.), *Handbook of the Philosophical Foundations of Business Ethics*, Springer, Heidelberg, 2012.

DEVA, S., "Treating human rights lightly: a critique of the consensus rhetoric and the language employed by the Guiding Principles", en DEVA, S. & BILCHITZ, D. (eds.), *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

DUPUY, P.M.; PETERSMANN, E.U. & FRANCONI, F. (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

HIRSCH, M., "Interactions Between Investment and Non-investment Obligations", en MUCHLINSKI, P.; ORTINO, F. & SCHREUER, Ch. (ed.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

INAZUMI, M., *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law*, Intersentia, Cambridge, 2005.

JÄGERS, N., *Corporate Human Rights Obligations: In Search of Accountability*, Intersentia, Antwerp, 2002.

JÄGERS, N., "UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Making Headway Towards Real Corporate Accountability?", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 29(2), 2011.

KARAMANIAN, S.L., "The Place of Human Rights in Investor-State Arbitration", *Lewis & Clark Law Review*, Vol. 17(2), 2013.

KNOX, J.H., "A Presumption Against Extrajurisdictionality", *American Journal of International Law*, Vol. 104, 2010.

LATTY, F., "Actions and Omissions", en CRAWFORD, J.; PELLET, A. & OLLESON, S. (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

LENHOFF, A., "International Law and Rules on International Jurisdiction", *Cornell Law Review*, Vol. 50, 1964.

LÓPEZ, C., "International talks on a treaty on business & human rights: A good start to a bumpy road", 2015. Disponible en: <http://business-humanrights.org/en/international-talks-on-a-treaty-on-business-human-rights-a-good-start-to-a-bumpy-road>

MCCORQUODALE, R., "Waving Not Drowning: Kiobel Outside the United States", *American Journal of International Law*, Vol. 107, 2013.



MESHTEL, T., "Human Rights in Investor-State Arbitration: The Human Right to Water and Beyond", *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 6(2), 2015.

MORGERA, E., *Corporate Accountability in International Environmental Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2009.

NOWAK, M., "The Need for a World Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, Vol. 7(1), 2007.

PÉREZ CORREA CAMARENA, F., "El Alien Tort Statute: El imperialismo judicial de los valores occidentales", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, N° 260, 2013. [Agregar lugar. Gracias.]

PITTS, Ch., "For a Treaty on Business & Human Rights", artículo presentado en el seminario Does the World Need a Treaty on Business and Human Rights? Weighing the Pros and Cons. Por favor, completar datos. Gracias.]

REDFIELD, S., "Searching for Justice: The Use of Forum Necessitatis", *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 45. [Por favor, completar datos. Gracias.]

RUGGIE, J.G., *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, w.w. Norton & Co., Nueva York, 2013.

RUGGIE, J.G., "A UN Business and Human Rights Treaty? An Issues Brief", 28 de enero de 2014, p. 5. Disponible en: <http://business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/ruggie-on-un-business-human-rights-treaty-jan-2014.pdf>

RUGGIE, J., *Quo Vadis? Unsolicited Advice to Business and Human Rights Treaty Sponsors*, 9 de septiembre de 2014. Disponible en: <http://www.ihrb.org/commentary/quo-vadis-unsolicited-advice-business.html>

SAUVANT, K.P., "The Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations: Experience and Lessons Learned", *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 16, 2015,s/d.

SHELTON, D., "Normative Hierarchy in International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 100, 2006,s/d.

SIMMA, B., "Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 60, 2011,s/d.

SUDA, R., "The Effect of Bilateral Investment Treaties in Human Rights Enforcement and Realization", en DE SCHUTTER, O. (ed.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Hart, Oxford, 2006.



# Responsabilidad internacional de los Estados en el proceso de elaboración del Tratado sobre Empresas y Derechos Humanos



**Daniel Cerqueira**

Abogado de la Universidad Federal de Minas Gerais, Brasil. Licenciado en Relaciones Internacionales de la Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais. LLM en Estudios Legales Internacionales de la Universidad de Georgetown, Estados Unidos. Director del Programa de Derechos Humanos y Recursos Naturales de la Fundación para el Debido Proceso (*Due Process of Law Foundation*).

---

**Introducción**

---

La relación entre actividades empresariales y los derechos humanos ha sido objeto de debates y resoluciones de órganos políticos, tribunales y organismos cuasijudiciales de diferentes sistemas de integración regional y de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Antes mismo de la consolidación de un sistema global de producción y servicios, los principales instrumentos constitutivos de los sistemas internacionales y regionales, adoptados después de la Segunda Guerra Mundial, hacían referencia a la sujeción de las empresas transnacionales a las leyes de los países en donde operan y a los tratados de los cuales estos países son parte. A modo de ejemplo, la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) de 1948 establece, en su art. 36, que tales empresas "están sometidas a la legislación y a la jurisdicción de los tribunales nacionales competentes de los países receptores y a los tratados y convenios internacionales en los cuales estos sean Parte y, además, deben ajustarse a la política de desarrollo de los países receptores".<sup>1</sup>

Aunque los derechos humanos ocuparon un espacio privilegiado en la arquitectura institucional de las relaciones entre las naciones en la posguerra, los Estados fueron considerados agentes centrales en el respeto o incumplimiento de obligaciones en materia de derechos humanos. El anhelo de "librar las generaciones venideras del flagelo de la guerra", contenido en el Preámbulo a

---

1. Carta de la OEA, mayo de 1948, art. 36.

la Carta de la ONU, se concentró en la imposición de límites jurídicos y procedimientos políticos más rígidos al ejercicio de la violencia estatal, sin que los vencedores de la Segunda Guerra hayan dedicado mayor atención a la posibilidad de que la seguridad colectiva fuera infringida por parte de actores no estatales. Lo anterior, pese a que tenían pleno conocimiento del rol de grupos corporativos en la consolidación de regímenes expansionistas y autoritarios en Alemania y en Japón.

La medida más concreta adoptada en relación con el rol jugado por el sector corporativo durante la Segunda Guerra Mundial fueron los juicios penales por crímenes de guerra seguidos en cortes militares de los Estados Unidos, en contra de doce exdirectivos del Grupo Krupp. Once de ellos fueron condenados a penas de hasta 12 años de cárcel, por participar directamente en la ampliación de la maquinaria de guerra del partido nazi en Alemania, empleo generalizado de trabajo esclavo y otras graves violaciones de derechos humanos en sus respectivas empresas. Sin embargo, el reconocimiento de que las empresas pueden promover o violar derechos humanos pasó prácticamente inadvertido en los instrumentos constitutivos de la ONU y de organismos de integración regional.

Al día de hoy, se puede afirmar que varias empresas, sobre todo transnacionales, han rebasado la capacidad de algunos Estados en cuanto agentes de promoción, pero también de violación de derechos humanos y otros valores compartidos por la comunidad internacional. Es así como el paradigma tradicional basado en las obligaciones de respeto, protección y garantía por parte de los Estados ha sido objeto de nuevas interpretaciones y producción normativa, con el fin de regular los abusos corporativos. Paralelamente a los pronunciamientos de tribunales, órganos cuasijudiciales y foros intergubernamentales, el universo "derechos humanos y empresas" ha sido abordado desde el ámbito del *soft-law*, así como en el marco de sistemas autorregulatorios de las empresas, en diferentes sectores de la cadena global de producción y servicios.

La adhesión voluntaria a compromisos en esta materia tuvo su expresión más pronunciada con la adopción del Pacto Mundial de las Naciones Unidas (*UN Global Compact*), durante el Foro Económico Mundial de 1999. Esa iniciativa busca incorporar un conjunto de

principios en las actividades empresariales alrededor del mundo y promover, desde el sector corporativo y bajo el auspicio de las Naciones Unidas, la implementación de los objetivos de desarrollo sostenible, en particular, de aquellos relacionados con el respeto de los derechos humanos, la protección del medioambiente y el combate a la corrupción.

En la búsqueda de normas más adecuadas que respondan a una realidad cambiante en la relación entre empresas y Estados, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU adoptó, en 2011, los llamados Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, los cuales sistematizan los estándares mínimos aplicables a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, y el deber de los Estados de protegerlos y garantizar mecanismos de reparación ante violaciones derivadas de actividades empresariales. El marco normativo generado a partir de los Principios Rectores y los pronunciamientos del Grupo de Trabajo responsable por su implementación han inspirado algunas resoluciones del Consejo Permanente y de la Asamblea General de la OEA, la cual reconoció, en la Resolución N° 2840 (XLIV-O/14) de junio de 2014,<sup>2</sup> el valor de los Principios Rectores y la necesidad de promover su implementación en el ámbito regional interamericano.

Pese a los esfuerzos de los diferentes órganos de integración internacional mencionados, subsisten varias lagunas jurídicas y expectativas de las víctimas de abusos corporativos que, claramente, no han sido satisfechas por el marco internacional en vigor. Entre otras, se requieren reglas y principios más claros sobre la posibilidad de atribuir responsabilidad civil, administrativa y penal a las empresas y sus funcionarios, cuando su actuar u omisión deslinda en violaciones de derechos humanos. Asimismo, la mayoría absoluta de los Estados no cuenta con un marco legal específico que imponga el cumplimiento de una debida diligencia en materia de derechos humanos por parte de las empresas registradas o con operaciones en el país concernido. Por otro lado, pese a la existencia de sendos pronunciamientos de órganos supranacionales de derechos humanos, la

2. OEA, Resolución N° 2840 de la Asamblea General, "Promoción y protección de los derechos humanos en el ámbito empresarial". Disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2840-10\\_Corr1\\_esp.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2840-10_Corr1_esp.pdf).

responsabilidad de los países de origen de las empresas frente a sus operaciones en el extranjero no ha sido abordada en un tratado internacional hasta la fecha.

El presente capítulo busca discutir la manera en la que el borrador del tratado sobre empresas y derechos humanos, así como su proyecto de protocolo facultativo, abordan el tema de la responsabilidad de los Estados frente al actuar de las corporaciones. Publicado en julio de 2018 por el Grupo de Trabajo Intergubernamental sobre Empresas y Derechos Humanos (GTI), y discutido por primera vez durante su cuarta sesión en octubre de 2018, el borrador preliminar del tratado y su versión revisada contienen algunas disposiciones que clarifican varios aspectos de la responsabilidad estatal en materia de derechos humanos frente al actuar de las empresas.

La primera sección del presente capítulo aborda los estándares internacionales con relación a la responsabilidad de los Estados frente a actos de particulares. La segunda examina las obligaciones de los Estados de origen con respecto a las empresas privadas que desarrollan actividades en otros países. La tercera trata sobre la manera en la que los órganos intergubernamentales de la ONU han abordado la relación entre empresas y derechos humanos, con un especial énfasis en disposiciones y contenidos del borrador del tratado y su proyecto de protocolo facultativo. La cuarta sección contrasta los parámetros más relevantes del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) descritos en las secciones anteriores con la forma como el borrador del tratado y su protocolo disponen sobre la responsabilidad internacional de los Estados. Finalmente, la quinta sección contiene algunos comentarios sobre la versión revisada del borrador del tratado, publicada a mediados de 2019.

### **1. Estándares del derecho internacional de los derechos humanos sobre la responsabilidad de los Estados frente a actos de particulares**

La responsabilidad internacional es una institución jurídica mediante la cual un sujeto del derecho internacional al que se le imputa un hecho ilícito incurre en obligaciones establecidas en algún tratado o costumbre internacional. Su fundamento es la existencia misma de un orden jurídico internacional y la necesidad de que

los Estados y otros sujetos del derecho observen determinadas reglas de conductas en sus relaciones. Uno de los principales instrumentos que sistematizan las reglas y principios en vigor sobre la materia, el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, establece en su art. 2° que hay un hecho internacionalmente ilícito de un Estado cuando su comportamiento consiste en una acción u omisión que: "a) es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) constituye la violación de una obligación internacional del Estado".<sup>3</sup>

La violación a una obligación internacional que produzca un daño comporta siempre el deber de repararlo adecuadamente,<sup>4</sup> el cual no puede ser modificado o incumplido a través de la invocación de disposiciones de derecho interno.<sup>5</sup> El análisis del instituto de la responsabilidad internacional proyecta, por lo tanto, los siguientes elementos: la obligación internacional infringida, el sujeto del derecho internacional a quien se imputa esta infracción, y el sujeto en perjuicio de quien la obligación es incumplida y, de esta manera, tiene habilitado el derecho a obtener algún tipo de reparación. Según el DIDH, estos elementos implican, desde hace varias décadas, las obligaciones generales de respeto y garantía frente a disposiciones de un determinado tratado, pacto o convenio. Mientras la obligación de respeto conlleva a la abstención frente a derechos de terceros, la de garantía engendra el deber de prevenir, investigar y sancionar la violación de derechos humanos, así como proveer los mecanismos de reparación correspondientes.

Al igual que la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre no contiene una cláusula general sobre las obligaciones de respeto y garantía en materia

3. ONU, "Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos", art. 2°, A/RES/56/83, Comisión de Derecho Internacional, 28 de enero de 2002.

4. Véanse, entre otros, P.C.I.J., "Chorzow Factory Case", Jurisdiction, Judgment N° 8,1927, Series A, N° 17, p. 29 e I.C.J., *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, p. 184.

5. ONU, "Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos", art. 32, A/RES/56/83, Comisión de Derecho Internacional, 28 de enero de 2002.

de derechos humanos. Tales cláusulas generales se convirtieron en tendencia en los instrumentos supranacionales de derechos humanos, sobre todo, a partir de la década de 1960. Mientras el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) contienen disposiciones introductorias con un fraseo específico sobre las referidas obligaciones, el artículo primero del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950) es mucho más acotado, pues hace alusión solamente al deber de respeto, en tanto omite la palabra "garantía".

Al margen del lenguaje utilizado en los respectivos instrumentos internacionales, los órganos supranacionales de derechos humanos han abordado las obligaciones estatales a partir de tres elementos principales: respetar, proteger y garantizar. La obligación de respetar remonta al paradigma del constitucionalismo liberal de la primera mitad del siglo XIX, cuando los gobiernos debían abstenerse de violar las libertades fundamentales de sus ciudadanos. Progresivamente, esa acepción abstencionista fue complementada con la obligación de proteger y garantizar los derechos civiles y políticos, así como los económicos, sociales y culturales. En esta línea, el paradigma abstencionista se expandió hacia la obligación estatal de tomar medidas positivas, legislativas, judiciales o de otra índole, con el fin de brindarles eficacia a los derechos humanos,<sup>6</sup> incluso en la relación entre particulares.

En el ámbito constitucional, la doctrina del *Drittwirkung der Grundrechte* pasó a sostener el deber de protección y garantía de los derechos fundamentales no solo en la relación Estado-individuos, sino también entre particulares. Desarrollada a fines de la década de 1950 por el Tribunal Federal Constitucional de la entonces Alemania Occidental, esa doctrina influenció la actividad jurisdiccional en varios Estados fundados en constituciones sociales de derecho. En el ámbito internacional, mientras el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

(TEDH) asimiló implícitamente la citada doctrina desde la década de 1980,<sup>7</sup> los demás órganos supranacionales emplearían doctrinas y criterios interpretativos bastante similares décadas más tarde.<sup>8</sup>

En el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha reconocido que el deber de investigar las violaciones de derechos humanos cometidas por particulares se desprende tanto de la Convención<sup>9</sup> como de la Declaración Americana.<sup>10</sup> El carácter *erga omnes* de las obligaciones de proteger y garantizar los derechos humanos se encuentra presente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) desde sus primeras sentencias,<sup>11</sup> y fue ampliada en la decisión sobre el caso "Blake vs. Guatemala",<sup>12</sup> relacionado con la comisión de graves violaciones por parte de grupos paramilitares.<sup>13</sup> En la Opinión

7. Ver, por ejemplo, TEDH, "Young, James and Webster vs. The United Kingdom", 13 de agosto de 1981; y "X and Y vs. Netherlands", 26 de marzo de 1985. Para una explicación detallada sobre la doctrina del *Drittwirkung* y su incorporación a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ver ENGLE, E., "Third Party Effect of Fundamental Rights (*Drittwirkung*)", *Hanse Law Review*, Vol. 5, 1º de octubre de 2009, pp. 165-173. Disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1481552](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1481552)

8. Ver, por ejemplo, NACIONES UNIDAS, "William Eduardo Delgado Páez vs. Colombia", CCPR/C/39/D/195/1985, Comité de Derechos Humanos, 12 de julio de 1999, párr. 5.5 (por fallar en su obligación de prevenir asesinatos en aquellos casos en los que existe suficiente evidencia del riesgo de la pérdida de la vida) y CEDAW, "Ms. A.T. vs. Hungary", 26 de enero de 2005, párr. 9.3 (por fallar en su obligación de garantizar las estructuras adecuadas y la protección jurídica para evitar los casos de violencia doméstica contra la mujer).

9. CIDH, "Simone André Diniz", caso 12.001, Informe de fondo N° 66/06, Brasil, 21 de octubre de 2006, párr. 101.

10. CIDH, "Jessica Lenahan (González) et al.", caso 12.626, Informe de fondo N° 80/11, Estados Unidos, 21 de julio de 2011, párr. 130 (establece que los Estados pueden ser responsables por las violaciones de su deber de investigar y sancionar casos de violencia doméstica de acuerdo con la Declaración Americana).

11. CORTE IDH, caso "Velásquez Rodríguez vs. Honduras", Fondo, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C N° 4, párr. 176.

12. CORTE IDH, caso "Blake vs. Guatemala", Excepciones preliminares, sentencia del 2 de julio de 1996, Serie C N° 27.

13. Con posterioridad al caso "Blake", la Corte IDH desarrolló una línea jurisprudencial sobre la atribución indirecta de responsabilidad por incumplimiento del deber de prevención y garantía por graves violaciones a derechos humanos perpetradas por grupos paramilitares en una serie de casos colombianos. Véanse, por ejemplo, CORTE IDH, caso "19 comerciantes vs. Colombia", sentencia del 5 de julio de 2004, Serie C N° 109; Caso de la "Masacre de Mapiripán vs. Colombia", sentencia del 15 de septiembre de 2005, Serie C N° 134; caso "Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia", sentencia del 31 de enero de 2006, Serie

6. Una manifestación de esta tendencia en el derecho internacional positivo puede ser encontrada en la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1980). Su artículo primero señala que los Estados parte "reconocerán los derechos, deberes y libertades contemplados en esta Carta, y se comprometerán a adoptar medidas legislativas o de otra índole con el fin de llevarlos a efecto".

Consultiva N° 18/03 "La condición jurídica y los derechos de los migrantes",<sup>14</sup> la Corte IDH se refirió de manera expresa al llamado "efecto horizontal de los derechos humanos", al evaluar la obligación que tienen los Estados de garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación en la relación entre empleadores y trabajadores migrantes. De lo anterior, se desprende que los Estados parte del SIDH tienen la obligación de adoptar medidas positivas con el fin de garantizar los derechos humanos, incluso con relación a la efectiva o potencial violación por parte de particulares.<sup>15</sup>

Por otro lado, de acuerdo con el DIDH, en general, y los estándares del SIDH, en particular, se han desarrollado criterios de atribución indirecta de responsabilidad a los Estados frente a actos de particulares a partir de los siguientes supuestos: i) apoyo, aquiescencia<sup>16</sup> o tolerancia<sup>17</sup> y ii) vínculo entre la infracción internacional y la autoridad del Estado denunciado.<sup>18</sup> Mientras la atribución directa de responsabilidad se da en supuestos en los que el actuar u omisión de agentes estatales incurrir en un ilícito internacional, la atribución indirecta

ocurre cuando el ilícito internacional es atribuible al Estado concernido, aun cuando la conducta contraria a derechos humanos proviene de particulares, por acciones u omisiones del Estado que la favorecen y bajo ciertos criterios.

Si bien los organismos supranacionales de derechos humanos poseen un extenso repertorio en los cuales establecen criterios de atribución de responsabilidad a Estados frente a conductas de actores no estatales, la mayoría de estos precedentes tienen que ver con conductas de particulares que actúan bajo algún tipo de concierto, aquiescencia y tolerancia estatal, o cuya constitución misma de los grupos privados se deriva de decisiones y políticas de órganos del Estado. Es el caso, por ejemplo, de las sentencias de la Corte IDH con relación a la acción de grupos paramilitares<sup>19</sup> o de entidades privadas a las que se delegan servicios públicos.<sup>20</sup>

Uno de los componentes más importantes del análisis de los órganos del SIDH sobre las obligaciones de los Estados frente a actos de particulares tiene que ver con el deber de prevención. En la línea de otros órganos supranacionales de derechos humanos, la jurisprudencia del SIDH establece que ese deber es exigible bajo ciertas circunstancias, tales como si el Estado tenía o debía tener conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato, o si fueron adoptadas medidas razonables para evitar la consumación del riesgo verificado.<sup>21</sup> Otro elemento ampliamente desarrollado en la jurisprudencia del SIDH sobre la materia es el deber estatal de fiscalizar, sobre todo, en contextos de concesión de servicios públicos esenciales a particulares que afecten el goce del derecho a la vida, a la salud y a la integridad. En casos relacionados con la concesión del servicio de salud a empresas privadas, por ejemplo, la Corte IDH posee una línea jurisprudencial sólida sobre la obligación reforzada de

C N° 140; caso "Masacre de la Rochela vs. Colombia", interpretación de la sentencia de fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 de enero de 2008, Serie C N° 175.

14. CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, "Condición jurídica y derechos de los migrantes", 17 de septiembre de 2003, párrs. 140, 147 y 150.

15. Para un análisis de la evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH en torno a la obligación estatal de garantizar los derechos humanos en la relación entre particulares, ver MIJANGOS Y GONZÁLEZ, J., "The doctrine of the *Drittwirkung der Grundrechte* in the case law of the Inter-American Court of Human Rights", *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, enero de 2008. Disponible en: [http://www.indret.com/pdf/496\\_en.pdf](http://www.indret.com/pdf/496_en.pdf)

16. CORTE IDH, caso "Fazenda Brasil Verde vs. Brasil", Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 20 de octubre de 2016, Serie C N° 318, párr. 320; caso "Ríos y otros vs. Venezuela", Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 de enero de 2009, Serie C N° 194.

17. CORTE IDH, caso "Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia", Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de enero de 2006, Serie C N° 140, párr. 126.

18. CIDH, "Informe de medidas provisionales N° 39/00", Ejecuciones Extrajudiciales, Guatemala, 13 de abril de 2000, párr. 227. ("El Poder Judicial demostró su incapacidad y falta de cooperación en jugar su rol en la identificación, enjuiciamiento y penalización de los responsables. Cuando una práctica como esta, atribuible al Estado o respecto de la cual hubo aquiescencia, puede ser establecida, y el caso particular se puede vincular a dicha práctica, ese vínculo define la naturaleza y alcance de las peticiones, y ayuda a establecer la veracidad de los hechos alegados").

19. *Supra* nota 13.

20. Véase, por ejemplo, CORTE IDH, caso "Ximenes Lopes vs. Brasil", Excepción preliminar, sentencia del 30 de noviembre de 2005, Serie C N° 139.

21. Véanse, por ejemplo, CORTE IDH, caso "González y otras ('Campo Algodonero') vs. México". Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 16 de noviembre de 2009, Serie C N° 205, párr. 284; y caso "Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil", Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 20 de octubre de 2016, Serie C N° 318, párr. 323.



regular la concesión y ejercicio de la actividad y de fiscalizar su ejecución por parte del ente privado.<sup>22</sup>

Finalmente, tal como será explicado en la sección siguiente, ha sido a través de dos informes temáticos de la CIDH sobre "Industrias Extractivas y Derechos de los Pueblos Indígenas y Comunidades Afrodescendientes y sobre "Derechos humanos y empresas"; y en una reciente Opinión Consultiva de la Corte IDH, que los órganos del SIDH han proferido los estándares más claros y específicos sobre la atribución de responsabilidad estatal por actos de empresas. Estos pronunciamientos abarcan tanto la responsabilidad de los países de origen como huéspedes, en donde tienen lugar las actividades corporativas.

## 2. Obligaciones de los Estados de origen con respecto a las empresas privadas que desarrollan actividades en el extranjero

### 2.1 Estándares generales del Sistema Universal e Interamericano de Derechos Humanos

Cuando un Estado permite la constitución de empresas en su sistema legal, pero no establece garantías frente a las actividades de estas en el extranjero, podría beneficiarse de la externalización de las violaciones de derechos humanos. Esta situación se agudiza si el Estado huésped, donde las empresas subsidiarias llevan a cabo sus actividades, no tiene el interés ni la capacidad de asegurar los derechos de sus propios ciudadanos, cuando estos sufren abusos por parte de empresas. Ante la falta de un tratado que regule las obligaciones extraterritoriales en el contexto de las actividades de las empresas, el alcance de tales obligaciones ha sido definido, principalmente, a través de los pronunciamientos de los órganos internacionales de derechos humanos.

22. Véanse, por ejemplo, CORTE IDH, caso "Albán Cornejo y otros vs. Ecuador", Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 22 de noviembre de 2007, Serie C N° 171, párr. 119; y caso "Poblete Vilches y otros vs. Chile", Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 8 de marzo de 2018, Serie C N° 349, párrs. 124-135.

Hasta febrero de 2020, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC) había abordado la cuestión de las obligaciones extraterritoriales en cinco observaciones generales (15, 19, 22, 23 y 24), así como en las observaciones finales sobre varios países.<sup>23</sup> El Comité de Derechos Humanos,<sup>24</sup> el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer,<sup>25</sup> el Comité de los Derechos del Niño<sup>26</sup> y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial<sup>27</sup> han establecido las obligaciones de los Estados de origen respecto de las actividades de empresas con casa matriz o que se constituyeron conforme a sus leyes nacionales. Asimismo, distintos Relatores Especiales<sup>28</sup> y

23. El Comité DESC es el órgano cuasijudicial que más ha emitido Observaciones Finales en los que abordan obligaciones extraterritoriales. Tales observaciones suelen recalcar la obligación de los Estados de adaptar y fortalecer su marco normativo para exigir la responsabilidad de las empresas domiciliadas en su territorio o registradas bajo su jurisdicción, pero que operan en el extranjero, con el fin de asegurar que sus actividades no afecten el disfrute de los DESC y que las víctimas puedan reclamar reparación a través de los mecanismos judiciales y no judiciales de los países de origen de tales empresas. Las Observaciones Finales más recientes se refieren a Alemania, España y Nueva Zelanda (2018). Disponibles en: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/TreatyBodyExternal/TBSearch.aspx](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/TBSearch.aspx)

24. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observaciones Finales sobre República de Corea, 2015; Canadá, 2015, y Alemania, 2012. Disponible en: [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?TreatyID=8&DocTypeID=5](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?TreatyID=8&DocTypeID=5).

25. COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, Observaciones Generales N° 28 y N° 34. Disponibles en: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx>; Observaciones Finales sobre Alemania, 2017; Canadá, 2016, y Suiza, 2016. Disponibles en: [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=5](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=5).

26. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observaciones Generales N° 16. [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f16&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f16&Lang=en); y Observaciones Finales sobre Suiza, 2014. Disponible en: [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fCHE%2fCO%2f2-4&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fCHE%2fCO%2f2-4&Lang=en).

27. COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, Observaciones Finales sobre Canadá, 2017, y Estados Unidos, 2014. Disponible en: [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=6&DocTypeID=5](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=6&DocTypeID=5).

28. ONU, Relator especial sobre "El derecho a la libertad de reunión pacífica y de asociación", UN Doc. A/HRC/32/36, mayo de 2016, y UN Doc. A/HRC/29/25, abril de 2015; Relator especial sobre "Derecho a la alimentación", UN Doc. A/HRC/28/65, enero de 2015; Relator Especial sobre "Los derechos humanos al agua potable y el saneamiento", UN Doc. A/HRC/27/55, 30 de junio de 2014 y UN Doc. A/68/264, agosto de 2013; Relator Especial sobre "Pobreza extrema y derechos humanos", UN Doc. A/HRC/26/28, mayo de 2014.

Expertos Independientes<sup>29</sup> de las Naciones Unidas han dedicado parte de sus informes temáticos a la cuestión de las obligaciones extraterritoriales en el contexto de los abusos que cometen las empresas.<sup>30</sup>

Uno de los pronunciamientos más exhaustivos sobre las obligaciones extraterritoriales de los Estados frente a actos de empresas es la Observación General N° 24 del Comité DESC de la ONU, sobre "Las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales".<sup>31</sup> En lo que atañe a las obligaciones extraterritoriales, el Comité DESC hizo hincapié en el deber de los países de origen de empresas transnacionales de ofrecer mecanismos judiciales de reparación para las víctimas, cuando estos sean inexistentes o poco efectivos en los países huéspedes, en donde operan las respectivas sucursales.<sup>32</sup>

29. ONU, Experto Independiente sobre "Los derechos humanos y el medio ambiente", UN Doc. A/HRC/25/53, diciembre de 2013; Experto independiente sobre "Las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos", UN Doc. A/HRC/25/52, marzo de 2014.

30. Para un resumen de los estándares del sistema universal sobre obligaciones extraterritoriales en materia de DESC, véase ESCR-NET, *Global Economy, Global Rights: A practitioners' guide for interpreting human rights obligations in the global economy*, noviembre de 2015. Disponible en: <https://www.escr-net.org/sites/default/files/e7f67ea7483fd5bad2dd4758b597d8ff/Global%20Economy%20Global%20Rights.pdf> [Fecha de la última consulta: el 5 de septiembre de 2017].

31. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General N° 24, párr. 10. Disponible en: [http://tbinter.net.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fc.12%2fGC%2f24&Lang=en](http://tbinter.net.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fc.12%2fGC%2f24&Lang=en) [Fecha de la última consulta: el 5 de septiembre de 2017].

32. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General N° 24, párr. 31. Disponible en: [http://tbinter.net.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?sym](http://tbinter.net.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?sym)

En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, son dos los supuestos en los que sus órganos han abordado la obligación extraterritorial por actos de agentes del Estado: 1) cuando tales actos u omisiones tienen efecto fuera del territorio del Estado denunciado;<sup>33</sup> o 2) cuando la persona o el presunto transgresor de una obligación internacional se encuentra bajo la autoridad o el control efectivo del Estado denunciado.<sup>34</sup>

Aunque la misma Carta fundadora de la OEA establece que las empresas transnacionales deben someterse a la legislación y a la jurisdicción de los tribunales de los países donde operan,<sup>35</sup> no hay pronunciamientos bajo el sistema de peticiones y casos del SIDH que establezcan parámetros para la asignación de responsabilidad de un Estado de origen,

por actos de sus empresas realizados o con efectos en el territorio de terceros países. Pese a esta laguna en los precedentes jurisprudenciales derivados de informes de fondo de la CIDH y de sentencias de la Corte IDH, los estándares ya desarrollados en este marco sobre

<bolno=E%2fc.12%2fGC%2f24&Lang=en> [Fecha de la última consulta: el 5 de septiembre de 2017].

33. Véase, por ejemplo, CIDH, "Saldaño", Informe N° 38/99, Argentina, mayo de 1999, párrs. 15-20 y CIDH, "Franklin Guillermo Aisalla Molina", Ecuador. Petición Interestatal PI-02, Colombia. "Informe de admisibilidad" N° 112/10, del 21 de octubre de 2010. ["Los Estados no solamente pueden ser responsables por los actos u omisiones en aquellos casos en donde ejerzan jurisdicción (...) los derechos humanos son inherentes a los seres humanos y no se encuentran basados en ciudadanía o localización (...) cada Estado americano tiene la obligación de respetar los derechos de las personas dentro de su territorio y de aquellas que se encuentren en el territorio de otro Estado, pero sujetas al control de sus agentes."]

34. Véase CIDH, "Saldaño", Informe N° 38/99, Argentina, mayo de 1999, párrs. 17-20.

35. Carta de la OEA, art. 36.

## “Los países de origen de empresas transnacionales deben ofrecer mecanismos judiciales de reparación para las víctimas, cuando estos sean inexistentes o poco efectivos en los países huéspedes, en donde operan las respectivas sucursales”

la obligación de respeto, protección y garantía frente a actos de particulares, aunados a pronunciamientos de otros sistemas de adjudicación internacional, permiten excluir una definición meramente territorial de jurisdicción. Esta postura ha sido sostenida en pronunciamientos recientes de la CIDH por medio de su sistema de promoción y monitoreo, y por la Corte IDH, en el ejercicio de su función consultiva.

Publicado en diciembre de 2015, el informe de la CIDH "Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales"<sup>36</sup> analiza la obligación de los Estados de origen (donde las empresas tienen su sede principal o se constituyen legalmente) y de los Estados receptores (donde se encuentran los proyectos extractivos), y señala que deben adecuar sus leyes y políticas a la obligación de prevenir, mitigar y resarcir las violaciones de derechos humanos. Sobre la base de obligaciones contenidas en instrumentos interamericanos, la CIDH sostuvo que los Estados tienen el deber de implementar un marco normativo adecuado para la protección de los derechos humanos frente a las empresas. Ello implica modificaciones en la normativa aplicable a las actividades corporativas para adecuarlas al goce de los derechos humanos e incentivar su respeto por parte de las empresas. La CIDH también se refirió al deber de prevención que, adaptado al contexto extractivo, supone la identificación de impactos que generará determinado proyecto de exploración o extracción en los derechos humanos, antes del otorgamiento de permisos.

En su análisis, la CIDH desarrolló estándares específicos con relación a los deberes de los Estados de origen de las empresas extractivas. Si bien el apartado del informe que aborda este tema no emplea un lenguaje tan imperativo como el de comités y relatorías temáticas de las Naciones Unidas, que llevan ya varios años abordando la responsabilidad extraterritorial, el informe es la primera toma de posición de un órgano del SIDH sobre la materia.<sup>37</sup>

36. CIDH, "Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo", OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15, 31 de diciembre de 2015. Disponible en: [www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf).

37. Para una evaluación más detallada del informe de la CIDH, véase: BLANCO, C. y CERQUEIRA, D., "La CIDH da un paso importante en el debate sobre la responsabilidad extraterritorial y las obligaciones de los

El 15 de noviembre de 2017, la Corte IDH emitió la Opinión Consultiva N° 23/17,<sup>38</sup> titulada "Medio ambiente y derechos humanos". Este pronunciamiento amplía los parámetros desarrollados por la CIDH en el informe sobre industrias extractivas, al plantear principios y reglas más claras sobre atribución de responsabilidad estatal frente a actos de particulares y la obligación de los países de origen de empresas que cometen daños ambientales en el extranjero. Además, establece parámetros de actuación estatal en el cumplimiento del deber de prevención y garantía con relación a daños transfronterizos, y consagra —por primera vez en el SIDH— los principios de precaución y prevención de daños ambientales. De acuerdo con estos principios, los Estados deben actuar cuando haya indicadores plausibles de que una actividad pueda acarrear daños irreversibles al medioambiente, aun en ausencia de certeza científica.<sup>39</sup>

La Corte IDH analizó tanto los deberes de los países de origen de las empresas como de los países huéspedes, en donde estas operan y cometen el daño ambiental que implica violaciones de derechos humanos. La Corte clarificó las circunstancias bajo las cuales la conducta de un Estado constituye un ejercicio de jurisdicción, al subrayar que un Estado es internacionalmente responsable por la violación al derecho a un medioambiente sano y demás derechos conexos, tales como la vida y la integridad personal, aun cuando el daño ambiental tiene lugar en el territorio de otro país, pero las autoridades del Estado concernido incumplen sus deberes de prevención y garantía con relación a empresas registradas o domiciliadas bajo su jurisdicción.<sup>40</sup>

Finalmente, en noviembre de 2019, la CIDH publicó el informe "Empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", el cual amplía los parámetros sobre las obligaciones de los países de origen de las empresas,

Estados frente a empresas extractivas", mayo de 2016. Disponible en: [dpifblog.com/2016/05/10/la-cidh-da-un-paso-importante-en-el-debate-sobre-la-responsabilidad-extraterritorial-y-las-obligaciones-de-los-estados-frente-a-empresas-extractivas/](http://dpifblog.com/2016/05/10/la-cidh-da-un-paso-importante-en-el-debate-sobre-la-responsabilidad-extraterritorial-y-las-obligaciones-de-los-estados-frente-a-empresas-extractivas/).

38. CORTE IDH, "Medio ambiente y derechos humanos", oc 23/17, del 15 de noviembre de 2017, Serie A N° 23.

39. Para un resumen del contenido de la Opinión Consultiva N° 23/17, véase DPLF, "Resumen infográfico de la Opinión Consultiva N° 23/17 sobre medio ambiente y derechos humanos", septiembre de 2018. Disponible en: [http://www.dplf.org/sites/default/files/oc23\\_espanol.pdf](http://www.dplf.org/sites/default/files/oc23_espanol.pdf)

40. CORTE IDH, "Medio ambiente y derechos humanos", *op. cit.*, párr. 97.

más allá del contexto de las actividades extractivas y de los daños ambientales. Aunque los estándares contenidos en el informe se basan en gran medida en pronunciamientos del Consejo de Derechos Humanos, relatorías especiales, expertos independientes y comités temáticos del sistema universal de derechos humanos, se trata del documento más detallado del SIDH, en el que se sistematizan parámetros de actuación estatal frente al sector corporativo. El informe ahonda asimismo en la responsabilidad de los Estados de regular y fiscalizar la actuación de las empresas en una variedad de temas que incluyen: la rendición de cuentas de actores económicos; privatización de servicios públicos esenciales; cambio climático en el contexto de empresas y derechos humanos; empresas; políticas fiscales e influencia en la toma de decisiones públicas; empresas y tecnologías de la información, entre otros.<sup>41</sup>

## 2.2 Obligación de los Estados de origen de brindar recursos judiciales para prevenir y reparar abusos empresariales

Tal como fue señalado previamente, uno de los corolarios del instituto de la responsabilidad de los Estados es la obligación de proveer los medios de reparación frente al incumplimiento de una norma de derecho internacional. Cuando la responsabilidad internacional se origina de los efectos extraterritoriales de una determinada violación, hay una cantidad limitada de delitos que pueden dar lugar al ejercicio de la denominada "jurisdicción universal o cuasiuniversal". Mientras en la esfera penal la jurisdicción universal conlleva a la obligación de perseguir ciertos crímenes al margen de la relación del Estado con la víctima, los perpetradores y el lugar de la ofensa, la jurisdicción cuasiuniversal proyecta una obligación alternativa de perseguir el delito o, en su defecto, extraditar a los potenciales responsables de ciertos crímenes internacionales (*aut dedere, aut judicare*).

Un número limitado de tratados sugiere —y, en algunos casos, exige— el ejercicio de la jurisdicción

extraterritorial para juzgar determinados delitos transnacionales, tales como las Convenciones Interamericanas contra el Terrorismo<sup>42</sup> y contra la Corrupción.<sup>43</sup> De igual manera, la Asamblea General de la ONU ha adoptado dos convenciones internacionales vinculadas con el terrorismo que imponen la jurisdicción extraterritorial. Son el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas<sup>44</sup> y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo,<sup>45</sup> aplicables únicamente a delitos de naturaleza transnacional.

La Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales<sup>46</sup> y el Convenio Penal sobre Corrupción del Consejo de Europa<sup>47</sup> establecen normas jurídicamente vinculantes para tipificar el soborno de funcionarios públicos en las transacciones comerciales internacionales. Asimismo, se pueden mencionar el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía<sup>48</sup> y la Convención contra la Tortura, esta última con una disposición que consagra expresamente la jurisdicción cuasiuniversal.<sup>49</sup>

En cuanto a las acciones de naturaleza civil, no hay una práctica uniforme ni un tratado multilateral que exija el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial para el resarcimiento de violaciones de derechos humanos. La Convención de la ONU contra la Tortura es uno

42. Convención Interamericana contra el Terrorismo, AG/RES. 1840 (XXXII-O/02), art. 5.2, junio de 2002.

43. Convención Interamericana contra la Corrupción, art. V, 29 de marzo de 1996.

44. Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, A/RES/52/164, art. 7º, 15 de diciembre de 1997.

45. Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, A/RES/54/109 art. 7º, 9 de diciembre de 1999.

46. Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, art. 4º, 21 de noviembre de 1997.

47. Convenio Penal sobre Corrupción del Consejo de Europa, Convenio N° 173 del Consejo de Europa, arts. 2º en adelante, 27 de enero de 1999.

48. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, 25 de mayo de 2000, arts. 1º a 3º.

49. Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes, AG/Res. 39/46, arts. 5.2 y 6, 10 de diciembre de 1984.

41. CIDH, "Informe sobre empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", OEA/Ser.L/V/II, 1º de noviembre de 2019.

de los pocos instrumentos multilaterales que obligan a los Estados parte a garantizar un derecho exigible a la "reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada", sin que se haga una exclusión expresa de esta obligación en el ejercicio de la jurisdicción cuasiuniversal.<sup>50</sup> Ante ello, al momento de ratificar la mencionada Convención, algunos países han establecido acciones civiles de compensación que pueden ser interpuestas contra presuntos responsables por el crimen de tortura, aun cuando los delitos imputados hayan ocurrido en terceros países.<sup>51</sup>

Finalmente, pese a la ausencia de una regla específica sobre el contenido de la obligación de ejercer la jurisdicción universal, puede decirse que el marco jurídico internacional en vigor exige, como mínimo, la obligación de proporcionar recursos civiles a las personas cuyos derechos hayan sido violados por actividades en el extranjero, de empresas que tienen su sede principal en la jurisdicción del Estado obligado, o que se han constituido o establecido allí su domicilio. Cuando la actuación de una empresa comporta ciertos delitos internacionales particularmente reprochables por la comunidad internacional, y cuya persecución extraterritorial sea regulada por medio de un tratado específico, los Estados parte también deben llevar adelante procesos penales, por medio de la jurisdicción universal o casi universal, según establezca el tratado respectivo. Para los delitos internacionales no contemplados en un tratado que regule el ejercicio de la jurisdicción penal extraterritorial, no existe ningún tipo de prohibición para que los Estados regulen esta facultad internamente.

### 3. Empresas y derechos humanos en los órganos intergubernamentales de la ONU

Las deliberaciones de los órganos de la ONU sobre la relación entre derechos humanos y empresas remontan al comienzo de la década de 1970, cuando algunos países —incluido Chile, entonces gobernado por Salvador Allende—, demandaron al Consejo Económico

y Social (ECOSOC) que se pronunciara sobre los problemas inherentes a la ausencia de control político y jurídico al actuar de las empresas transnacionales. En este contexto, el ECOSOC creó, en 1973, la Comisión de Empresas Transnacionales, con el objetivo de formular un código de conducta para el actuar de tales empresas. El trabajo de la Comisión continuó en la década de 1990, pero sus integrantes no pudieron adoptar una resolución final debido a varios desacuerdos entre los países desarrollados y aquellos en vías de desarrollo, por lo que, en 1994, se disolvió el citado proceso.<sup>52</sup>

En agosto de 1998, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos (órgano vinculado a la entonces Comisión de Derechos Humanos de la ONU) estableció un Grupo de Trabajo sobre las Empresas Transnacionales, el cual trató de crear estándares para las obligaciones de derechos humanos de las corporaciones. En 2003 se publicó el borrador final de las "Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos".<sup>53</sup> Aunque este borrador recibió el apoyo de un número importante de organizaciones de la sociedad civil, algunos Estados y el sector empresarial en general se opusieron al texto y, en 2004, la Comisión de Derechos Humanos determinó que las citadas normas no eran jurídicamente vinculantes.

Ante las dificultades para llegar a un consenso, el entonces Secretario General, Kofi Annan, promovió dos grandes iniciativas vinculadas, por un lado, a la adhesión voluntaria de Estados y del sector corporativo a ciertos compromisos en materia de derechos humanos y, por otro, a la creación de un conjunto de principios rectores que sistematizaran los estándares internacionales aplicables. La primera iniciativa se materializó en el llamado "Pacto Mundial de las Naciones Unidas", de 1999, y su llamado a las empresas a alinear sus estrategias y

50. *Ibid.*, art. 14.1.

51. Véase, por ejemplo, US Congress, HR 898, The Victims of Trafficking and Violence Protection Act, 28 de octubre de 2000.

52. SAUVANT, K.P., "The Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations: Experience and Lessons Learned", *The Journal of World Investment and Trade*, Vol. 16, 2015. MORAN, Theodore H., *The United Nations and transnational corporations: a review and a perspective*, The UN and Transnational Corporations, From Cod, Indiana University Press, 2008. Disponible en: [https://unctad.org/en/docs/diae11a200910a4\\_en.pdf](https://unctad.org/en/docs/diae11a200910a4_en.pdf)

53. ONU, *Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos*, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 2003.

operaciones con normas universales de derechos humanos, trabajo, medioambiente y lucha contra la corrupción. Actualmente, el Pacto Mundial cuenta con la adhesión de casi diez mil empresas de alcance nacional y transnacional, así como de 160 países.<sup>54</sup>

La segunda iniciativa dio lugar al nombramiento del profesor John Ruggie como Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para las Empresas y los Derechos Humanos en 2005. Luego de seis años de estudios y consultas, Ruggie publicó los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, los cuales conceptualizan esta relación en términos de: 1) el deber de los Estados de proteger los derechos humanos; 2) la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos; y 3) el deber de los Estados de garantizar el acceso a mecanismos de reparación ante violaciones de derechos humanos relacionadas con actividades empresariales.<sup>55</sup> En junio de 2011, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU adoptó por unanimidad los Principios Rectores y estableció un Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, conocido como el Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos. Conformado por cinco expertos independientes, este grupo tiene la misión de difundir y promover la implementación de los Principios Rectores, así como recoger y compartir las buenas prácticas de los Estados y de las empresas en la materia.<sup>56</sup>

Varias organizaciones de la sociedad civil han sido críticas a los Principios Rectores, tanto por la manera en la que se llevó a cabo el proceso de consulta previo a su aprobación, como por el contenido de ciertos apartados, algunos de los cuales son más restrictivos que los estándares internacionales en vigor al momento de su adopción. Es el caso, por ejemplo, del Principio 2, que establece el deber de los Estados de "enunciar claramente que se espera de todas las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción que respeten los derechos

humanos en todas sus actividades". Los comentarios a este principio establecen lo siguiente:

En la actualidad las normas internacionales de derechos humanos no exigen generalmente que los Estados regulen las actividades extraterritoriales de las empresas domiciliadas en su territorio y/o su jurisdicción. Tampoco lo prohíben, siempre que haya una base jurisdiccional reconocida. En este contexto, algunos órganos de tratados de derechos humanos recomiendan a los Estados que adopten medidas para impedir los abusos en el extranjero de empresas registradas en su jurisdicción. Hay razones políticas de peso para que los Estados de origen expongan claramente que esperan que las empresas respeten los derechos humanos en el extranjero, en especial si los Estados tienen participación en esas empresas o les brindan apoyo. Se trata, entre otras cosas, de asegurar que las empresas se comporten de manera previsible, transmitiéndoles mensajes coherentes, así como de preservar la reputación del Estado.

El Principio 2 y sus comentarios están fraseados en un lenguaje aspiracional, pese a que, en junio de 2011, cuando los Principios Rectores fueron aprobados, ya existían sendos pronunciamientos de órganos especializados de la ONU que sostenían la obligación extraterritorial de los Estados en ese tipo de supuestos.<sup>57</sup>

Paralelamente a la adopción de los Principios Rectores, un grupo expresivo de organizaciones de la sociedad civil, muchas de ellas constituidas posteriormente bajo la denominada "Alianza por el Tratado",<sup>58</sup> y un número

54. Para más información, véase: <https://www.unglobalcompact.org/>

55. ONU, Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar", A/HRC/17/31, Consejo de Derechos Humanos, 21 de marzo de 2011.

56. ONU, *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, A/HRC/RES/14/4, Consejo de Derechos Humanos, 16 de junio de 2011, párr. 6.

57. Para más información sobre el abordaje acotado de los Principios Rectores sobre ETOS, véase CERQUEIRA, D. y MONTGOMERY, A., *Obligaciones extraterritoriales: un componente ausente en los Principios Rectores de la ONU que debería abordarse en un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos*, DPLF Blog, 10 de febrero de 2018. Disponible en: <https://dplfblog.com/2018/02/10/obligaciones-extraterritoriales-un-componente-ausente-en-los-principios-rectores-de-la-onu-que-deberia-abordarse-en-un-tratado-vinculante-sobre-empresas-y-derechos-humanos/>

58. Movimiento Global por un Tratado Vinculante. Disponible en: <https://www.treatymovement.com/es/treaty/>

importante de países en vías de desarrollo, sostuvieron la necesidad de que el Consejo de Derechos Humanos promoviera un instrumento jurídicamente vinculante sobre derechos humanos y empresas. Las delegaciones de Ecuador y Sudáfrica lideraron esta iniciativa, la cual encontró resistencia de las delegaciones de los Estados Unidos y de la Unión Europea, entre otras, que subrayaron que semejante iniciativa competiría con la implementación del marco ya establecido luego de décadas de discusión y que culminaron en los Principios Rectores.<sup>59</sup>

Pese a la polarización entre países del sur y norte global, en junio de 2014 el Consejo de Derechos Humanos de la ONU aprobó, con 20 votos favorables, 14 en contra y 13 abstenciones, la Resolución N° 26/9. Esta resolución crea un Grupo de Trabajo Intergubernamental de composición abierta (GTI) para la "elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos".<sup>60</sup> Iniciada en julio de 2015, la primera etapa del proceso consistió en una deliberación general sobre el alcance y contenido del tratado, en la cual hubo desacuerdo sobre si el instrumento abarcaría solamente las empresas transnacionales privadas o si debería incluir también a las empresas públicas. En cuanto a los temas sustantivos, se abordaron cuestiones tan diversas como estándares de prueba en la determinación de daños y perjuicios generados por actividades corporativas, responsabilidad extraterritorial de países de origen, reglas para la exigencia de una debida diligencia a las empresas, derecho al consentimiento y consulta previa de pueblos indígenas y tribales, medidas preventivas específicas para poblaciones, defensores y defensoras en especial situación de riesgo, entre otros.

En septiembre de 2017, el GTI publicó un documento de "Elementos" para el proyecto de un instrumento vinculante, el cual recoge, en gran medida, las preocupaciones

de organizaciones de la sociedad civil que participaron de los procesos de consulta.<sup>61</sup> En julio de 2018, el Presidente-Relator del Grupo de Trabajo Intergubernamental publicó el "Borrador cero" del Instrumento Jurídicamente Vinculante para Regular, bajo el DIDH, la Actividad de las Empresas Transnacionales y otras Empresas (IJV)<sup>62</sup> y, semanas después, su presidente difundió el borrador del Protocolo Facultativo (PF).<sup>63</sup> A diferencia del documento de "Elementos", que buscaba responder a las principales demandas de las organizaciones de la sociedad civil, el "Borrador cero" del IJV contiene un texto dirigido a lograr un mayor consenso entre los Estados promotores de la iniciativa y aquellos que se oponen a esta, o que han criticado las propuestas más novedosas sobre el alcance y contenido del IJV.

Entre los temas sustantivos abordados en el "Borrador cero", se destacan la definición de víctimas y sus derechos esenciales; la regla diferenciada de prescripción de la pretensión procesal, tanto en materia civil como penal, en el contexto de abusos corporativos; la exigencia de una debida diligencia a las empresas; la obligación de cooperar entre los Estados parte. Asimismo, el "Borrador" establece la posibilidad de que la casa matriz de una empresa sea legalmente responsable por actos de sus subsidiarias o proveedores de su cadena de producción, y sugiere una definición amplia de domicilio, bajo la cual una empresa podría ser demandada tanto en el país de origen como en los países huéspedes, donde operan sus subsidiarias. El borrador exige a los Estados parte la obligación de imponer las respectivas sanciones civiles, administrativas y penales a las empresas involucradas en abusos a los derechos humanos, incluso

59. CANTÚ RIVERA, H., "¿Hacia un tratado internacional sobre la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos? Reflexiones sobre la primera sesión del Grupo de Trabajo Intergubernamental de composición abierta", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XVI, México D.F., 2016, pp. 425-460.

60. ONU, *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*, A/HRC/RES/26/9, Consejo de Derechos Humanos, 26 de junio de 2014.

61. Para un resumen de las posiciones sostenidas por las organizaciones de la sociedad civil que participaron más activamente en este proceso, véase FIDH y Red-DESC, Documentos suscritos por organizaciones participantes de la coalición global Iniciativa por el Tratado. Disponible en: <https://www.escri-net.org/es/derechoshumanosyempresas/iniciativatratado>

62. ONU, "Zero Draft of the Legally Binding Instrument to Regulate International Human Rights Law", The Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises, 16 de julio de 2018. Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBi.pdf>

63. ONU, "Draft Optional Protocol to the Legally Binding Instrument". Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session4/ZeroDraftOPLegally.pdf>

por conductas no atribuibles directamente a la empresa, sino a lo largo de su cadena de producción.

Las disposiciones finales del "Borrador cero" regulan su implementación con un énfasis en los mecanismos nacionales de aplicación y en un comité internacional de expertos. Según los borradores iniciales del IJV y del PF, el mecanismo nacional actuará sobre todo como mediador entre las partes en disputa para conciliar posiciones opuestas, en el marco de un proceso llamado "de solución amistosa".

Ciertamente, los borradores iniciales de IJV y su PF<sup>64</sup> no están exentos de críticas, pero tienen el mérito de avanzar en una suerte de "lista de deseos" de las principales demandas de la sociedad civil, contenida en el documento de "Elementos" de 2017, hacia un punto de partida más permeable a un proceso de negociación. El reto principal por el momento es evitar que, en la búsqueda de consenso, el texto final sea una mera réplica de ciertas reglas y principios que ya se derivan de los parámetros internacionales en vigor o que no represente un avance sustantivo al marco de los Principios Rectores.

Habiéndose explicado los principales desarrollos en los foros políticos de la ONU hasta la fecha, la próxima sección examina los borradores iniciales de IJV y de PF, a la luz de los parámetros internacionales en vigor, con un especial enfoque en la manera en la que se propone regular la responsabilidad internacional de los Estados.

#### **4. La responsabilidad internacional de los Estados en el "Borrador cero" del Tratado sobre Empresas y Derechos Humanos**

Antes de analizar la manera en la que los borradores cero de IJV y PF abordan la responsabilidad internacional

64. Para una compilación de comentarios hechos por expertos, expertas e integrantes de organizaciones de la sociedad civil en torno al "Borrador cero" del IJV, véase BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE, "Reflections on the Zero Draft". Disponible en: <https://www.business-humanrights.org/en/about-us/blog/debate-the-treaty/reflections-on-the-zero-draft>. Para un análisis crítico al "Borrador" de PF, véase CERQUEIRA, D.; CABELLO, L. y KLETZEL, G., "¿Una herramienta ineficaz? Primeras impresiones sobre el Borrador de Protocolo Facultativo del Tratado sobre Derechos Humanos y Empresas", *Blog Red-DESC*, octubre de 2018. Disponible en: <https://www.escri-net.org/es/noticias/2018/blog-primeras-impresiones-sobre-borrador-protocolo-facultativo-del-tratado-sobre>

de los Estados, es importante destacar que su alcance —en lo que se refiere a las empresas objeto del instrumento— ha sido limitado a las actividades comerciales que tengan un carácter transnacional. Este marco de aplicación difiere de la posición mayoritaria en las primeras deliberaciones del GTI de circunscribir la aplicación del tratado a las empresas transnacionales, y no así a las empresas públicas o a las privadas con operaciones en un único país. Esta precisión es importante, en tanto la responsabilidad internacional de un determinado Estado por el incumplimiento de sus obligaciones frente a actividades comerciales de carácter no transnacionales seguiría siendo regulada por los parámetros generales del DIDH.

De acuerdo con los criterios de interpretación empleados por los órganos supranacionales de derechos humanos y un número considerable de tribunales constitucionales, las reglas y principios que proyectan un goce más amplio de los derechos humanos deben primar sobre las que conducen a un goce más restringido. Sobre esta cuestión en particular, nos parece que el art. 13 del "Borrador cero", titulado "Consistencia con el Derecho Internacional", requiere una diferenciación entre la armonización de sus disposiciones con reglas y principios derivados de otras fuentes del derecho internacional en general, pero sobre la base de la primacía de las normas que protegen los derechos humanos.

A modo de ejemplo, el art. 13.6 es claro en cuanto a la obligación de los Estados de no suscribir acuerdos de inversión cuyo contenido colisione con obligaciones derivadas del IJV. Sin embargo, no hay ningún tipo de precisión con relación a los acuerdos ya suscritos, algunos de los cuales redundan en una oposición de obligaciones en un marco jurídico que protege intereses de los inversionistas y en otro marco que protege los derechos humanos. El intento de proponer un criterio de interpretación de los tratados de inversión *vis-à-vis* las disposiciones del IJV, contenido en el art. 13.7 del "Borrador cero", es a todas luces contrario al criterio de interpretación *pro personae*, en tanto no se basa en la primacía del mayor goce posible de los derechos humanos en la integración de normas derivadas de marcos jurídicos distintos.

El art. 15.6 es la única disposición del "Borrador cero" que aborda esta cuestión, con un fraseo acotado: "La aplicación e interpretación de los presentes artículos se



ajustará sin excepción a las normas internacionales de derechos humanos y al derecho internacional humanitario, sin discriminación de ninguna clase ni por ningún motivo". En aras de evitar posibles interpretaciones regresivas de las obligaciones derivadas de diferentes marcos jurídicos internacionales, es deseable que el art. 13.7 sea suprimido del borrador y que el art. 15.6 haga una mención expresa a la primacía de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario frente a normas derivadas de tratados de inversión y libre comercio.

En lo que se refiere a la responsabilidad internacional de los Estados frente a actos de particulares, el "Borrador cero" contiene algunas disposiciones que refuerzan los parámetros del DIDH. En algunos casos, como la obligación de prevención (art. 9º), el "Borrador" establece reglas más claras que obligan a los Estados a adoptar medidas internas para que las empresas con actividades transnacionales en su territorio actúen con una debida diligencia, tomando en consideración "posibles efectos sobre los derechos humanos derivados del tamaño, la naturaleza, el contexto y el riesgo asociados con las actividades empresariales". El art. 9.1 contiene una exhaustiva lista de medidas que los Estados y las empresas deben adoptar, con el fin de darle cumplimiento al deber de debida diligencia. A nuestro juicio, esta disposición emplea de manera acertada un escrutinio de mitigación de riesgo, sin que exista en pronunciamientos de organismos supranacionales de derechos humanos una lista tan detallada sobre el actuar esperado de una empresa.

Una de las principales críticas al "Borrador" es la ausencia de cualquier disposición que atribuya obligaciones directamente a las empresas. Aunque la atribución directa de obligaciones emanadas de tratados internacionales a empresas es un tema controvertido, algunos convenios específicos, sobre todo en el ámbito del derecho internacional ambiental, prescriben responsabilidad civil y obligaciones directamente a empresas, tales como la Convención Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos, de 1969, y la Convención sobre el Derecho del Mar, de 1982.

En lo que se refiere a las obligaciones específicas de los Estados de prevenir la violación de derechos humanos por parte de las empresas, el "Borrador cero" es

silencioso sobre varios de los elementos del DIDH. Entre otros, no se establece expresamente el deber de los Estados de fiscalizar las actividades corporativas de carácter transnacional, sobre todo aquellas que engendran un mayor riesgo de violación de derechos humanos o que puedan implicar daños ambientales irreparables. Sobre este último aspecto, pese a la imposibilidad de que el IJV se convierta en una suerte de enciclopedia de todas las posibles ramas del derecho internacional pertinente a las empresas, sería deseable una mención al principio precautorio y de prevención, en materia ambiental, en la línea de lo que ha desarrollado la Corte IDH en su Opinión Consultiva N° 23/17.

La obligación de proveer mecanismos de reparación contenida en el "Borrador" desarrolla algunas reglas importantes, tales como la prohibición de condicionar la responsabilidad civil a la existencia o resultado de procedimientos penales, supuesto que opera en las legislaciones procesales de algunos países de la región. El art. 10, relacionado con la "responsabilidad legal", no aborda propiamente la responsabilidad internacional de los Estados parte, pero prescribe ciertos parámetros de atribución de daños a una empresa con actividades transnacionales bastante útiles para que se evalúe el ejercicio de jurisdicción extraterritorial. El principal valor agregado de ese apartado es la mención más detallada de los supuestos en los que los actos de subsidiarias o incluso de empresas integrantes de una cadena de producción pueden engendrar la responsabilidad civil de la casa matriz (art. 10º, literal 6.b y c).

Finalmente, uno de los aspectos del "Borrador cero" que podría comprometer la posibilidad de adjudicar la responsabilidad internacional de los Estados es la elección por un formato de implementación del Tratado por medio de un Comité de Expertos, sin facultades para dictar medidas interinas y sin mucha claridad sobre el alcance de la competencia para resolver casos contenciosos. El art. 14.4 del "Borrador" contempla funciones de monitoreo, recepción de informes periódicos y emisión de observaciones generales y sobre países, en un formato similar al de otros comités temáticos de la ONU. A su vez, el art. 8º del PF establece la potestad de los Estados parte del Protocolo de reconocer la competencia del Comité de Expertos para recibir y considerar comunicaciones por parte de individuos o grupos de individuos, en relación

con las violaciones de derechos humanos en el contexto de actividades empresariales de carácter transnacional.

Estas previsiones significan un avance en relación con el mandato más acotado del Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos. Sin embargo, subsiste la expectativa de organizaciones de la sociedad civil y de las propias víctimas de los abusos corporativos que, por medio del PF, los países puedan adherirse a un sistema de jurisdicción contenciosa por parte del Comité de Expertos con reglas más claras sobre el alcance de la competencia contenciosa del Comité de Expertos y, en particular, de las medidas de reparación y atribución de responsabilidades a los respectivos Estados denunciados. Asimismo, es importante aclarar los derechos justiciables en el marco de la facultad contenciosa del Comité de Expertos. Para que ello ocurra, es necesario revisar la estructura del propio borrador del IJV, en cuyo texto actual se vislumbran disposiciones con un lenguaje y estructura normativa con exigibilidad por medio de un sistema de casos. Cabe aquí mencionar que, al aclarar la competencia *ratione materiae* del Comité, no es recomendable hacer una alusión a derechos justiciables en otros tratados o convenios. Esta alternativa implicaría una evidente resistencia por parte de aquellos Estados dispuestos a firmar el IJV, pero que resisten someterse incidentalmente a disposiciones de otros tratados o convenios con relación a los cuales el Comité de Expertos pudiera ejercer jurisdicción contenciosa.

El marco de cumplimiento del PF se basa en el llamado "Mecanismo de Implementación Nacional" (MIN) para promover el cumplimiento del Tratado, su monitoreo e implementación, así como en el Comité de Expertos previsto en el art. 14 del "Borrador" del IJV. Las facultades de supervisión del MIN establecidas en el "Borrador" de PF dependen de la celebración de un acuerdo amistoso entre las partes en controversia. Sin embargo, no hay nada previsto para casos en los que no se llegue a una solución amistosa y, en los casos de incumplimiento de un acuerdo amistoso, no queda claro el propósito del envío de información al Comité de Expertos, tal como dispone el texto actual del "Borrador" de PF en su art. 6°.

De manera similar, no queda clara la naturaleza de las reparaciones que podrían ser ordenadas por el Comité de Expertos y los MIN. Aunque el "Borrador" del

IJV se refiere a la obligación de los Estados de establecer mecanismos de reparación judiciales y de aplicar sanciones administrativas, civiles y penales, el texto del PF es omiso cuando se trata de definir las medidas de reparación que pueden ser dictadas por el Comité de Expertos y el MIN. En el caso del Comité de Expertos, nos parece una buena técnica legislativa, utilizada en otros tratados susceptibles a ser adjudicados por medio de denuncias, incluir una mención al alcance de las medidas de reparación en el propio tratado suscripto por los Estados, y no en las reglas de procedimiento, que es adoptado por los integrantes del propio Comité.

Es esencial que el Comité cuente con la facultad de disponer medidas interinas, cautelares o provisionales. Lo anterior sería coherente con disposiciones del "Borrador" del IJV que abordan la especial situación de riesgo de ciertas personas y colectivos sujetos a un patrón de discriminación o desventaja histórica, o que por su actuar en la defensa de los derechos humanos, sean más susceptibles a represalias y potenciales afectaciones a su vida e integridad (art. 15.5). Finalmente, es importante que el Comité tenga mayores facultades de supervisión y monitoreo, incluida la capacidad para hacer el seguimiento ante los Estados de recomendaciones en el marco de reclamaciones individuales.

## 5. Algunas consideraciones sobre el "Borrador" revisado del Tratado sobre Empresas y Derechos Humanos

El 16 de julio de 2019, el GTI presentó una versión revisada del borrador del IJV, la cual atiende algunas demandas de los Estados que se oponían a ciertas formulaciones del "Borrador cero" y avanza hacia un texto más realista frente a las posiciones de una parte considerable de los países desarrollados.<sup>65</sup> Esta versión hace una mención explícita y se encuentra un poco más

65. Para un análisis de los principales aspectos de la versión revisada, véase LÓPEZ, C., "The Revised Draft of a Treaty on Business and Human Rights: Ground-breaking improvements and brighter prospects", International Institute for Sustainable Development, Analysis, 2 de octubre de 2019. Disponible en: <https://www.iisd.org/itn/2019/10/02/the-revised-draft-of-a-treaty-on-business-and-human-rights-ground-breaking-improvements-and-brighter-prospects-carlos-lopez/>

alineada con el contenido de los Principios Rectores de la ONU, particularmente en lo que atañe a las disposiciones sobre debida diligencia empresarial.

La versión revisada amplía el alcance del Tratado a cualquier actividad, al margen del carácter nacional o transnacional de las empresas, con un mayor énfasis en las actividades de carácter transnacional (art. 3.1). En algunos aspectos, tales como la responsabilidad legal de las empresas (art. 6.1), la versión revisada presenta un lenguaje más imperativo, al exigirles a los Estados parte la adopción de leyes internas que incorporen un sistema de responsabilidad administrativa, civil y penal en torno a violaciones o abusos a derechos humanos en el contexto de actividades corporativas. El art. 6° de la versión revisada detalla los diferentes criterios de responsabilidad civil empresarial que los Estados deben considerar al momento de legislar sobre la materia.

Una de las disposiciones más polémicas es el art. 6°, literal 6, relacionado con la responsabilidad de una empresa con relación al daño causado por otra empresa de su cadena de producción. Esa disposición excluye la necesidad de supervisión o control sobre la corporación causadora del daño para que se configure responsabilidad legal compartida. Sin embargo, el art. 6.6 establece que la atribución de responsabilidad requiere una "relación contractual" entre la compañía causadora del daño y la que participa de la cadena de producción, lo que impone así una limitación inexistente en la doctrina y práctica jurisprudencial más avanzada en la materia. Cabe destacar que los Principios Rectores aluden a la "relación empresarial" (*business relationship*) y no a la "relación contractual", al abordar la responsabilidad por daños en la cadena de producción.

En cuanto a la responsabilidad penal corporativa, la versión revisada describe los tipos penales de cada uno de los crímenes internacionales que deberían ser objeto de persecución. Aunque la mención genérica a los "crímenes bajo el derecho internacional" contenida en el "Borrador cero" podría ser interpretada como una transgresión al principio de legalidad, a nuestro juicio la versión revisada debería ser más explícita en relación con lo establecido en los ordenamientos jurídicos internos de aquellos países en donde no es posible conducir investigaciones penales en contra de personas jurídicas. Lo anterior, en tanto el propio Derecho Penal

Internacional no impone, en general, una obligación de perseguir a empresas o a otro tipo de personas que no sean las naturales.

En cuanto a la armonización de las obligaciones estatales derivadas de tratados de inversión y libre comercio y del marco internacional de derechos humanos, el art. 12.6 del "Borrador" revisado propone una fórmula mucho más acotada que la del "Borrador cero", pues deriva las posibles antinomias a un criterio general de interpretación acorde con las disposiciones del IJV. Aunque se trata de un fraseo que solventa las objeciones de varios Estados desarrollados, incluidos algunos del sur global como Sudáfrica, el actual texto del art. 12.6 está lejos de proveer una solución razonable a la reivindicación de primacía de las obligaciones vinculantes en materia de derechos humanos frente a las obligaciones derivadas del marco internacional sobre comercio e inversión.

Finalmente, algunas organizaciones de la sociedad civil consideran que el "Borrador" revisado debió haber incluido una cláusula sobre los principios que fundamentan la jurisdicción extraterritorial. Concretamente, manifiestan la necesidad de restringir la invocación del principio del *forum non conveniens* por parte de los países origen de empresas cuyas sucursales cometen abusos en terceros países. En este sentido, se ha requerido una adhesión explícita al principio del *forum necessitatis*, bajo el cual los tribunales de los Estados en donde la empresa involucrada en violaciones de derechos humanos se encuentra registrada o domiciliada deben reconocer su jurisdicción para conocer tales violaciones, aun cuando el tribunal de otro Estado posee jurisdicción, pero existe un riesgo fundado de no satisfacción del derecho de acceso a la justicia o del incumplimiento de garantías judiciales mínimas en perjuicio de las víctimas de los abusos corporativos.

## 6. Consideraciones finales

Luego de varias décadas de intentos infructuosos de imponer obligaciones de derechos humanos más claras y exigibles a empresas y Estados, la comunidad internacional cuenta con un "Borrador" de instrumento jurídicamente vinculante que, si bien no atiende todas

las expectativas de las víctimas de los abusos corporativos, es un punto de partida importante. La iniciativa del Tratado supone por sí sola una oportunidad de avanzar hacia un marco normativo vinculante, sin perderse de vista otros marcos voluntarios en donde la adhesión del sector corporativo suele ser menos problemática, aunque sin dudas insuficiente.

Hasta ahora, las discusiones sobre la materia se han caracterizado por una polarización entre quienes des-creditan cualquier mecanismo de incentivo al actuar de las empresas que no sea la imposición de obligaciones vinculantes, y quienes develan que semejante pretensión no tendría ninguna posibilidad de éxito en los foros intergubernamentales, ya sea por la capacidad de injerencia corporativa a nivel estatal y multilateral, ya sea por la propia dinámica de negociación de un tratado sobre una relación tan compleja como lo son los derechos humanos y las empresas. Uno de los desafíos para la conclusión del proceso de negociación del IJV es precisamente la dificultad de construir consensos respecto de aspectos básicos sobre la manera en la que los parámetros del DIDH podrían servir como un referente universal para la actuación tanto de los Estados como de las empresas.

Por un lado, existen retos metodológicos derivados de la definición misma de los sujetos y destinatarios de ciertas reglas de la referida rama del derecho internacional, tales como alcance de las obligaciones de las empresas, la posibilidad de imponerles responsabilidad internacional, la definición de ciertas categorías colectivas de sujetos de derecho, la exigibilidad de un acceso amplio a la justicia en los países de origen, sin que ello colinde con ciertas

instituciones del derecho mercantil y tratados de inversión, entre otras.

Pese a esos desafíos, nos parece que el impulso que ha tenido la iniciativa por un instrumento vinculante sobre derechos humanos y empresas y el contenido del "Borrador" revisado, sometido al GTI en julio de 2019, por más perfectibles que sean, representan una oportunidad única para que la comunidad internacional prescriba reglas que vayan más allá de los estándares del

DIDH en vigor. Por el momento, no se advierte un retroceso de tales estándares en lo que se refiere al tema de la responsabilidad internacional de los Estados. Sin embargo, y dado que las deliberaciones sobre el IJV pueden tardar varios años más, es fundamental reforzar algunos contenidos del Tratado y su protocolo facultativo, y que las organizaciones de la sociedad civil y las víctimas de abusos empresariales tengan un papel clave en ese proceso.

**“La comunidad internacional cuenta con un ‘Borrador cero’ de instrumento jurídicamente vinculante que, si bien no atiende todas las expectativas de las víctimas de los abusos corporativos, es un punto de partida importante”**

## Bibliografía

BLANCO, C. y CERQUEIRA, D., "La CIDH da un paso importante en el debate sobre la responsabilidad extraterritorial y las obligaciones de los Estados frente a empresas extractivas", mayo de 2016. Disponible en: [dplfblog.com/2016/05/10/la-cidh-da-un-paso-importante-en-el-debate-sobre-la-responsabilidad-extraterritorial-y-las-obligaciones-de-los-estados-frente-a-empresas-extractivas/](https://dplfblog.com/2016/05/10/la-cidh-da-un-paso-importante-en-el-debate-sobre-la-responsabilidad-extraterritorial-y-las-obligaciones-de-los-estados-frente-a-empresas-extractivas/)

BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE, "Reflections on the Zero Draft". Disponible en: <https://www.business-humanrights.org/en/about-us/blog/debate-the-treaty/reflections-on-the-zero-draft>. [Fecha de la última consulta: el 14 de diciembre de 2020].

CANTÚ RIVERA, H., "¿Hacia un tratado internacional sobre la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos? Reflexiones sobre la primera sesión del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XVI, México D.F., 2016, pp. 425-460.

CARTA DE LA OEA, mayo de 1948.

CERQUEIRA, D. y MONTGOMERY, A., "Obligaciones extraterritoriales: un componente ausente en los Principios Rectores de la ONU que debería abordarse en un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos", *DPLF Blog*, 10 de febrero de 2018. Disponible en: <https://dplfblog.com/2018/02/10/obligaciones-extraterritoriales-un-componente-ausente-en-los-principios-rectores-de-la-onu-que-deberia-abordarse-en-un-tratado-vinculante-sobre-empresas-y-derechos-humanos/>. [Fecha de la última consulta: el 14 de diciembre de 2020].

CERQUEIRA, D.; CABELLO, L. y KLETZEL, G., "¿Una herramienta ineficaz? Primeras impresiones sobre el Borrador de Protocolo Facultativo del Tratado sobre Derechos Humanos y Empresas", *Blog Red-DESC*, octubre de 2018. Disponible en: <https://www.escri-net.org/es/noticias/2018/blog-primeras-impresiones-sobre-borrador-protocolo-facultativo-del-tratado-sobre>. [Fecha de la última consulta: el 14 de diciembre de 2020].

CONVENCIÓN DE LA OCDE PARA COMBATIR EL COHECHO DE SERVIDORES PÚBLICOS EXTRANJEROS EN TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES, 21 de noviembre de 1997.

CONVENIO PENAL SOBRE CORRUPCIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA, Convenio N° 173 del Consejo de Europa, 27 de enero de 1999.

I.C.J., "Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations", Advisory Opinion, *I.C.J. Reports* 1949.

CIDH, "Ejecuciones extrajudiciales", "Informe de medidas provisionales N° 39/00", Guatemala, 13 de abril de 2000.

## ARTÍCULOS

CIDH, "Franklin Guillermo Aisalla Molina", Ecuador, Petición interestatal PI-02, Colombia.

CIDH, "Jessica Lenahan (González) *et al.*", caso 12.626, "Informe de fondo N° 80/11", Estados Unidos, 21 de julio de 2011.

CIDH, "Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo", OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15, 31 de diciembre de 2015. Disponible en: [www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf). [Fecha de la última consulta: el 14 de diciembre de 2020].

CIDH, "Saldaño", "Informe N° 38/99", Argentina, mayo de 1999.

CIDH, "Simone André Diniz", caso 12.001, "Informe de fondo N° 66/06", Brasil, 21 de octubre de 2006.

CORTE IDH, caso "19 comerciantes vs. Colombia", sentencia del 5 de julio de 2004, Serie C N° 109.

CORTE IDH, caso "Albán Cornejo y otros vs. Ecuador", Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 22 de noviembre de 2007, Serie C N° 171.

CORTE IDH, caso "Blake vs. Guatemala", Excepciones preliminares, sentencia del 2 de julio de 1996, Serie C N° 27.

CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 "Condición jurídica y derechos de los migrantes", 17 de septiembre de 2003.

CORTE IDH, caso "Fazenda Brasil Verde vs. Brasil", Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 20 de octubre de 2016, Serie C N° 318.

CORTE IDH, caso "González y otras (Campo Algodonero) vs. México", Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 16 de noviembre de 2009, Serie C N° 205.

CORTE IDH, caso "Masacre de la Rochela vs. Colombia", interpretación de la sentencia de fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 de enero de 2008, Serie C N° 175.

CORTE IDH, caso "Masacre de Mapiripán vs. Colombia", sentencia del 15 de septiembre de 2005, Serie C N° 134.

CORTE IDH, caso "Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia", sentencia del 31 de enero de 2006, Serie C N° 140.

CORTE IDH, caso "Poblete Vilches y otros vs. Chile", Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 8 de marzo de 2018, Serie C N° 349.

CORTE IDH, caso "Ríos y otros vs. Venezuela", Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 de enero de 2009, Serie C N° 194.

CORTE IDH, caso "Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil", Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 20 de octubre de 2016, Serie C N° 318.

CORTE IDH, caso "Velásquez Rodríguez vs. Honduras", Fondo, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C N° 4, párr. 176.

CORTE IDH, caso "Ximenes Lopes vs. Brasil", Excepción preliminar, sentencia del 30 de noviembre de 2005, Serie C N° 139.

DPLF, "Resumen infográfico de la Opinión Consultiva N° 23/17 sobre 'Medio ambiente y derechos humanos'", septiembre de 2018. Disponible en: [http://www.dplf.org/sites/default/files/oc23\\_espanol.pdf](http://www.dplf.org/sites/default/files/oc23_espanol.pdf)

ENGLE, E., "Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung)", *Hanse Law Review*, Vol 5, 1° de octubre de 2009, pp. 165-173. Disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1481552](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1481552). [Fecha de la última consulta: el 14 de diciembre de 2020].

FIDH y RED-DESC, "Documentos suscritos por organizaciones participantes de la coalición global Iniciativa por el Tratado". Disponible en: <https://www.escri-net.org/es/derechos-humanosyempresas/iniciativatratado>. [Fecha de la última consulta: el 14 de diciembre de 2020].

MIJANGOS Y GONZÁLEZ, J., "The doctrine of the Drittwirkung der Grundrechte in the case law of the Inter-American Court of Human Rights". *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, enero de 2008. Disponible en: [http://www.indret.com/pdf/496\\_en.pdf](http://www.indret.com/pdf/496_en.pdf). [Fecha de la última consulta: el 14 de diciembre de 2020].

MORAN, Theodore H., *The United Nations and transnational corporations: a review and a perspective*, *The UN and Transnational Corporations*, Indiana University Press, 2008. Disponible en: [https://unctad.org/en/docs/diaeii200910a4\\_en.pdf](https://unctad.org/en/docs/diaeii200910a4_en.pdf). [Fecha de la última consulta: el 14 de diciembre de 2020].

OEA, Resolución N° 2840 de la Asamblea General, "Promoción y protección de los derechos humanos en el ámbito empresarial". Disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2840-10\\_Corr1\\_esp.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2840-10_Corr1_esp.pdf). [Fecha de la última consulta: el 14 de diciembre de 2020].

ONU, "William Eduardo Delgado Páez vs. Colombia", CCPR/C/39/D/195/1985, Comité de Derechos Humanos, 12 de julio de 1999.

ONU, "Ms. A.T. vs. Hungary", CEDAW, 26 de enero de 2005.

ONU, "Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos", A/RES/56/83, Comisión de Derecho Internacional, 28 de enero de 2002.

ONU, Observaciones Finales sobre República de Corea, 2015; Canadá, 2015, y Alemania, 2012, Comité de Derechos Humanos. Disponible en: [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?TreatyID=8&DocTypeID=5](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?TreatyID=8&DocTypeID=5). [Fecha de la última consulta: el 14 de diciembre de 2020].

ONU, Observaciones Generales N° 28 y N° 34. Disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx>, y Observaciones Finales sobre Alemania, 2017; Canadá, 2016, y Suiza, 2016, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Disponible en: [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=5](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=5). [Fecha de la última consulta: el 14 de diciembre de 2020].

ONU, Observación General N° 16. Comité de los Derechos del Niño. Disponible en: [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2f-C%2fGC%2f16&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2f-C%2fGC%2f16&Lang=en), y Observaciones Finales sobre Suiza, 2014. Disponible en: [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2f-C%2fCHE%2fCO%2f2-4&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2f-C%2fCHE%2fCO%2f2-4&Lang=en). [Fecha de la última consulta: el 14 de diciembre de 2020].

ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones Finales sobre Canadá (2017) y Estados Unidos (2014). Disponible en: [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=6&DocTypeID=5](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=6&DocTypeID=5). [Fecha de la última consulta: el 14 de diciembre de 2020].

ONU, Relator especial sobre "El derecho a la libertad de reunión pacífica y de asociación", UN Doc. A/HRC/32/36, mayo de 2016, y UN Doc. A/HRC/29/25, abril de 2015.

ONU, Relator especial sobre "Derecho a la alimentación", UN Doc. A/HRC/28/65, enero de 2015.

ONU, Relator especial sobre "Los derechos humanos al agua potable y el saneamiento", UN Doc. A/HRC/27/55, junio de 2014, y UN Doc. A/68/264, agosto de 2013.

ONU, Relator especial sobre "Pobreza extrema y derechos humanos", UN Doc. A/HRC/26/28, mayo de 2014.

ONU, Experto independiente sobre "Los derechos humanos y el medio ambiente", UN Doc. A/HRC/25/53, diciembre de 2013.

ONU, Experto independiente sobre "Las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos", UN Doc. A/HRC/25/52, marzo de 2014.



ONU, Comentario General N° 24, Comité DESC. Disponible en: [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f24&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f24&Lang=en). [Fecha de la última consulta: el 14 de diciembre de 2020].

ONU, Convención Interamericana contra el Terrorismo, AG/RES. 1840 (XXXII-O/02), junio de 2002.

ONU, Convención Interamericana contra la Corrupción, art. V, 29 de marzo de 1996.

ONU, Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, A/RES/52/164, 15 de diciembre de 1997.

ONU, Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, A/RES/54/109, 9 de diciembre de 1999.

ONU, "Protocolo Facultativo" de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, 25 de mayo de 2000.

ONU, Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes, AG.Res. 39/46, 10 de diciembre de 1984.

ONU, "Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos", U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 2003. [Fecha de la última consulta: el 14 de diciembre de 2020].

ONU, "Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para 'proteger, respetar y remediar'", A/HRC/17/31, Consejo de Derechos Humanos, 21 de marzo de 2011.

ONU, "Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas", A/HRC/RES/14/4, párr. 6, Consejo de Derechos Humanos, 16 de junio de 2011.

ONU, "Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos", A/HRC/RES/26/9, Consejo de Derechos Humanos, 26 de junio de 2014.

ONU, "Zero Draft of the Legally Binding Instrument to Regulate International Human Rights Law", The Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises, 16 de julio de 2018. Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf> [Fecha de la última consulta: el 14 de diciembre de 2020].

## ARTÍCULOS

ONU, Draft Optional Protocol to the Legally Binding Instrument. Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session4/ZeroDraftOPLegally.PDF>. [Fecha de la última consulta: el 14 de diciembre de 2020].

P.C.I.J., *Chorzow Factory Case*, Jurisdiction, Judgment N° 8, Series A, N° 17, 1927.

SAUVANT, K.P., *The Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations: Experience and Lessons Learned*, *The Journal of World Investment and Trade*, Vol. 16, 2015. [Por favor, completar datos. Gracias.]

TEDH, "Young, James and Webster vs. The United Kingdom", 13 de agosto de 1981, y "X and Y vs. Netherlands", 26 de marzo de 1985.

US CONGRESS, "The Victims of Trafficking and Violence Protection Act", HR 898, 28 de octubre de 2000.





## **CAPÍTULO 4**

# **EMPRESAS E IMPACTO AMBIENTAL**

# Usos (in)sustentables de la tierra y el suelo.

Problematización pública y desafíos técnicos, de política pública, regulatorios e institucionales



**Sheila Heimenrath**

Abogada (UBA), Maestranda en Derecho y Economía del Cambio Climático en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, sede Argentina. Integrante del Proyecto DeCyT 2020-2022: Relevancia de los Servicios Ecosistémicos como Reguladores del Cambio Climático y la Biodiversidad, dirigido por Leila Devia, Facultad de Derecho, UBA.

\* Este trabajo fue realizado en el marco del Proyecto DeCyT 2018-2020, dirigido por María Laura Böhm: 'Empresas transnacionales extractivas, derechos humanos y desarrollo sostenible en América Latina. Abordaje anascópico de casos y formulación de propuestas en constelaciones específicas de conflicto'. La publicación de los resultados de esta investigación se encuentra en preparación.

**Introducción**

Este trabajo abre la mirada hacia la multiplicación de movilizaciones<sup>1</sup> y debates públicos y académicos, en diferentes escalas, geografías, jurisdicciones, ámbitos institucionales y disciplinares, en torno a la expansión del modelo de producción agrobiotecnológico. Se considera aquí una serie de casos ejemplificadores de movimientos sociales e investigaciones científicas que atraen la atención pública hacia el impacto de la monocultura biotecnológica sobre la degradación de la tierra<sup>2</sup> y el suelo —incluidas la pérdida de biodiversidad y de servicios ecosistémicos, la contaminación de los cuerpos de

1. A escala global, organizaciones como La Vía Campesina y Friends of the Earth International denuncian los daños ambientales y a la salud humana que resultan del agronegocio a escalas cada vez mayores con el uso de semillas genéticamente modificadas y el uso asociado de agrotóxicos, cuya producción y comercialización es monopolizada por unas pocas corporaciones transnacionales. Frente al riesgo de los agrotóxicos, La Vía Campesina impulsa una agricultura centrada en la agroecología como una alternativa para la preservación y remediación de la tierra y los suelos. Disponible en: <https://viacampesina.org/es/3dic-es-posible-producir-alimentos-sin-agrotoxicos-la-agroecologia-campesina-es-el-camino/> [Fecha de la última consulta: el 8/-10/-2020]. <https://foe.org/resources/pesticides-soil-health/> [Fecha de la última consulta: el 8/-10/-2020].

2. La "degradación de la tierra es un fenómeno complejo que suele implicar la reducción o pérdida de algunos o todos los factores siguientes: productividad, suelo, cobertura vegetal, biomasa, biodiversidad, servicios ecosistémicos y resiliencia ambiental. La degradación es comúnmente causada por la mala administración o la sobreexplotación de los recursos de la tierra, tales como la eliminación de la vegetación, el agotamiento de nutrientes (...) el uso excesivo de agroquímicos (...) la contaminación u otros impactos directos, tales como la minería (...)". UNCCD, *Perspectiva global de la tierra*, Bonn, 2017, p. 42.

agua y del aire— y la violación del derecho humano al medioambiente sano,<sup>3</sup> tanto en su dimensión colectiva, considerando a las generaciones presentes y futuras, como en su dimensión individual, por las repercusiones directas sobre el derecho a la vida, a la salud, al acceso al agua potable, a la alimentación adecuada, entre otros.

Por otro lado, el texto contempla las metodologías que se desarrollan en la discusión interdisciplinaria para evaluar la sustentabilidad de procesos de agriculturización<sup>4</sup> que incorporan innovaciones tecnológicas en las regiones Pampeana<sup>5</sup> y extra-Pampeana.<sup>6,7</sup> En este sentido, se señala aquí la necesidad de institucionalizar la evaluación multicausal de sustentabilidad del modelo extractivo de agronegocios, así como el monitoreo y control del impacto de sus actividades.<sup>8</sup>

3. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC-23/17, del 15-11-2017, párr. 59.

4. La agriculturización se asocia a la tendencia hacia el desarrollo de producciones orientadas al monocultivo, principalmente de soja. MANUEL NAVARRETE, D. et al.; *Análisis sistémico de la agriculturización en la pampa húmeda argentina y sus consecuencias en regiones extra-pampeanas: sostenibilidad, brechas de conocimiento e integración de políticas*, División de Desarrollo Sostenible y Asentamientos Humanos, CEPAL, Santiago de Chile, 2005.

5. Incluye las provincias de Buenos Aires, Entre Ríos, este de La Pampa, sur de Córdoba y Santa Fe.

6. Abarca el norte de Córdoba y Santa Fe, Corrientes, Chaco, Formosa, Santiago del Estero y este de Salta.

7. MANUEL NAVARRETE, D.; GALLOPÍN, G.; BLANCO, M.; DÍAZ-ZORITA, M.; FERRARO, D.; HERZER, H.; LATERRA, P.; MURMIS, M.; PODESTÁ, G.; RAVINOCIH, J.; SATORRE, E.; TORRES, F. y VIGLIZZO, E., "Multicausal and integrated Assessment of sustainability: the case of agriculturization in the Argentine Pampas", *Environment, Development and Sustainability*, 11, 2009, pp. 621-638.

8. Por ejemplo, el extraordinario crecimiento del mercado de los biocombustibles desde comienzos del siglo XXI y la competencia que este fenómeno genera entre el sector de la alimentación y el de la energía constituye un foco significativo para la evaluación multicausal de sustentabilidad por ser considerado en relación con la problemática de la degradación de la tierra y el suelo en la Argentina. Los debates internacionales subrayan la incidencia que ha tenido el crecimiento del mercado de los biocombustibles sobre los precios de los alimentos. Desde 2006, la Argentina es uno de los principales exportadores de biodiésel, ya que ocupa el tercer puesto como productor mundial detrás de la Unión Europea y los Estados Unidos. Entre 2006 y 2012, la producción de biodiésel en la Argentina registró un incremento mayor al 2400%. KOIZUMI, T., *Biofuels and Food Security: Biofuel impact on food security in Brazil, Asia and major producing countries*, Springer, Nueva York, 2014.

El déficit regulatorio que caracteriza a la Argentina en relación con la protección de la tierra y el suelo en general requiere el desarrollo de capacidades institucionales y dispositivos regulatorios específicos

Este modelo de intensificación agrícola supone la incorporación de un paquete tecnológico que, entre otros componentes, incluye semillas genéticamente modificadas indisociables del uso intensivo de agrotóxicos, adoptado en la Argentina en el contexto de la desregulación de la década de 1990.

El "Informe N° 64/2019" de la Auditoría General de la Nación (AGN) confirma los cuestionamientos planteados por movimientos sociales, organizaciones ambientales y académicos críticos. A partir del examen realizado sobre la gestión de recursos genéticos y organismos genéticamente modificados entre enero de 2015 y febrero de 2018, la AGN confirma la vulneración del principio precautorio<sup>9</sup> establecido en la Ley General del Ambiente N° 25675, así como irregularidades y falta de transparencia en los procesos de aprobación de uso de transgénicos en la Argentina. De acuerdo con el "Informe": "La Argentina no cuenta con un marco de referencia teórico-metodológico para garantizar el uso seguro y sustentable de los Organismos Genéticamente Modificados (OGM) acorde con lo estipulado en el plano nacional en el principio precautorio establecido en la Ley N° 25675".<sup>10</sup>

La problematización pública y académica de la sustentabilidad del uso de OGM y agroquímicos asociados, controlados en gran medida por empresas transnacionales o transnacionalizadas, son el foco de este trabajo. Se analiza esta problematización a la luz de los esfuerzos a través de los cuales se tejen nuevas redes y se reconfiguran y enlazan organizaciones sociales en contacto con investigaciones en ciencias del medioambiente, ciencias de la salud y ciencias sociales, en un escenario de creciente judicialización<sup>11</sup> de demandas contra el Estado y las empresas.

para el monitoreo del impacto de la producción de biocombustibles sobre la tierra, los suelos y el derecho humano a la alimentación.

9. "Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente". (Art. 4° de la Ley N° 25675)

10. AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN, "Informe de auditoría N° 64", *Recursos Genéticos y Organismos Genéticamente Modificados*, Buenos Aires, 2019, p. 49.

11. Ver CABALEIRO, F., *Praxis jurídica sobre los agrotóxicos en la Argentina: Recopilación jurisprudencial*, 3ª edición, Naturaleza de Derechos, Buenos Aires, 2020.

A fin de desarrollar esta temática, en lo que sigue, el primer apartado atrae la atención hacia el creciente reconocimiento que entre 1987 y 2020 ha adquirido el problema de la degradación de la tierra y el suelo en términos político-internacionales. En este sentido, revisa las iniciativas, definiciones y agendas en relación con esta cuestión por parte de los organismos de las Naciones Unidas.

El segundo apartado refiere a procesos de problematización pública y académica por parte de una multiplicidad de actores, en un contexto de expansión exponencial del modelo de agricultura industrial en América Latina y en la Argentina, en un escenario de debilitamiento del sector público que incrementó la relevancia de actores privados en la difusión tecnológica. Este apartado, a su vez, señala avances en los procesos de institucionalización de esta problemática en la Argentina, así como el déficit de las políticas públicas y las limitaciones del litigio estructural en un contexto de déficit regulatorio y omisiones sistemáticas que deriva en violaciones a los derechos humanos.

El tercer apartado retoma las recomendaciones de la Relatora del Derecho a la Alimentación de las Naciones Unidas y del "Informe especial sobre el cambio climático y la tierra" del Panel Intergubernamental de Cambio Climático en relación con las estrategias para revertir los procesos de degradación de la tierra que indican la relevancia de promover la agroecología. Este apartado destaca los avances en la institucionalización de estas estrategias mediante la reciente creación de la Dirección Nacional de Agroecología. El cuarto apartado introduce la consideración de un derecho humano a la tierra en el derecho internacional de los derechos humanos propuesta por quien fue Relator de las Naciones Unidas del Derecho a la Alimentación.

### **1. Abordaje del problema de la degradación de la tierra y el suelo por parte de los Organismos de las Naciones Unidas: definiciones y agendas (1987-2020)**

A fines de la década de 1980, discusiones en la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO, por sus siglas en inglés) y

en numerosos foros internacionales señalan los desafíos de mejorar la calidad de los datos relacionados con la medición de los cambios en la calidad de la tierra y el suelo.

En esta tesitura, impulsada por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) en cooperación con la Sociedad Internacional de Ciencias del Suelo (ISSS) y la FAO, se lanzó en 1987 una iniciativa de Evaluación Global de Degradación de los Suelos (GLASOD, por sus siglas en inglés) con la coordinación del Centro Internacional de Referencia e Información de Suelos (ISRIC) en Wageningen.<sup>12</sup> Este proyecto produjo el primer mapa mundial de degradación de los suelos inducida por el hombre y tuvo el propósito de sensibilizar al público sobre este problema, en ocasión de la Cumbre de la Tierra en 1992 en Río de Janeiro.<sup>13</sup> Buena parte de las estimaciones de la extensión y severidad de la degradación de suelos y sus efectos sobre la productividad a escalas local, nacional, regional y global hasta el presente utilizan la metodología desarrollada por el proyecto GLASOD.<sup>14</sup>

Durante la primera mitad de la década de 1990, el reconocimiento de que el problema de la degradación de la tierra había empeorado condujo a la formulación y adopción de la Convención de las Naciones Unidas para la Lucha contra la Desertificación (UNCCD, por sus siglas en inglés). En su art. 1º, la tierra es definida como "el sistema bioproductivo terrestre que comprende el suelo, la vegetación, otros componentes de la biota y los procesos ecológicos e hidrológicos que se desarrollan dentro del sistema".<sup>15</sup>

Por su parte, un informe reciente de la Secretaría de la UNCCD entiende la degradación de la tierra como un fenómeno complejo que suele involucrar una serie de procesos interrelacionados, tales como la persistente

12. Centro Internacional de Referencia e Información de Suelos (ISRIC, por sus siglas en inglés). Disponible en: <https://www.isric.org/index.php/projects/global-assessment-human-induced-soil-degradation-glasod> [Fecha de la última consulta: el 9/-10/-2020].

13. FAO, *Indicadores de la calidad de la tierra y su uso para la agricultura sostenible y el desarrollo rural*, Roma, 2001, p. 10.

14. LAL, R., *Encyclopedia of soil science*, Taylor & Francis, Nueva York, 2017, p. 947.

15. Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación, Convención aprobada por la Asamblea General, A/AC.241/27, 12 de septiembre de 1994.



reducción de la productividad biológica o económica, la pérdida de complejidad de las tierras de cultivo, de los bosques y las tierras arboladas, la erosión del suelo, el deterioro de sus nutrientes, una declinante salud vegetal, el déficit de cobertura vegetal, la pérdida de biodiversidad, servicios ecosistémicos y resiliencia ambiental.<sup>16</sup>

A comienzos del siglo XXI, la Organización de las Naciones Unidas inició la Evaluación de los Ecosistemas del Milenio (EEM)<sup>17</sup> que atrajo la atención pública a escala global sobre los servicios ecosistémicos, definidos como los beneficios que los seres humanos obtienen de los ecosistemas. La EEM distingue servicios de provisión (alimentos y agua, entre otros), servicios de regulación (por ejemplo del clima, las inundaciones y las enfermedades), servicios de soporte (tales como la formación del suelo, la fotosíntesis, los ciclos de nutrientes y la polinización de los cultivos) y servicios culturales (que ofrecen beneficios estéticos, entre otros). El enfoque conceptual de la EEM sitúa a los seres humanos como parte integral de los ecosistemas, y examina tanto los modos en que los cambios en los servicios ecosistémicos afectan el bienestar humano, como las formas en que las acciones de los seres humanos han contribuido a la pérdida o degradación de los servicios ecosistémicos. A su vez, evalúa los modos en que la degradación causada por un grupo humano afecta a otros grupos presentes y futuros. Al respecto, plantea el desafío de revertir la degradación de los ecosistemas, al señalar que esto involucra cambios significativos en políticas, instituciones y prácticas.<sup>18</sup>

En este sentido, como hoja de ruta hacia un nuevo paradigma de desarrollo, en septiembre de 2015, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la

"Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible",<sup>19</sup> que insta a los países a proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar los bosques de manera sostenible, detener y revertir la degradación de las tierras con el propósito de rehabilitar las tierras afectadas por sequías e inundaciones. La Agenda 2030 incorpora el concepto de neutralidad de la degradación de las áreas (NDT) en el Objetivo 15.3 y exhorta a todos los países parte a formular metas voluntarias a fin de alcanzar la NDT.<sup>20</sup>

Más recientemente, la Plataforma intergubernamental Científico-Normativa sobre Diversidad Biológica y Servicios de los Ecosistemas (IPBES) publicó en 2018 un informe sobre la evaluación de la degradación y restauración de la tierra.<sup>21</sup> Este informe cubre el estatus global y las tendencias de degradación de la tierra por región, en él se señalan los efectos de la degradación sobre la biodiversidad, los servicios ecosistémicos y el bienestar humano.

Por último, durante su sexto ciclo de evaluación, el Panel Intergubernamental del Cambio Climático (IPCC, por sus siglas en inglés) atrae la atención hacia el rol que desempeña la tierra en el sistema climático. Aborda

el problema de la degradación de las tierras en relación con los desafíos de mitigación y adaptación al cambio climático, y destaca que la gestión sostenible de las tierras puede contribuir a reducir los impactos negativos del cambio climático en los ecosistemas y las sociedades. Para contribuir a la adaptación al cambio climático

## “La degradación de la tierra es un fenómeno complejo que suele involucrar una serie de procesos interrelacionados”

16. UNCCD, *Perspectiva global de la tierra*, Bonn, 2017, p. 42.

17. Disponible en: <https://www.millenniumassessment.org/> [Fecha de la última consulta: el 8-10-2020].

18. MILLENIUM ECOSYSTEM ASSESSMENT, *Ecosystems and Human Well-Being: Synthesis*, Island Press, Washington D.C., 2005.

19. Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/70/1, 25 de septiembre de 2015.

20. UNCCD, *Neutralidad de la degradación de las tierras: Programa de Establecimiento de Metas*, Bonn, 2016.

21. IPBES, "The IPBES assessment report on land degradation and restoration"; MONTANARELLA, L.; SCHOLLES, R. y BRAINICH, A. (Eds.), *Secretariat of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services*, Bonn, Alemania, 2018.

Disponible en: <https://ipbes.net/assessment-reports/ldr> [Fecha de la última consulta: el 8/10/2020].

con cobeneficios de mitigación y detener la pérdida de biodiversidad con cobeneficios de desarrollo sostenible para la sociedad, el "Informe" señala entre otras soluciones las prácticas agroecológicas.<sup>22</sup>

En resumen, puede reconocerse entonces que la preocupación por el suelo, su calidad, su degradación y su impacto han ido adquiriendo cada vez mayor reconocimiento en términos político-internacionales. Esto se vincula, sin dudas, a la atención manifestada también en el ámbito público y académico, como se expone a continuación.

## 2. Problematización pública y académica de la degradación de la tierra: la debilidad del sector público

### 2.1. Uso de pesticidas y cultivo intensivo de soja: evaluación de sostenibilidad

En este contexto de atención a la tierra, y entre otros factores de degradación antropogénica, las prácticas de aplicación de agroquímicos han iniciado procesos de problematización pública y académica. Ya desde la segunda mitad del siglo XX, el impulso de la legislación e institucionalización de la protección medioambiental a escala global estuvo fuertemente asociado a los riesgos identificados por movimientos sociales y entidades no gubernamentales en relación con el uso de pesticidas como componente del paquete tecnológico que

involucra la industrialización de la monocultura agrícola a gran escala.<sup>23</sup>

El análisis de casos recientes en América Latina, como el del proyecto Matopiba en Brasil, señala el impacto de los agonegocios a gran escala sobre la contaminación de la tierra, la afectación de la salud de trabajadores, campesinos y poblaciones vecinas que resultan de los intereses de corporaciones transnacionales en su fusión con capitales locales en proyectos que prometen "hambre cero" y desarrollo, pero terminan exacerbando las frágiles condiciones de vida de la población local y generan incluso enfrentamientos violentos entre colectivos campesinos. Conflictos sobre la tierra, la falta de agua, la contaminación y el impacto sobre la salud causados por el uso de agrotóxicos han llevado a la organización de protestas y adopción de medidas de fuerza con el propósito de forzar el diálogo.<sup>24</sup>

El consumo anual de plaguicidas en la Argentina es uno de los más elevados del mundo.<sup>25</sup> Entre 1991 y 2014, la aplicación promedio de plaguicidas en la Argentina por unidad de tierra de cultivo, medida en kilogramo por hectárea, se quintuplicó. Según la base de datos FAOSTAT, el uso global de pesticidas (medido en toneladas de ingrediente activo) se ha incrementado en un 46% durante el período 1996-2016.<sup>26</sup> A partir de 1996, la

# “La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible insta a los países a proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar los bosques de manera sostenible, detener y revertir la degradación de las tierras”

22. IPCC, *Climate Change and Land: An IPCC Special Report on climate change, desertification, land degradation, sustainable land management, food security, and greenhouse gas fluxes in terrestrial ecosystems*, 2020.

23. GORDON, R., "Poison in the Fields: The United Farm Workers, Pesticides, and Environmental Politics", *Pacific Historical Review* 68 (1), 1999, pp. 51-77.

24. BÖHM, M.L., *The Crime of Maldevelopment: Economic Deregulation and Violence in the Global South*, Routledge, Londres, 2019, p. 129.

25. ROSER, M., "Pesticides", 2019. Disponible en: <https://ourworldindata.org/pesticides> [Fecha de la última consulta: el 8-10-2020].

26. WORLD HEALTH ORGANIZATION AND FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS, *Global situation of pesticide*

innovación tecnológica que introdujo la semilla de soja genéticamente modificada (GM) resistente al herbicida glifosato involucra una creciente utilización en el país de agroquímicos que se aplican con medios terrestres y aéreos con el propósito de controlar diversos tipos de plagas. Un claro indicador de la expansión exponencial de la soja (que ha desplazado a la ganadería, otros cultivos y bosques, motivada por los mayores beneficios económicos que ofrece combinados con menores niveles de inversión requeridos) es el acelerado incremento de la superficie sembrada con soja GM, que en 2015 alcanzó cerca de 20 millones de hectáreas, más de la mitad de las tierras cultivables del país.<sup>27</sup>

En este estado de cosas, la evaluación de sostenibilidad de procesos complejos como la agriculturización ha dado lugar a experiencias de análisis integrados multicausales llevados a cabo por expertos de múltiples disciplinas (tales como ciencias del suelo, biología, agronomía, climatología, ecología, geografía, economía y sociología) con el propósito de identificar los factores más relevantes involucrados en la sustentabilidad del proceso bajo análisis.<sup>28</sup> Un factor clave señalado por este tipo de investigaciones es el rol central de la concentración de la producción y la gestión en los procesos de agriculturización. La comparación de los datos del INDEC correspondientes a los Censos Nacionales Agropecuarios (CNA) de 1988 y 2002 señala la disminución en un 34% del número de unidades de producción de pequeña escala (menos de 500 hectáreas) y del 26% del área que cubren. En contraste, la cantidad de las unidades de producción de entre 2500 y 10.000 hectáreas se ha incrementado un 5% y el área que comprenden también un 5%, al tiempo que las unidades

*management in agriculture and public health*, Ginebra, 2019.

27. LAPEGNA, P., "La economía política del boom agroexportador bajo los Kirchner: Hegemonía y revolución pasiva en la Argentina", en: KAY, C. y VERGARA-CAMUS, L. (Eds.), *La cuestión agraria y los gobiernos de izquierda en América Latina: Campesinos, agronegocio y neodesarrollismo*, CLACSO, Buenos Aires, 2018, p. 163.

28. MANUEL-NAVARRETE *et al.*, "Multi-causal and integrated Assessment of sustainability...", *op. cit.*, 2009, pp. 621-638.

de más de 10.000 hectáreas han mostrado un incremento del 13% en número y del 14% en área. Los resultados preliminares del CNA 2018 confirman la tendencia a la concentración.

En el contexto de los procesos de agriculturización, la emergencia de consorcios empresarios que arriendan decenas y hasta centenas de miles de hectáreas, conocidos como *poles* de siembra, implica fuertes incentivos para maximizar ganancias en el corto plazo, aunque desatienden cuestiones de sostenibilidad. La expansión del área bajo cultivo ha resultado en la degradación de servicios ecosistémicos y ambientales. La degradación del suelo, por su parte, ha disminuido la productividad en algunas zonas de la región Pampeana y, en particular, en la región extra-Pampeana. En este marco, el incremento en el uso del glifosato es a menudo mencionado como una fuente principal de impactos medioambientales.<sup>29,30</sup>

Según señalan investigaciones en ciencias de la agricultura, el cultivo intensivo de soja en la Argentina ha llevado al agotamiento masivo de nutrientes del suelo. En particular, cuando no se implementa la rotación de cultivos, la producción de soja está asociada a altas tasas de erosión. Para el período anual (2002-2003), por ejemplo, se estimó que esta producción resultó en la pérdida de un

millón de toneladas métricas de nitrógeno y 227.000 toneladas métricas de fósforo en los suelos a lo largo del país. El costo de reponer esta pérdida de nutrientes con fertilizantes se estimó que sería de US\$ 910 millones.<sup>31,32</sup>

## “El consumo anual de plaguicidas en la Argentina es uno de los más elevados del mundo”

29. *Ibíd.*

30. PENGUE, W., *Agricultura industrial y transnacionalización en América Latina*, GEPAMA-PNUMA, México D.F., 2005.

31. ALTIERI, M., "The Ecological Impacts of Large-Scale Agrofuel Monoculture Production Systems in the Americas", *Bulletin of Science, Technology & Society*, N° 3, Vol. 29, 2009, pp. 236-244.

32. PENGUE, W., *Agricultura industrial y transnacionalización...*, *op. cit.*, 2005.

Ver, asimismo, PENGUE, W., "Transgenic Crops in Argentina: The Ecological and Social Debt", *Bulletin of Science, Technology & Society*, N° 4, Vol. 25, 2009, pp. 1-9.

Al respecto, y a modo de resumen, es dable referir las investigaciones a escala nacional que señalan:

En vastas regiones de la Argentina, se viene observando con preocupación una reactivación de los procesos de erosión del suelo, principalmente a partir de cambios producidos en el uso del suelo, por simplificación o falta de rotaciones (...). [...] En la región Pampeana húmeda y subhúmeda, el abandono de la rotación de cultivos ha generado consecuencias negativas en el incremento de la erosión de los suelos, el balance de la materia orgánica, la fertilidad y la eficiencia hídrica.<sup>33</sup>

## 2.2. La debilidad del sector público

Al examinar los factores que conducen a la concentración de la producción y la gestión, los investigadores señalan un punto de partida para el análisis: la debilidad del sector público que refuerza el rol de los mercados y genera ventajas comparativas para las unidades de producción a mayor escala.

La debilidad del sector público "resulta en una táctica transferencia de responsabilidades, tales como la producción estratégica de decisiones, del Estado a organizaciones no gubernamentales técnicas y corporaciones del agronegocio".<sup>34</sup> Debe considerarse, en este sentido, que el debilitamiento de las instituciones gubernamentales durante la década de 1990 involucró, entre otras cuestiones, el desmantelamiento de los servicios de extensión ofrecidos por el Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA), lo que condujo al incremento de

la relevancia de actores privados en términos de asistencia profesional y difusión tecnológica.<sup>35</sup>

## 2.3. Cuestionar la sustentabilidad, producir evidencias

Una multiplicidad de actores, entre los que se encuentran organizaciones sociales, científicos y médicos que producen evidencias que contribuyen a cuestionar la sustentabilidad de la utilización de agroquímicos autorizados por la autoridad regulatoria, señala riesgos para el ambiente y la salud humana. Considérese que, en 1996, la Argentina fue el segundo país en el mundo en aprobar la soja transgénica resistente al glifosato. Al momento de la aprobación, el insumo fundamental para fundar la decisión del organismo del Ministerio de Agricultura responsable de certificar y garantizar la producción agropecuaria fue un conjunto de trabajos de la corporación que presentaba el paquete tecnológico para su aprobación. De acuerdo con trabajos de Monsanto, el Roundup (principal marca comercial con principio activo de glifosato) es rápidamente inactivado en el suelo y agua; es inmóvil y no percola en los suelos.<sup>36</sup> Tales aseveraciones contrastan con los resultados de las investigaciones científicas *in situ* llevadas a cabo con posterioridad, de manera independiente.

Las movilizaciones en relación con los agroquímicos por parte de organizaciones sociales y grupos de apoyo de profesionales y científicos de diversas disciplinas, aunque inicialmente motivadas por cuestiones de salud<sup>37</sup> (cáncer, malformaciones, etc.), han impulsado

# “El cultivo intensivo de soja en la Argentina ha llevado al agotamiento masivo de nutrientes del suelo”

Las movilizaciones en relación con los agroquímicos por parte de organizaciones sociales y grupos de apoyo de profesionales y científicos de diversas disciplinas, aunque inicialmente motivadas por cuestiones de salud<sup>37</sup> (cáncer, malformaciones, etc.), han impulsado

Las movilizaciones en relación con los agroquímicos por parte de organizaciones sociales y grupos de apoyo de profesionales y científicos de diversas disciplinas, aunque inicialmente motivadas por cuestiones de salud<sup>37</sup> (cáncer, malformaciones, etc.), han impulsado

35. *Ibíd.*

36. SKILL, K. y GRINBERG, E., "Controversias sociotécnicas en torno a las fumigaciones con glifosato en la Argentina: Una mirada desde la construcción social del riesgo", en: MERLINSKY, G. (Comp.), *Cartografías del conflicto ambiental en la Argentina*, CLACSO-CICCUS, Buenos Aires, 2013.

37. Entre otros casos, se destaca un grupo de mujeres del barrio Ituzaingó Anexo de la ciudad de Córdoba que se encuentra rodeado

33. CASAS, R., "La erosión del suelo en la Argentina", en CASAS, R. y ALBARRACÍN, G., *El deterioro del suelo y del ambiente en la Argentina*, tomo 2, FECIC, Buenos Aires, 2015, pp. 449-450

34. MANUEL-NAVARRETE *et al.*, "Multi-causal and integrated Assessment of sustainability...", *op. cit.*, 2009, p. 628. [La traducción es nuestra].

la participación ciudadana en la lucha por la defensa de bienes comunes, como el agua, la biodiversidad y el ambiente.<sup>3839</sup>

A partir de estas movilizaciones sociales y las demandas judiciales, nuevos campos de estudio en torno de los pesticidas emergieron en la Argentina, por lo que se incrementaron significativamente las investigaciones, conferencias y publicaciones científicas en torno a esta cuestión.<sup>40</sup> A modo ilustrativo, pueden mencionarse cuatro estudios que relevan la gravedad de la temática respecto del uso del glifosato. Un estudio reciente evalúa su ocurrencia y concentración y la de su principal metabolito (AMPA) en el suelo y otros componentes del ecosistema agrario, incluida el agua subterránea, en relación con las prácticas reales de gestión agrícola en la región de la pampa mesopotámica. La ocurrencia en matrices sólidas fue casi ubicua, con concentraciones que se encuentran entre las más altas del mundo. Las concentraciones de glifosato en los suelos se correlacionan mejor con la dosis total acumulativa y el número total de aplicaciones que con la dosis de la última aplicación. Los resultados permiten inferir que, con las prácticas actuales, las tasas

de aplicación son mayores que las de disipación. El estudio sugiere al respecto que el glifosato y AMPA deben ser considerados contaminantes "pseudopersistentes".<sup>41</sup>

En condiciones reales de campo, otro estudio evidencia que en el ciclo de cultivo las altas tasas de aplicación de glifosato llevan a su acumulación en el suelo, lo que implica un serio riesgo potencial de contaminación del suelo.<sup>42</sup>

Resulta significativo considerar a su vez estudios que analizan la presencia de glifosato y atrazina en la atmósfera a través de la lluvia, como principal fenómeno climático asociado a la lluvia ácida. El análisis se llevó a cabo a través de relaciones de fuente-receptor con el suelo, teniendo en cuenta las influencias climáticas que pueden condicionar el transporte y estimando la precipitación anual en la superficie de la pampa argentina. Los herbicidas fueron detectados en más del 80% de las muestras de lluvia. Las máximas concentraciones en el agua de lluvia excedieron los niveles reportados para los Estados Unidos y Canadá.<sup>43</sup>

Asimismo, un estudio experimental evaluó el transporte de glifosato fuera del sitio. A pesar de que la aplicación se hizo con una mochila de mano, en condiciones de bajo viento para minimizar la dispersión aérea de glifosato, la deriva de pulverización fue la principal fuente de transporte de glifosato fuera del sitio, degradando la calidad del aire y el agua de lluvia para consumo humano.<sup>44</sup>

Estas investigaciones académicas aportan evidencias que permiten contrarrestar la información corporativa y la falta de información estatal relativa al impacto ambiental de los agroquímicos. El déficit de las políticas

---

de campos de soja. La movilización social de la comunidad afectada de Ituzaingó Anexo produjo el primer mapa epidemiológico del área en su esfuerzo por hacer visible la violación de derechos humanos que involucra la falta de control de la aplicación de agrotóxicos, como el glifosato, que componen los paquetes tecnológicos de la biotecnología. Las autoridades regulatorias clasificaron a este pesticida como producto de baja toxicidad, razón por la cual no se establecieron restricciones para su comercialización y uso. En la década de 2000, diversas comunidades expuestas al creciente uso de pesticidas formaron un movimiento por la justicia medioambiental y de salud identificado como Pueblos Fumigados. La campaña "Paren de Fumigar", lanzada en 2005 por esta red de movimientos sociales y comunidades expuestas, invitaba a personas afectadas de todo el país a ofrecer testimonios. En los años subsiguientes, el número de trabajos académicos publicados por científicos argentinos sobre pesticidas se multiplicó significativamente (Arancibia y Motta, 2018). Diez años después, en 2015, el glifosato ha sido incorporado a la lista de sustancias probablemente carcinógenas por la International Agency for Research on Cancer (IARC) dependiente de la World Health Organization (WHO). GUYTON, K. *et al.*, "Carcinogenicity of tetrachlorvinphos, parathion, malathion, diazinon, and Glyphosate", *The Lancet Oncology* 16 (5), 2015, pp. 490-491.

38. SKILL, K. y GRINBERG, E., "Controversias sociotécnicas en torno a las fumigaciones...", *op. cit.*, p. 102.

39. SVAMPA, M., *Cambio de época: Movimientos sociales y poder político*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2009.

40. ARANCIBIA, F. y MOTTA, R., "Undone Science and Counter-Expertise: Fighting for Justice in an Argentine Community Contaminated by Pesticides", *Science as Culture* 28 (3), 2018, pp. 277-302.

41. PRIMOST, J.; MARINO, D.; APARICIO, V.; COSTA, J.L. y CARRIQUIRIBORDE, P., "Glyphosate and AMPA, 'pseudo-persistent' pollutants under real-world Agricultural management practices in the Mesopotamic Pampas agroecosystem, Argentina", *Environmental Pollution*, N° 229, 2017, pp. 771-779.

42. SORACCO, G.; VILLARREAL, R.; LOZANO, L.A.; VITTORI, S.; MELANI, E. y MARINO, D., "Glyphosate dynamics in a soil under conventional and no till systems during a soybean growing season", *Geoderma* 323, 2018, pp. 13-21.

43. ALONSO, L.; DEMETRIO, P.; ETCHEGOYEN, A. y MARINO, D., "Glyphosate and atrazine in rainfall and soils in agroproductive areas of the pampas region in Argentina", *Science of the Total Environment* 645, 2018, pp. 89-96.

44. LUPI, L.; BEDMAR, F.; PURICELLI, M.; MARINO, D.; APARICIO, V.; WUNDERLIN, D. y MIGLIORANZA, K., "Glyphosate runoff and its occurrence in rainwater and subsurface soil in the nearby area of agricultural fields in Argentina", *Chemosphere* 225, 2019, pp. 906-914.

públicas orientadas a evitar la degradación de la tierra frente al modelo extractivo en la Argentina resulta evidente en relación con el uso de agroquímicos cuando se revisa el estado de la cuestión en perspectiva comparada con otros líderes de la producción en el mercado mundial agrícola como es el caso de Francia. En 2007, la *Grenelle de l'environnement*<sup>45</sup> (un conjunto de debates políticos) reunió al Estado y a las autoridades locales con interlocutores sociales y organizaciones no gubernamentales ambientales con el propósito de tomar decisiones de largo plazo sobre el medioambiente, el desarrollo sostenible y el cambio climático. Entre las medidas resultantes, se destacan el plan Ecophyto 2018,<sup>46</sup> adoptado en 2009 como parte del Plan Nacional de Salud y Medio Ambiente,<sup>47</sup> orientado a reducir a la mitad el uso de plaguicidas en 2018, y el plan Ecophyto 2<sup>48</sup> (2015), que extendió el plazo a 2025. Estos planes tienen como propósito avanzar hacia una agricultura menos dependiente de plaguicidas. Responden asimismo a la Directiva 2009/128/CE<sup>49</sup> de la Unión Europea que establece que los Estados miembro adopten planes de acción nacionales con el fin de reducir los riesgos y los efectos del uso de plaguicidas en el medioambiente y en la salud humana.

En la Argentina, la creación del Observatorio Nacional de la Degradación de Tierras y Desertificación

constituye un avance en la institucionalización de esta problemática.<sup>50</sup> Se trata de un sistema nacional de evaluación y monitoreo de tierras a diferentes escalas (nacional, regional y de sitios piloto) basado en un abordaje interdisciplinario. El funcionamiento del Observatorio está enmarcado en un proyecto interinstitucional que llevan adelante el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), el Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA) y la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sostenible de la Nación.

El proyecto comprende en la actualidad 23 sitios piloto, ocho de los cuales fueron incorporados en 2020, luego de una convocatoria lanzada a investigadores y técnicos de instituciones como universidades, centros de investigación, el INTA con sus dependencias, organismos provinciales u ONG, con el propósito de expandir la Red de Monitoreo del Observatorio en las ecorregiones sin representación.

No obstante, el contexto de déficit regulatorio, de falta de

control y monitoreo de los impactos ambientales del uso intensivo de agroquímicos sigue generando una multiplicación de litigios judiciales<sup>51</sup> impulsados por los individuos y colectivos afectados, y, en algunos casos, por los empresarios y productores ante restricciones establecidas a nivel local.

## “El déficit de las políticas públicas orientadas a evitar la degradación de la tierra frente al modelo extractivo en la Argentina resulta evidente”

45. Disponible en: <https://www.vie-publique.fr/eclairage/268585-le-grenelle-de-l-environnement-quels-engagements> [Fecha de la última consulta: el 9/-10/-2020].

46. Disponible en: <https://agriculture.gouv.fr/ministere/le-plan-ecophyto-2018> [Fecha de la última consulta: el 9/-10/-2020].

47. Disponible en: <https://solidarites-sante.gouv.fr/sante-et-environnement/les-plans-nationaux-sante-environnement/article/plan-national-sante-environnement-2-pnse-2-2009-2013> [Fecha de la última consulta: el 9/-10/-2020].

48. Disponible en: <https://agriculture.gouv.fr/le-plan-ecophyto-quest-ce-que-cest> [Fecha de la última consulta: el 9/-10/-2020].

49. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32009L0128> [Fecha de la última consulta: el 9/-10/-2020].

50. Disponible en: <http://www.desertificacion.gob.ar/> [Fecha de la última consulta: el 9/-10/-2020].

51. Ver CABALEIRO, F., *Praxis jurídica sobre los agrotóxicos en la Argentina: Recopilación jurisprudencial*, 3ª edición, Naturaleza de Derechos, Buenos Aires, 2020.

## 2.4. Limitaciones del litigio estructural

Sin perjuicio de ser considerada la mayor problemática socioambiental de nuestro país<sup>52</sup> por la extraordinaria extensión y proporción de ocupación territorial del agronegocio, teniendo en cuenta la degradación acelerada de los suelos, la contaminación del agua y los pueblos fumigados con agrotóxicos, resulta relevante abordar las limitaciones que ha presentado el litigio estructural en la materia.

### 2.4.1. ¿Competencia o incompetencia de la Corte?

En 2013 la Corte Suprema de la Nación rechazó la competencia originaria en la causa "Giménez, Alicia Fany y otros contra el Estado nacional y otros",<sup>53</sup> una demanda colectiva por daño ambiental relativo a la liberación irrestricta de cierto tipo de agroquímicos —en particular, el glifosato— asociados a organismos genéticamente modificados para ser resistentes a estos. La demanda tenía por objeto, *inter alia*, a) la prevención y recomposición del daño ambiental colectivo, b) que se ordene al Estado nacional —Poder Ejecutivo nacional— la suspensión de las resoluciones que autorizan eventos transgénicos para su diseminación irrestricta en todo el territorio nacional, c) que se exhorte al Poder Legislativo nacional para que dicte leyes de presupuestos mínimos en materia de bioseguridad y manejo sostenible del suelo, d) que se condene a las empresas demandadas a la recomposición del suelo y de la biodiversidad del ambiente dañado, entre otras peticiones.

La Corte entendió que no se había aportado ningún elemento que permitiera concluir que se configuraba la interjurisdiccionalidad requerida por el art. 7° de la

Ley General del Ambiente (LGA) para determinar la competencia federal. Aclaró que no basta con afirmar que todo el proceso de explotación agropecuaria excede ampliamente los límites de la división política y jurisdiccional del país. Señaló, además, que los actores no indicaron cuál sería el recurso de carácter interjurisdiccional que se encontraría afectado y tampoco delimitaron los suelos que estarían presuntamente contaminados (Considerando 5°).

Por otra parte, la Corte consideró que no cabe atribuirles a las provincias el carácter de partes adversas, pues el objeto del litigio demuestra —a su juicio— que es el Estado nacional el único que resultaría obligado y con posibilidades de cumplir con el mandato restitutorio del derecho que se denuncia como violado, en el supuesto de admitirse la demanda. Consideró que las pretensiones estaban dirigidas solo contra el Estado nacional —y las empresas demandadas— (Considerando 3°). Afirmó asimismo la Corte que, aun cuando se alegara alguna omisión legislativa en la que hubieran incurrido los Estados locales, "en la medida en que ese planteo se vincularía con el poder de policía ambiental que —en principio— está regido por el derecho público local y corresponde a la competencia de las autoridades provinciales", tampoco procedería la acumulación subjetiva de pretensiones (Considerando 7°). La Corte declaró, por lo tanto, su incompetencia e indicó que las pretensiones debían ser interpuestas ante las jurisdicciones que correspondan, según la persona que se opte por demandar: ante la justicia federal en caso de serlo el Estado nacional, o ante los tribunales locales en caso de emplazarse a las provincias (Considerando 8°). El fallo no aclaró cuál sería el fuero competente para demandar a las empresas por daño ambiental colectivo.

La inusitada complejidad que presenta el caso en materia de distribución de competencias, que llevó a que el control y monitoreo de una actividad antrópica de relevante impacto ambiental no fueran ejercidos por ningún nivel de gobierno, no fue abordada adecuadamente en el fallo, como se expondrá sucintamente a continuación.

### 2.4.2. Competencias e incompetencias de autoridades locales y nacionales

52. SVAMPA, M. Y V., E., *El colapso ecológico ya llegó: Una brújula para salir del (mal) desarrollo*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2020.

53. CSJN, "Giménez, Alicia Fany y otros c/Buenos Aires, provincia de y otros s/ medida cautelar" (17-9-2013). La demanda fue interpuesta contra el Estado nacional, las provincias de Buenos Aires, Entre Ríos y Santiago del Estero, el Consejo Federal de Medio Ambiente y las empresas Monsanto Argentina S.A.I.C., Bayer S.A., Dow Agrosciences S.A., Pioneer Argentina S.R.L., entre otras. Disponible en: <https://noticias.perfil.com/2019/07/16/investigacion-nuevo-juicio-al-glifosato/> [Fecha de la última consulta: el 9-10-2020]. Disponible en: <https://noticias.perfil.com/2019/07/16/denuncia-el-paso-a-paso-de-la-investigacion-contra-el-glifosato/>

Un denso entramado de acciones y omisiones que involucran tanto a las autoridades locales como nacionales y a las empresas demandadas ha derivado en una violación masiva del derecho fundamental de los habitantes a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las necesidades futuras, consagrado en el art. 41 de la Constitución nacional.

Las gravísimas irregularidades comenzaron con el otorgamiento de las autorizaciones para la liberación irrestricta de eventos transgénicos y los agroquímicos asociados a su uso a través de la Resolución N° 167/96 del secretario de Agricultura, Pesca y Alimentación. Tal como se expone en la demanda y en investigaciones periodísticas,<sup>54</sup> se han violado los procedimientos administrativos en vigor, se dejaron sin respuesta los serios cuestionamientos de las instancias técnicas y no se realizaron los análisis solicitados por el ex-Instituto Argentino de Sanidad y Calidad Vegetal (IASCAV), que luego se fusionó en el Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria (SENASA). Tampoco se han realizado evaluaciones de impacto ambiental con la necesaria participación ciudadana ni se han realizado evaluaciones de impacto ambiental acumulativas.

La Corte ni siquiera se detuvo a analizar las particularidades que presentarían las evaluaciones de impacto ambiental en este caso, en tanto la competencia para autorizar los eventos transgénicos y los agroquímicos asociados a su uso corresponde al Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria (SENASA) y a la Comisión Nacional Asesora de Biotecnología Agropecuaria (CONABIA), organismos en la órbita del Poder Ejecutivo nacional, mientras que el daño ambiental colectivo ocasionado como consecuencia de su liberación irrestricta en nuestro país tiene lugar en el territorio de las provincias.

### 2.4.3. Omisiones sistemáticas que vulneran derechos

54. *Página 12*, 26/4/2009. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-123932-2009-04-26.html> [Fecha de la última consulta: el 19/11/-2020].

En virtud de lo expuesto, no se está aplicando en ningún nivel de gobierno la evaluación de impacto ambiental, instrumento por excelencia para la gestión ambiental. La falta de una ley de presupuestos mínimos en materia de bioseguridad y uso sustentable del recurso suelo complejiza aún más la cuestión.

Si las autorizaciones del SENASA fueran entendidas meramente bajo la cláusula comercial,<sup>55</sup> como una regulación de fondo, uniforme en todo el país, se estaría negando el insoslayable hecho de que la actividad comporta un relevante impacto ambiental y se la estaría eximiendo sin fundamento de la obligación de una evaluación de impacto ambiental previa, tal como exige la Ley General del Ambiente.<sup>56</sup>

Para arribar a una ley de presupuestos mínimos en materia de bioseguridad y uso sustentable del suelo que cumpla con los requisitos que establece la LGA,<sup>57</sup> a partir de las dramáticas evidencias expuestas por los demandantes sobre las consecuencias de agroquímicos como el glifosato en el ambiente y la salud de la población (Puntos 5, 8 y "Anexo II" de la demanda), un prerrequisito ineludible son el acceso y la producción de información adecuada. Precisamente, este es uno de los puntos centrales denunciados por la sociedad civil en este caso.

En estas circunstancias, lejos de cumplir el rol que le compete como garante del derecho fundamental de la población a vivir en un ambiente sano y de promotor de la deliberación democrática<sup>58</sup> cuando los demás

55. "Corresponde al Congreso: (...) Reglar el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí" (art. 75 inc. 13 de la Constitución nacional).

56. "Toda obra o actividad que, en el territorio de la Nación, sea susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población, en forma significativa, estará sujeta a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, previo a su ejecución." (Ley N° 25.675, art. 11°)

57. Según la definición que brinda el art. 6° de la LGA: "[S]e entiende por presupuesto mínimo, establecido en el artículo 41 de la Constitución nacional, a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental. *En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable*". [El resaltado es propio].

58. GARGARELLA, R., "Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la Constitución", en: GARGARELLA, R. (Coord.), *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 168.



poderes y jurisdicciones han fallado sistemáticamente, la Corte obstaculizó y demoró el tratamiento de uno de los conflictos socioambientales más acuciantes de nuestro país.<sup>59</sup>

## 2.5. Potestad de los gobiernos locales para restringir —e incluso prohibir— el uso de agroquímicos

Ya en el siglo XIX, en el fallo "Saladeristas Podestá" (CSJN, 14/5/1887), la Corte Suprema sentenció que nadie puede tener un derecho adquirido a comprometer la salud pública. Los derechos de propiedad y a ejercer industria lícita están sujetos a las leyes que reglamenten su ejercicio y las autorizaciones otorgadas por el Estado se conceden con la condición implícita de no ser nocivos a los intereses generales de la comunidad. En aquel entonces, la Corte advirtió que, cuando esta presunción ha sido destruida por los hechos, pesa sobre el Gobierno el deber de proteger la salud pública, por lo que impone requisitos e incluso retiran la autorización concedida, si estos no se cumplieran o fueran ineficaces para hacerlos completamente inocuos.

Un siglo después, se consagrarían los pilares del derecho ambiental, tanto en el plano internacional como en el derecho interno, con la máxima jerarquía (CN, arts. 41 y 43), receptando positivamente (art. 4º de la LGA N° 25.675) los principios preventivo, precautorio, de responsabilidad, de equidad intergeneracional, entre otros, a los que se encuentran sujetos la interpretación y aplicación de la Ley General del Ambiente y toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental.

En este contexto normativo, dos casos resultan de particular interés. La provincia de Chubut a través de la Ley XI N°70<sup>60</sup> ha sido la primera en prohibir en todo su territorio "la importación, introducción, tenencia con

finde comercialización, fabricación, fraccionamiento, distribución, transporte y aplicación, ya sea por tierra o aérea del herbicida glifosato en todas sus variantes, así como los productos que tengan como base o principio activo el glifosato" (*Boletín Oficial de Chubut*, 10 de junio de 2019).

La Municipalidad de Gualaguaychú, por su parte, luego de un debate y un diálogo con la comunidad (inédito en la materia), recibió a todos los actores interesados, consultó a universidades, científicos, productores, organizaciones sociales y ambientales y entes estatales con conocimientos en la materia, prohibió en todo el ejido de la localidad "el uso, aplicación, expendio, almacenamiento, transporte, comercialización y venta del producto llamado en forma general 'glifosato' y aquellas formulaciones que lo contengan".<sup>61</sup> Entre los informes e investigaciones científicas citados en los considerandos de la Ordenanza que advierten sobre los peligros que representa el glifosato para la salud, la biodiversidad y el ambiente, se menciona un estudio publicado en 2016, en el que se detectaron altas concentraciones de glifosato y su metabolito AMPA en la cuenca del río Paraná.<sup>62</sup> Contra esta ordenanza municipal, un grupo de comerciantes inició una causa judicial que tiene por objeto su declaración de inconstitucionalidad.<sup>63</sup>

Se presenta la cuestión, en este punto, sobre el grado de regulación posible para los gobiernos locales. Y así, es preciso poner de resalto que la "cláusula ambiental" incorporada en la Constitución nacional en 1994

61. Ordenanza N° 12.216/2018, sancionada el 16 de abril de 2018, por el Honorable Concejo Deliberante. Disponible en: <https://gualaguaychu.gov.ar/ordenanzas/salud/prohibicion-en-el-ejido-el-uso-aplicacion-c3%B3n-expendio-almacenamiento-transporte-comercializacion-c3%B3n-y-venta-del-glifosato> [Fecha de la última consulta: el 9/10/2020].

62. RONCO, A.; MARINO, D.; ABELANDO, M.; ALMADA, P. y APARTIN, C., "Water quality of the main tributaries of the Paraná Basin: Glyphosate and AMPA in surface water and bottom sediments", *Environmental Monitoring and Assessment* 188, 2016, pp. 1-13.

63. "Agro Gestión del Litoral S.A. y otros c/ Municipalidad de San José de Gualaguaychú s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad". La causa suscitó un conflicto positivo de competencia entre el Juzgado Federal de Concepción del Uruguay N° 2 y el Juzgado de Garantías N° 1 de Gualaguaychú, provincia de Entre Ríos. Según el dictamen de la Procuración General de la Nación de fecha 8/4/2019, resulta competente para entender en el caso la justicia federal. La contienda de competencia será dirimida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

59. La demanda se reintepuso en 2014 ante el fuero Contencioso Administrativo Federal contra el Estado nacional y las empresas. Habiendo transcurrido ya seis años, las empresas aún no han contestado la demanda. Causa "Giménez, Alicia Fany y otros c/ EN y otros s/ proceso de conocimiento", Expte. CAF N° 22339/14 y "Giménez, Alicia Fany y otros c/ EN y otros s/ medida cautelar", Expte. CAF N° 22336/14, Juzgado Nacional Contencioso Administrativo Federal N° 3, Tucumán 1381 piso 2, Secretaría N° 5.

60. Disponible en: <http://boletin.chubut.gov.ar/archivos/boletines/Junio%2010.%202019.pdf> [Fecha de la última consulta: el 9/10/2020].

establece una especial distribución de competencias en la materia, en virtud de la cual corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas (art. 41 de la CN). Tal como ha precisado la Corte Suprema, "complementar supone agregar alguna exigencia o requisito no contenido en la legislación complementada".<sup>64</sup> Es decir, los gobiernos locales pueden establecer mayores niveles de protección, al fijar estándares más rigurosos o severos. La facultad de reglamentar y, por consiguiente, de limitar el ejercicio de los derechos individuales en beneficio de la comunidad también es ejercida por las municipalidades, cuya competencia concurrente en materia ambiental y de salubridad no puede ser soslayada.<sup>65</sup> En este sentido, y siguiendo el principio constitucional de "optimización de la protección ambiental", no caben dudas de que las normas inferiores pueden ser diferentes a las de jerarquía superior, y, con ello, no violan la supremacía federal, siempre y cuando la discrepancia radique en que la regla inferior protege más que la superior.<sup>66</sup>

Por otra parte, es dable enmarcar este tipo de reglamentaciones que restringen el uso de agroquímicos bajo la figura de otro instrumento clave de la política y la gestión ambiental: el ordenamiento ambiental del territorio (Ley General del Ambiente, art. 8° inc. 1). Máxime, teniendo en cuenta que el art. 21 de la LGA establece que la participación ciudadana deberá asegurarse principalmente en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio (así como en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental).<sup>67</sup>

64. CSJN, "Villivar c/ provincia de Chubut y otros", 17/4/2007, voto de Lorenzetti, Fayt y Petracchi, Considerando 7°.

65. Ver "Copetro vs. Municipalidad de Ensenada", Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, 20/3/2002.

66. ESAIN, J.A., "La distribución de competencias Nación-provincias en materia ambiental", en SABSAY, D. (Dir.) y MANILI, P. (Coord.), *Constitución de la Nación Argentina*, 2, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

67. No obstante, es preciso advertir que existen precedentes, tales como "Chañar Bonito S.A. vs. Municipalidad de Mendiola", Tribunal Superior de la provincia de Córdoba, 18/9/2007, en el cual la Máxima Instancia Provincial consideró excesiva la prohibición del uso de agroquímicos establecida por la Ordenanza N° 390/2004 de la localidad de Mendiola y la declaró inconstitucional. El Tribunal invocó de manera falaz la competencia de organismos en la órbita del Poder Ejecutivo nacional para autorizar el uso de agroquímicos, como si ello implicara la imposibilidad de establecer restricciones ambientales exigentes

En síntesis, la falta de regulación a nivel nacional a través de una ley de presupuestos mínimos de protección ambiental en la materia, la no inclusión a nivel local de la agroindustria entre las actividades sujetas a evaluación de impacto ambiental y al control y monitoreo periódicos, el inaceptable reduccionismo de considerar bajo la cláusula comercial una actividad que comporta un relevante impacto ambiental, el rechazo por parte de la Corte Suprema de abordar la demanda colectiva por daño ambiental interjurisdiccional y de aplicar los principios preventivo y precautorio. (considerando que hoy en día ya existen pruebas contundentes de la contaminación de glifosato en ríos interjurisdiccionales como el Paraná) conducen a que sigan proliferando las causas judiciales y continúen agravándose las violaciones de derechos por el uso de agroquímicos. En ciertos casos, son los jueces penales quienes ordenan investigaciones en las que se termina constatando la contaminación de las aguas en una localidad con agroquímicos,<sup>68</sup> los cuales se encuentran enmarcados en el "Anexo I Y4" de la Ley de Residuos Peligrosos N° 24.051. Finalmente, de manera incipiente, la agricultura sin agroquímicos empieza a aparecer como alternativa sugerida por los jueces para la resolución de los conflictos que suscita su uso.<sup>69</sup>

### 3. El cuidado de la tierra y el suelo: la expansión e institucionalización de la agroecología

La productividad agrícola depende de los servicios que proveen los ecosistemas. Si la producción agrícola no cesa de ser una de las principales causas de degradación del suelo para pasar a ser un contribuyente neto al

en la materia, y se negó la posibilidad de establecer un ordenamiento ambiental agroecológico.

68. Resulta ilustrativa, en este sentido, la causa "Cortese, Fernando Esteban, Roces, Mario Reinerio, Tiribio, Víctor Hugo; Turin, Mario Enrique s/ Infracción art. 55 de la Ley N° 24.051 y N° 200 del Código Penal", Pergamino, provincia de Buenos Aires, Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 2 de San Nicolás, Resolución del 3/4/2019 y ampliación de las medidas de protección del 30/8/2019.

69. Ver FIOROTTO, V. del R., "Gurisada y docentes entre venenos. Debates sobre fumigaciones con agrotóxicos en escuelas rurales de Entre Ríos", punto 4.5, en: BÖHM, M.L. (Dir.), *Empresas (transnacionales) extractivas, derechos humanos y desarrollo sostenible en Argentina. Abordaje anascópico de casos y de problemáticas institucionales y normativas* (en preparación).

mantenimiento del medioambiente, sufrirá importantes caídas en el futuro.<sup>70</sup>

El informe de 2017 de la Relatora Especial sobre el Derecho a la Alimentación<sup>71</sup> describe las consecuencias negativas de la aplicación de plaguicidas en la agricultura industrial para la salud humana, el medioambiente y la biodiversidad, y concluye que el método más eficaz a largo plazo es abandonar la agricultura industrial. En este orden de ideas, considera necesario promover la agroecología.

Con un alto grado de acuerdo, el "Informe especial sobre cambio climático y tierra", elaborado en conjunto por los tres Grupos de Trabajo del Panel Intergubernamental de Cambio Climático, señala a la agroecología no solo como una estrategia de gestión sostenible de la tierra, sino también como un modo de revertir la degradación de las tierras en el contexto del cambio climático.<sup>72</sup>

La genealogía plural de la agroecología en América Latina reconoce entre sus puntos de emergencia la problematización y puesta en cuestión de la implementación de una agenda de investigación e innovación agrícola en México a partir de la década de 1940, inspirada en experiencias que se venían desarrollando en los Estados Unidos. Esto es lo que más tarde se conocería a escala global como la Revolución Verde.

El paquete tecnológico que impulsa la Primera Revolución Verde estaba basado en semillas híbridas "de alto rendimiento" asociadas al uso intensivo de fertilizantes y pesticidas y a procesos de mecanización que implicaban el uso intensivo de energía. Este programa de industrialización de la agricultura reemplazaba las policulturas por monoculturas a gran escala con significativos impactos, tales como la pérdida de diversidad

genética, la erosión de los suelos y el incremento de la incidencia de pestes y enfermedades.<sup>73</sup>

En este escenario, Efraím Hernández-Xolocotzi, un investigador mexicano de origen náhuatl graduado en Agricultura en la Universidad de Cornell en 1938 y con estudios de posgrado en biología en la Universidad de Harvard, inició desde el Instituto Nacional de Agricultura de México, en la década de 1950, junto con los antropólogos Ángel Palerm y Arturo Warman, un programa de investigación colaborativa transdisciplinar que parte de la elaboración de la noción de agroecosistemas para desarrollar un enfoque que se propone superar las limitaciones de la dicotomía naturaleza/cultura.<sup>74</sup> Esta colaboración transdisciplinar les permitió documentar a través de viajes de estudio por las diversas regiones de México la sofisticación de los conocimientos situados de campesinos e indígenas, que no solo comprendían prácticas y tecnologías agrícolas diversas, sino incluso una intrincada consideración de las características del suelo, la vegetación cultivada y silvestre, el clima, el agua y las instituciones económicas campesino-indígenas. La integración de dimensiones de las ciencias de la agricultura, medioambientales, sociales y económicas en la investigación de los sistemas de conocimiento campesino-indígenas despertó tanto el interés de organizaciones no gubernamentales en el sur global como de la academia en el norte global.

Estos diálogos iniciales entre científicos a través de fronteras disciplinares y campesinos e indígenas de distintas regiones configuraron desde un inicio a la agroecología con un sentido plural. La agroecología refiere hoy no solo a una disciplina científica y una

70. DE SCHUTTER, O., "Large-scale land acquisitions and leases: A set of core principles and measures to address the human rights challenge", *Special Rapporteur on the right to food*, Naciones Unidas, 11 de junio de 2009.

71. NACIONES UNIDAS, "Informe de la Relatora Especial sobre Derecho a la Alimentación" [en colaboración con el Relator Especial sobre las Implicancias para los Derechos Humanos de la Gestión y Eliminación Ecológicamente Racionales de las Sustancias y los Desechos Peligrosos], A/HRC/34/48, 24 de enero de 2017.

72. IPCC, *Climate Change and Land: An IPCC Special Report on climate change, desertification, land degradation, sustainable land management, food security, and greenhouse gas fluxes in terrestrial ecosystems*, 2020, pp. 100 y 381.

73. ALTIERI, M. y NICHOLS, C., "Agroecology: a brief account of its origins and currents of thought in Latin America", *Agroecology and Sustainable Food Systems* 41 (3-4), 2017, pp. 231-237.

74. ALTIERI, M., "For an agriculture that doesn't get rid of farmers", *Nacla Report on the Americas* 35, 2002, pp. 29-34.

75. DAHLBERG, K., *Beyond the Green Revolution: The Ecology and Politics of Global Agricultural Development*, Plenum Press, Nueva York, 1979.

76. ORTEGA-PACZKA, R., "Vida y aportes del maestro Efraim Hernández Xolocotzi", *Revista de Geografía Agrícola* N° 50-51, 2013, pp. 31-36.

77. ROSADO-MAY, F., "The Intercultural Origins of Agroecology: Contributions from Mexico", en: MÉNDEZ, E.; BACON, C.; COHEN, R. y GLIESSMAN, S. (Eds.), *Agroecology: A Transdisciplinary, Participatory and Action-oriented Approach*, Taylor and Francis, Boca Ratón, FL, 2016.

78. ALTIERI, M., "For an agriculture that doesn't get rid of farmers", *op. cit.*, pp. 29-34.

práctica agrícola, sino a su vez a un movimiento político o social con trayectorias diversas en América Latina,<sup>79</sup>80 Estados Unidos,<sup>81</sup> Canadá,<sup>82</sup> Europa,<sup>83</sup>84 Asia<sup>85</sup> y África.<sup>86</sup>

Las prácticas agroecológicas, los movimientos sociales y los logros de la ciencia agroecológica en diversas latitudes emergen como una respuesta a los problemas asociados con el modelo de agricultura industrial (degradación de la tierra y el suelo, contaminación de los cursos de agua, pérdida de la biodiversidad, afectación de la salud entre otros problemas medioambientales, sociales y económicos). Conforman de esta manera un nuevo paradigma en las ciencias de la agricultura que se dirige a reemplazar costosos y degradantes agroquímicos, entre otros insumos tecnológicos, por prácticas basadas en investigaciones multidisciplinares en diálogo con campesinos, indígenas, movimientos sociales y organizaciones no gubernamentales. La agroecología identifica, diseña, implementa y evalúa métodos y sinergias beneficiosas que proveen a los agroecosistemas de la

## “Recuperar la diversidad cultural que nutre las agriculturas locales es parte de los procesos de cuidado de la tierra y el suelo”

capacidad de mantener un balance adecuado entre los diferentes componentes interrelacionados que los integran. La biodiversificación en agroecología es crucial en la búsqueda de restablecer la resiliencia de los agroecosistemas. Mantener, restaurar y mejorar la biodiversidad en los agroecosistemas contribuyen a la provisión de servicios ambientales y ecosistémicos, tales como la regulación de las plagas, la regulación de procesos hidrológicos locales, el reciclaje de nutrientes del suelo y el control del microclima local. Compartimos la idea de que recuperar la diversidad cultural que nutre las agri-

culturas locales es parte de los procesos de cuidado de la tierra y el suelo que permiten restablecer los servicios ambientales y ecosistémicos que se han perdido, debido a las dinámicas de simplificación biológica impulsadas por la industrialización de la agricultura.<sup>87</sup>

A pesar del crecimiento exponencial del agronegocio en la Argentina, es importante exponer y realzar en este trabajo que relevamientos recientes atraen la atención hacia una

multiplicidad de actores que intervienen en experiencias heterogéneas de transición agroecológica y que articulan nuevos canales de comercialización y nuevas formas de conexión entre lo rural y lo urbano. Estas experiencias de transición se presentan como campos de indagación donde convergen los conocimientos académicos con la recuperación de saberes campesinos e indígenas, como en el caso de los procesos transicionales que coordinan organizaciones sociales como la Unión de Trabajadores de la Tierra.

En esta misma corriente de propuestas acordes con la idea de la agroecología, las Ferias del Productor al Consumidor, como la que organiza la Secretaría de Extensión de la Facultad de Agronomía de la Universidad de Buenos Aires, o la Feria Manos de la Tierra, que surgió de los proyectos de extensión de la Universidad

79. ALTIERI, M. y NICHOLS, C., "Agroecology: a brief account...", *op. cit.*, pp. 231-237.

80. SARANDON, S. y MARASAS, M., "Brief history of agroecology in Argentina: origins, evolution, and future prospects", *Agroecology and Sustainable Food Systems* 41 (3-4), 2017, pp. 238-255.

81. Disponible en: <https://foodfirst.org/the-launch-of-socla-north-america/> [Fecha de la última consulta: el 9/10/2020].

82. MARNEY, I.; ISAKSON, R.; DALE, B.; LEVKOE, C.; HARGREAVES, S.; MÉNDEZ, E.; WITTMAN, H.; HAMMELMAN, C.; LANGILL, J.; MARTIN, A.; NELSON, E.; EKKERS, M.; BORDEN, K.; GAGLIARDI, S.; BUCHANAN, S.; ARCHIBALD, S. y GÁLVEZ CIANI, A., "Agroecology in Canada: Towards an integration of Agroecological Practice, Movement, and Science". *Sustainability* 10 (9), 2018.

83. BELLON, S. y OLLIVIER, G., "Institutionalizing Agroecology in France: Social Circulation Changes the Meaning of an Idea", *Sustainability* 10 (5), 2018.

84. WEZEL, A.; BELLON, S.; DORE, T.; FRANCIS, C.; VALLOD, D.; DAVID, C., "Agroecology as a science, a movement and a practice. A review", *Agronomy for Sustainable Development* 29, 2009, pp. 503-515.

85. FAO, "Report on the Multi-Stakeholder Consultation on Agroecology in Asia and the Pacific", Roma, 2016.

86. MOUSSEAU, F., "The untold success story of agroecology in Africa", *Development* N° 58, 2016, pp. 341-345.

87. ALTIERI, M., *Agroecology: The Science of Sustainable Agriculture* (2ª ed.), CRC Press, Boca Ratón, 2018.

Nacional de La Plata, o el Mercado Territorial, de la Universidad de Quilmes, conforman auspiciosos espacios de encuentro y comercialización para la agricultura familiar.<sup>88</sup>

De igual modo, algunos municipios de la provincia de Buenos Aires, en un escenario de debates en torno de la regulación municipal de las fumigaciones con agroquímicos, han impulsado experiencias de transición agroecológica con el asesoramiento de profesionales que llevan adelante experiencias en establecimientos familiares. Municipios en los que colectivos de vecinos impulsaron y respaldaron legislaciones que restringen la aplicación de agroquímicos y, por tanto, el paquete tecnológico que los articula, han configurado escenarios de oportunidad para el desarrollo de la agroecología. Así, la Red Nacional de Municipios y Ciudadanos que fomentan la Agroecología (RENAMA)<sup>89</sup> se conformó en 2016 a partir de estas experiencias e impulsa desde entonces procesos de transición a través de talleres, charlas y recorridos de campos. El proyecto comprende, además, el desarrollo de una red de intercambio de semillas, una certificación local agroecológica y una red de monitoreo ambiental en colaboración con universidades, organizaciones de consumidores y movimientos sociales.

La generación de institucionalidad y políticas públicas dirigidas al sector de la agricultura familiar presenta, entre otros antecedentes, la implementación del programa Prohuerta, un programa que lleva tres décadas desde su creación. En 2005, se creó el Centro de Investigación y Desarrollo Tecnológico para la Agricultura Familiar (CIPAF) con una estructura conformada por cinco institutos (IPAF) en cada una de las macrorregiones: NOA, NEA, Pampeana, Cuyo y Patagonia. Con el propósito de promover la construcción de conocimientos con la activa participación de agricultores familiares, esta nueva estructura institucional adoptó la Investigación Acción Participativa (IAP) como abordaje teórico-metodológico. A partir de las demandas relevadas junto con las organizaciones de la agricultura familiar, se definió a

la agroecología como una de las líneas de investigación a escala nacional.<sup>90</sup>

Debe prestarse atención a que si bien entre 2005 y 2015 se implementó una serie de políticas públicas orientadas a la agricultura a pequeña escala y a las prácticas agroecológicas, entre 2016 y 2019, se produjo un debilitamiento y achicamiento de estas. A modo ilustrativo, cabe mencionar que, en 2007, se creó el Registro Nacional de la Agricultura Familiar (RENAF);<sup>91</sup> en 2009, se estableció el monotributo social agropecuario,<sup>92</sup> y, en enero de 2015, se sancionó la Ley N° 27.118 de Reparación Histórica de la Agricultura Familiar que declaró de interés público la agricultura familiar, campesina e indígena, en respuesta a las demandas de los actores del sector de la agricultura familiar en sus acciones en público y sus interacciones con el Estado a diferentes escalas. Como desaceleración de este recorrido, el vaciamiento de la Subsecretaría de Agricultura Familiar de la Nación<sup>93</sup> entre 2016 y 2019 restringió considerablemente las políticas previstas en la Ley N° 27.118 (cuya reglamentación aún está pendiente).

Por su parte, el informe de 2019 de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho Humano a la Alimentación,<sup>94</sup> luego de su visita a la Argentina, alerta acerca de la mayor tendencia en la Argentina de apoyar el modelo agroindustrial a través de programas de fomento e incentivo, así como de instrumentos tributarios en detrimento de la agricultura a pequeña escala y familiar y las prácticas agroecológicas. El "Informe" destaca que las prácticas agroecológicas contribuyen no solo a la diversificación de la producción agrícola, sino que, a la vez, brindan importantes servicios ecosistémicos que protegen el medioambiente y los recursos

88. PALMISANO, T., "Las agriculturas alternativas en el contexto del agronegocio. Experiencias en la provincia de Buenos Aires, Argentina", *Revista de Alimentación Contemporánea y Desarrollo Regional* 51 (28), 2018.

89. Disponible en: <http://www.renama.org/>. [Fecha de la última consulta: el 9/10/2020].

90. MAGGIO, A., *CIPAF 10 años: memoria institucional y experiencias de investigación acción participativa con la agricultura familiar*, Ediciones INTA, Buenos Aires, 2017.

91. Disponible en: <https://renaf.magyp.gob.ar/>. [Fecha de la última consulta: el 9/10/2020].

92. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/169711/norma.htm>. [Fecha de la última consulta: el 9/10/2020].

93. Disponible en: <https://www.cels.org.ar/web/2018/05/vaciamiento-de-las-politicas-para-la-agricultura-familiar/>. [Fecha de la última consulta: el 9/10/2020].

94. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/008/80/pdf/G1900880.pdf?OpenElement>. [Fecha de la última consulta: el 11/12/2020].

naturales como la tierra y el suelo, con el fin de facilitar la adaptación al cambio climático. En este sentido, la Relatora indica que la agricultura a pequeña escala y las prácticas agroecológicas debieran ser promovidas por el Estado a través de programas de fomento e incentivo, así como de instrumentos tributarios como alternativa al modelo extractivo.

En 2020, finalmente, luego de un cambio de gobierno, se dio un nuevo impulso a la promoción de la agroecología y se avanzó en su institucionalización a través de la creación de la Dirección Nacional de Agroecología (DNA), mediante la Decisión Administrativa N° 1441-2020, del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca, publicada en el *Boletín Oficial* el 8/8/2020.<sup>95</sup> La DNA tiene como responsabilidad primaria "[i]ntervenir en el diseño e instrumentación de políticas, programas y proyectos que promuevan la producción primaria intensiva y extensiva de base agroecológica, en todas sus escalas, con la participación de productores o sus organizaciones, articulando acciones con los gobiernos provinciales y municipales" ("Anexo II", Dec. N° 1441-2020). Cabe alegar que este enfoque es particularmente sensible a las nociones de gobernanza policéntrica, cuyas virtudes han sido expuestas por autores, tales como Elinor Ostrom.<sup>96</sup> No es ocioso destacar que la persona designada a cargo de la DNA, el Ing. Eduardo Cerdá, fue el presidente de la Red Nacional de Municipios que fomentan la Agroecología (RENAMA). A la DNA le corresponde asimismo "[p]articipar en la formulación de medidas de formación, investigación y extensión, para apoyar la transición hacia modelos productivos, de comercialización y de consumo de base agroecológica" ("Anexo II", Dec. N° 1441-2020). Sería deseable robustecer la institucionalización de la Dirección Nacional de Agroecología a través de una ley del Congreso, a fin de garantizar la continuidad de su labor en el tiempo.

#### 4. Hacia un derecho humano a la tierra

95. Disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/233443/20200811> [estado: 09.10.2020].

96. OSTROM, E., "Beyond markets and states: polycentric governance of complex economic systems", *American economic review*, 100(3), 2010, pp. 641-72.

Quien fue Relator de las Naciones Unidas del Derecho a la Alimentación identifica la emergencia de un derecho a la tierra en el derecho internacional de los derechos humanos.<sup>97</sup>

De Schutter considera que existen fuertes argumentos para considerar que la reforma agraria contribuye a la progresiva realización del derecho humano a la alimentación, por lo menos, en contextos caracterizados por un alto nivel de concentración de la propiedad de la tierra (tales como un nivel de desigualdad superior al 0,65 de coeficiente de Gini), combinado con un importante nivel de pobreza rural atribuible a la falta de acceso a la tierra. Es preciso tener presente que América Latina es la región más desigual del planeta en términos de distribución de la tierra, con un coeficiente Gini para tierras de 0,79<sup>98</sup> que asciende a 0,85 en América del Sur.<sup>99</sup>

El derecho a la redistribución de la tierra puede ser entendido como parte de la categoría de derechos que Amartya Sen ha denominado "meta-derechos", es decir, derechos a que se adopten políticas que procuren la realización de los derechos.<sup>100</sup> El reconocimiento del derecho a la reforma agraria como un meta-derecho significaría que los Estados estarían obligados a monitorear las desigualdades existentes en el acceso a la tierra y, en los casos en que el Estado no esté asegurando el derecho a la alimentación hasta el máximo de recursos disponibles, debería implementar programas de reforma agraria que aseguren un progreso mensurable en dirección a mejorar el acceso a la tierra para aquellos a quienes resulta de vital importancia. Cabe aclarar que, contrariamente al mito extendido, las plantaciones en gran escala no necesariamente resultan más productivas que la agricultura de pequeña escala, familiar. Para la mayoría de los cultivos, no hay economías de escala en la producción agrícola.<sup>101</sup> Sin considerar otros indicadores relevantes, tales

97. DE SCHUTTER, O., "The Emerging Human Right to Land", *International Community Law Review* 12, 2010, pp. 303-334.

98. OXFAM, "Privilegios que niegan derechos: Desigualdad extrema y secuestro de la democracia en América Latina y el Caribe", 2016.

99. VON BENNEWITZ, E., "Land Tenure in Latin America: from Land Reforms to Counter-Movement to Neoliberalism", *Acta Universitatis Agriculturae et Silviculturae Mendelianae Brunensis*, 65(5), 2017, pp. 1793-1798.

100. DE SCHUTTER, O., "The Emerging Human Right to Land", *op. cit.*, pp. 333-334.

101. DE SCHUTTER, O., "Large-scale land acquisitions and leases...", *Special Rapporteur on the right to food, op. cit.*, p. 6

como la calidad nutricional y la inocuidad de los alimentos producidos.<sup>102</sup>

No es ocioso señalar que la inequidad económica resultó ser un factor significativo en los modelos utilizados para predecir la pérdida de biodiversidad a través de comparaciones estadísticas de especies amenazadas en 50 países.<sup>103</sup>

## 5. Conclusiones

La acelerada expansión en la Argentina de un modelo extractivo agroindustrial que involucra el uso de OGM asociados a un elevado consumo de pesticidas, controlados en gran medida por empresas transnacionales, en 2015 alcanzó más de la mitad de las tierras cultivables del país. El déficit de las políticas públicas orientadas a evitar la degradación de la tierra en la Argentina resulta evidente cuando se revisa el estado de la cuestión en perspectiva comparada con otros líderes de la producción en el mercado mundial agrícola como el caso de Francia.

La significativa movilización de la academia a instancias de la alerta de movimientos sociales atrae la atención hacia el impacto de este modelo sobre la degradación de la tierra y el suelo. Estas movilizaciones cuestionan la información corporativa y la falta de referencias por parte del Estado, en un escenario de creciente judicialización de demandas contra el Estado y las empresas por la violación de derechos humanos impulsadas por los colectivos afectados. Graves omisiones, tales como falta de regulación a nivel nacional a través de una ley de presupuestos mínimos de protección ambiental en la materia, la no inclusión a nivel local de la agroindustria entre las actividades sujetas a evaluación de impacto ambiental, así como al control y monitoreo periódicos, y el rechazo por parte de la Corte Suprema de entender en el litigio estructural, permiten que se sigan vulnerando

los derechos humanos de las generaciones presentes, lo que pone en riesgo asimismo el de las generaciones futuras. Dada la alta complejidad y multidimensionalidad de la cuestión, se señala aquí la urgente necesidad de institucionalizar la evaluación multicausal de sustentabilidad del modelo extractivo de agropnegocios.

Por otra parte, los incipientes avances en la institucionalización de la agroecología como paradigma alternativo en las ciencias de la agricultura, con la reciente creación de la Dirección Nacional de Agroecología, son alentadores. Finalmente, en un contexto signado por un alto nivel de concentración de la propiedad de la tierra y degradación de esta, sería deseable avanzar en dirección al reconocimiento del derecho a la tierra, en su inescindible vínculo con el derecho a la alimentación, a la salud y a un ambiente sano, el sostenimiento de la vida y la biodiversidad.

**“Sería deseable avanzar en dirección al reconocimiento del derecho a la tierra, en su inescindible vínculo con el derecho a la alimentación, a la salud y a un ambiente sano”**

102. SARANDÓN, S. (Coord.), *Biodiversidad, agroecología y agricultura sustentable*, Editorial de la Universidad Nacional de La Plata, Buenos Aires, 2020.

103. HOLLAND, T.G.; PETERSON, G.D.; GONZALEZ, A.; "A Cross-National Analysis of How Economic Inequality Predicts Biodiversity Loss", *Conservation Biology*, Vol. 23, N° 5, 2009, pp. 1304-1313.





# Gurisada y docentes entre venenos. Debates sobre fumigaciones con agrotóxicos en escuelas rurales de Entre Ríos



**Victoria del Rosario Fiorotto**

Abogada con orientación en Derecho Internacional Público de la Universidad de Buenos Aires. Investigadora en formación.

\* Este trabajo fue realizado en el marco del Proyecto DeCyT 2018-2020 (DCI 1806), dirigido por María Laura Böhm, titulado "Empresas transnacionales extractivas, derechos humanos y desarrollo sostenible en América Latina. Abordaje anascópico de casos y formulación de propuestas en constelaciones específicas de conflicto". El libro que presenta los resultados del Proyecto se encuentra en proceso de revisión para su publicación.

**1. Introducción**

En el presente trabajo, me propongo abordar algunos debates en torno de la afectación a la comunidad educativa rural<sup>1</sup> causada por las fumigaciones con agrotóxicos en zonas de escuelas rurales de la provincia de Entre Ríos. Para ello, analizo las cuatro causas judiciales tramitadas ante tribunales provinciales que versan sobre esta problemática. Estas causas revisten importancia en tanto receptan demandas colectivas en defensa de derechos afectados por las fumigaciones, reflejan diferentes narrativas sobre la problemática y surten diferentes repercusiones sociales e institucionales. Es decir, retroalimentan y resignifican las discusiones. Asimismo, en estos procesos judiciales, se debaten cuestiones replicadas en escuelas rurales adyacentes a espacios de producción agraria de todo el país.<sup>2</sup>

1. Entiendo aquí por comunidad educativa rural a todas las personas que asisten a escuelas rurales (alumnado, personal docente y no docente). La educación rural como modalidad del sistema educativo está prevista en el capítulo X de la Ley de Educación Nacional N° 26606 (sancionada el 14/12/2006, *Boletín Oficial* (BO), 28/12/2006) y en el capítulo XII de la Ley Provincial de Educación N° 9890 (sancionada el 22/12/2008; BO, 26/1/2009).

2. Los reclamos por fumigaciones con agrotóxicos sobre escuelas rurales se agrupan en la provincia en la Coordinadora por una Vida sin Agrotóxicos en Entre Ríos: Basta es Basta y la Campaña Paren de Fumigar las Escuelas, y a nivel nacional, en la Red Federal de Docentes por la Vida. Por otro lado, diversas denuncias por fumigaciones que afectan a comunidades educativas rurales se enumeran en la Resolución N° 29/2014 sobre escuelas rurales emitida por el defensor del Pueblo de la Nación, de fecha 30/9/2014 (disponible en CABALEIRO, F., *Praxis jurídica sobre los agrotóxicos en la Argentina*, 4ª ed. (marzo), 1511 páginas, 2 tomos, 79 decisiones judiciales, resoluciones

Dentro de la categoría "agrotóxicos", agrupo aquí a las sustancias herbicidas, insecticidas, acaricidas, fungicidas y similares que se utilizan mediante fumigaciones terrestres o aéreas<sup>3</sup> para exterminar organismos biológicos (hongos, plantas, insectos) considerados "pestes", "malezas" o "plagas" para los cultivos y su comercialización. Opto por emplear el término *agrotóxicos*, ya que el uso de expresiones como "productos defensivos" o "productos fitosanitarios" para referirse a esas sustancias pueden utilizarse como eufemismos que ocultan su carácter biocida y, por consiguiente, se oculta también la peligrosidad que su uso implica para la salud de los seres humanos y los demás animales y el ambiente.<sup>4</sup> Las fumigaciones generan derivas, esto es, desplazamientos de los agrotóxicos fuera del objetivo y originados por diversos factores, y estas derivas se clasifican en primarias, secundarias y terciarias, según el momento en el que se producen.<sup>5</sup>

administrativas, dictámenes y recomendaciones, 2020, pp. 704-710). Allí se recomienda a autoridades nacionales la realización de estudios y se exhorta a diferentes dependencias estatales provinciales y nacionales a tomar medidas precautorias, impositivas, de monitoreo, seguimiento y participación a fin de resguardar a la comunidad educativa rural de las fumigaciones con agrotóxicos.

**3.** Siguiendo un informe del ingeniero Tomasoni, agregado a las causas judiciales analizadas en el punto 3, para referirme a las aspersiones con agrotóxicos, utilizo el término "fumigaciones", de connotación más política que el término técnico "pulverizaciones" (TOMASONI, M., "No hay fumigación controlable. Generación de derivas de plaguicidas", Red Universitaria de Ambiente y Salud (REDUAS)/Red de Médicos de Pueblos Fumigados, noviembre de 2013, p. 12, nota al pie 19). Existen tres formas de realizarlas: la manual, mediante mochilas; la terrestre, con vehículos autopropulsados conocidos como "mosquitos" o propulsados por otra máquina, y la aérea, mediante aeronaves o "avionetas" (ídem, p. 12).

**4.** Sobre algunos impactos de los agrotóxicos, véase ARANDA, D. (Comp.), *Acción por la biodiversidad, Atlas del agronegocio transgénico en el Cono Sur: monocultivos, resistencias y propuestas de los pueblos*, en: VICENTE, L.M.; VICENTE, C.A. y ACEVEDO, C. (Coords.), 1ª ed. ilustrada, Acción por la Biodiversidad, Marcos Paz, 2020, p. 28 y ss.; SOUZA CASADINHO, J., "Informe sobre los plaguicidas altamente peligrosos en la Argentina", Rapal/IPEN, Buenos Aires, Argentina, 2019, pp. 19-24. En el punto 4, abordo algunos debates en torno de la peligrosidad de los agrotóxicos.

**5.** TOMASONI, M., "No hay fumigación controlable...", *op. cit.*, 2013, p. 7. Sobre el fenómeno de la deriva, sus clasificaciones y características, véase dicho artículo. Allí el autor concluye que las derivas de agrotóxicos son incontrolables y, de igual manera, concluye el defensor del Pueblo de la Nación en la Resolución N° 29/14 (cfr. *ut supra* nota 3).

En la Argentina, actualmente se comercializan 123 plaguicidas altamente peligrosos (PAP)<sup>6</sup> con utilización en actividades agrarias. Algunos de los más importantes, entre ellos, son Glifosato, Atrazina, Paraquat, Clorpirifos, Mancozeb e Imidacloprid.<sup>7</sup> En la provincia de Entre Ríos, un estudio sobre áreas cercanas a la ciudad de Urdinarrain arrojó una alta concentración de glifosato y su metabolito (AMPA), mayor que los niveles detectados en otras zonas de la región Pampeana y otras regiones del mundo.<sup>8</sup> A pesar de la masividad de la comercialización de estos agrotóxicos, en el país no hay registros oficiales que den cuenta de su uso.

Este contexto tóxico se inserta en las prácticas hegemónicas de producción agraria neoextractivistas,<sup>9</sup>

**6.** Estándar internacional establecido por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), según el nivel de peligro agudo o crónico para la salud y el ambiente que representa el plaguicida (cfr. SOUZA CASADINHO, J., "Informe sobre los plaguicidas...", *op. cit.*, 2019, p. 13).

**7.** SOUZA CASADINHO, J., "Informe sobre los plaguicidas...", *op. cit.*, 2019, pp. 5, 25-27. Cifras confeccionadas por Souza Casadinho correspondientes al período 2013/2017 sobre la base de fuentes estadísticas de importaciones y exportaciones publicadas por el Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria (SENASA). Obsérvese que 107 plaguicidas autorizados en la Argentina están prohibidos o no permitidos en otros países (ídem, pp. 27, 157 y ss.).

**8.** PRIMOST, J.E.; MARINO, D.J.G.; APARICIO, V.C.; COSTA, J.L. y CARRIQUIRIBORDE, P., "Glyphosate and AMPA, 'pseudo-persistent' pollutants under real-world agricultural management practices in the Mesopotamic Pampas agroecosystem, Argentina", *Environmental Pollution*, Vol. 229, 771-779, octubre de 2017, p. 773.

**9.** Gudyas destaca como características del neoextractivismo en América del Sur una mayor presencia estatal en términos de tributos y regalías, el papel preponderante de las empresas privadas, la subordinación exportadora de los países, la dependencia de inversión extranjera y asistencia financiera, la desterritorialización, el surgimiento de diversos conflictos sociales y la implementación programas sociales contra la pobreza (GUDYNAS, E., "Agropecuaria y nuevo extractivismo bajo los gobiernos progresistas de América del Sur", *Territorios 5*, noviembre de 2010, pp. 37-54). Svampa presenta al neoextractivismo como categoría analítica que permite dar luz sobre algunas características del modelo extractivista actual, por ejemplo, respecto de su centralidad en el sistema de acumulación, de la dimensión geopolítica y las crisis en las que está inmerso, entre ellas, la crisis socioecológica, la económica y la democrática (SVAMPA, M., *Las fronteras del neoextractivismo en América Latina. Conflictos socioambientales, giro ecoterritorial y nuevas dependencias*, 1ª ed., Editorial UCR, Costa Rica, 2019, p. 17 y ss.). Siguiendo a la autora, el neoextractivismo puede entenderse como un "modelo de desarrollo basado en la sobreexplotación de bienes naturales, cada vez más escasos, en gran parte no renovables, así como en la expansión de las fronteras de explotación hacia territorios antes considerados improductivos desde el punto de vista del capital (ídem, p. 21), cuya característica principal es su orientación exportadora de bienes primarios a gran escala (hidrocarburos,

entendidas como modelo de agronegocios.<sup>10</sup> Este se caracteriza por la producción mediante un *paquete tecnológico*<sup>11</sup> —que combina el uso de biotecnologías, maquinarias, agrotóxicos y siembra directa— de monocultivos transgénicos o *commodities* —principalmente soja—<sup>12</sup> y su comercialización en el mercado internacional.<sup>13</sup> A su vez, estos cultivos se introducen en espacios sociales concretos y los modifican, lo que provoca efectos dañinos,<sup>14</sup> máxime sobre la población que habita los espacios agrarios y convive con los agrotóxicos, como lo es la comunidad educativa rural.<sup>15</sup>

metales, minerales) o productos ligados al nuevo modelo o paradigma agrario, esto es, el modelo de agronegocios (idem, p. 22).

10. Sobre el avance de este modelo en la Argentina, véase SVAMPA, M. y VIALE, E., *Maldesarrollo: la Argentina del extractivismo y el despojo*, 1ª ed., Katz Editores, Buenos Aires, 2014. Sammartino señala que el agronegocio es un patrón tecnológico que “posibilita el desarrollo de variedades para ser cultivadas en zonas cuyas características naturales del suelo o clima lo hubieran hecho impensable” (SAMMARTINO, G.V., “Notas para identificar el modelo de producción agroalimentario hegemónico actual”, *Diaeta (B.Aires)*, Vol. 32, Nº 146, 2014, 16-25, p. 23).

11. WAHREN, J. y BARRI, F., “El modelo sojero de desarrollo en la Argentina: tensiones y conflictos en la era del neocolonialismo de los agronegocios y el cientificismo-tecnológico”, *Realidad Económica*, Nº 255 (octubre-noviembre), 2010, 43-65, p. 49; ÁVILA-VÁZQUEZ, M. y DIFILIPPO, F., “Agricultura tóxica y salud en pueblos fumigados de la Argentina”, *Crítica y Resistencias. Revista de conflictos sociales latinoamericanos*, Nº 2, 2016, 23-45, p. 25.

12. Acerca de la introducción de la soja transgénica y las particularidades del fenómeno de monocultivos transgénicos en la Argentina véase WAHREN, J. y BARRI, F., “El modelo sojero...”, *op. cit.*, 2010. Según las estimaciones publicadas por la Bolsa de Comercio de Rosario, en el período 2019/2020 el área sembrada con soja fue de 17,2 millones ha, 7,26 millones ha de maíz y 6,8 millones ha de trigo. Disponible en: <https://bcr.com.ar/es/mercados/gea/estimaciones-nacionales-de-produccion/estimaciones>. [Fecha de la última consulta: el 1/10/2020]. En la provincia de Entre Ríos, durante el mismo período, los principales cultivos según superficie sembrada fueron soja (1.153.500 ha), trigo (443.100 ha), maíz (406.600 ha), sorgo (67.600 ha) y arroz (54.200 ha). Cifras extraídas del “Informe Producción ciclo agrícola 2019/20”, publicado por la Bolsa de Cereales de Entre Ríos. Disponible en: [http://www.bolsacer.org.ar/Funciones/impresion/impresion\\_pdf.php?dato=1221](http://www.bolsacer.org.ar/Funciones/impresion/impresion_pdf.php?dato=1221). [Fecha de la última consulta: el 27/9/2020].

13. SVAMPA, M. y VIALE, E., *Maldesarrollo...*, *op. cit.*, 2014, p. 130; BARRI, F.R., “Pueblos fumigados en la Argentina: resistencia epidemiológica comunitaria al modelo económico de los agronegocios”, *Ecología política*, Nº 40, 2010, 67-72, p. 67; LAPEGNA, P., *La Argentina transgénica*, 1ª ed., Siglo XXI Editores, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, p. 34.

14. LAPEGNA, P., “La Argentina transgénica...”, *op. cit.*, 2019, p. 38.

15. La problemática de las fumigaciones con agrotóxicos en la provincia se presenta en el programa *Fumigaciones* (emitido por Nación Zonámbula, TV Pública, emisiones Nº 46-47, T09, 2014. Parte 1 disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=aKtB419vIq8> y parte 2, disponible en: [Para desarrollar esta temática presento en el apartado 2 el marco normativo en el que se insertan las fumigaciones en zonas de escuelas rurales en la provincia; en el apartado 3, reseño las causas judiciales tramitadas ante tribunales provinciales sobre estas prácticas, así como los decretos y el accionar legislativo provincial que influyeron en su desarrollo. En el apartado 4, abordo cinco aspectos que condensan los principales ejes temáticos relevados en los fallos bajo estudio, en los que expongo las posturas sostenidas por diferentes intervinientes en las causas y los aportes académicos al respecto. Por último, en el apartado 5, esbozo breves reflexiones sobre los temas abordados y algunos desarrollos no considerados en los fallos.](https://www.youtube.com/watch?v=</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

## 2. Marco normativo de las fumigaciones con agrotóxicos

La Argentina no cuenta con una normativa federal o ley de presupuestos mínimos de protección sobre el uso de agrotóxicos.<sup>16</sup> En la órbita del Poder Ejecutivo nacional, el Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria (SENASA), perteneciente al Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca, es el ente encargado de la autorización, registro y clasificación de los productos considerados pesticidas. Este organismo clasifica

[YpWsnZKmqWs&t=2434s](https://www.youtube.com/watch?v=2434s) [Fecha de la última consulta: el 29/9/2020]. Allí participan, entre otros actores, miembros de la campaña Paren de Fumigar las Escuelas, docentes, profesionales de la salud y personas afectadas como Fabián Tomasi, quien fue empleado de una empresa de fumigación aérea.

16. El dictado de las leyes de presupuestos mínimos es de competencia de la Nación, conforme prevé el art. 41 de la Constitución nacional (CN) que contempla el derecho “a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras” (Constitución de la Nación Argentina, sancionada el 22/8/1994, *Bo*, 23/08/1994). Sí, existe una ley de presupuestos mínimos que regula la gestión de los envases vacíos de fitosanitarios, Ley Nº 27279 (sancionada el 7/10/2016, *Bo*, 11/10/2016), reglamentada en 2018 por el Decreto Nº 134/2018 (sancionado el 19/2/2018, *Bo*, 20/2/2018), aunque no se cumple (SOUZA CASADINHO, J., “Informe sobre los plaguicidas...”, *op. cit.*, 2019, p. 17). Resulta llamativo que se haya sancionado una ley de estas características que regula el destino de los envases contenedores y no el uso directo de los agrotóxicos. Sobre el —deficiente— proceso de registro, comercialización y utilización de plaguicidas en la Argentina, véase SOUZA CASADINHO, J., “Informe sobre los plaguicidas...”, *op. cit.*, 2019, p. 48 y ss.

toxicológicamente a los productos autorizados en una escala del i al iv (de mayor a menor peligrosidad) sobre la base del parámetro d150.<sup>17</sup> Las provincias, los municipios y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se encargan de regular y controlar el uso de estos productos en sus jurisdicciones, y para establecer limitaciones a su uso se basan, a su vez, en las clasificaciones del SENASA.<sup>18</sup>

Por otro lado, la Ley de Residuos Peligrosos N° 24051 contempla los "Desechos resultantes de la producción, la preparación y utilización de biocidas y productos fitosanitarios" ("Anexo I", punto Y4), y enumera características que convierten a ciertos residuos en peligrosos ("Anexo II").<sup>19</sup> Además, esta

17. Cfr. Resolución N° 302/2012, donde se menciona que se siguen los criterios de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de 2009. El indicador d150 "se define a partir del número de miligramos del tóxico por kilo de peso, requerido para matar el 50% de una población de animales de laboratorio expuestos" (VERZEÑASSI, D., "Agroindustria, salud y soberanía. El modelo agrosojero y su impacto en nuestras vidas", en: MELÓN, D. (Coord.), *La patria sojera: el modelo agrosojero en el Cono Sur*, 1ª ed., El Colectivo, Buenos Aires, 31-48, 2014, p. 41). Ergo, considera solo la toxicidad aguda e ignora los efectos de la toxicidad crónica generados por una exposición prolongada —que puede generar por ejemplo cáncer—, no contempla los sinergismos entre diversos agrotóxicos —las exposiciones suelen ser a más de un agrotóxico por vez— o sus reacciones con los coadyuvantes —sustancias utilizadas para mejorar la calidad de las aplicaciones—, ni se analizan los procesos de bioacumulación —absorción de sustancias por organismos pequeños de la cadena trófica que llegan finalmente a los seres humanos con una concentración aumentada— (ibidem).

18. ARANCIBIA, F.; BOCLES, I.; MASSARINI, A. y VERZEÑASSI, D., "Tensiones entre los saberes académicos y los movimientos sociales en las problemáticas ambientales", *Metatheoria –Revista de Filosofía e Historia de la Ciencia*, Vol. 8, N° 2, 105-123, 2018, p. 113.

19. Por ejemplo, las señaladas en los códigos H6.1 "Tóxicos (venenosos) agudos: Sustancias o desechos que pueden causar la muerte o lesiones graves o daños a la salud humana, si se ingieren o inhalan o entran en contacto con la piel"; H11 "Sustancias tóxicas (con efectos retardados o crónicos): Sustancias o desechos que, de ser

ley establece en su capítulo IX sanciones penales para el caso de que por uso de residuos peligrosos se "envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general" (art. 55), con penas de prisión de un mes a 25 años.

En la provincia de Entre Ríos, el uso de agrotóxicos se rige por la Ley de Plaguicidas N° 6599 de 1980<sup>20</sup> y sus normas complementarias y reglamentarias.<sup>21</sup> Este plexo normativo establece diferentes limitaciones a las fumigaciones, entre ellas, las distancias a partir de las que se prohíben en zonas de centros poblados, casco urbano y case-ríos (en un radio de 50 metros para fumigaciones terrestres y de 3 kilómetros para aéreas), cursos de agua y galpones avícolas (en un área de 50 metros para fumigaciones terrestres y de 100 metros para aéreas).<sup>22</sup>

aspirados o ingeridos, o de penetrar en la piel pueden entrañar efectos retardados o crónicos, incluso la carcinogénesis", y H12 "Ecotóxicos: Sustancias o desechos que, si se liberan, tienen o pueden tener efectos adversos inmediatos o retardados en el medioambiente debido a la bioacumulación o los efectos tóxicos en los sistemas bióticos". Estos efectos, como se señala en el apartado 4, están asociados a los agrotóxicos en vastos estudios internacionales.

20. Ley Provincial N° 6599 (BO, 12/9/1980), ratificada por Ley Provincial N° 7495 (BO, 10/2/1985).

21. Disponibles en *Digesto Plaguicidas. Ley N° 6599, normas complementarias y reglamentarias*, publicado por el Departamento de Sanidad Vegetal de la Dirección de Agricultura y Apicultura, Secretaría de Producción, Gobierno de Entre Ríos. En los fallos que analizo en el punto 3, se menciona reiteradamente que esta normativa está desactualizada, es ineficiente y de cumplimiento imposible.

22. Según el Decreto N° 279/03 SEPG, la Resolución N° 47/04 SAAyRN, la Resolución N° 49/07 SAAyRN y la Resolución N° 19/06 SAAyRN, respectivamente. Además, si bien algunos municipios prohíben el uso, venta y comercialización del glifosato, las escuelas rurales no están amparadas en esas normativas, ya que se ubican por fuera de los ejidos municipales.

**“Estos cultivos se introducen en espacios sociales concretos y los modifican, lo que provoca efectos dañinos, máxime sobre la población que habita los espacios agrarios y convive con los agrotóxicos, como lo es la comunidad educativa rural”**

Respecto de las escuelas rurales, en cambio, no existía una regulación específica hasta 2018, aun cuando en la provincia hay 969 establecimientos educativos rurales y los que lindan con lotes de producción agrícola se ubican entre 1 y 1000 metros de distancia de estos.<sup>23</sup> Las demandas colectivas y denuncias particulares sobre fumigaciones con agrotóxicos en zonas de escuelas rurales motivaron que la judicatura provincial se expidiera sobre el tema. Estos fallos, a su vez, derivaron en dos decretos reglamentarios emitidos por el Poder Ejecutivo provincial en 2018 y en 2019 para las fumigaciones en esas áreas, todo lo cual se desarrolla a continuación.

### 3. Hitos jurídico-políticos sobre fumigaciones en escuelas rurales

Las causas judiciales que abordo en este trabajo serán denominadas con un breve nombre: "Honeker", "Foro 1", "Foro 2" y "Foro 3".<sup>24</sup> Con esos nombres, me refiero

23. Según el informe del Consejo General de Educación acompañado en el fallo "Foro 1" (apartado 17) que analizo en el punto 3. El mapa de las escuelas rurales de la provincia elaborado por este organismo se encuentra disponible en: <http://cge.entferios.gov.ar/wp-content/uploads/2017/05/Mapa-Esc-Rurales-georeferenciadas.jpg>. [Fecha de la última consulta: el 30/9/2020]. Un mapa georeferenciado de las escuelas fumigadas en la provincia elaborado por la campaña Paren de Fumigar las Escuelas está disponible en: <http://escuelasfumigadas.blogspot.com/p/mapeo-escuelas-rurales-fumigadas.html>. [Fecha de la última consulta: el 30/9/2020].

24. Se identifican, de este modo, según los nombres de las carátulas. La causa "Honeker" comprende las decisiones: "Honeker, José Mario; Visconti, César Martín Ramón; Rodríguez, Erminio Bernardo s/lesiones leves culposas y contaminación ambiental" N° 0821: 119 Tribunal de Juicios y Apelaciones de Concepción del Uruguay, 3/10/2017; "Honeker, José Mario; Visconti, César Martín Ramón; Rodríguez, Erminio Bernardo - lesiones leves culposas y contaminación ambiental s/ recurso de casación" N° 1019, Cámara de Casación de Paraná, 21/8/2018, y "Honeker, José Mario; Visconti, César Martín Ramón; Rodríguez, Erminio Bernardo - Lesiones leves culposas y contaminación ambiental s/impugnación extraordinaria" N° 4848, STJER, Sala N° 1 en lo Penal, 27/7/2020. La causa "Foro 1" comprende las decisiones: "Foro Ecologista de Parana y otra c/ Superior Gobierno de la provincia de Entre Ríos y otro s/ acción de amparo" N° 10.711, Cámara II en lo Civil y Comercial, Sala II, 1/10/2018, y N° 23709, STJER, Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal, 29/10/2018. La causa "Foro 2" comprende las decisiones: "Foro Ecologista de Paraná (2), y otro c/ Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos s/ acción de amparo", N° 9624, Cámara II en lo Civil y Comercial, Sala III, 28/3/2019, y N° 24024, STJER Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal, 14/5/2019. La causa "Foro 3" comprende las decisiones: "Foro Ecologista de Paraná (3) y otro c/ Superior Gobierno de la Provincia de

a las intervenciones de los tribunales de Primera Instancia, y especificaré cuando los fallos sean de la Cámara de Casación o del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos (STJER), tras las apelaciones a las sentencias de grado.

#### 3.1. "Honeker"

La denuncia que motivó la primera sentencia provincial sobre la materia se originó en 2014 por una fumigación con agrotóxicos en un campo sembrado con arroz lindante con la Escuela N° 44 República Argentina, de Santa Anita, departamento Uruguay. La fumigación sucedió durante la jornada escolar y afectó a cinco alumnos y a la docente Mariela Leiva que allí se encontraban, les generó cuadros de cefalea, dolores epigástricos, vómitos, sequedad bucal y llagas.<sup>25</sup> En este caso, resuelto en octubre de 2017, el Tribunal de Juicios y Apelaciones de Concepción del Uruguay condenó penalmente al productor agroindustrial, al responsable de la empresa aeroplacadora y al aeroplacador por coautoría en los delitos de lesiones leves culposas en concurso ideal con contaminación ambiental, por aplicación del art. 94 en función del art. 89 del Código Penal y del art. 56 de la Ley de Residuos Peligrosos. En el fallo, el Tribunal consideró que los imputados no respetaron las reglamentaciones en vigor ni la distancia precaucional que la situación ameritaba.<sup>26</sup> Esta sentencia fue confirmada por la Sala I de la Cámara de Casación de Paraná en agosto de 2018 y

Entre Ríos s/ acción de amparo" N° 9850, Cámara II de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala III, 26/9/2019, y N° 24321, STJER, 28/10/2019.

25. En la fumigación, se arrojaron alrededor de 1500 litros de agrotóxicos, de los cuales se comprobaron el Ako Power, Dash, Aura (principio activo Proxidim), Tebuco 43 (principio activo Tebuconazole) y Clincher (principio activo Gyalofopbutil), este último calificado de residuo peligroso según el "Anexo I" (código Y4) y el "Anexo II" (código H6.1) de la Ley N° 24051.

26. Los tres imputados fueron condenados a un año y seis meses de prisión en suspenso, y se dispuso la inhabilitación especial al aeroplacador por un año. El Tribunal determinó que los imputados tenían una posición de garante por manejar una fuente de peligro y que omitieron actuar conforme a derecho —delito de omisión impropia—, en tanto infringieron los mandatos de la Ley N° 25675, la Ley Provincial N° 6599, el Decreto N° 279/03, y las Resoluciones N° 47/04 y N° 49/04 SAA y RN. Esto, debido a las inconsistencias en la receta agronómica, la ausencia de un profesional en el lugar de la fumigación y por no respetar las distancias mínimas que la geografía y condiciones atmosféricas al momento del hecho merituaban (apdo. 12).

quedó firme en mayo de 2020, tras la intervención de la Sala N° 1 en lo Penal del STJER.

### 3.2. "Foro 1"

La causa "Foro 1" se originó con un amparo ambiental<sup>27</sup> presentado en agosto de 2018 por la organización no gubernamental Foro Ecologista de Paraná (FEP) y la Asociación Gremial del Magisterio de Entre Ríos (AGMER) contra el Superior Gobierno de la provincia de Entre Ríos y el Consejo General de Educación (CGE). En ese amparo solicitaron la fijación de un perímetro de prohibición del uso de agrotóxicos alrededor de las escuelas rurales de la provincia de 1000 metros para fumigaciones terrestres y de 3000 metros para fumigaciones aéreas, de acuerdo con la normativa en vigor para los centros urbanos y ejidos de ciudades. También solicitaron la fijación de una barrera vegetal para proteger los centros educativos, el establecimiento de un sistema de vigilancia epidemiológica sobre la comunidad educativa rural y el análisis del agua de lluvia y de consumo de los alumnos.

En octubre de 2018, la Sala II de la Cámara II en lo Civil y Comercial, integrada por el juez Benedetto, admitió parcialmente el amparo y prohibió las fumigaciones en las distancias solicitadas, hasta tanto se determinara mediante estudios específicos qué distancias menores resultarían igualmente preventivas. Considero a este

fallo una "causa estructural"<sup>28</sup> en la que, para proteger el derecho colectivo al ambiente sano, se restringieron las fumigaciones y se ordenó al Poder Ejecutivo realizar complejos estudios.

Tras la apelación de las demandadas, y a menos de

un mes del pronunciamiento de grado, se expidió la Sala I de Procedimientos Constitucionales y Penal del STJER. El Tribunal colegiado, con voto mayoritario de los vocales Giorgio y Carubia y la vocal Mizawak en disidencia, hizo lugar parcialmente a la apelación y confirmó las distancias restrictivas establecidas por la Cámara.<sup>29</sup>

En diciembre de 2018, el gobernador provincial Gustavo Bordet dictó el Decreto N° 4407 que —según su texto, con el fin de dar cumplimiento a lo resuelto por el STJER— prohibió las "aplicaciones de fitosanitarios" próximas a escuelas rurales en distancias de 100 m para aplicaciones terrestres y de 500 m para aplicaciones aéreas, significativamente menores a las previstas en "Foro 1". Luego de la publicación del Decreto, las amparistas presentaron un recurso extraordinario federal

contra el fallo del STJER, que fue declarado abstracto en febrero de 2019 en virtud del Decreto N° 4407, es decir,

**“La fumigación  
sucedió durante  
la jornada escolar  
y afectó a cinco  
alumnos y a la docente  
Mariela Leiva que  
allí se encontraban,  
les generó cuadros  
de cefalea, dolores  
epigástricos, vómitos,  
sequedad bucal  
y llagas”**

27. Acción prevista en los arts. 41 y 43 de la CN, en la Ley Reglamentaria N° 16986 (sancionada el 18/10/1966; *BO*, 20/10/1966), el art. 56 de la Constitución de la provincia de Entre Ríos (sancionada el 3/10/2008, e.v. 1/11/2008) y el art. 62 de la Ley provincial de Procedimientos Constitucionales N° 8369 (sancionada el 18/7/1990; *BO*, 4/10/1990).

28. MERLINSKY, G. (Comp.), Cartografías del conflicto ambiental en la Argentina, 1ª ed., Fundación CICCUS, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2013, p. 27. Merlinsky entiende a estas causas como una forma de activismo judicial, que evidencian conflictos de larga duración y en las que el Tribunal busca generar cambios a largo plazo mediante argumentaciones novedosas y órdenes de compleja ejecución (ídem, pp. 27-28).

29. El STJER revocó los puntos de la sentencia de Cámara que suspendían las aplicaciones en horario de clases y condenaban al CGE, y mantuvo las demás partes de la sentencia.

se juzgó la formalidad de su dictado y no la sustancia de este —su adecuación o no a lo resuelto por la Cámara—.

### 3.3. "Foro 2"

En febrero de 2019, FEP y AGMER presentaron un nuevo amparo ambiental contra el Superior Gobierno de la provincia de Entre Ríos en el que solicitaban la nulidad y revocación del Decreto N° 4407 por violar lo sentenciado en "Foro 1", lo que dio origen a la causa "Foro 2". En marzo de 2019, el vocal Marfil de la Sala III de la Cámara II en lo Civil y Comercial admitió parcialmente la demanda y decretó la nulidad de los arts. 1° y 2° del Decreto cuestionado por no ajustarse al estándar normativo de "Foro 1", devenido en cosa juzgada. La Cámara, luego de analizar la sustancia de los fundamentos del Decreto y el expediente administrativo que le dio origen, entendió que no se habían incorporado estudios que avalaran que las nuevas distancias de 100 y 500 m eran inocuas para el alumnado y personal docente. Así, en mayo de 2019, esta sentencia quedó firme tras ser confirmada por la Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal del STJER, con voto mayoritario de Giorgio y Carubia y voto disidente de Mizawak.

El 1° de agosto de 2019 se dictó el Decreto N° 2239, que derogó el de 2018 y prevé una nueva regulación de las distancias en áreas adyacentes a escuelas rurales. Establece una "zona de exclusión" en la que se prohíben las "aplicaciones de plaguicidas" en un radio de 100 m para fumigaciones terrestres y de 500 m para aéreas —igual que en el Decreto N° 4407—, y un "área de restricción" a partir de la primera. En esta área de restricción, solo se permiten los "productos fitosanitarios" de clase toxicológica III y IV, según la clasificación del SENASA, a distancias de 500 m y 3000 m para aplicaciones terrestres y aéreas, respectivamente.

### 3.4. "Foro 3"

FEP y AGMER presentaron en agosto de 2019 un tercer amparo ambiental, que dio inicio a "Foro 3", contra el Superior Gobierno de la provincia de Entre Ríos en el que solicitaban la nulidad absoluta del Decreto N° 2239. En

septiembre, el vocal Galanti de la Sala III de la Cámara II en lo Civil y Comercial, en sintonía con lo resuelto en esa instancia en "Foro 2", decretó la nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad de los arts. 2°, 3° y 4° del Decreto N° 2239, que contemplan la zona de exclusión y el área de restricción. Este fallo se fundó en la insuficiencia de los estudios y pruebas en que se había basado el Decreto N° 2239 para cumplimentar los requisitos dispuestos en "Foro 1".

Previo a este amparo, el 8 de agosto de 2019, se había sancionado con tratamiento legislativo preferencial la reforma a la Ley de Procedimientos Constitucionales Provincial N° 8369, que modificó la integración del tribunal para resolver las acciones de amparo. Luego de la apelación del Estado provincial a la sentencia de "Foro 3", intervino el STJER con esta nueva composición de cinco miembros, a diferencia de la Sala de tres miembros que había intervenido en esta instancia en las causas "Foro 1" y "Foro 2".

Así, en octubre de 2019, falló el STJER e hizo lugar parcialmente a la apelación. Este fallo dio un giro a lo resuelto en esa instancia en "Foro 1" y, especialmente, en "Foro 2". En "Foro 3", el STJER mantuvo las distancias del Decreto N° 2239,<sup>30</sup> a pesar de que en "Foro 2" había declarado la nulidad de los arts. del Decreto N° 4407 que establecían las mismas distancias, debido a que carecían de suficiente sustento científico, y que el Decreto N° 2239 estaba fundado prácticamente en los mismos estudios y no se produjeron nuevos. En esta oportunidad, en su razonamiento el STJER se basó en cuestiones formales, esto es, evaluó si lo resuelto en las sentencias anteriores estaba comprendido o no en la "cosa juzgada", y no se adentró en el contenido o fundamentación del Decreto N° 2239.

Las amparistas interpusieron un recurso extraordinario federal, en el que cuestionaron la sentencia del STJER, la reforma legislativa y la composición del nuevo tribunal. Tras la denegación del recurso en febrero de 2020, se presentó un recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que aún está pendiente de resolución. Cualquiera que sea el modo en que la

<sup>30</sup> Con la sola excepción de mantener lo ordenado por la sentencia de grado respecto de que las distancias del Decreto N° 2239 se cuenten a partir del inicio de la barrera vegetal y no del casco de la escuela rural.



Corte resuelva el recurso, aun si lo desestima por razones formales y no ingresa a analizar el fondo del asunto, implicará un desenlace significativo para el recorrido judicial relatado.

#### 4. Análisis de los debates en los fallos

En este apartado, expongo las cuestiones que detecté como más reiteradas en las causas. Para su exposición sistemática, las he agrupado en cinco ejes. Cada una de las cuestiones tratadas las presento mediante citas textuales de los fallos, así como a través de aportes teóricos sobre los temas específicos.

##### 4.1. Toxicidad de las fumigaciones

En los fallos, se mencionó numerosas veces la toxicidad intrínseca de los agrotóxicos y también su inocuidad si se usan correctamente. Para este estudio, es conducente identificar los términos usados en las causas para referir a estas sustancias, ya que son sugerentes de las interpretaciones que sobre ellas realiza cada interviniente.<sup>31</sup>

En "Honeker", los diversos testigos que participaron en la audiencia oral —especialistas en medicina, bioquímica e ingeniería agrónoma— coincidieron en que "los herbicidas siempre son tóxicos y resultan peligrosos para la salud humana" (apartado "apdo." 12). En el voto unánime del Tribunal, se afirmó que los productos utilizados en el caso llevan una peligrosidad ínsita

para la salud, que "la mezcla -caldo- [...] conlleva esencialmente virtualidad lesiva" (apdo. 12) y, aun más, que asistir a escuelas rurales lindantes con campos de producción que aplican el modelo de agronegocios es una actividad riesgosa en sí misma.<sup>32</sup> Por su parte, en "Foro 1", el juez señaló: "El hecho absolutamente irrefutable de que ningún producto químico que sea esparcido en el ambiente o derramado sobre la superficie terrestre resulta inocuo o carente de efectos" (apdo. 9).

En sentido disímil, en su presentación como terceros en "Foro 3", productores de la filial de Crespo de la Federación Agraria Argentina (FAA) alegaron: "No se debería prohibir el uso de una tecnología que en condiciones adecuadas no presenta riesgos o afectación para la salud de las personas y del ambiente, según lo comprueban los organismos de ciencia y tecnología" (apdo. III. B). Considero que este posicionamiento apela a la neutralidad de los agrotóxicos, en tanto se haga un buen uso de ellos mediante las "buenas prácticas",<sup>33</sup> restringe la discusión al ámbito regulatorio y atribuye la responsabilidad del uso inadecuado al usuario.<sup>34</sup>

Como mencioné líneas arriba, tanto en "Foro 2" como en "Foro 3", el Estado provincial no consiguió demostrar mediante los escasos estudios incorporados a los expedientes administrativos de los Decretos N° 4407 y N° 2239 que las distancias allí determinadas resultan inocuas para la comunidad educativa rural. Además de las actuaciones en los fallos, corresponde señalar que diversos estudios indican que el uso de agrotóxicos

31. En términos generales, para señalar sus efectos dañinos se suelen emplear las palabras "agrotóxicos", "plaguicidas" o "venenos", y para propugnar su uso se las asocia a las "buenas prácticas" y se utilizan términos como "fitosanitarios", "agroquímicos", "insumos" o "tecnologías". Skill y Grinberg distinguen dos posturas que designan como "pragmática" y "precautoria", a las que asocian, además del lenguaje utilizado, otros argumentos en torno de las fumigaciones con glifosato (SKILL, K. y GRINBERG, E., "Controversias sociotécnicas en torno a las fumigaciones con glifosato en la Argentina. Una mirada desde la construcción social del riesgo", en: MERLINSKY, G. (Comp.), *Cartografías del conflicto ambiental en la Argentina*, 1ª ed., Fundación CICCUS, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2013, pp. 91-117). En sentido análogo, Blois indica que las formas de nombrar constituyen parte de la disputa (BLOIS, M.P., "Ciencia y glifosato: interpellando órdenes. Una investigación en la prensa en el contexto argentino", *Cuadernos de Antropología Social*, N° 43, 73-93, 2016, p. 77).

32. El Tribunal sostuvo que la fumigación del caso implicó "peligros que comprometían a personas de corta edad y con menos capacidad de respuesta (niños) expuestas a un riesgo (por el solo hecho de tener que asistir a clases a una escuela rural que se sitúa en cercanías de un campo sembrado de arroz y maíz, cuya producción demanda el uso de agroquímicos)" (apdo. 12).

33. Estas refieren a "procesos productivos agrícolas regulados y estandarizados" (SKILL, K. y GRINBERG, E., "Controversias sociotécnicas...", *op. cit.*, 2013, p. 98).

34. ARANCIBIA, F. *et al.* "Tensiones entre los saberes...", *op. cit.*, 2018, p. 113; BLOIS, M.P., "Ciencia y glifosato...", *op. cit.*, 2016, p. 77. Esta lógica puede verse reflejada en "Honeker", en tanto se atribuyeron responsabilidades individuales, con el fin de penalizar el uso de productos permitidos por el Estado y cuyos controles son, a lo sumo, escasos. La exposición de la Fiscalía de Estado en "Foro 1" también da cuenta de esto, en tanto adujo como defensa que la acción no se había interpuesto contra los particulares que realizaban la actividad fumigadora (apdo. 3).

genera impactos nocivos en la salud y en el ambiente.<sup>35</sup> En 2015, expertos de la Agencia Internacional para la Investigación del Cáncer determinaron que los agrotóxicos glifosato y 2,4-D son posiblemente carcinógenos. Específicamente, un estudio realizado en escuelas rurales del departamento Uruguay en Entre Ríos —entre ellas, la escuela N° 44 de Santa Anita, mencionado en "Honeker" por el Ing. Marino— reveló que todas las muestras del suelo contenían por lo menos un plaguicida (glifosato en el 90%) y más de la mitad contenían tres o más, por lo que concluyó que es un "riesgo de efecto adverso para la salud infantil por exposición a Cipermetrina".<sup>36</sup> La realización de similares estudios sobre el agua de las escuelas fue solicitada por las amparistas en "Foro 1", quienes fundaron su pedido en el hecho de que "casi la totalidad de las escuelas rurales no poseen servicio de agua potable, por lo que el agua que se consume en esos establecimientos escolares es extraída directamente de las napas subterráneas, cuya toma de agua se encuentra expuesta a la contaminación con agroquímicos" ("Foro 3", STJER, apdo. I).

#### 4.2. Principio precautorio

En las causas aquí analizadas, el principio precautorio se utilizó como fundamento para establecer conductas que debían observarse en un caso concreto y para limitar las fumigaciones en áreas adyacentes a escuelas rurales ante el vacío legal existente. Este principio tiene

rango constitucional en la provincia<sup>37</sup> y está receptado en la Ley General del Ambiente N° 25675 de Presupuestos Mínimos, cuyas disposiciones son de orden público y operativas (art. 3°). Los principios receptados en esta ley deben cumplirse en la interpretación y aplicación de toda la normativa ambiental, y el precautorio entra en juego en los casos de "ausencia de información o certeza científica" (art. 4°).<sup>38</sup>

Esta ausencia de información o certeza se mencionó en los fallos principalmente respecto de dos cuestiones. Por un lado, sobre los efectos que los agrotóxicos generan en la salud y en el ambiente. Esto comprende los efectos no agudos en la salud —efectos subletales, efectos a mediano plazo y toxicidad crónica—, los causados por las derivas secundarias y terciarias, y su impacto en el suelo y en el agua, y los efectos de la mezcla de agrotóxicos y de estos con otras sustancias.<sup>39</sup> Por otro lado, esta incertidumbre científica se enunció en relación con la distancia mínima que las fumigaciones deben tener respecto de las escuelas rurales para que no representen un peligro para la comunidad educativa rural —si es que esto es posible—,<sup>40</sup> reflejado en la ausencia de estudios

35. Sobre estudios de los efectos del glifosato en la salud, ambiente y biodiversidad, véase ROSSI, E.M., *Antología toxicológica del Glifosato +1000. Evidencias científicas publicadas sobre los impactos del glifosato en la salud, ambiente y biodiversidad*, 5ª ed., Naturaleza de Derechos, 2020. Sobre estudios de los efectos sobre el sistema inmunológico que causan los agrotóxicos, véase ROSSI, E.M., *Inmunología y agrotóxicos. Citas de publicaciones científicas nacionales e internacionales sobre inmunosupresión causada por agrotóxicos*, 2ª ed., Naturaleza de Derechos, 2020.

36. Barbieri S.C./Vittori S./Peluso M.L./Marino D.J. "Exposición ambiental a plaguicidas y caracterización del riesgo asociado para la salud infantil en escuelas rurales de Entre Ríos, Argentina", Comunicación oral, en: CID, F.D.; ORTEGA, N.; BACH, N., *Libro de resúmenes del VII Congreso de la Sociedad de Toxicología y Química Ambiental de la Argentina*, capítulo Argentino, 1ª ed., SETAC, Fabricio Damián Cid, San Luis, 2018, p. 58.

37. Cfr. art. 83 de la Constitución de la provincia de Entre Ríos, según el cual el Estado garantiza en materia ambiental la aplicación de este principio y los de sustentabilidad, equidad intergeneracional, prevención, utilización racional, progresividad y responsabilidad, así como la preservación, recuperación y mejoramiento de los ecosistemas y medidas precautorias y preventivas del daño ambiental.

38. Ley General del Ambiente N° 25675 (sancionada el 6/11/2002; BO, 28/11/2002) art. 4°: "[...] Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente [...]". Este principio también está receptado en el Código Civil y Comercial de la Nación (art. 1708, 1710 y ss.) y en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos del ámbito universal y regional interamericano (cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N° 23/17 sobre "Medio ambiente y derechos humanos", punto VIII. B.2). Sobre los conceptos de "precaución", "prevención", "riesgo" y "seguridad" en el derecho penal, véase BÖHM, M.L., "Justicia preventiva", *Revista Penal*, N° 37, 2016, pp. 46-60.

39. Como los coadyuvantes que se agregan a la "mezcla" o "caldo" que se esparce en las fumigaciones. Esto deriva del método dl50 utilizado para evaluar la peligrosidad de estas sustancias (cfr. *ut supra* nota 18).

40. Tomasoni señala que, considerando los efectos de las derivas primarias en condiciones climáticas óptimas, deberían mantenerse por lo menos 4800 metros de distancia entre las fumigaciones y las escuelas, y que, en fumigaciones aéreas, la deriva puede potenciarse hasta 9 veces, según las variaciones climáticas. Aun más, agrega que

específicos —estudios de impacto ambiental—<sup>41</sup> previo a la sanción de los Decretos N° 4407 y N° 2239.

Siguiendo a Alexy, los principios operan como mandatos de optimización (de permisión y prohibición) que ordenan realizar algo en la "mayor medida posible".<sup>42</sup> El principio precautorio, abordado desde distintas disciplinas,<sup>43</sup> ordena tomar medidas eficaces para impedir la degradación del ambiente y no ofrece soluciones concretas, sino que exige actuar con prudencia.<sup>44</sup>

En lo que estimo una correcta aplicación del principio, el juez Benedetto en "Foro 1" aclaró que su resolución era "potencialmente modificable" (apdo. 18) si nuevos estudios demostraban que la reducción de distancias "no implicaba riesgo alguno para el ambiente y salud de las comunidades educativas rurales" (apdo. 18), e indicó: "La aplicación del principio precautorio deja de tener sustento solo si se da el extremo de aquilatarse con prueba fehaciente la inocuidad de los productos vertidos o la inexistencia de riesgo en distancias menores" (apdo. 18). En este caso, era el Estado provincial quien debía aportar los estudios correspondientes, ya que este principio conlleva la carga de la prueba sobre quien

introduce la fuente de peligro en la sociedad para desvirtuar la incertidumbre.<sup>45</sup>

Ahora bien, la inaplicación y tergiversación del principio precautorio no son usos esporádicos en lo que hace a las fumigaciones con agrotóxicos, ya que muchas veces la falta de certidumbre acerca de los daños causados por estas sustancias se emplea como argumento para avalar su continuidad y evitar posibles restricciones.<sup>46</sup> Sobre esto, resulta ilustrativo el voto en disidencia de la jueza Mizawak del STJER en "Foro 1", que critica el razonamiento del juez Benedetto por haber, por un lado, reconocido la falta de certeza científica sobre la inocuidad de los productos sobre la comunidad educativa o la salud pública y, por el otro, dictar medidas prohibitivas. La magistrada consideró que estas prohibiciones no estaban justificadas ni eran adecuadas o proporcionadas. Atribuyó la irrazonabilidad de la medida dictada a la "escasez de prueba obrante en autos" (apdos. III-V). Considero esto un caso de confianza acrítica<sup>47</sup> en la narrativa del agronegocio, ya que si bien la magistrada propone realizar estudios pertinentes y admite que se podría demostrar que la actividad produce daños, no considera necesario restringir las fumigaciones con agrotóxicos en áreas adyacentes a escuelas rurales hasta entonces. Esto se encuentra en oposición a lo que manda el principio precautorio, que impone sobre el Estado provincial la carga de probar la compatibilidad de distancias menores con la protección a la salud de la comunidad educativa rural. Un razonamiento similar es el del secretario de Medio Ambiente en "Foro 3", quien afirmó:

[Que en su Secretaría no obraban actuaciones que constataran] algún tipo de daño en materia estrictamente ambiental como consecuencia de la aplicación de productos fitosanitarios, por lo que es dable concluir que, en lo que respecta a la dependencia a mi cargo, la utilización de productos fitosanitarios autorizados por la autoridad de aplicación competente en la

estas distancias no contemplan los efectos de las derivas secundarias (TOMASONI, M., "No hay fumigación controlable...", *op. cit.*, 2013, p. 13).

41. Los arts. 11-13 de la Ley N° 25675 ordenan la realización de evaluaciones de impacto ambiental previas a la ejecución de actividades susceptibles de degradar el ambiente o afectar la calidad de vida de la población de manera significativa —como lo son las fumigaciones con agrotóxicos— en los que se deben identificar, entre otras cosas, las consecuencias ambientales de la actividad y las acciones para mitigar sus efectos negativos. Como hice mención, nada de esto sucedió previo al dictado de los Decretos N° 4407 y N° 2239.

42. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdez, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, p. 86.

43. CARRASCO, A.E., "El principio precautorio en la ciencia argentina", *Voces en el Fénix*, Año 2, N° 8 (agosto), 2011, pp. 66-71.

44. ANDORNO, R., "Precautionary Principle: A New Legal Standard for a Technological Age", *Journal of International Biotechnology Law*, Vol. 1, 11-19, enero de 2004, p. 11. El autor enumera las condiciones que deben darse para la aplicación del principio: incertidumbre acerca del riesgo, evaluación científica del riesgo, perspectiva de un daño grave o irreversible, proporcionalidad de las medidas, transparencia de las medidas e inversión de la carga de la prueba (ídem, pp. 16-19; ANDORNO, R., "Principio de precaución", en: TEALDI, J.C. (dir.), *Diccionario latinoamericano de bioética*, UNESCO - Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2008, pp. 345-347.).

45. SVAMPA, M. y VIALE, E., *Maldesarrollo...*, *op. cit.*, 2014, p. 154; ANDORNO, R., "Precautionary Principle...", *op. cit.*, 2004, p. 19.

46. SVAMPA, M. y VIALE, E., *Maldesarrollo...*, *op. cit.*, 2014, pp. 154-155; CARRASCO, A.E., "El principio precautorio...", *op. cit.*, 2011, p. 71.

47. ARANCIBIA, F. et al., "Tensiones entre los saberes...", *op. cit.*, 2018, p. 113.

materia, [...] no implica un riesgo ambiental de la magnitud suficiente como para prohibir la actividad (apdo. 8.C.1).

Es decir que fundó su opinión a favor de la continuidad de la actividad, ya que se basó en la carencia de estudios que indicaran la existencia de riesgos, por lo que omitió por completo la aplicación del principio precautorio.

### 4.3. Trascendencia social

Considero que en los fallos se refleja la trascendencia social de estas prácticas retroalimentada por el debate en el ámbito judicial y por la posibilidad de que sean penalizadas, reguladas o prohibidas. Esto puede atribuirse a, entre otros factores, la dimensión de estas prácticas, los derechos fundamentales en juego y los temores a las posibles repercusiones que los fallos tendrían sobre el sector productivo provincial.

Lo primero se refleja en el gran número de denuncias por fumigaciones en escuelas rurales, señalado en el testimonio de un funcionario policial en "Honeker" (apdo. 9). En concordancia con esto, las amparistas en "Foro 1" señalaron que en los períodos de fumigación las denuncias de las escuelas se multiplican, pero no prosperan, y que esta situación, que manifiesta una absoluta ausencia estatal, motivó el surgimiento de la campaña "Paren de Fumigar las Escuelas", desde la que se creó un protocolo de actuación (apdo. 1). Este contexto de reclamos se refleja en los dichos del fiscal Lombardi en "Honeker", quien resaltó: "Están frente a un caso que genera y moviliza a la comunidad, que basta con ver la presencia del público en la sala de debate. Ello obedece a la dinámica que está teniendo la cuestión ambiental en la provincia, no es lo mismo el sentir entrerriano en el devenir de las últimas décadas" (apdo. 5).

La envergadura de los derechos implicados también fue manifestada en los fallos, principalmente los derechos fundamentales a la salud, integridad física y al ambiente sano. Además, como se destacó en reiteradas oportunidades en los fallos, el principio rector del interés superior del niño se involucra inexorablemente en el asunto. Como contracara, los derechos en pugna que

señaló la jueza Mizawak del STJER en "Foro 1" son los de "propiedad individual y colectiva, a trabajar, a ejercer una industria lícita" (apdo. VI).<sup>48</sup>

El descontento del sector productivo provincial a las limitaciones impuestas en los fallos se refleja en las diversas movilizaciones protagonizadas por productores locales, en especial después de "Foro 1".<sup>49</sup> El fallo de Benedetto suscitó un fuerte rechazo del sector del agrogocio y simpatizantes, entre ellos, el entonces presidente de la Nación Mauricio Macri, quien desde la Sociedad Rural de Gualeguaychú manifestó:

[Me] preocupó, que [lo que] plantearon los productores es algo que pone en riesgo más del 20% de la capacidad agroindustrial productiva de la provincia, que es este fallo irresponsable acerca de las distancias alrededor de las escuelas de las cuales se puede no aplicar fertilizantes.

[...]

[E]sta ley que se ha impulsado en Entre Ríos es una ley que pone en peligro el trabajo de muchos entrerrianos, y hoy está vigente. Por un amparo está vigente. Insisto, el gobierno de la provincia de Entre Ríos tiene que tener una posición muy activa y muy clara para lograr no

48. Al referirse a los derechos en juego, en los fallos se mencionaron, ante todo, los derechos comprometidos de la comunidad educativa rural y no los de quienes deberían ceder ante las limitaciones a las fumigaciones.

49. Algunas de las manifestaciones realizadas durante el trascurso de las causas "Foro 2" y "Foro 3" fueron sobre la ruta 14 en noviembre de 2018. Disponible en: <https://www.infocampo.com.ar/entre-rios-productores-reclaman-que-se-perderan-300000ha-por-la-prohibicion-de-agroquimicos/>. [Fecha de la última consulta: el 4/10/2020], frente al Palacio de Tribunales de Paraná en mayo de 2019. Disponible en: <https://www.lavoz901.com/noticias/productores-protestaron-frente-a-tribunales.htm>. [Fecha de la última consulta: el 4/10/2020], en el ingreso en el Túnel Subfluvial en Paraná y en la Exposición Rural de Palermo en Buenos Aires, en julio de 2019 (entrevista al vicepresidente de la FAA, Elvio Guía), disponible en: <https://www.lavoz901.com/noticias/gua-el-estado-tiene-que-estar-presente-para-que-las-cosas-se-hagan-bien.htm>, (entrevista a la presidenta de la FAA filial Crespo), disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=H7YzfsWwdT4&feature=youtu.be>. [Fecha de la última consulta: el 4/10/2020] o sobre la ruta 12 en octubre de 2019, disponible en: <https://www.elonce.com/secciones/politicas/604884-productores-protestan-sobre-ruta-12-contras-el-fallo-judicial-por-fumigaciones.htm>. [Fecha de la última consulta: el 4/10/2020].

destruir empleo por una ley absurda que no se basa en ningún rigor científico.<sup>50</sup>

La trascendencia del debate generó que en "Foro 2" se presentaran numerosos terceros a la causa, tanto a favor de la pretensión de las amparistas como en contra (apdo. VII).<sup>51</sup> Además, el juez interviniente añadió un apartado final debido a la "enorme trascendencia de la cuestión" (apdo. XVI), en el que se mencionó que hay una restricción que deben cargar quienes explotan campos linderos con escuelas rurales con prácticas productivas que "dejaron de contar con el pleno consenso social" (apdo. XVI). Entiendo que este "consenso" se dio más bien por ausencia de debate social sobre el uso de agrotóxicos, velado por las narrativas hegemónicas del agronegocio.<sup>52</sup> Por otro lado, la importancia de emitir una sentencia sobre esta problemática se refleja en "Foro 3" del STJER, en el que se manifestó que "los argumentos sustentados esencialmente en vicisitudes procesales no pueden servir de base para obviar el debate propuesto cuya importancia y trascendencia resulta incuestionable" (apdo. XII).

#### 4.4. Modelo productivo

Diferentes intervinientes en "Honeker" destacaron que lo que se estaba juzgando *no* era la actividad del sector productivo "en su conjunto" o "la actividad económica" (fiscal de Cámara, apdo. 5), "el desarrollo de la actividad agropecuaria" (representante del Ministerio Pupilar, apdo. 6) o "la eficacia o no de distintos modelos productivos agropecuarios" (vocal Dr. López Moras, voto unánime, apdo. 12); sino "un hecho puntual desarrollado por las tres personas imputadas" (fiscal de Cámara,

apdo. 5) que "involucra a cinco alumnos en una institución educativa" (representante del Ministerio Pupilar, apdo. 6). Por otro lado, la defensora de uno de los imputados señaló que el fallo tendría consecuencias "para todos los productores del agro de la provincia, para la economía de la región, de la provincia y para la economía de la Nación también" (apdo. 2) y el defensor de los otros imputados alegó que se estaba realizando un "ataque en abanico" y que "el terrorismo ecológico no puede ser tolerado" (apdo. 7).

En "Foro 3", una cooperativa agropecuaria, en su presentación como tercera en la causa, señaló que, de declararse nulo el Decreto N° 2239, se generaría un "grave perjuicio a sus asociados" (apdo. III. B) y que son los hijos e hijas de estos "los que asisten a las escuelas rurales y consumen agua en los establecimientos educativos y en sus hogares y que son sus padres quienes realizan las fumigaciones" (apdo. III. B). Considero que estos dichos, así como las protestas que protagonizaron los productores provinciales durante el desarrollo de las causas reflejan las preocupaciones del sector por las posibles implicancias de los fallos para su producción y su peso político.<sup>53</sup>

Asimismo, advierto en los fallos el planteo que se presenta en diferentes sentidos de una supuesta dicotomía entre, por un lado, la protección a la salud de la población educativa y al ambiente, y, por el otro, la productividad del sector agropecuario. Cabe señalar que los conflictos ambientales —y, en este caso, los reclamos que son canalizados en acciones judiciales— pueden darse dentro de un único sistema de valores o en pluralismo de valores.<sup>54</sup> Considero que este último supuesto se manifiesta en los fallos analizados, ya que en ocasiones la protección a la salud y al ambiente se contraponen, en términos irreconciliables, a la rentabilidad del sistema productivo.<sup>55</sup> En este sentido, las amparistas en "Foro 3" alegaron que el Decreto N° 2239:

50. Discurso emitido durante la conferencia de prensa en la Sociedad Rural de Gualeguaychú el 4/4/2019 (pasajes en 4'35" y 6'23" respectivamente). Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=fWru6b49Zy0>. [Fecha de la última consulta: el 30/1/2020].

51. En apoyo a las amparistas, se presentaron más de 50 actores (personas humanas, jurídicas y diversas agrupaciones). Con similar posición a la del Estado se presentaron ocho entidades vinculadas al agronegocio que agrupan a productores locales y profesionales relacionados con el agro.

52. ARANCIBIA, F. *et al.*, "Tensiones entre los saberes...", *op. cit.*, 2018, p. 112.

53. En el marco de las protestas en contra de los fallos, el presidente del STJER se reunió con representantes agropecuarios. Disponible en: <http://www.jusentrerios.gov.ar/08/10/2019/emilio-castrillon-recibio-a-productores-rurales/>. [Fecha de la última consulta: el 20/4/2020].

54. MARTÍNEZ-ALIER, J., "Los conflictos ecológico-distributivos y los indicadores de sustentabilidad", *Polis*, N° 13, 2006, [En línea], publicado el 13 de agosto de 2012, p. 11.

55. Estas tensiones pueden compararse a las latentes en la disputa "campo vs. gobierno" del 2008. Cfr. WAHREN, J. y BARRI, F., "El modelo sojero...", *op. cit.*, 2010.

Obedece claramente a las exigencias de un mínimo sector del campo que dice representar a todos los sectores, pero que, en realidad, responden a las corporaciones del agronegocio en defensa de sus intereses económicos sin considerar los riesgos que implican para la salud, el ambiente y la biodiversidad la aplicación de agrotóxicos a metros de una escuela rural. (Apdo. I).

Las intervenciones en los fallos también manifiestan cierta idea de —falso— desarrollo<sup>56</sup> asociadas al uso de agrotóxicos.<sup>57</sup> Al respecto, se ha dicho que en el sector productivo argentino predomina el discurso de que el modelo de agronegocios es inherentemente progresivo, virtuoso y necesario para cubrir las necesidades alimentarias de la población mundial.<sup>58</sup> Se rebate esta idea al señalarse que no hay un problema de escasez de alimentos, sino uno de distribución y acceso a estos, perpetuado por este modelo.<sup>59</sup> Se trata, en oposición a las promesas discursivas, de un modelo de mal desarrollo.<sup>60</sup> Esto se agudiza en tanto los alimentos que se producen son en su mayoría para exportación —no para consumo

humano local— y, a su vez, se destinan a alimento para otros animales, que luego serán consumidos solo por los sectores más adquisitivos.<sup>61</sup>

Aún más, Ávila-Vázquez y Difilippo señalan que el modelo biotecnológico de monocultivos transgénicos presenta una inviabilidad natural intrínseca.<sup>62</sup> Esto en vista de que, además de la falta de control sobre las fumigaciones, tras aplicar agrotóxicos para eliminar las denominadas *plagas*, surgen otras que son resistentes a esos venenos, por lo que es necesario aumenar las dosis o la cantidad de aplicaciones. Es decir, solo es posible ocultar esta insustentabilidad en términos socioambientales<sup>63</sup> si no se incorporan al cálculo las pérdidas por el deterioro ambiental ni los costos económicos de las afectaciones a la salud.<sup>64</sup> En tanto, el sector productivo no carga estos costos, quienes los soportan son las comunidades locales afectadas, la sociedad o las generaciones futuras.<sup>65</sup>

#### 4.5. Alternativas al modelo de agronegocios

La agroecología<sup>66</sup> es una de las alternativas que confrontan la idea del modelo de agronegocios como el

56. BÖHM, M.L., "El delito de maldesarrollo", *En Letra: Derecho Penal*, Año V, N° 8, 78-116, 2019, p. 87.

57. Para una síntesis de argumentos neoextractivistas sobre desarrollo, véase GUDYNAS, E., "Desarrollo sostenible: una guía básica de conceptos y tendencias hacia otra economía", *Otra Economía*, Vol. IV, N° 6 (1º semestre), 2010, p. 50 y ss.; GUDYNAS, E., "Sustentación, aceptación y legitimación de los extractivismos: múltiples expresiones pero un mismo basamento", *Ópera*, N° 14 (enero-junio), 2014, pp. 137-159; GUDYNAS, E., "Hasta la última gota. Las narrativas que sostienen a los extractivismos", *ReVISE - Revista de Ciencias Sociales y Humanas*, Vol. 13, Año 13, 15-31, abril-septiembre de 2019, pp. 23-24. Como contracara, un recorrido sobre ideas de desarrollo sostenible se encuentra en GUDYNAS, E., "Desarrollo sostenible...", *op. cit.*, 2010.

58. ARANCIBIA, F. *et al.*, "Tensiones entre los saberes...", *op. cit.*, 2018, p. 112; LAPEGNA, P., "La Argentina transgénica...", *op. cit.*, 2019, p. 112.

59. SANMARTINO, G.V., "Notas para identificar...", *op. cit.*, 2014, p. 20; NALLY, D., "The Biopolitics of Food Provisioning", *Transactions of the Institute of British Geographers*, Vol. 36, 37-53, octubre de 2010, p. 49.

60. SVAMPA, M. y VIALE, E., *Maldesarrollo...*, *op. cit.*, 2014, Svampa y Viale presentan el concepto de "maldesarrollo" para señalar la insustentabilidad de los actuales modelos de desarrollo en sus dimensiones "social, económica, ecológica, cultural, política, de género, sanitaria, entre otras" (ídem, p. 28). Böhm propone al delito del maldesarrollo como categoría criminológica para reflexionar sobre las diferentes dimensiones de la promesa de desarrollo de las empresas trasnacionales extractivas, la cual no solo fracasa, sino que genera contextos de violencias y perpetúa carencias (BÖHM, M.L., "El delito de maldesarrollo", *op. cit.*, 2019).

61. Navarro, Alexandra y Andreatta, María Marta "Sistema alimentario carnista y crisis climática", *Question/Cuestión*, Vol. 1, N° 64 (octubre-diciembre), 2019, p. 8.

62. ÁVILA-VÁZQUEZ, M. y DIFILIPPO, F., "Agricultura tóxica y salud...", *op. cit.*, 2016, pp. 25-26.

63. BARRI, F.R., "Pueblos fumigados en la Argentina...", *op. cit.*, 2010, p. 67.

64. GUDYNAS, E., "Hasta la última gota...", *op. cit.*, 2019, p. 23; SANMARTINO, G.V., "Notas para identificar...", *op. cit.*, 2014, p. 20.

65. GUDYNAS, E., "Hasta la última gota...", *op. cit.*, 2019, p. 23.

66. Siguiendo a Sarandón y Flores, la agroecología es un campo de conocimiento que busca virar hacia agroecosistemas sustentables desde un enfoque multidisciplinario y holístico, articulando las dimensiones social, cultural, ecológica, económica, política y ética (SARANDÓN, S.J. y FLORES, C.C., "La agroecología: el enfoque necesario para una agricultura sustentable", en: SARANDÓN, S.J. y FLORES, C.C. (Coords.), *Agroecología: Bases teóricas para el diseño y manejo de agroecosistemas sustentables*, Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 1ª ed., 42-69, 2014, pp. 55-58). Para una aproximación a lo que la agroecología comprende y sus diferencias con el modelo de agricultura moderno, véase este artículo. En el plano internacional, la FAO fomenta la agroecología y establece 10 elementos de los sistemas agroecológicos para promover su aplicación en los países. Cfr. FAO, *Los 10 elementos de la agroecología*. Disponible en: <http://www.fao.org/agroecology/knowledge/10-elements/es/>. [Fecha de la última consulta: el 6/10/2020].

único viable. Afirmaciones en este sentido y en el opuesto fueron manifestadas en los fallos. En "Foro 1", el FEP y AGMER manifestaron la necesidad de priorizar la salud pública "sobre cualquier forma o concepción económica productiva" (apdo. 1), lo que deja entrever que existen otros posibles modelos productivos. En el fallo, en sentido opuesto, se mencionó que la actividad fumigadora no podía ser prohibida, no solo por ser lícita, sino por ser "imprescindible para la agricultura" (apdo. 15). En "Honeker", por su parte, se mencionó que el legislador no puede prohibir las fumigaciones porque ello implicaría "oponerse al desarrollo productivo" (apdo. 12), aunque párrafos después se habló del "sistema productivo de base química en el que estamos inmersos" (apdo. 12), es decir, se consideró como un sistema dentro de otras posibilidades.

En "Foro 1" del STJER, el fiscal adjunto de la Fiscalía de Estado de la provincia, el Dr. Trinadori, alegó que, teniendo en cuenta que existen 969 escuelas rurales, "la cantidad de hectáreas que resultan improductivas" —es decir, en las que no se podría fumigar— convertiría en "inviabile el sistema productivo entrerriano" (apdo. II). Este análisis sugiere que la única "productividad" posible se alcanza con fumigaciones con agrotóxicos, y que las escuelas rurales carecen de cualquier tipo de valor.<sup>67</sup> En este fallo, el Tribunal consideró que imponer límites a las fumigaciones no impide el ejercicio de la actividad agropecuaria, puesto que los productores pueden "hacer uso de los medios mecánicos tradicionales, sin agroquímicos, en el reducido espacio que, en definitiva, establece como zona absolutamente restringida el fallo recurrido" (apdo. VI). En concordancia, en "Foro 2", el juez sugirió como solución del conflicto "comenzar

a planificar un cambio de cultura productiva, porque lo que constituye el método de producción de un sector social no puede ser la causa de perjuicio del resto de los ciudadanos" (apdo. XVI). En similar sentido, en "Foro 3", el secretario de Medio Ambiente distinguió la actividad agrícola de la actividad de fumigación (apdo. VI.8.C.1). En ese fallo, el juez sugirió el "proyecto de producción agroecológica elaborado por la Unión de Trabajadores de la Tierra [...], que brindaría la posibilidad de producir con bioinsumos sin agrotóxicos" (apdo. VI.8.C.1).<sup>68</sup>

## 5. Comentarios finales

La gravedad y frecuencia de las fumigaciones con agrotóxicos en zonas de escuelas rurales en el contexto de inacción estatal frente a los reclamos para su cese llevaron a que un gremio de docentes y la organización Foro Ecologista de Paraná, en representación de la comunidad educativa rural, tuvieran que acudir a procesos judiciales para que sus voces fueran escuchadas. De esa manera, las demandas sociales discrepantes con el discurso del modelo de agronegocios se encausaron hacia discusiones

en el ámbito del Poder Judicial provincial, en las que participaron diversos actores y se plasmaron controversias vinculadas al uso de agrotóxicos en zonas cercanas

**“La agroecología es una de las alternativas que confrontan la idea del modelo de agronegocios como el único viable”**

67. En tal sentido, se manifestó el vicepresidente de la FAA, Elvio Guía, quien sostuvo durante una entrevista radial: "Es mucho más fácil cambiar la escuela [...] que cambiar la producción [y que] la escuela no estuvo primero que el campo". Audio disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/195153-entre-rios-insolita-defensa-de-los-agrotoxicos>. [Fecha de la última consulta: el 29/9/2020].

68. La actitud crítica al "estilo de desarrollo vigente" y el fomento de las prácticas agroecológicas son unos de los objetivos y finalidades de la Ley provincial de Educación Ambiental N° 10402 (sancionada el 3/11/2015, promulgada el 6/11/2015). En similar sentido, en la Resolución N° 29/14 del defensor del Pueblo de la Nación (crf. *ut supra* nota 3), se exhorta al jefe de Gabinete de Ministros a arbitrar los medios necesarios para incentivar la agroecología. Por su parte, en el "Informe de la Relatora especial sobre el derecho a la alimentación acerca de su visita a la Argentina", (Consejo de Derechos Humanos A/HRC/40/56/Add.3), la Relatora especial Hilal Elver consideró a la agroecología "una alternativa importante para la agricultura industrial monocultivo" (*idem*, párr. 39) y una de las prácticas que el Estado argentino debe promover y apoyar para cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos (*idem*, párr. 109.g).

a escuelas rurales. La judicialización de estos reclamos en la provincia se inició con el caso "Honeker", en el que se evidenciaron los daños a la salud ocasionados a la docente Mariela Leiva y a sus alumnos en un episodio de fumigación en un campo contiguo a la escuela. Luego, la demanda se colectivizó en las causas "Foro 1", "Foro 2" y "Foro 3", que postularon el debate principalmente en torno de cuánta distancia debe respetarse entre la aplicación de agrotóxicos y las escuelas para que estas prácticas no signifiquen un peligro a la comunidad educativa rural. A continuación, realizo algunas reflexiones sobre los temas abordados, así como de otras cuestiones pertinentes de ser atendidas.

### 5.1. Un trayecto recorrido

En las causas analizadas, se ventilaron solo algunas de las múltiples dimensiones por considerar para un abordaje integral de la problemática compleja que representa el vasto uso —permitido— de agrotóxicos como enclave del modelo de agronegocios, que afecta directamente a la comunidad educativa rural. Aun así, y pese a que no se dio lugar a todas las solicitudes plasmadas en las causas judiciales ni a las instrucciones previstas en el Decreto N° 2239, estas demandas fueron las primeras a las que se les dio un tratamiento judicial en la provincia. Por esta razón, considero que estas demandas constituyen un primer paso para instalar el debate y visibilizar estas prácticas dañinas de repetición constante en la imperiosa carrera para erradicar los venenos de las escuelas. En los fallos, se resaltaron y reiteraron, mediante testimonios, estudios científicos e intervenciones de profesionales, los efectos nocivos sobre la salud y el ambiente atribuidos

a los agrotóxicos. De igual modo, se puso de manifiesto la omisión estatal —que aún persiste— de realizar estudios científicos para evaluar el impacto de las fumigaciones sobre las escuelas rurales. La repercusión de los fallos, a su vez, puso fin al vacío legal que hasta ese momento prevalecía respecto de la regulación de fumigaciones en zonas próximas a establecimientos educativos rurales mediante la sanción del derogado Decreto N° 4407 y del Decreto N° 2239 —si bien sus disposiciones no se basan en ningún sustento científico ni en estudios específicos previos—. Asimismo, esta visibilización de la problemática generó debates acerca del modelo de producción actual en los que estuvieron latentes las narrativas que propician el modelo de agronegocios —reflejadas en movilizaciones de productores locales—, así como sus alternativas. En este sentido, en miras a entablar discusiones profundas y sensatas sobre las prácticas productivas, considero que el Estado en todas sus dependencias tiene y debe cumplir un rol central en el diseño de políticas públicas que garanticen el derecho a la salud y al ambiente sano. Debe darse un debate integral con participación de todos los sectores de la sociedad y con información adecuada, ya que las prácticas actuales de fumigaciones con agrotóxicos constituyen una realidad con implicancias aún desconocidas, que afectan a la comunidad en su totalidad y a las generaciones futuras.

**“La gravedad y frecuencia de las fumigaciones con agrotóxicos en zonas de escuelas rurales llevaron a que un gremio de docentes y la organización Foro Ecologista de Paraná, tuvieran que acudir a procesos judiciales para que sus voces fueran escuchadas”**

### 5.2. Ausencias

A propósito de las controversias jurídicas aquí abordadas, cabe destacar algunas cuestiones que no se desarrollaron en los fallos. En primer lugar, en las causas se



puso el foco de la discusión en los derechos fundamentales al ambiente sano y a la salud de la comunidad educativa rural, junto al interés superior del niño. Considero que otro derecho fundamental involucrado sobre el cual no se hicieron demasiadas consideraciones es el *derecho a la educación en condiciones de salubridad*, inescindible de los anteriores.<sup>69</sup> El interés que agrupó el reclamo de las amparistas en las causas<sup>70</sup> fue la protección del ejercicio de este derecho fundamental de niñas, niños y adolescentes en condiciones dignas. En este sentido, siguiendo a Ronconi, a partir de una interpretación conjunta de los incisos 18, 19 y 23 del art. 75 de la Constitución nacional surge que el Estado no solo debe regular la educación, sino también garantizar el acceso y goce de este derecho en condiciones de igualdad, la cual engloba, en un sentido amplio, la igualdad como no discriminación y la igualdad real de oportunidades.<sup>71</sup> En este último caso, se exige el dictado de acciones positivas que, en tanto no sea realizado por los otros poderes, el Poder Judicial debe llevar adelante en los casos que

## “El Estado en todas sus dependencias tiene y debe cumplir un rol central en el diseño de políticas públicas que garanticen el derecho a la salud y al ambiente sano”

deba resolver. Esto es relevante en tanto la causa “Foro 3” no está firme, ya que, como se mencionó, el recurso de queja presentado por FEP y AGMER ante la CSJN está pendiente de resolución.

Por otro lado, un reclamo que no prosperó en “Foro 3” fue el cuestionamiento al Decreto N° 2239 que revictimiza al personal directivo de las escuelas rurales (apdo. I), en tanto el Decreto les atribuye tareas de vigilancia y control de las fumigaciones, y, por ende, mayor exposición a los agrotóxicos.<sup>72</sup> Si bien esto fue desestimado por improcedencia de la vía para discutir el asunto (apdo. VII), la posición en que el Decreto coloca al personal directivo no es un dato menor que la discusión de las fumigaciones sobre escuelas rurales allí iniciada.

### 5.3. Basta es basta, paren de fumigar las escuelas, paren de fumigarnos

“Las docentes rurales somos testigos directos del costo humano de este sistema basado en transgénicos y venenos.”<sup>73</sup>

Esa es una de las resonantes frases de Ana Zabaloy, quien fue docente de la escuela rural N° 11 de San Antonio de Areco, provincia de Buenos Aires. Tras una ocasión de fumigación sobre la escuela, Ana aspiró 2,4-D y sufrió parestesia (parálisis) facial por semanas e insuficiencia respiratoria. Como parte de su lucha contra las fumigaciones sobre escuelas rurales y pese a presiones que recibió para ser silenciada —situación frecuente en

69. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (cfr. *ut supra* nota 39) reconoce la interrelación entre la protección del ambiente y la realización de otros derechos humanos. El derecho fundamental a la educación tiene amplia recepción en nuestro ordenamiento jurídico, está consagrado en la CN (arts. 14 y 75 inc. 18, 19 y 23), en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la CN), en la Constitución de la provincia de Entre Ríos (art. 257), en la Ley Nacional de Educación N° 26206 y en la Ley Provincial de Educación N° 9890. La especial vinculación entre la protección a la educación y al ambiente, aplicado al contexto de escuelas fumigadas, está enfatizada en la Resolución N° 29/14 del defensor del Pueblo de la Nación (cfr. *ut supra* nota 3).

70. Como menciona el juez en “Honeker”, la comunidad educativa es una “agrupación de personas cohesionadas por un interés común que es la educación” (apdo. 12).

71. RONCONI, L.M., “Derecho a la educación: el rol de los tribunales de justicia como garantizadores del acceso a la educación en condiciones de igualdad”, *Revista Latinoamericana de Educación Comparada*, Año 6, N° 7, 66-80, 2015, pp. 67-69.

72. El art. 6° del Decreto N° 2239 dispone la conformación de una Unidad Centinela en cada escuela, que estará presidida “por el director de cada establecimiento rural” (art 1° del “Anexo” al Decreto N° 2239).

73. Cfr. “Ana Zabaloy nos habla de las escuelas rurales”, entrevista publicada por Huerquen Comunicación en colectivo, en 2018. Disponible en: [https://www.youtube.com/watch?v=54G9lceaR2E&feature=emb\\_title](https://www.youtube.com/watch?v=54G9lceaR2E&feature=emb_title) (4/17). [Fecha de la última consulta: el 4/10/2020].

docentes que repudian estas situaciones— fundó la Red de Docentes por la Vida, federalizada en 2017.<sup>74</sup> Esta red fue el motor de esa lucha que Ana sabía —por su propia experiencia— que era ardua de llevar si no era en comunidad.

*Somos la red que creó Ana Zabaloy*<sup>75</sup> es un homenaje audiovisual publicado por la Red Federal de Docentes por la Vida en su memoria. Allí docentes de escuelas fumigadas de distintas localidades del país relatan cómo se conformó y se multiplica esta red de docentes con un objetivo común: el de proteger a la comunidad educativa rural contra los agrotóxicos. Una de ellas es Mariela Leiva, quien sostiene que la enseñanza que le deja el recorrido judicial generado por la fumigación que vivió en la escuela a su cargo en Santa Anita es "la construcción colectiva".<sup>76</sup>

Otra de las docentes que interviene es Estela Lemes, quien desde 2008 sufrió reiteradas fumigaciones sobre la escuela a su cargo N° 66 Bartolito Mitre, de Costa Uruguay Sur, departamento Gualeguaychú, y sobre su casa ubicada detrás de la escuela. En 2010, Estela denunció un episodio de fumigación, pero lo tomaron como exposición porque no sucedió en horario de clases, y recién en 2012 realizó una acción por daños por fumigaciones sobre la escuela durante la jornada escolar. Luego de ser

fumigada, se realizó estudios que detectaron glifosato y clorpirifós etil en su sangre, y desarrolló una neuropatía que atrofia sus músculos y le provoca dolores y pérdidas de equilibrio repentinas. La aseguradora de riesgos de trabajo (ART) rechazó la solicitud de Estela de la cobertura del tratamiento intensivo que requiere su padecimiento. En 2016, Estela demandó a la ART, al CGE y al Estado provincial por la incapacidad que le generó su enfermedad profesional.<sup>77</sup> Ante exigencias de pruebas de los efectos de las fumigaciones, ella misma se define: "Aquí está la prueba, mide 1,70".<sup>78</sup>

De todos los testimonios presentes en el homenaje audiovisual mencionado emana el desdén hacia sus reclamos y los graves impactos de las fumigaciones con agrotóxicos, que afectan no solo a las "plagas" o "malezas" —al margen de que se vuelven más

## “Las docentes rurales somos testigos directos del costo humano de este sistema basado en transgénicos y venenos”

74. Ana también acudió a la vía judicial por las afectaciones a su salud generadas por fumigaciones en campos linderos con la escuela a su cargo, sucedidas durante la jornada escolar. En mayo de 2019, el Tribunal interviniente desestimó la demanda por daños y perjuicios, no obstante lo cual dictó de oficio una medida preventiva prohibitiva de las fumigaciones con agrotóxicos a 1000 m de la escuela. Esta sentencia fue confirmada en octubre de 2019 (causa "Zabaloy Ana María c/ Marchi, Luis Miguel y otro/a s/daños y perjuicios prov. explotación agrícola" N° 80291, Juzgado Civil y Comercial N° 4 del Departamento Judicial de Mercedes, 17/5/2019; Sala I, Cámara Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mercedes, 31/10/2019).

75. *Somos la red que creó Ana Zabaloy* (2020), Red Federal de Docentes por la Vida, 1ª parte y 2ª parte. Disponible en: <http://docentesporlavida.org/somos-la-red-que-creo-ana-zabaloy/>. [Fecha de la última consulta: el 3/10/2020].

76. Ídem, 2ª parte, 2ª31".

77. Causa "Lemes Estela Susana c/Instituto Autárquico Provincial del Seguro de Entre Ríos (IAPSER) y otros s/enfermedad profesional" N° 9250, Juzgado del Trabajo N° 1 de Gualeguaychú. En esta causa, en fecha 1/10/2020, el Juzgado del Trabajo rechazó la demanda por cobro de prestaciones por enfermedad profesional, ya que entendió que no existía perjuicio o daño actual en la integridad psicofísica de Estela. Esta sentencia fue apelada el 22/10/2020, lo cual está pendiente de resolución. A su vez, el fallo motivó la reiteración del reclamo en contra de las Unidades Centinelas que creó el Decreto N° 2239 (cfr. *ut supra* nota 73), en tanto allí se descalificaron pericias médicas que relacionaron los padecimientos de la docente fumigada a la exposición a agrotóxicos. Con motivo de este fallo y de la polémica por las Unidades Centinelas, Estela envió una carta abierta al gobernador de la provincia. Disponible en: <http://eraverde.com.ar/?p=3534>. [Fecha de la última consulta: el 15/11/2020] y participó de una mesa informativa junto con otras docentes y profesionales. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=G1IWqEX4I7w>. [Fecha de la última consulta: el 13/11/2020].

78. Cfr. notas periodísticas disponibles en: <https://www.pelotade.trapo.org.ar/2013-09-05-12-30-19/2019/5001-estela-lemes-la-lucha-el-veneno-la-enfermedad-2.html> y <https://latinta.com.ar/2019/06/no-importa-sus-hijos-estudian-ciudad-buenos-aires/>. [Fecha de la última consulta: el 4/10/2020]. Entrevista radial a Estela, disponible en: <http://www.laretaguardia.com.ar/2018/06/maestra-fumigada.html>. [Fecha de la última consulta: el 21/2/2020]. Presentación de Estela del 6/7/2019 en una charla dedicada a Ana Zabaloy. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=ZeagJuZfPZo>. [Fecha de la última consulta: el 5/10/2020].

resistentes—, sino al sinnúmero de gurisas, gurises y docentes fumigados en sus escuelas, como Ana, Mariela y Estela. Esto se potencia si se toma en consideración que se desconocen muchos de los efectos que las derivas de estos tóxicos causan en la salud y en el ambiente. De ahí que estas prácticas pueden interpretarse como prácticas necrocapitalistas,<sup>79</sup> en tanto a costa del logro de ciertos fines de productividad y supuesto desarrollo se enferma a los habitantes.

En definitiva, considero de crucial importancia la reconfiguración de las prácticas de producción, para que el respeto a los derechos de la comunidad educativa rural no sea incompatible con la actividad agrícola. Se trata, en suma, de virar hacia un nuevo paradigma en el que los derechos al ambiente sano, a la salud y a la educación de la gurisada y docentes rurales, de la sociedad en general y de las generaciones futuras no se lesionen a costa de los intereses de un modelo de (agro)negocios.

**“Se trata, de virar hacia un nuevo paradigma en el que los derechos al ambiente sano, a la salud y a la educación de la gurisada y docentes rurales, de la sociedad en general y de las generaciones futuras no se lesionen a costa de los intereses de un modelo de (agro) negocios”**

---

79. BANERJEE, S.B., “Necrocapitalism”, *Organization Studies*, Vol. 29, Nº 12, 2008, pp. 1541-1563. Banjeree define al “necrocapitalismo” como “formas contemporáneas de acumulación organizacional que implican desposesión y subyugación de la vida al poder de la muerte” (ídem, p. 1542, traducción propia). El autor indica que se trata de una nueva forma de imperialismo, que emerge de la intersección de las prácticas necropolíticas y necroeconómicas, presentes en contextos (pos)coloniales con la presencia de ciertos actores económicos, como las empresas transnacionales (ídem, p. 1548). Asimismo, señala que estas prácticas niegan a las personas el acceso a recursos esenciales para su salud y su vida (ídem, p. 1551).



# Beneficios tributarios en la industria minera argentina, beneficios para unos pocos



**Camila Gonzalez Limardo**

Abogada con orientación en Derecho Internacional Público y Derechos Humanos de la Universidad de Buenos Aires. Maestranda en Estudios Internacionales de la Universidad Di Tella. Asesora legal en el Servicio Penitenciario Federal, Argentina. Investigadora en formación Proyecto DECYT-UBA.

\* El presente trabajo se desarrolló en el marco de una investigación "Empresas extractivas, derechos humanos y desarrollo sostenible en la Argentina. Abordaje anascópico de casos y de problemáticas institucionales, normativas y sociales". Esta última se generó en el Proyecto DECYT 2018-2020 (DCT 1806) de la Facultad de Derecho de la UBA, con la dirección de la Dra. María Laura Böhm.

**1. Introducción**

En este aporte, se analiza el rol del Estado argentino en el contexto geopolítico internacional, considerando los distintos actores que se presentan en este escenario internacional, y su impacto al interior del territorio, específicamente a partir de la descripción de los beneficios en materia tributaria, acompañados del discurso de *desarrollo económico*.

Teniendo en cuenta el marco de la competencia de los distintos Estados en miras a atraer inversiones para un *consecuente* crecimiento económico, y habida cuenta de los múltiples estímulos que se les ofrecen a las industrias extractivas para proceder a la elección del Estado nacional, surge el siguiente interrogante: ¿cómo funcionan los beneficios tributarios, otorgados por el Estado nacional a estas industrias extractivas?<sup>1</sup> y ¿qué efectos se generan a partir de su otorgamiento?

Es necesario para el análisis del cuestionamiento planteado considerar el contexto socioeconómico en el que se vive. Se trata de un mundo globalizado que se rige por el comercio internacional, delimitado bajo las reglas del capitalismo —entendido por el accionar en el mercado mundial—.<sup>2</sup> De esta manera, el Estado argentino se encuentra condicionado por el cumplimiento de

1. Es necesario mencionar que al referir Estado nacional se tratará en este caso del ejercicio tanto del Poder Ejecutivo como del Poder Legislativo.

2. HARVEY, D., *Diecisiete contradicciones y el fin del capitalismo*, 1ª ed. en español, Ed. IAEN, Quito, 2014. [Título original: *Seventeen Contradictions and the End of Capitalism, Profile Books*.

las directivas proporcionadas por las instituciones financieras internacionales, promotoras de la atracción de las mencionadas inversiones extranjeras. En este contexto, se genera una competencia a la baja con los países de la región, o la llamada *race to the bottom*. Asimismo, es necesario destacar que mediante los acuerdos internacionales (tanto con un Estado en particular como con una empresa) se materializa, en un acuerdo comercial, la promoción de cierta industria, que se visibiliza, también, en la legislación nacional.

En este trabajo, se analizará la industria extractiva minera que tiene otorgados beneficios tributarios mediante una ley que promociona e incentiva a la misma industria. Estos beneficios se localizan dentro del llamado "gasto tributario", es decir, se calcula un monto estimado de aquello que se deja de recaudar por su otorgamiento, y este monto se expresa en pesos argentinos, la moneda de circulación legal del país. Se agrega también al análisis, como se mencionó antes, el rol que tienen las recomendaciones realizadas por parte de las instituciones financieras internacionales al Estado argentino. Dado que es un Estado que recurre de manera frecuente a estas instituciones, esto genera que dependa de las consideraciones y requisitos que le son otorgados.

En resumen, la presente investigación se enmarca en una visión analítico-descriptiva de la situación de los beneficios tributarios en la industria minera argentina, la que se mantiene en vigor a lo largo de los años y con los distintos gobiernos. En lo que sigue, se presentará una aproximación al derecho tributario que permite un acercamiento a la definición de los beneficios tributarios y su vínculo con el gasto tributario; luego se expondrá el contexto socioeconómico en el que se da la presente cuestión, tanto desde el ámbito local como internacional. Por ello se menciona el rol de los acuerdos internacionales, así como también el de las instituciones internacionales financieras, y su impacto al interior del Estado. De esta manera, se describen a continuación las modificaciones efectuadas normativamente que demuestran múltiples beneficios fiscales otorgados a las industrias mineras, lo que explica su vínculo poco claro con el gasto tributario. Por último, se arriba a una

conclusión con acercamiento propositivo a la cuestión investigada en el presente trabajo.

## 2. Derecho tributario y beneficios tributarios

Para una mejor comprensión del planteo aquí realizado, primero es necesario delimitar el ámbito en el que se encuentran los *beneficios tributarios*.

El derecho tributario se encarga de reglamentar los aspectos sustantivos del vínculo jurídico que habrá entre el Fisco (sujeto activo) y los sujetos pasivos, en virtud de los tributos creados que los obligan.<sup>3</sup> Es decir que se ocupa de las normas que reglamentan los ingresos públicos de carácter tributario.<sup>45</sup> Por ello, el vínculo jurídico que se genera es entre el Fisco, sujeto activo titular que tiene la pretensión de una prestación pecuniaria a título de tributo, y el sujeto pasivo, obligado a esa prestación.<sup>6</sup> Cabe tener en cuenta que, al hacer mención del sujeto activo, es decir a quien se le debe pagar es al Fisco, un órgano perteneciente al Estado, por ello se establece: "La tributación es la principal fuente de generación de recursos públicos, además de ser también la fuente más sostenible y previsible de financiación para la provisión de bienes y servicios".<sup>7</sup> Es necesario destacar que esta relación jurídica se encuentra originada *únicamente por ley*, tal como se puede apreciar en los arts. 4º, 17, 75 incs. 1, 2 y 3, 99 inc. 3 de la Constitución nacional.<sup>8</sup>

3. GARCÍA VIZCAÍNO, C., *Manual de derecho tributario*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 323.

4. Gustavo J. Naveira de Casanova define al tributo como un ingreso público, en donde el ente público es titular de un derecho de crédito y el contribuyente es el obligado, a partir de la aplicación de la ley de un hecho ocurrido, cuya finalidad es la generación de recursos económicos en virtud de asistir los gastos públicos. (Ver la nota al pie siguiente).

5. NAVEIRA DE CASANOVA, G.J., *Guía de estudio de derecho tributario*, Ed. Estudio S.A., Buenos Aires, 2017, p. 33.

6. VILLEGAS, H.B., *Curso de finanzas y derecho financiero tributario*, Ed. Depalma, 7ª edición, Buenos Aires, 2001, p. 246.

7. SEPÚLVEDA CARMONA, M., "Informe de la relatora especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos", Consejo de Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas, 22/5/2014.

8. BOCCHIARDO, J.C., *Tratado de tributación*, tomo 1-Derecho Tributario, Vol. 2, Parte III Derecho tributario sustantivo o material, Editorial Astrea, CABA, 2003, p. 128.

## 2.1. Exenciones y beneficios

En el caso particular de las exenciones o beneficios tributarios, se generan circunstancias tanto objetivas como subjetivas que contrarrestan los efectos habituales del hecho imponible.<sup>9</sup> De esta manera, aunque este último se produzca, la obligación tributaria no se efectiviza, o si lo hace, es por un importe menor o un plazo mayor, entre otras compensaciones. Asimismo, se destaca que siempre deberán, estos últimos, *establecerse por ley*.

Las exenciones implican una exención del pago del tributo (no se genera la obligación de pago);<sup>10 11</sup> en cambio, los beneficios —también llamados “incentivos tributarios”— implican que sí se produce esa obligación, pero por un importe menor o plazo mayor.<sup>12</sup> A su vez, dentro de estos últimos, se encuentran los montos (subsidijs) que el Estado les entrega a los particulares, como los reintegros o reembolsos. Cabe agregar que, dentro de los beneficios fiscales, se encuentran las deducciones, las bonificaciones o reducciones, los diferimientos y las amortizaciones aceleradas.<sup>13</sup> Asimismo, estos incentivos pueden encontrarse en un acuerdo de “estabilidad fiscal” o de “fijación anticipada de precios” (firmado con los inversores extranjeros para protegerlos de los futuros cambios en los tipos impositivos nacionales durante un largo período de tiempo).<sup>14</sup> También se considera un incentivo la quita de retenciones, ya que es entendida como una exención al pago de un determinado tributo.

En la mayoría de las ocasiones, estos beneficios son otorgados en el marco de regímenes promocionales, los que consisten en incentivar una región o actividad; se invita a realizar inversiones, y para ello, en gran parte de los casos, se establecen ciertas condiciones (o requisitos) que deben ser cumplidas.<sup>15</sup> El Estado, además,

consecutivamente se obliga a proporcionar estos beneficios impositivos en el período de vigencia.<sup>16</sup> Se coincide así con lo concluido por Luciano Rezzoagli en cuanto a que “los beneficios tributarios persiguen finalidades económico-sociales expresadas en una política promocional o de incentivo seguida por el legislador”.<sup>17</sup>

## 2.2. El beneficio tributario como gasto estatal

Es el propio Estado quien toma la decisión, por medio del Congreso, de disminuir parte de su recaudación con el otorgamiento de estos beneficios, ya que se reduce o se libera de la obligación del pago de ese tributo, que es fuente de recaudación de sus propios ingresos. Dado que los beneficios o incentivos fiscales suponen una exoneración total o parcial de la carga impositiva para determinados contribuyentes, originan una disminución de los ingresos, por este concepto, al erario.<sup>18</sup>

Económicamente, por lo tanto, los citados beneficios son equiparables a la realización de un gasto directo. Sin embargo, no hay control alguno con respecto a la eficiencia de su utilización presupuestaria, ya que no se ajustan al presupuesto de egresos, y por ello no poseen controles económicos internos ni externos en forma previa, concomitante o posterior. Esto implica un manejo de recursos (o, por lo menos, de exención de recursos) con total y absoluta discrecionalidad presupuestaria.<sup>19</sup>

De aquí surge el siguiente interrogante: ¿de acuerdo con qué criterios se otorga un incentivo fiscal para promover una industria en particular si no hay control alguno que demuestre que a partir de este otorgamiento se generó un crecimiento en la industria supuestamente promovida? ¿Qué es lo que lleva al Estado a tomar este tipo de decisiones? Para poder comprender esta

9. Por hecho imponible se entiende a determinada circunstancia dada, en un lugar, tiempo y sujeto determinado que origina la obligación tributaria, previsto por una norma jurídica.

10. Puede producirse de forma total o parcial.

11. NAVEIRA DE CASANOVA, G.J., *Guía de estudio...*, op. cit., 2017, p. 88.

12. GARCÍA VIZCAÍNO, C., *Manual de derecho...*, op. cit., 1996, p. 338.

13. NAVEIRA DE CASANOVA, G.J., *Guía de estudio...*, op. cit., 2017.

14. SEPÚLVEDA CARMONA, M., “Informe de la relatora especial...”, op. cit., 2014.

15. Puede ser una región o zona determinada, un mínimo de contrataciones de personal, entre otros. Se permite apreciar cómo en el caso

de las provincias de Salta, Catamarca y San Juan, entre otras, poseen normativa de promoción de la industria minera, y otorgan sus propios beneficios.

16. VILLEGAS, H.B., *Curso de finanzas...*, op. cit., 2001, p. 286.

17. REZZOAGLI, L.C., “Beneficios tributarios. Su legitimidad y utilidad como herramienta de política pública”, *Revista de Análisis Tributario*, Nº 3, 1/8/2018, p. 4.

18. REZZOAGLI, L.C., “(Re) pensar el federalismo fiscal: un estudio de las facultades del Congreso de la Nación Argentina para eximir el pago de tributo”, *Estudios de Derecho*, 76 (167), pp. 65-92, 2019, p. 78.

19. REZZOAGLI, L.C., “Beneficios tributarios...”, op. cit., 2018, p. 14.



inquietud es necesario conocer el contexto en el que el Estado argentino se ha desarrollado y se desenvuelve, ya que se requiere tener una mirada lo más panorámica posible sobre la realidad del fenómeno en estudio. Para ello, a continuación se hará un breve análisis del contexto socioeconómico, tanto a nivel nacional como internacional, que permita entender la manera en la que se presentan estas cuestiones descriptas.

Es necesario recordar que se utiliza aquí el criterio de gasto tributario establecido por Rezzoagli. Es un gasto que se genera porque no se efectiviza un ingreso de riquezas al Tesoro, en virtud de una política económica que se desarrolla por distintas técnicas impositivas de desgravación.<sup>20</sup> "De esta manera, el término 'gasto tributario o fiscal' se vería reducido en la legislación impositiva a la expresión 'beneficios tributarios o incentivos fiscales' (que representan las minoraciones de carácter extrafiscal), lo que consideramos el criterio correcto por seguir."<sup>21</sup> Es así como el concepto de gasto tributario refiere a que se producen en el marco del ordenamiento tributario tanto exenciones como bonificaciones y reducciones extrafiscales, que no se direccionan en el interior de cada tributo, por su tratamiento diferencial producto de la búsqueda de beneficio en ciertas actividades, como se mencionó previamente. Asimismo, los beneficios se orientan a favorecer que se concreten los objetivos buscados por el legislador *de turno*; en este caso, la atracción de ingreso de capitales extranjeros.<sup>22 23</sup>

No obstante, como se indicó con anterioridad, el otorgamiento de estos incentivos fiscales no se produce de manera aislada, sino más bien es el efecto del rol que se ocupa en el marco del sistema internacional. Consecuentemente, están influenciados por las interacciones que se producen entre los distintos actores que son parte de este sistema. A esta temática se dedica el apartado siguiente.

### 3. Contexto socioeconómico

El Estado argentino es parte de un mundo globalizado, en donde las políticas económicas se rigen tanto desde el ámbito doméstico como también desde el internacional, lo que ha permitido un mayor desarrollo del capitalismo en ambos niveles mencionados.<sup>24</sup> A partir de la manifestación de estas condiciones, se genera el tan conocido "comercio internacional".<sup>26</sup> De esta manera, en la actualidad, es indiscutible que la participación en este último presenta consecuencias sociopolítico-económicas tanto a nivel interno como internacional. No obstante, se destaca una gran diferenciación en las condiciones de actuación de los distintos países. Esta depende del posicionamiento de los Estados en el sistema internacional, ya que los países proveedores de materias primas<sup>27</sup> o también —controvertidamente— llamados "en vías de desarrollo",<sup>28 29</sup> como es el caso de la Argentina, se encuentran en *peores* condiciones a la hora de negociar los tratados con otros países o actores internacionales. Por ello no se encuentran en un pie de igualdad con los países centrales o, también —controvertidamente— llamados "desarrollados".<sup>30</sup>

20. REZZOAGLI, L.C., "Teoría del posicionamiento del Estado en materia presupuestaria: Estudio con base en el gasto tributario", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 41 (115), 309-329, 2011, p. 313.

21. Ídem.

22. La cuestión sobre el gasto tributario será retomada hacia el final del presente trabajo.

23. REZZOAGLI, L.C., "Teoría del posicionamiento...", *op. cit.*, 2011, p. 314.

24. Capitalismo entendido como aquel que rige dentro del marco del mercado internacional.

25. HARVEY, D., *Diecisiete contradicciones...*, *op. cit.*, 2014.

26. RODRIK, D., *The globalization paradox: why global markets, states, and democracy can't coexist*, Caps. 3, 4 y 5, Oxford University Press, 2011.

27. GÖBEL, B., "Minería transnacional y desigualdades sociales en la Puna de Atacama", *Iberoamericana*, XIII 49, Berlín, 2013, p. 136.

28. Considerando los niveles de desarrollo económico en los distintos países y las asimetrías que se presentan entre los desarrollados y vías de desarrollo. OCAMPO, J.A., *La gobernanza económica...*, *op. cit.*, 2015, pp. 14-36.

29. OCAMPO, J.A., "La gobernanza económica y social y el sistema de las Naciones Unidas", *Gobernanza global y desarrollo: Nuevos desafíos y prioridades de la cooperación internacional*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2015.

30. RASKOVSKY, R.M., "Técnicas de neutralización y arbitraje internacional de inversiones", *Empresas transnacionales y graves violaciones de derechos humanos en América Latina*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

### 3.1. El consenso de Washington

Es necesario destacar que este contexto descripto se encuentra enmarcado en lo que varios autores destacan como la tercera era de la globalización,<sup>31</sup> la que se caracteriza por el impulso en diversas revoluciones tecnológicas, el reforzamiento de instituciones económicas internacionales que permiten asegurar la articulación de los países al mercado internacional, con una destacada actuación del FMI y del Banco Mundial (paquete del Consenso de Washington), y esto especialmente en América Latina, donde se avanzó tanto en la liberalización unilateral del comercio, la liberalización de los flujos financieros, la apertura y otorgamiento de garantías a las inversiones extranjeras, mediante la firma de tratados bilaterales de inversión.<sup>32</sup> A partir de ello, se genera la mencionada asimetría previamente mencionada, ya que los Estados más débiles se encuentran en desequilibrio no solo frente a los Estados más poderosos, sino también frente a organismos financieros, organizaciones privadas y actores transnacionales; en este caso, las empresas multinacionales.<sup>33</sup> Zabalo define a este último fenómeno como "una estrategia de inserción en la globalización".<sup>34</sup>

Con respecto a esto, debe tenerse en cuenta que el mencionado paquete del Consenso de Washington permitió la firma de más de 50 tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones extranjeras por parte del Estado argentino, y que esto fue impulsado por el Banco Mundial, lo que permitió que el Estado receptor de las inversiones —la Argentina—, someta parte de su soberanía y voluntad política al sostenimiento del

modelo internacional de protección de grandes capitales e intereses de potencias económicas.<sup>35</sup> Cabe destacar que esta propuesta impulsada por los organismos financieros internacionales fue justificada sobre la base del pretendido crecimiento económico por parte de estos Estados "en vías de desarrollo".<sup>36</sup> No es menos importante que la Argentina es uno de los principales Estados tomador de préstamos otorgados por estas instituciones, y, consecuentemente, como se observó párrafos arriba, le genera cierta dependencia de estas y sus recomendaciones.<sup>37</sup>

El Estado argentino no es el único Estado que se encuentra en estas condiciones, ya que estas particularidades se identifican en varios Estados que poseen bajos niveles de ingresos y altos índices de deudas, justamente con estas mismas instituciones financieras internacionales. De esta manera, su soberanía en materia fiscal se encuentra altamente restringida por los acuerdos con los actores transnacionales, con los países centrales, con *potencias* emergentes, con los organismos financieros internacionales y con los intereses comerciales a partir de la participación activa en el comercio internacional.<sup>38</sup> Por esta razón, Zabalo expone que estos acuerdos "implican un coste político en forma de limitación de la soberanía nacional para dictar políticas públicas".<sup>39</sup>

31. Esta se desarrolla desde 1990 aproximadamente. CEPAL, "Globalización y Desarrollo-Síntesis", Vigésimo noveno período de sesiones, Brasilia, Brasil, del 6/5/2002 al 10/5/2002.

32. BERTONI, R., Clase de Comercio Internacional-Maestría en Estudios Internacionales, Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires, 2020.

33. REZZOAGLI, L.C., "Teoría de la dinámica fiscal contradictoria de los países latinoamericanos en un ámbito determinado por la coexistencia del capitalismo global y la democracia representativa", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*, 43(118), pp. 117-142 (132), 2013.

34. ZABALO, P., "Los acuerdos internacionales sobre inversión, otro obstáculo para el desarrollo de América Latina", *Gestión en el Tercer Milenio*, Rev. de Investigación de la Fac. de Ciencias Administrativas, Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), Vol. 11, N° 22, Lima, 27-39, 2008, p. 28.

35. REZZOAGLI, L.C., "Teoría del posicionamiento...", *op. cit.*, 2011, p. 133.

36. Se destaca que el fenómeno del otorgamiento de paquetes se dio de manera mundial. Para más información, leer: CHUDNOVSKY, D. y LÓPEZ, A., *La transnacionalización de la economía argentina*, Cap. 1, EUDEBA/CENIT, Buenos Aires, 2001, p. 7; FERRER, A., "Globalización, desarrollo y densidad nacional", *Repensar la teoría del desarrollo en un contexto de globalización. Homenaje a Celso Furtado*. VIDAL, G.; GUILLÉN R., A. (Comp.), 2007, p. 431. Disponible en: [http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/edicion/vidal\\_guillen/25Ferrer.pdf](http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/edicion/vidal_guillen/25Ferrer.pdf) [Fecha de la última consulta: el 16/12/2020].

37. Para consultar la situación financiera de la Argentina con respecto al FMI se recomienda: <https://www.imf.org/external/np/fin/tad/exfin2.aspx?memberkey1=30&date1Key=2020-08-31> [Fecha de la última consulta: el 16/12/2020].

38. SOGGE, D., *Cuadernos 2015 y más. Los donantes se ayudan a sí mismos*, Plataforma, 2015, y Más, Madrid, 2015, p. 11; GÖBEL, B., "Minería transnacional...", *op. cit.*, 2013, p. 136; SVAMPA, M., "Consenso de las *commodities*' y lenguajes de valoración en América Latina", *Revista Nueva Sociedad*, N° 244, marzo-abril de 2013, pp.30-46, p. 31; BÖHM, M.L., "El delito de maldesarrollo", *En Letra: Derecho Penal*, Año V, N° 8, 2019, p. 3.

39. ZABALO, P., "Los acuerdos internacionales...", *op. cit.*, 2008, p. 31.

### 3.2. Competencia a la baja

Asimismo, es necesario agregar que una tercera parte del comercio internacional se da por la actuación de las empresas transnacionales, y se caracteriza como un fenómeno de la globalización económica.<sup>40</sup> Se produce así una competencia por atraer la inversión extranjera entre los países del sur global, y se genera la llamada "competencia a la baja", "competencia de localización" o "guerra de incentivos" en materia impositiva, y el otorgamiento de incentivos para estas empresas.<sup>41</sup> Chudnovsky y López destacan que para que un país sea receptor y atractivo de flujos de inversión extranjera debe poseer ciertas ventajas; entre las ventajas de localización, se destaca la posesión, costo y calidad de los recursos naturales, el nivel del tipo de cambio,<sup>42</sup> el esquema de política económica (grado de apertura al capital extranjero), política comercial<sup>43</sup> y los regímenes de incentivos de la política fiscal. No obstante, se identifica que los incentivos fiscales toman un rol decisivo a la hora de que una firma determine una inversión específica en países o en regiones vecinas que cuentan con similares ventajas de localización.<sup>44</sup> La mencionada competencia, en virtud de la atracción, se da tanto en los niveles de gobierno nacionales como subnacionales. Chudnovsky y López distinguen entre distintos tipos de incentivos, financieros, fiscales e indirectos.<sup>45</sup>

40. CHUDNOVSKY, D. y LÓPEZ, A., *La transnacionalización...*, op. cit., 2001, p. 431; HARVEY, D., *Diecisiete contradicciones...*, op. cit., 2014, p. 147.

41. REZZOAGLI, L.C., "Beneficios tributarios...", op. cit., 2018; CHUDNOVSKY, D. y LÓPEZ, A., *La transnacionalización...*, op. cit., 2001.

42. A pesar de que no se analizará el tipo de cambio en el presente trabajo, es fundamental mencionar el impacto que tiene en la Argentina, caracterizado como un país con constantes devaluaciones, es decir, con una suba del tipo de cambio que lo hace atractivo para el resto del mundo y que las consecuencias internas tienen el efecto contrario. COLECTIVO VOCES DE ALERTA, *15 mitos y realidades sobre la minería transnacional en la Argentina*, El Colectivo-Ediciones Herramienta, Buenos Aires, 2011, p. 36.

43. Es necesario tener en cuenta que cuantas menos barreras sean colocadas al comercio internacional se lo considera con una mayor apertura a este.

44. CHUDNOVSKY, D. y LÓPEZ, A., *La transnacionalización...*, op. cit., 2001, p. 4.

45. Incentivos indirectos: provisión de terrenos e infraestructura especial, acceso preferencial a compras del gobierno, garantía de posiciones monopólicas, tratamientos regulatorios especiales, entre

### 3.3. El neoextractivismo en el comercio internacional

Así como la globalización conllevó al aumento del comercio internacional, también infringió en un rol protagónico de las empresas transnacionales en el sistema internacional. De acuerdo con tales circunstancias, estas empresas se encuentran en una nueva etapa de constante acumulación de capital, que se sostienen por un modelo extractivo-exportador. De esta manera, también afecta directamente en el plano doméstico de los Estados y su consecuente inserción, con estas condiciones, en el plano internacional.<sup>46</sup>

En el caso de los países latinoamericanos, ricos en recursos naturales (como se indicó previamente en el caso de proveedores de materias primas), sus economías tienden a una reprimarización con el fin de orientar su aparato económico nacional a las actividades extractivas de poco valor agregado y acentuado por el ingreso de grandes potencias.<sup>47</sup> En consecuencia, se produce el llamado "desarrollo neoextractivista", explicado por Maristella Svampa, basado en la sobreexplotación de recursos naturales, especialmente de carácter no renovable.<sup>48</sup> En otras palabras, el modelo capitalista que se da en el interior de las empresas transnacionales, por su aplicación de un criterio economista de la producción, permite visibilizar la vital importancia de que la explotación de estos bienes naturales sea ejercida de la manera más eficiente y productiva.<sup>49</sup> Retomando lo indicado previamente, toda esta estructura está normativizada al interior del país mediante leyes de promoción de las diversas industrias, y allanando el camino mediante los acuerdos con las empresas que permiten una mayor explotación y una mayor rentabilidad (para ellas). Todo esto se encuentra legitimado por la firma de múltiples acuerdos internacionales que promueven el crecimiento de la industria y justifica el otorgamiento de beneficios tributarios.<sup>50</sup>

otros. CHUDNOVSKY, D. y LÓPEZ, A., *La transnacionalización...*, op. cit., 2001, p. 13.

46. SVAMPA, M., *Movimientos sociales, matrices sociopolíticas y nuevos escenarios en América Latina*, Redaktion, Universidad de Kassel, Alemania, 2010, p. 23.

47. SVAMPA, M., *Movimientos sociales...*, op. cit., 2010, pp. 21-22; SVAMPA, M., "Consenso de las commodities...", op. cit., 2013, p. 32; GÖBEL, B., "Minería transnacional...", op. cit., 2013,

48. SVAMPA, M. y VIALE, E., *Maldesarrollo. La Argentina del extractivismo y el despojo*, Ed. Katz, Buenos Aires, 2014.

49. CHUDNOVSKY, D. y LÓPEZ, A., *La transnacionalización...*, op. cit., 2001, p. 14.

50. Se retoma en los siguientes apartados el tratamiento en específico de la legislación nacional y los acuerdos internacionales.

Consecuentemente, los Estados poseedores de los recursos naturales readecuan su política económica con el fin de obtener mayores ganancias, sin considerar las diversas y múltiples consecuencias que ello conlleva. Dentro de estas últimas, se proporcionan las condiciones para que las economías de los países centrales o "desarrollados" posean un mayor acceso y control de los recursos naturales.<sup>51</sup> Por consiguiente, se puede apreciar cómo el Estado argentino mantiene como política de Estado el modelo extractivista con respecto a sus recursos naturales, independientemente de quién esté a cargo del gobierno en cada momento. Los incentivos otorgados, en general, no han sido modificados por los nuevos gobiernos a pesar de los cambios de partido político gobernante.<sup>52 53</sup>

#### 4. La Argentina ante los acuerdos y las instituciones internacionales de financiamiento

Centrando ahora la atención en la Argentina, puede decirse que el eslabón que ocupan en esta cadena los diversos acuerdos internacionales entre el Estado argentino y los distintos actores internacionales permite comprender el impacto geopolítico a nivel local. Es necesario tener en cuenta que gran parte de los tratados bilaterales de inversión vigentes son

aquellos que se firmaron con el mencionado paquete del Consenso de Washington.<sup>54</sup> No obstante, se aprecia que

en este tema en particular predominan los tratados bilaterales de inversión y tratados de libre comercio firmados en pos de un crecimiento y desarrollo económico a partir de la entrada de inversión extranjera.<sup>55</sup> En este tipo de acuerdos internacionales, como se mencionó, se destaca que no se trata de una negociación entre iguales, ya que se presenta una asimetría entre situaciones económicas de los países parte.<sup>56</sup> En este contexto, se puso en marcha una legislación de facilitación fronteriza, mediante el Tratado Binacional de Integración y Complementación Minera con Chile,<sup>57</sup> en 1996, que permitió que los límites entre países no se presenten como obstáculo a fin de la explotación en ambos lados de la cordillera de los Andes.<sup>58</sup> Es así como se explicita el carácter de la inversión minera, como se manifestó a lo largo del trabajo, en el marco de la citada ley al enunciar: "El

tratado constituye un marco jurídico que regirá el negocio minero dentro de su ámbito de aplicación y tiene por objeto permitir a los inversionistas de cada una de las partes participar en el desarrollo de la integración

**“Se produce una competencia por atraer la inversión extranjera entre los países del sur global, y se genera la llamada ‘competencia de localización’ o ‘guerra de incentivos’ en materia impositiva, y el otorgamiento de incentivos para estas empresas”**

51. COLECTIVO VOCES DE ALERTA, *15 mitos y realidades...*, op. cit., 2011, pp. 14-15.

52. Se verá explícitamente al mencionar en particular los beneficios fiscales en minería, legislación que no ha sido modificada a lo largo del tiempo.

53. MURGUÍA, D.I. y GODFRID, J., "Continuidades y rupturas en el marco regulatorio y las políticas públicas para el sector minero metalífero argentino (1990-2019)", *Revista de Economía Política de Buenos Aires*, (19), 137-170, 2019, p. 139.

54. A pesar de que en el presente no se analiza este fenómeno en particular, es inescindible considerarlo por las consecuencias políticas, sociales y económicas que se presentan hasta hoy.

55. RASKOVSKY, R.M., "Técnicas de neutralización...", op. cit., 2019, p. 138.

56. Ídem, p. 136.

57. Ley N° 25243. 24/3/2000, Aprobación del Tratado sobre Integración y Complementación Minera suscripto con Chile. Para su lectura completa, disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/62611/norma.htm> [Fecha de la última consulta: el 10/12/2020].

58. SVAMPA, M. y VIALE, E., "Maldesarrollo. La Argentina...", op. cit., 2014, p. 178.

minera que las partes declaran de utilidad pública e interés general de la Nación". De esta manera, se puede visualizar cómo todo un contexto económico, político y social que se presenta de manera internacional conlleva a consecuencias en el ámbito interno del Estado.<sup>59</sup>

Entre estos eslabones que permiten identificar la posición de la Argentina en el sistema internacional y en su misión de atraer inversiones extranjeras para la industria minera, tienen un rol importante las recomendaciones que le brindan a la Argentina las instituciones internacionales de financiamiento. En este apartado, se mencionarán específicamente las características generales del Banco Mundial (BM) y del Fondo Monetario Internacional (FMI).<sup>60</sup>

En lo que respecta al BM, entre las contribuciones que realizan las inversiones extranjeras a los países en desarrollo mediante la vía macroeconómica se destacan las siguientes: el aumento de exportaciones, la mejora de la productividad y de la eficiencia en la asignación de recursos, la contribución al incremento del stock de capital

en las naciones receptoras. Así como también, por la vía microeconómica, se señala la introducción en el país receptor de tecnologías nuevas y actualizadas, la capacitación de recursos humanos, las prácticas incorporadas en la organización, una mayor competencia en los mercados locales, es decir, que se les exigiría más a las industrias locales para poder seguir en el mercado y el acceso a nuevos mercados.<sup>61</sup>

Por su parte, el FMI expresa su postura al manifestar en un comunicado de prensa:

[Para] lograr un crecimiento vigoroso, sostenible y equitativo y para mejorar los niveles de vida de la población argentina, (...) las prioridades incluyen esfuerzos adicionales por crear un sistema tributario menos distorsionador, promover una mayor competencia en los mercados internos de productos, *eliminar las barreras al comercio internacional y a la inversión extranjera* (...). El éxito de los planes de políticas de las autoridades depende de una *implementación continua y resuelta*. Esto requerirá

la construcción de un apoyo amplio a favor de políticas (...), que incrementen el potencial de

**“En el caso de los países latinoamericanos, ricos en recursos naturales, sus economías tienden a una reprimarización con el fin de orientar su aparato económico nacional a las actividades extractivas de poco valor agregado y acentuado por el ingreso de grandes potencias”**

59. En el presente trabajo, no se profundiza en los acuerdos internacionales; sin embargo, se recomienda para ello la lectura de RASKOVSKY, R.M., “Técnicas de neutralización...”, *op. cit.*, 2019, en donde se describe el contexto que acompañó estos acuerdos internacionales, como las consecuencias, y el análisis de casos que lo demuestran, entre tanto.

60. Esta selección metodológica no desconoce la presencia de otras instituciones financieras internacionales con sus respectivas recomendaciones o condiciones. Para mayor información: SOGGE, D., “Cuadernos 2015...”, *op. cit.*, 2015; MAYORAL, P., “Caso ‘Proyecto Panantza San Carlos’ (empresa china en Ecuador)”, *Empresas transnacionales, recursos naturales y conflicto en América Latina. Para una visibilización de la violencia invisible*, Cap. 16, Secretaría de Investigación, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2020.

61. WORLD BANK, “Entering the 21st Century. World Development Report 1999/2000”, Oxford University, Press, Nueva York, 1999, pp. 81-83. Disponible en: [https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/5982/wdr%201999\\_2000%20-%20English.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/5982/wdr%201999_2000%20-%20English.pdf?sequence=1&isAllowed=y)); CHUDNOVSKY, D. y LÓPEZ, A., *La transnacionalización...*, *op. cit.*, 2001.

crecimiento de la Argentina y promuevan la *confianza del mercado*.<sup>62</sup>

De esta manera, queda explicitado cómo esta confianza en el mercado es imprescindible para el crecimiento de la economía argentina, en donde resulta llamativo que sea considerada positivamente como requisito fundamental "la eliminación de barreras al comercio internacional, y a la inversión extranjera", debido a que no tiene en cuenta el impacto (a nivel) local de este tipo de medidas.

Sin embargo, esta postura se mantiene constante y se puede apreciar, por ejemplo, en el marco de un Acuerdo *Stand By* de julio de 2018.<sup>63</sup> Se trataba de un desembolso de 50.000 millones de dólares para la Argentina vinculado esto a un nuevo plan económico orientado a reducir el gasto del gobierno federal. Entre las medidas previstas, se mencionan:

Nuevos recortes en los subsidios energéticos, un gasto salarial menor y una reducción de las transferencias tanto a las provincias como a las

empresas estatales. (...) Se prevé que ese plan, respaldado con un acuerdo precautorio por 50.000 millones de dólares con el FMI, ayude a restablecer la confianza en la economía del país, el tercero más grande de América del Sur.

De este párrafo, surge el siguiente cuestionamiento: se tiene por objetivo una reducción del gasto en virtud de un gasto salarial menor, de reducciones de subsidios energéticos y de empresas estatales, pero en ningún momento refiere a la reducción de los beneficios fiscales otorgados a empresas transnacionales que implican un gasto tributario.<sup>64</sup> Al contrario, se reitera y enfatiza la confianza en la economía argentina, mediante la utilización de este término amplio, ambiguo y que, a su vez, es externo (el generar confianza) al propio Estado como tal.

Ya a fines de diciembre de 2017, en virtud de la consulta del art. IV,<sup>65</sup> el FMI se expidió tras su visita al país en un informe que indicaba que resultaba esencial reducir el gasto público:

Sobre todo en los ámbitos en que dicho gasto ha aumentado rápidamente en los últimos años, en particular salarios, pensiones y transferencias sociales (...). Felicitaron a las autoridades por haber eliminado los *controles cambiarios y las restricciones del comercio*, y por las recientes iniciativas para reducir los trámites burocráticos. Señalaron que para estimular la productividad y el crecimiento a largo plazo sería necesario acelerar la *reducción de los aranceles de importación, eliminar la mayoría de los permisos de importación, retirar los obstáculos a*

62. Comunicado de prensa del FMI N° 19/107: "El Directorio Ejecutivo del FMI concluye la tercera revisión en el marco del Acuerdo *Stand-By* a favor de la Argentina, aprueba el desembolso de 10.800 millones de dólares", 5/4/2019. Disponible en: <https://www.imf.org/es/News/Articles/2019/04/05/pr19107-argentina-imf-executive-board-completes-third-review-under-argentinas-stand-by-arrangement> [Fecha de la última consulta: el 16/12/2020].

63. Los acuerdos *Stand By* son un tipo de préstamo que otorga el FMI a sus solicitantes, en general, países de ingreso medio, como es la Argentina y con un plazo de hasta 36 meses como en el presente. Además, busca responder a las necesidades de financiamiento externo de los países, y respaldar políticas que los ayuden a salir de las crisis y volver a un crecimiento sostenible, especialmente son otorgados frente a inconvenientes en la balanza de pagos. Es necesario aclarar que este tipo de préstamos tiene distintos momentos de desembolso a partir del seguimiento que realiza la institución sobre el país receptor y su cumplimiento en las metas establecidas. Se destaca el caso de las metas de inflación, entre otros requisitos. Noticia publicada por el FMI: "La recuperación económica de la Argentina: Ocho respuestas para explicar el plan". 13/7/2018. Disponible en: <https://www.imf.org/es/News/Articles/2018/06/29/na062918-argentinas-economic-recovery-8-answers-to-explain-the-plan> [Fecha de la última consulta: el 16/12/2020]. Para más información acerca de este acuerdo, se recomienda la lectura del Comunicado de prensa del FMI N° 18/245, de fecha 20/6/2018: <https://www.imf.org/es/News/Articles/2018/06/20/pr18245-argentina-imf-executive-board-approves-us50-billion-stand-by-arrangement> [Fecha de la última consulta: el 16/12/2020].

64. STIGLITZ, J.E. "Acabar con la maldición de los recursos naturales", *¿Cómo hacer que funcione la globalización?*, Taurus, Buenos Aires, 2006. El Cap. 4 plantea que el FMI recurre a solicitarle a este tipo de economías la reducción de gastos sin tener en cuenta las consecuencias que pueda ocasionar (como crisis internas) y ejemplifica con el caso de Chile.

65. "Conforme al artículo IV de su Convenio Constitutivo, el FMI mantiene conversaciones bilaterales con sus miembros, habitualmente todos los años. Un equipo de funcionarios del FMI visita el país, recaba información económica y financiera, y analiza con las autoridades la evolución del país y sus políticas en materia económica. Tras regresar a la sede del FMI, los funcionarios elaboran un informe que sirve de base para el análisis del Directorio Ejecutivo", Comunicado de prensa del FMI N° 17/524, ver siguiente nota al pie.

*la inversión y la entrada de empresas al mercado y adoptar medidas para promover la competencia interna (...)*<sup>66</sup>

En conclusión, la postura de estas instituciones financieras con respecto a los países solicitantes de créditos, en particular, en la Argentina, se mantiene a lo largo de los años, e incentiva el ingreso creciente de productos extranjeros por la quita de barreras a las importaciones, sin que parezca importar qué consecuencias implica en el mercado doméstico. Al mismo tiempo, se fomenta el ingreso de empresas extranjeras al interior del Estado como requisito para el crecimiento de la economía y un aumento de la confianza en la economía argentina. Podría interpretarse que esta última se encuentra dada por la actuación e intervención no solo de estas instituciones financieras, sino también de empresas transnacionales y de otros Estados considerados centrales. En otras palabras, son estos actores internacionales los que le otorgan la confianza requerida a la economía argentina. De esta manera, queda explicitada la influencia de estas instituciones en las decisiones político-económicas del propio Estado en el marco del discurso del crecimiento económico.

Por otro lado, se visibiliza la pérdida de soberanía en la toma de decisiones por el cumplimiento de condicionantes y recomendaciones de estas instituciones tanto en el sistema internacional como al interior de la nación.<sup>67</sup> En palabras de Sogge: "Se ve cómo bajo el liderazgo del FMI, las políticas de austeridad promovidas por la mayoría de los donantes se han asociado con mayores entradas de Inversión Extranjera Directa (IED), lo que sugiere que el sistema de ayudas políticas está satisfaciendo los intereses de los inversores".<sup>68</sup>

66. Comunicado de prensa del FMI N° 17/524, de fecha 29/12/2017: "El Directorio Ejecutivo del FMI concluye la consulta del artículo IV con la Argentina correspondiente a 2017". Disponible en: [https://www.imf.org/es/News/Articles/2017/12/29/pr17524-imf-executive-board-concludes-2017-article-iv-consultation-with-argentina#\\_ftn1](https://www.imf.org/es/News/Articles/2017/12/29/pr17524-imf-executive-board-concludes-2017-article-iv-consultation-with-argentina#_ftn1) [Fecha de la última consulta: el 16/12/2020].

67. Es necesario aclarar que los comunicados de prensa del BM y el FMI, para ejemplificar, han sido seleccionados a fin de demostrar el mantenimiento de su discurso a lo largo de los años (desde los 90 con el Consenso de Washington hasta 2019 inclusive). No se agregan comunicados del presente año, 2020, por el contexto particular de pandemia por COVID-19.

68. SOGGE, D., "Cuadernos 2015...", *op. cit.*, 2015, p. 16.

Mientras que por un lado los beneficios atribuidos a las inversiones extranjeras – promovidas internacionalmente - generan *gasto* tributario al Estado, por otro lado, se exige desde el espacio internacional que el gasto de este mismo Estado debe ser reducido. Entonces, ¿existe y es realmente efectivo y visualizado el crecimiento económico que generan las inversiones extranjeras?

## 5. Beneficios fiscales en la Industria Minera

Para poder comprender la pregunta que se plantea aquí arriba, primero es necesario identificar cuáles son los beneficios fiscales otorgados a la Industria Minera en el marco del contexto que se explicitó, y poder visualizar en concreto las consecuencias que éstos generan por el interés de atraer inversiones extranjeras. De esta manera se explicarán los beneficios identificados a fin de explicitar todo aquello de lo que obtienen rédito en materia fiscal las industrias extractivas mineras, así como aquello que el Estado deja de recaudar, considerando la situación económico social que atravesó y atraviesa Argentina.

Es de destacar primeramente que gran parte de la legislación minera vigente es producto de la llamada *especialización minera* mediante las reformas en esta materia en la década de los noventa del siglo pasado, acompañadas de modificaciones político-económicas. De esta forma se aprecia cómo en el contexto descripto de atracción de inversiones, influenciado por los discursos de instituciones financieras, y de un mercado global en plena expansión, se permitió la implementación de estas modificaciones. A pesar de los cambios de mandatarios presidenciales, esta legislación casi no ha sufrido reformas.

Es así que este modelo ha establecido una *ingeniería fiscal* por el otorgamiento de exenciones y beneficios en materia impositiva, identificado como factor determinante en la elección por parte de las empresas transnacionales, para la obtención de mayores rentas, y cierta cesión efectuada por parte de la sociedad para dichos inversionistas, con el fin de una mejora económica a nivel general.<sup>69</sup> A partir de este modelo, y entendiendo

69. COLECTIVO VOCES DE ALERTA, *15 mitos y realidades...*, *op. cit.*, 2011, p. 47.

que el sector minero se encuentra caracterizado por largos períodos de preinversión, de riesgo y de operación, es que la estabilidad económica y la seguridad jurídica han sido determinantes en esta competencia por la atracción de estas inversiones mineras.<sup>70</sup>

La competencia de entes subnacionales ha sido evidente, en este caso el de las provincias entre sí, mediante la reforma constitucional de 1994 y el nuevo art. 124 de la Constitución Nacional (CN)<sup>71</sup> que les permite no solo crear regiones para el *desarrollo económico*, sino también celebrar acuerdos internacionales, considerando ciertas particularidades y el dominio de los recursos naturales que se encuentran en su territorio. Es por ello que la *provincialización* de la explotación de los recursos naturales incidió en la privatización de la referenciada actividad.<sup>72</sup> En las reformas llevadas a cabo se plasmó el discurso de *desarrollo económico*, y se permitió que bajo la potestad de las provincias se efectúe la toma de aquellas decisiones que crean pertinentes para la efectivización de su consecución. Destaca entre ellas el dominio de los recursos naturales, sin considerar las posibles consecuencias que esto pudiera atraer.

### 5.1. Ley de Inversiones de Minas

Asimismo, a partir de la sanción de la *Ley de Inversiones de Minas*, N° 24196 y sus modificatorios,<sup>73</sup> se

establece la *estabilidad fiscal* por 30 años desde la presentación del estudio de factibilidad efectuado por las mismas empresas sobre un proyecto nuevo o ampliación de una unidad productiva existente. Por esta razón las modificaciones en materia tributaria no pueden afectarlos ni gravarlos.<sup>74</sup> Dicha estabilidad comprende a todos los tributos, es decir: impuestos directos, tasas y contribuciones impositivas, aranceles, derechos u otros gravámenes a las Importaciones y Exportaciones, de modo que las empresas no sufrirán suba alguna en su carga tributaria total.<sup>75</sup> determinada separadamente por cada jurisdicción.<sup>76 77</sup> Esto significa que la estabilidad comprende la inamovilidad de la normativa tributaria que se encontraba vigente al momento de aceptar el proyecto, y no podrá afectarse en caso de que exista alguna modificación que incremente la carga tributaria; por el contrario si se presenta una modificación que reduzca dicha carga, esta reducción se aplicará a las explotaciones mineras que estén en proceso.<sup>78</sup> De esta manera, queda evidenciado cómo de una forma u otra la estabilidad fiscal se mantendrá o se modificará de tal forma que siempre resulte más beneficiosa para las empresas.

Por otro lado, entre otros beneficios, la Ley de Inversiones Mineras posibilita que los montos invertidos por prospección, exploración y estudios de factibilidad

70. MURGUÍA, D.I. y GODFRID, J., "Continuidades y rupturas...", *op. cit.*, 2019, p. 143.

71. Art. 124 de la CN: "Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto. Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio".

72. SVAMPA, M. y VIALE, E., "Maldesarrollo. La Argentina...", *op. cit.*, 2014, p. 177.

73. Ley de Inversiones Mineras, 19/5/1993, Congreso de la Nación. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/594/texact.htm> [Fecha de la última consulta: el 16/12/2020]. Es necesario resaltar que también se establece en esta Ley de Inversiones Mineras la estabilidad cambiaria, considerando los impactos en virtud del tipo de cambio en la Argentina. Es necesario aclarar que en materia cambiaria ha habido variaciones con los distintos gobiernos y con respecto a circunstancias macroeconómicas, lo

que ha demostrado la inestabilidad e imprevisión en esta cuestión y la consecuente desconfianza de las inversiones en el país. Para un detalle de esta cuestión, se recomienda: MURGUÍA, D.I. y GODFRID, J., "Continuidades y rupturas...", *op. cit.*, 2019.

74. SERENO, J.O., "Apuntes para el estudio del tratamiento fiscal de la minería en la Argentina", *Cuadernos del Instituto AFIP*, C20, Instituto de Estudios Tributarios, Aduaneros y de los Recursos de la Seguridad Social (AFIP), CABA, 2011; COLECTIVO VOCES DE ALERTA, *15 mitos y realidades...*, *op. cit.*, 2011, p. 32; ALIMONDA, H.; TORO PÉREZ, C.; MARTÍN, F., CLACSO, "Ecología política latinoamericana: pensamiento crítico, diferencial latinoamericana y rearticulación epistémica", 1ª ed., Universidad Autónoma Metropolitana, México, Ciccus, Vol. 2, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017, p. 410; REZZOAGLI, L.C., "Teoría de la dinámica...", *op. cit.*, 2013.

75. SERENO, J.O., "Apuntes para el estudio...", *op. cit.*, 2011, p. 13. "Se entiende por incremento en la carga fiscal (en cada jurisdicción y originadas en medidas que no fueron compensadas) la que se produzca por: creación de nuevos tributos; aumento en alícuotas, tasas o montos; modificación en los mecanismos de determinación de la base imponible, cuando implique su incremento; derogación de exenciones otorgadas; eliminación de deducciones admitidas; incorporación al ámbito de un tributo de situaciones antes exceptuadas."

76. Refiere a municipal, provincial, nacional.

77. SERENO, J.O., "Apuntes para el estudio...", *op. cit.*, 2011, p. 13.

78. Ídem, p. 29.



técnico-económica sean deducidos del Impuesto a las Ganancias en un 100%.<sup>79</sup> Es necesario aclarar que esta última disposición permite deducir dos veces dicha inversión.<sup>80</sup> Sereno, agrega que "se puede incluir en el monto a deducir, los gastos de todas las actividades exploratorias desarrollados en el país que *no hayan llegado a resultados positivos*".<sup>81</sup> De esta forma, la reglamentación deja en claro que el riesgo propio de la actividad es asumido por el mismo Estado. En otras palabras, las empresas mineras no se hacen cargo del total de los riesgos implicados por la ejecución de la actividad ya que parte de dicho riesgo es por el Estado, al no ser percibido dicho costo impositivo como un ingreso. Es necesario destacar, además, que también se posibilita la amortización acelerada en maquinaria, construcciones y transporte, lo que permite que se reduzca el pago por el Impuesto a las Ganancias.<sup>82</sup>

Dentro de las exenciones en materia impositiva previstas en la ley se encuentran las siguientes, lo cual se agrega a lo dicho exponiendo la gran variedad de beneficios existentes:

Impuesto a la ganancia mínima presunta; tasas aduaneras y aranceles relacionados con la importación de equipos, bienes durables de producción e insumos; contribución sobre la propiedad minera; pago del impuesto a los créditos y débitos bancarios;<sup>83</sup> pago de las retenciones a las exportaciones;<sup>84</sup> además, están

exentas de tributos a las ganancias derivadas del aporte de minas y derechos mineros para capitalizar sociedades; (...) pago del impuesto de sellos para operaciones como la ampliación de capital, emisión de acciones (...)<sup>85 86</sup>

Por otro lado, la Ley N° 24196 establece que las provincias pueden cobrar en concepto de regalías hasta el tope máximo del 3% del valor del mineral puesto en boca de mina.<sup>87</sup> No obstante, tanto las modalidades como las formas de cálculo y pago de las regalías se encuentran sujetas a las propias reglamentaciones provinciales.<sup>88</sup> De esta manera, se evidencia lo que se planteó previamente en cuanto a que las provincias terminan compitiendo por colocar el menor porcentaje en el pago

---

metales, las cuales se eliminaron en 2015 (ver Decretos N° 160/2015 y N° 25/2016) y se restablecieron hasta el 31/12/2020 (ver Decreto N° 793/18). Al respecto ha habido reclamos por las industrias mineras, quienes manifestaban el incumplimiento de la mencionada estabilidad fiscal, por lo que la Corte Suprema ha fallado en contra de su reclamo, e indicó en el caso "Bretta Godoy 2012" que "la estabilidad fiscal implica un compromiso de no incrementar la carga fiscal total de proyectos mineros, pero no impide la imposición de nuevos tributos a la actividad", y mantuvo este mismo criterio en "Procesadora de Boratos Argentinos SA (TF 28.448-A)". MURGUÍA, D. y GODFRID, J., "Inversión extranjera, minería metalífera y política pública: análisis del caso argentino", presentado en el IV Congreso de Economía Política, Centro Cultural de la Cooperación y Universidad Nacional de Quilmes, Buenos Aires, 17-18 de octubre de 2017. Sin embargo, al ser restablecidas las retenciones en los últimos años del gobierno de Macri, las industrias no elevaron reclamos por su beneficio a partir de la devaluación del peso argentino durante esos años. También se recomienda leer en este caso: MURGUÍA, D. y GODFRID, J., "Continuidades y rupturas...", *op. cit.*, 2019, pp.: 149-155.

**85.** Cfr. arts. 15, 17, 21, 22 bis de la Ley N° 24196 (modif.: 25161; 25449).

**86.** ALIMONDA, H.; TORO PÉREZ, C.; MARTÍN, F., "Ecología política latinoamericana...", *op. cit.*, 2017, pp. 411-412; ver en igual sentido, REZZOAGLI, L.C., "Teoría de la dinámica fiscal...", *op. cit.*, 2013; SERENO, J.O., "Apuntes para el estudio...", *op. cit.*, 2011.

**87.** Por el valor de boca de mina se entiende el valor de los minerales que se encuentran declarados por el empresario minero, como aquel valor que se obtuvo en la primera parte de comercialización, sin los costos de transporte ni los de extracción del mineral hasta la boca de mina, así como tampoco los costos de trituración como todo tratamiento implementado para su venta final, ni costos de comercialización hasta su venta como producto, ni costos de administración hasta su entrega como producto, ni costos de fundición y refinación, ni costos de amortización. SERENO, J.O., "Apuntes para el estudio...", *op. cit.*, 2011, p. 18. Para una profundización cfr. art. 22 bis de la Ley N° 24196 (modif. 25161).

**88.** REZZOAGLI, L.C., "Teoría de la dinámica fiscal...", *op. cit.*, 2013. SERENO, J.O., "Apuntes para el estudio...", *op. cit.*, 2011.

**79.** Art. 12 de la Ley N° 24196: "Los sujetos acogidos al presente régimen de inversiones podrán deducir en el balance impositivo del impuesto a las ganancias el ciento por ciento (100%) de los montos invertidos en gastos de prospección, exploración, estudios especiales, ensayos mineralúrgicos, metalúrgicos, de planta piloto, de investigación aplicada, y demás trabajos destinados a determinar la factibilidad técnico-económico de los mismos. *Las deducciones referidas en el presente artículo podrán efectuarse sin perjuicio del tratamiento que, como gasto o inversión amortizable, les corresponda de acuerdo con la ley de impuesto a las ganancias*".

**80.** SERENO, J.O., "Apuntes para el estudio...", *op. cit.*, 2011, p. 14; COLECTIVO VOCES DE ALERTA, *15 mitos y realidades...*, *op. cit.*, 2011, p. 32; REZZOAGLI, L.C., "Teoría de la dinámica fiscal...", *op. cit.*, 2013.

**81.** SERENO, J.O., "Apuntes para el estudio...", *op. cit.*, 2011, p. 14.

**82.** SERENO, J.O., "Apuntes para el estudio...", *op. cit.*, 2011; ALIMONDA, H.; TORO PÉREZ, C.; MARTÍN, F., "Ecología política latinoamericana...", *op. cit.*, 2017; REZZOAGLI, L.C., "Teoría de la dinámica fiscal...", *op. cit.*, 2013.

**83.** Exención del impuesto al cheque.

**84.** Art. 8º, Consid. 6 de la Ley N° 24196 (modif.: 25161; 25449): "(...) reintegros y/o devolución de tributos con motivo de la exportación". En 2007 se han impuesto retenciones a las exportaciones de

en concepto de regalías, con el fin de atraer inversiones en pos de su provincia.

En otro punto, considerando que deben cumplir con la reglamentación que se adecue a la protección del medioambiente, la normativa establece que, a fin de prevenir y subsanar las alteraciones que pueda sufrir el medioambiente por las tareas mineras, estas empresas tendrán que conformar una previsión especial para esta particularidad. De esta forma, la empresa, de acuerdo con su propio criterio, es la encargada de proponer un importe anual para esta previsión. Sin embargo, este importe podrá ser tenido en cuenta como un cargo deducible a fin de determinar el impuesto a las Ganancias, con el límite de que sea equivalente al 5% de los costos operativos de extracción y beneficio.<sup>89,90</sup> En consecuencia, la empresa puede reducir la base imponible sobre la que se calcula el Impuesto a las Ganancias.

## 5.2. Otras normativas beneficiosas: el Código de Minería y el Impuesto al Valor Agregado

Además de las previsiones beneficiosas de la Ley de Inversiones Mineras, el Código de Minería dispone en su art. 214 una exención tributaria durante los cinco primeros años de concesión desde su registro. Esta exención comprende gravamen o impuesto, tanto nacional, como provincial o municipal, presente o futuro, que se aplique a la explotación y a la comercialización de la producción

<sup>89</sup>. Art. 23, Ley N° 24196.

<sup>90</sup>. Para un detalle de estos beneficios, se recomienda: <https://noalamina.org/argentina/item/2751-incentivos-fiscales-a-la-exploracion-y-explotacion-minera> [Fecha de la última consulta: el 16/12/2020].

**“Las empresas mineras no se hacen cargo del total de los riesgos implicados por la ejecución de la actividad ya que parte de dicho riesgo es por el Estado, al no ser percibido dicho costo impositivo como un ingreso”**

minera, aunque se excluyen las tasas por retribución de servicios y el sellado de actuación.<sup>91</sup> De esta forma, la normativa intenta dejar cubiertas (casi) todas las etapas que incluye la actividad minera, incluso hasta su comercialización.

A su vez, también se encuentran comprendidas estas industrias en un régimen especial en virtud del Impuesto al Valor Agregado (IVA).<sup>92</sup> Es así como las empresas tienen la posibilidad de la devolución anticipada y el financiamiento del IVA respecto de importaciones o compras locales de bienes que sean considerados para la construcción de infraestructura. De esta manera, les es reintegrado el IVA abonado en aquellos consumos que hayan sido efectuados por la exploración, así como también se les permite deducir el 100% de este tributo sobre los combustibles líquidos.<sup>93</sup> Podría concluirse entonces que el IVA no implica un costo ni tampoco un gasto para las empresas. Asimismo, cuentan con la posibilidad de créditos fiscales por IVA en importaciones y adquisiciones de bienes y servicios de aquellas empresas que efectúen actividades de exploración minera, luego de transcurridos doce períodos fiscales dentro del régimen de exención y previo cumplimiento de ciertas condiciones.<sup>94,95</sup> De modo que en todo aquello que les sea

<sup>91</sup>. Código de Minería 1/5/1887, mediante la Ley N° 1919 por el Congreso Nacional Argentino. Cabe destacar que ha sufrido y sufre diversas modificaciones.

<sup>92</sup>. Es un tributo indirecto sobre el consumo.

<sup>93</sup>. REZZOAGLI, L.C., “Teoría de la dinámica fiscal...”, *op. cit.*, 2013, pp. 136-137; ALIMONDA, H.; TORO PÉREZ, C.; MARTÍN, F., “Ecología política latinoamericana...”, *op. cit.*, 2017,

<sup>94</sup>. Ídem nota al pie N° 93.

<sup>95</sup>. Art. 14 bis, Ley N° 24196 (modif. 25429): “Las importaciones y adquisiciones de bienes y servicios que determine la autoridad de aplicación a través de la reglamentación de esta ley y que efectúen las empresas que realicen tareas de exploración minera gozarán del beneficio indicado en el segundo párrafo de este artículo, en la

cochado con la inclusión del IVA, estas empresas lo poseen a su favor, es decir, un crédito (como un activo) que puede ser compensado para otra cuestión por pagar.

### 5.3. ¿Qué significan estos beneficios a la luz de la noción del gasto tributario?

Antes de finalizar con la descripción de los beneficios fiscales que gozan las empresas mineras en la Argentina, es necesario retomar lo mencionado previamente con respecto al gasto tributario a fin de comprender su vínculo con los citados beneficios.

Recuérdese que se lo entiende como un costo fiscal por las pérdidas de ingresos en virtud del otorgamiento de los beneficios fiscales, entendidos como exenciones, reducciones y deducciones con el fin de promocionar determinada actividad o zona en particular, es decir, aquello que se dejó de recaudar.<sup>96</sup>

medida en que se cumplan las siguientes condiciones: 1. Las tareas de exploración minera sean efectuadas por sujetos inscriptos en el régimen de la presente ley. 2. Las importaciones y adquisiciones de bienes y servicios tengan por destino realizar actividades mineras consistentes en prospección, exploración, ensayos mineralúrgicos e investigación aplicada. Los créditos fiscales originados en las operaciones citadas en el párrafo precedente, que luego de transcurridos doce (12) períodos fiscales contados a partir de aquel en que resultó procedente su cómputo, conformaren el saldo a favor de los responsables a que se refiere el primer párrafo del artículo 24 de la ley de impuesto al valor agregado, les serán devueltos de acuerdo con el procedimiento, forma y condiciones que establezca el Poder Ejecutivo nacional. La devolución prevista en este artículo no podrá realizarse cuando los referidos créditos fiscales hayan sido financiados mediante el régimen establecido por la Ley N° 24402, ni podrá solicitarse el acogimiento a este último cuando se haya solicitado la citada devolución. Lo dispuesto por el presente artículo será de aplicación sin perjuicio de otros beneficios que pudieran corresponder, salvo lo dispuesto en el párrafo precedente”.

96. REZZOAGLI, L.C., “Teoría del posicionamiento...”, *op. cit.*, 2011; SERENO, J.O., “Apuntes para el estudio...”, *op. cit.*, 2011, p. 23.

## “La Ley N° 24196 establece que las provincias pueden cobrar en concepto de regalías hasta el tope máximo del 3% del valor del mineral puesto en boca de mina”

En el caso de la actividad minera, es necesario aclarar que el informe que se presenta<sup>97</sup> de estimación de los gastos tributarios no tiene en cuenta algunos incentivos proporcionados como la amortización acelerada, el diferimiento de impuestos y la deducción anticipada de créditos fiscales, ya que no pueden ser estimados como pérdidas. El informe que es presentado y publicado sobre gastos tributarios, como bien se mencionó, es una estimación que busca demostrar la cuestionada transparencia fiscal. Estos informes son presentados en la moneda corriente, es decir, en pesos argentinos, y cada dos años, se mencionan estas características en virtud del vínculo con la medición considerando la fluctuación del valor de la moneda argentina.<sup>98</sup>

Así, es evidente que al ser estimado (el gasto tributario) y en el valor de la moneda corriente, esta información sobre aquello que se deja de recaudar en el otorgamiento de estos beneficios no parecería ser suficientemente

97. Este informe es presentado por el Poder Ejecutivo (en la página web del Ministerio de Economía se encuentra el informe de la Dirección Nacional de Investigaciones y Análisis Fiscal, dependiente de la Secretaría de Hacienda, de la Subsecretaría de Ingresos Públicos, relativo a la estimación de los denominados “gastos tributarios”) para ser discutido en el marco del presupuesto ante el Congreso Nacional. En el informe correspondiente a los períodos 2017-2019 y 2018-2020 las estimaciones fueron efectuadas con información proporcionada por las siguientes dependencias: Ministerio de Hacienda (Secretaría de Hacienda, Secretaría de Política Económica, Secretaría de Energía, Secretaría de Finanzas); Administración Federal de Ingresos Públicos; Instituto Nacional de Estadística y Censos; Banco Central de la República Argentina; Ministerio de Producción y Trabajo (Secretaría de Agroindustria, Secretaría de Política Minera). Para su consulta, se encuentra disponible en: [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/gastos\\_tributarios\\_2017-19\\_informe\\_completo.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/gastos_tributarios_2017-19_informe_completo.pdf); [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/gastos\\_tributarios\\_2018-2020\\_informe\\_completo.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/gastos_tributarios_2018-2020_informe_completo.pdf) [Fecha de la última consulta: el 16/12/2020].

98. En caso de querer consultar los últimos que se encuentran actualizados son los de 2017-2019, 2018-2020 para su consulta: ver nota al pie *ut supra*.

fiel ni exacta. Es necesario tener en cuenta el impacto generado a partir de la fluctuación de la moneda nacional,<sup>99</sup> así como también que parte de las ganancias que estas empresas generan son en moneda extranjera, por lo que la brecha que se produce entre una y otra es cada vez mayor. Así como no se puede acceder a información sobre la recaudación impositiva de empresas mineras,<sup>100</sup> del mismo modo se encuentra planteado que "la incorporación de mecanismos de consulta, transparencia y rendición de cuentas podrían contribuir a ampliar la participación ciudadana en lo competente a la actividad y sus impactos, cuestión que viene siendo reclamada por diversas organizaciones socioambientales desde fines de los 90 a la actualidad".<sup>101</sup> Es así como, a pesar de esta supuesta transparencia fiscal, igualmente desdibujada por no considerar varios de los incentivos otorgados, no sería suficientemente clara la información con respecto al vínculo enriquecedor y prometedor del gasto fiscal a fin de un desarrollo y crecimiento económico.<sup>102 103</sup>

En lo que respecta a esto último, es claro el mensaje otorgado por parte del Estado argentino, mediante la publicación del Ministerio de Desarrollo Productivo del 4 de febrero de 2019, a fin de facilitar y permitirles "ahorrar" a las empresas dedicadas a la actividad minera:

El gobierno nacional simplificó trámites relacionados con la actividad minera que permitirá a las empresas que inviertan en el sector ahorrar más de \$376 millones anuales, reducir tiempos y costos, y otorgar al sistema de transparencia y trazabilidad.<sup>104</sup>

Resulta demostrativa la postura del gobierno nacional en torno a lo explicado tanto en el presente apartado como en los anteriores y la intención del beneficio de las empresas mediante el ahorro y la simplificación, ¿se encontraba en esa fecha en condiciones el Estado argentino de permitirles ahorrar a las empresas y evitar su contribución mediante el pago de tributos?

Se retoma lo precedentemente expuesto en cuanto a que en abril de ese mismo año se produjo un desembolso por parte del FMI en el país. El presente comunicado refiere a que la Secretaría de Política Minera del Ministerio de Producción y Trabajo de la Nación, con la colaboración de la Secretaría de Simplificación Productiva de la misma cartera, y la Secretaría de Gobierno de Modernización de la Nación han trabajado en conjunto para la simplificación del Registro a fin de acceder al beneficio de la Ley de Inversiones Mineras y los beneficios impositivos establecidos en esta ley para aquellas empresas que invierten en este sector. En palabras de quien era el secretario de Simplificación Productiva de la Nación, Pedro Inchauspe, el comunicado explicita: "Estas medidas, no solo ahorran gran cantidad de tiempo y recursos, sino que, además, dotan al sistema de transparencia y trazabilidad, fundamentales para atraer inversiones a un sector altamente competitivo a nivel mundial". De esta manera, es evidente que el Estado argentino se adecua con el fin de atraer inversiones de un sector competitivo en el mercado mundial. Pareciera ser que esta declaración cristaliza y permite visibilizar gran parte de lo explicado a lo largo de la presente investigación. En igual sentido, otra de las declaraciones por destacar de entre las que acompañan esta postura es la de Carolina Sánchez, exsecretaria de Política Minera de la Nación: "(...) esta iniciativa es un aporte importante para la simplificación de los mismos y para hacer más competitivo a nuestro país como destino de inversiones".

A partir de esto último, se permite ejemplificar y visualizar de manera clara la postura del Estado argentino en la pretensión de inserción en el mercado internacional, utilizando a las inversiones extranjeras como medio para tal finalidad y para su desarrollo económico.

99. Las múltiples variaciones en el tipo de cambio sucedidas a lo largo del tiempo.

100. SERENO, J.O., "Apuntes para el estudio...", *op. cit.*, 2011, p. 28.

101. MURGUÍA, D.I. y GODFRID, J., "Continuidades y rupturas...", *op. cit.*, 2019, pp.: 165-166.

102. Cabe destacar que durante el proceso de elaboración de la presente investigación se encontraba en discusión la Ley de Presupuesto 2021. Se recomienda la lectura de las consideraciones efectuadas por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) en virtud de los gastos tributarios.

103. SERENO, J.O., "Apuntes para el estudio...", *op. cit.*, 2011; COLECTIVO VOCES DE ALERTA, *15 mitos y realidades...*, *op. cit.*, 2011; MURGUÍA, D.I. y GODFRID, J., "Continuidades y rupturas...", *op. cit.*, 2019.

104. Nota de prensa publicada por el Ministerio de Desarrollo Productivo, el 4/2/2019. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/simplifican-tramites-para-el-acceso-los-beneficios-de-la-ley-de-inversiones-mineras> [Fecha de la última consulta: el

16/12/2020], posibilita visualizar los cambios explícitamente y las resoluciones que lo permitieron.

De acuerdo con lo dicho, cabe destacar que existe la fundada preocupación de que las empresas transnacionales reciben crecientes cantidades de fondos públicos que podrían tener otros destinos: educación, salud, justicia.<sup>105</sup>

## 6. Conclusión propositiva

Adentrando en la finalización del presente trabajo, puede afirmarse que es innegable que el mundo en el que se vive es un mundo globalizado, regido por el comercio internacional y en el cual las reglas, a pesar de la existencia de instituciones internacionales, siguen siendo establecidas por el norte global o las llamadas "potencias hegemónicas".<sup>106</sup> La Argentina no ha permanecido aislada de estos sucesos, reconocida por su riqueza en recursos naturales, y, también, por sus fluctuaciones a nivel económico-social.

Consecuentemente, la Argentina se presenta al mundo con una normativa que tiene la finalidad de demostrar y otorgar seguridad y estabilidad a las inversiones extranjeras, ya que permanece en el imaginario de la élite política que desarrollo y crecimiento económico vienen de la mano. De acuerdo con ese imaginario, el desarrollo indiscutiblemente se promueve mediante la quita de barreras al comercio internacional y el constante ingreso de inversión extranjera. Parecería que el Estado argentino, implícitamente, asume que para su mencionado crecimiento económico requiere de la subordinación hacia inversiones extranjeras, grandes protagonistas de la presente globalización económica. Es así como exhibe una tendencia constante a la generosa y beneficiosa política fiscal minera con respecto a estas industrias extractivas. Consecuentemente, podría afirmarse

que esta mirada se mantiene y promueve como una política de Estado. Sin embargo, ese crecimiento no pareciera reflejarse en los hechos, especialmente en la permanente dependencia de instituciones financieras internacionales a los fines de su ilusorio salvataje.

Es fundamental visibilizar que tanto la legislación como la información no terminan de demostrar el vínculo exacto que existe entre las ganancias que genera la industria y la pérdida económica que le implica al Estado. Es responsabilidad de este último exigir que las empresas que ingresan en su territorio soberano, al momento de negociar, no lo hagan con pretensión de que el Estado se someta ante sus requerimientos ni brindando beneficios desproporcionados. En otras palabras, es tarea del Estado que la negociación se efectúe en un pie de igualdad para ambas partes, para así evitar el —pasado y presente— vínculo asimétrico y desproporcionadamente beneficioso para una parte, y perjudicial para la otra.

Por lo tanto, es necesario desmitificar la idea de que sin la cantidad de beneficios fiscales otorgados no se produciría la atracción de inversiones en materia minera. Esto queda demostrado a partir de la legislación fiscal minera de países como Australia y Bolivia, que poseen porcentajes en regalías, así como también en el resto de sus tributos más altos de lo habitual —sin perder por ello la presencia de las inversiones.—<sup>107</sup> Entonces, no se niega que la minería pueda producir crecimiento económico, sino más bien se propugna aquí que ese crecimiento se genere al interior de los Estados que tienen interés en la explotación de sus recursos minerales y que, además, esta explotación sea realizada de manera responsable. En definitiva, se hace un llamado a que sean consideradas las múltiples y diversas consecuencias que trae aparejado el

105. CHUDNOVSKY, D. y LÓPEZ, A., "La transnacionalización...", *op. cit.*, 2001; STIGLITZ, J.E., "Acabar con la maldición...", *op. cit.*, 2006, Center for Economic and Social Rights (CESR), Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Conectas Derechos Humanos, Fundar, Centro de Análisis e Investigación, Instituto de Estudios Socioeconómicos (INESC), Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "Prácticas tributarias abusivas de las empresas y su impacto en los derechos humanos", documento preparado en respuesta a la consulta para la elaboración del informe "Empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", 2018.

106. FERRER, A., "Globalización, desarrollo...", *op. cit.*, 2007.

107. En caso de querer obtener información sobre lo dicho, se recomienda la lectura en el caso de Australia: CUJ, P., *Regalías mineras y otros impuestos específicos a la minería*, Australia, 2012. Disponible en: [https://im4dc.org/wp-content/uploads/2012/01/uwa\\_1833\\_Paper-1\\_Spanish-version\\_Mineral-royalties-and-other-mining-specific-taxes.pdf](https://im4dc.org/wp-content/uploads/2012/01/uwa_1833_Paper-1_Spanish-version_Mineral-royalties-and-other-mining-specific-taxes.pdf), y en: <http://www.portalminero.com/pages/viewpage.action?pageId=9896896> [Fecha de la última consulta: el 16/12/2020] y la descripción efectuada en COLECTIVO VOCES DE ALERTA, *15 mitos y realidades...*. Ver nota al pie N°53; en el caso de Bolivia: CEPAL, "El impacto fiscal de la explotación de los recursos naturales no renovables en los países de América Latina y el Caribe", Santiago de Chile, 2015. Disponible en: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/38235/1/S1500128\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/38235/1/S1500128_es.pdf) [Fecha de la última consulta: el 16/12/2020].

tipo de explotación que promueven estas industrias —consecuencias muchas veces irreversibles.

Por ello se retoma aquí lo planteado precedentemente y en igual sentido se resalta la postura de Enrique Viale<sup>108</sup> en cuanto a romper con la creencia de América Latina como exportadora de naturaleza, como si ese fuese su único destino y sin visualizar —como se explicitó a lo largo de todo el trabajo— las decisiones en materia de geopolítica. De la misma manera, Viale indica que es importante la influencia en los partidos y la política, para así lograr cambios en políticas públicas y en los modos de producción, que no sigan generando desigualdad social ni devastación de territorios. Al respecto de esto que se menciona, tal como se ha planteado a lo largo del seminario que dio origen a la presente investigación,<sup>109</sup> es fundamental el acercamiento de la academia a los llamados “*policy makers*” (“hacedores de política”): ya no son dos caminos que transitan en paralelo, son dos caminos que deben encontrarse y formar uno solo. En consecuencia, el conocimiento al que tiene acceso la academia y le permite visibilizar problemáticas como las manifestadas en este trabajo en conjunto no debe ser un privilegio para unos pocos. Es momento de que ese conocimiento salga de la élite académica y permita generar cambios junto al

trabajo conjunto con los *policy makers* y la sociedad civil; cambios que permitan una mayor redistribución de la riqueza, vivir en condiciones dignas y un acceso equitativo a la información.

**“Es tarea del Estado que la negociación se efectúe en un pie de igualdad para ambas partes, para así evitar el —pasado y presente— vínculo asimétrico y desproporcionadamente beneficioso para una parte, y perjudicial para la otra”**

Respecto de esto último, es responsabilidad tanto del Estado como de la propia academia fomentar el conocimiento y la tecnología, tanto para su acceso, así como también para su progreso. Se deben retomar las cuestiones de privilegio, desmitificándolo, ya que si hay un mayor conocimiento y acceso, se permitiría que esta dependencia no solo tecnológica sino también económica se vea disminuida, al ser generada de manera local. Así, varias de las cuestiones que se visualizaron a lo largo de la presente investigación se encuentran vinculadas con la falta de capacidad técnica, tecnológica y hasta económica al interior del Estado argentino.

Como ha quedado demostrado, el debate debe darse no solo a nivel nacional, sino también provincial y municipal, para así buscar, y conseguir, una armonización a nivel normativo orientada al crecimiento del Estado.<sup>110</sup>

Por ello se debe dejar de promover una competencia entre las propias provincias y municipios a fin de atraer inversiones en pos de un crecimiento económico particular e individual —que no termina sucediendo. A su vez, esta última idea no debería únicamente aplicarse a nivel local (es decir, al interior de la Argentina), sino que también debería haber un acuerdo regional obligatorio que permita, además, un respeto y crecimiento de la región latinoamericana.

108. VIALE, E., “Lo que hacen unos pocos lo pagamos todos”, *Página 12*, del 19/10/2020. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/300117-enrique-viale-lo-que-hacen-unos-pocos-lo-pagamos-todos> [Fecha de la última consulta: el 16/12/2020].

109. A lo largo del proyecto DECYT que dio origen a la presente investigación conjunta se ha planteado que la academia no debe quedarse únicamente en la visibilización de parte de la realidad, que se encuentra invisibilizada, sino que debería también considerar un acercamiento a quienes forman parte de esta realidad y quienes desde su posición estratégica pueden impulsar el cambio.

110. CAJA, L.H., “Política fiscal de exención como plan de fomento a la inversión. Desarticulación entre la normativa nacional y la local”, *Revista de Derecho Tributario*, N° 18, Argentina, 12/7/2018, p. 4.

De esta manera, el objetivo compartido sería desmitificar a la región como proveedora de recursos naturales frente a las potencias hegemónicas y emergentes.

Esto último encuentra estrecha vinculación a lo manifestado por Chudnovsky y López en cuanto a que:

Los incentivos podrían atraer IED hacia áreas geográficas a las cuales las inversiones no se dirigirían por sí solas, o ayudar a captar ciertos tipos de IED que puedan hacer una contribución especialmente favorable al proceso de desarrollo económico de los países receptores. En este contexto, y dentro de ciertas disciplinas que deberían establecerse tanto a nivel nacional como regional e internacional, regímenes de incentivos que tengan mecanismos claros de concesión y monitoreo podrían tener un lugar importante dentro de la agenda de políticas hacia la IED en los países en desarrollo.<sup>111</sup>

En estrecha vinculación con todo lo explicado, se coincide y concluye aquí tomando para el área de la minería lo manifestado por Piketty en virtud de que la inversión extranjera en general es complicada, pero puede ser útil, mientras que no sea en proporciones grandes. Esto se debe a que, cuando una parte importante de su capital es propiedad de entidades extranjeras, con frecuencia ha conducido a ciclos de tensiones políticas y grandes ciclos políticos con grupos que muestran su apoyo a los propietarios extranjeros, en ocasiones de una manera muy injusta e inequitativa y, a veces, mediante la expropiación de la propiedad extranjera, de manera que no tan eficiente, por lo que ningún país en la historia se ha enriquecido gracias a la inversión extranjera.<sup>112</sup>

Es fundamental entender que no se critica a la inversión extranjera, es necesaria en su justa medida y considerando las cuestiones previamente presentadas y explicadas.

111. CHUDNOVSKY, D. y LÓPEZ, A., *La transnacionalización...*, op. cit., 2001, p. 14.

112. Entrevista a Thomas Piketty: "La inversión extranjera es como un veneno lento", por Nicholas Norbrook, publicado el martes 7 de octubre de 2014, a las 11:20. Actualizado el jueves 5 de septiembre de 2019, a las 14:56. Disponible en: <https://www.theafricareport.com/3902/foreign-investment-is-like-slow-poison/> [Fecha de la última consulta: elconsultada 16/12/2020].

**"Es necesario desmitificar la idea de que sin la cantidad de beneficios fiscales otorgados no se produciría la atracción de inversiones en materia minera. Esto queda demostrado a partir de la legislación fiscal minera de países como Australia y Bolivia, que poseen porcentajes en regalías, así como también en el resto de sus tributos más altos de lo habitual —sin perder por ello la presencia de las inversiones—"**



# **CAPÍTULO 5**

# **GÉNERO Y TRABAJO**



# Teletrabajo y cuidado en el contexto del COVID-19



**Milena D'Atri**

Lic. en Ciencias de la Educación (UBA), con estudios de especialización en Epistemologías del Sur en el Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), con foco en epistemología feminista. Investigadora de Grow. Género y Trabajo.

**Georgina Sticco**

Ingeniera informática (ITBA). Magíster en Relaciones Internacionales, con orientación en procesos de integración regional (Universidad de Bologna). Directora y cofundadora de Grow. Género y Trabajo.

\*El presente artículo fue escrito en el marco de la pandemia COVID-19, y recibido para esta publicación en 2020.

**Introducción**

El trabajo es la herramienta de movilidad social más importante de las sociedades modernas. Permite a los/as ciudadanos/as participar plenamente en la sociedad y les confiere un sentido de dignidad y valía personal. Además, está inherente e intrínsecamente ligado al desarrollo humano (PNUD, 2015).

Sin embargo, las condiciones laborales no siempre son óptimas y, en particular, la crisis desatada por la pandemia del coronavirus acentuó muchas de las desigualdades preexistentes. Además del impacto sanitario, el mundo del trabajo se vio especialmente afectado por esa crisis: pérdida de miles de empleos, reconversión de muchos trabajos al entorno digital y peores condiciones laborales. Según datos de UNICEF,<sup>1</sup> el 59% de los hogares afirma que los ingresos laborales se han visto reducidos desde que se inició la pandemia. Esto equivale a 3,6 millones de hogares en los que habitan 15 millones de personas.

En particular, a raíz de las desigualdades preexistentes, el impacto de la pandemia es mayor en las mujeres y personas de la comunidad LGBTIQ+. Distintos factores influyen a la hora de enfrentar la pandemia como, por ejemplo, la edad, el género, la ubicación geográfica (urbana/rural), la condición de formalidad o informalidad laboral, el nivel de ingresos (Ministerio de Economía, 2020), así como también el acceso a tecnología y el grado de alfabetización digital, las posibilidades de

1. Disponible en: <https://www.unicef.org/argentina/media/7866/file>

derivar el cuidado en terceras personas y la violencia de género, entre otros. En cuanto a las tareas de cuidado, antes de la pandemia solamente uno de cada dos trabajadores/as accedía a licencias por maternidad/paternidad (ELA, 2020) y solamente el 21% de los/as niños/as de 0 a 3 años accedía a servicios de educación y cuidado (UNICEF, 2019). Es decir que, al no existir aún políticas públicas integrales de cuidado, estos derechos generalmente se ven ligados al acceso a derechos laborales y, al mismo tiempo, queda en manos de las familias desplegar estrategias para organizar ese cuidado (Pautassi y Zibecchi, 2013).

En relación con la situación laboral de las mujeres, algunos datos de cómo era previamente a la pandemia ilustran por qué decimos que esta las deja en un lugar de mayor vulnerabilidad. Por un lado, el porcentaje de mujeres que trabajaban en condiciones de informalidad era superior al de varones: 51,8% vs. 46,8% (OIT, 2018). Las mujeres también se concentran en algunas de las áreas de la economía más afectadas por la pandemia: el 24% de las mujeres asalariadas trabajan en comercio al por menor y en turismo,<sup>2</sup> y el 22%, en trabajo doméstico. El caso de las trabajadoras domésticas es especialmente preocupante: solamente el 23% está registrado, lo que deja a más de un millón de trabajadoras en situación de informalidad.

Por último, vale la pena decir también que las mujeres están más expuestas a los contagios, ya que representan el 70% del personal de salud.

Si bien los alcances de la crisis no están claros todavía, sí se sabe que será la mayor crisis económica en América Latina y el Caribe, pues se estima una contracción del 9,1% del PBI regional (CEPAL, 2020). Además de la dimensión de los efectos, ninguna de las crisis anteriores presenta las características y la incertidumbre que plantea la pandemia del COVID-19: no se sabe cuándo va a terminar y cómo será la "nueva normalidad". El inicio de las campañas de vacunación da cierta esperanza, pero su ritmo es incierto, y hay que esperar para ver cuál es su eficacia. Mientras, lo cierto es que las estructuras sociales existentes no han logrado dar respuesta a un sinfín de situaciones laborales y personales.

En esta nota, se abordan algunos ejes clave para entender el teletrabajo y los cuidados en el contexto de COVID-19, las medidas implementadas por el sector público y algunas recomendaciones para evitar una profundización de las brechas de género en el ámbito laboral.

### ¿Teletrabajo, trabajo a distancia o trabajo remoto?

Desde la OIT se identifican tres categorías diferentes de modalidades de trabajo en relación con el espacio donde se realiza la labor y los medios que permiten llevarla a cabo: el trabajo a distancia, el teletrabajo y el trabajo remoto excepcional y obligatorio. Mientras que el **trabajo a distancia (TAD)** "identifica al que se presta fuera de la empresa y que parte de suponer que habiendo un espacio 'de la empresa' este se desarrolla extra muros" (OIT, 2020), el **teletrabajo** es aquel que transcurre a través de las tecnologías de la comunicación y la información (TIC). Es decir que el término "teletrabajo" hace referencia a los medios por los cuales se realiza el trabajo, mientras que el trabajo a distancia indica la externalización del servicio.<sup>3</sup>

Aparece en este contexto una tercera categoría: el **trabajo remoto excepcional y obligatorio (TREO)**, "que se da cuando por orden de una decisión sanitaria y en el marco de estados de excepción o de emergencia se suscita el teletrabajo, no voluntario, sino compulsivamente".<sup>4</sup> Vale la pena llamar la atención sobre la diferencia entre las tres modalidades mencionadas, entendiendo que lo que estamos viviendo en el contexto del coronavirus no es equivalente a las modalidades de teletrabajo o trabajo a distancia que existían previamente.

Según estimaciones realizadas recientemente por Albrieu para el CIPPEC, en el país existe entre un 27% y un 29% de trabajos que pueden realizarse desde el hogar (Albrieu, 2020). Sin embargo, advierte, se trata de una cifra *potencial*, que depende de la infraestructura de los hogares: en cuanto al acceso a Internet y dispositivos tecnológicos. Al ajustar por esta variable, el potencial de

2. Observatorio de Empleo y Dinámica Empresarial, DGEMyEL, MPyT, sobre la base del SIPA, 1<sup>er</sup> trimestre de 2019.

3. Disponible en: [https://www.ilo.org/santiago/publicaciones/reflexiones-trabajo/WCMS\\_744411/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/santiago/publicaciones/reflexiones-trabajo/WCMS_744411/lang-es/index.htm)

4. *Ibidem*.

teletrabajo en el país desciende al 18%. Para comprender estas cifras, se desarrolla a continuación una descripción del estado de situación en la Argentina previa al coronavirus.

### Situación del teletrabajo en la Argentina antes del COVID-19

En 2017, la Encuesta de Indicadores Laborales del Ministerio de Trabajo incluyó un módulo para captar la temática del teletrabajo. Según datos de la EIL, el teletrabajo se encontraba muy poco extendido en la Argentina, ya que alcanzaba a menos del 8% de los/as trabajadores/as del sector privado (EIL, 2017) que representaban a menos del 3% de las empresas de ese sector. Según la Encuesta Permanente de Hogares del último trimestre de 2019, solo el 0,8% de los/as trabajadores/as en relación de dependencia cumplía con sus obligaciones laborales en su vivienda,<sup>5</sup> durante la pandemia, esta proporción aumentó al 20,5% (EPH 2<sup>do</sup> trimestre de 2020). Generalmente, el teletrabajo se planteaba como una modalidad mixta, ya que el 97% indica que lo hacía en promedio un día por semana (datos de EIL y SIPA en *Teletrabajo decente en la Argentina. Primer libro blanco nacional de buenas prácticas en teletrabajo, trabajo remoto y trabajo conectado*).

En cuanto al **marco normativo en la Argentina**, el 30 de julio de 2020 se sancionó la Ley de Regulación del Régimen de Teletrabajo. Con la reglamentación del Ministerio de Trabajo del 20 de enero de 2021, esta ley entrará en vigor el 1<sup>o</sup> de abril próximo. Pero esto no quiere decir que hasta el momento la modalidad de teletrabajo esté completamente desregulada. Actualmente, debe regirse por la Ley de Contrato de Trabajo (LCT, Ley N° 20744 de 1976), que en sus arts. 21 y 22 y

sus modificatorias determina: "El objeto de contrato o relación de trabajo es realizado total o parcialmente en el domicilio del trabajador o en lugares distintos del establecimiento o establecimientos del empleador, mediante la utilización de todo tipo de tecnología de la información y de las comunicaciones (TIC);<sup>6</sup> y la Ley N° 25800 que ratifica el Convenio N° 177 sobre trabajo a domicilio de la OIT, con el fin de promover la igualdad de condiciones de los/as teletrabajadores/as en relación con los/as presenciales.

El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTEySS) cuenta con una **coordinación de Teletrabajo**, que se encarga de "asesorar, acompañar y promover las buenas prácticas del teletrabajo en todo el territorio nacional y promocionarlo regionalmente".<sup>7</sup> En su publicación *Teletrabajo decente en la Argentina. Primer libro blanco nacional de buenas prácticas en teletrabajo, trabajo remoto y trabajo conectado*, se analiza el estado del teletrabajo en la Argentina a septiembre de 2019 y brinda información a fin de contribuir, asesorar y acompañar en la materia.

Un dato que llama la atención es que el 70% de los teletrabajadores eran varones (EIL, 2017). Esta proporción se corresponde con la distribución por género de trabajadores/as asalariados de empresas privadas, dado que el 67,3% de los/as trabajadores/as son varones. Esto derriba el mito de que las mujeres utilizan el teletrabajo en mayor proporción que los varones como una manera de conciliar la vida familiar con el trabajo. Por otro lado, se observaba una gran distribución por edades de quienes realizan teletrabajo: ya que el 97% de quienes lo realizan tienen entre 26 y 35 años. Con lo cual, demuestra que en relación con el teletrabajo, la variable de género no era un determinante, pero sí lo son la industria y la generación.

En conclusión, podemos decir que previo al COVID-19, el teletrabajo se presentaba como una modalidad conocida, pero poco aplicada, mixta (se aplicaba solamente algunos días a la semana) y como beneficio que algunas organizaciones brindaban a sus empleados/as, y no como un derecho. El Estado se centraba en asesorar

5. Esta importante diferencia puede deberse a la unidad de observación de la EPH y la EIL y los universos encuestados. En la primera, se trata de una encuesta a hogares y sus integrantes. Estos integrantes pueden ser trabajadores/as del sector privado tanto formal como informal y públicos, en empresas de cualquier tamaño. En la EIL, solo se trata de empresas del sector privado formal de 10 y más empleados. Por su parte, la EPH cubre 31 aglomerados urbanos de todo el país, mientras que la EIL cubre a empresas de Gran Buenos Aires, Gran Córdoba, Gran Rosario, Gran Mendoza, Gran Tucumán, Gran Santa Fe, Gran Paraná, Gran Resistencia, Gran Bahía Blanca, Gran Jujuy, Gran Mar del Plata y Gran La Plata.

6. *Manual de buenas prácticas en teletrabajo*, 1ª edición, Organización Internacional del Trabajo, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Unión Industrial Argentina, Buenos Aires, 2011.

7. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/trabajo/teletrabajo>

a aquellas organizaciones que quisieran implementarlo de forma voluntaria. Más allá de eso, no había mecanismos para asegurar el cumplimiento de los derechos de los y las trabajadores/as que realizaban sus tareas con esta modalidad. Más allá de aquellas tareas que no pueden trasladarse al trabajo a distancia, la fuerte cultura de la presencialidad se identifica como un obstáculo para la expansión de esta modalidad.

#### **Preguntas guía para la implementación del teletrabajo\***

1. Cultura organizacional:
  - a. ¿Hay decisión de implementarlo desde el liderazgo?
  - b. ¿Podemos implementar liderazgo por objetivos?
2. Tareas y procesos:
  - a. ¿Tenemos tareas y procesos que se pueden realizar a la distancia?
3. Perfil del empleado/a:
  - a. ¿Tenemos identificadas a las personas que quieren teletrabajar?
  - b. Las personas ¿cuentan con las habilidades necesarias para teletrabajar?
4. Lugar:
  - a. ¿Cuenta el/la trabajador/a con un entorno que acompaña el trabajo a distancia o teletrabajo (compañeros/as, familia, lugar físico adecuado)?
  - b. ¿Tiene el/la trabajador/a el equipamiento requerido?

\*Elaboradas sobre la base de la exposición de Verónica Funes, coordinadora de Teletrabajo del MTEySS, en el webinar “Teletrabajo: avances y desafíos”, facilitado por Grow.

#### **La regulación del teletrabajo**

A continuación, se presenta una tabla con las regulaciones de algunos países latinoamericanos sobre el teletrabajo. Podemos observar que, de los 13 países relevados, solamente Colombia, Perú, Brasil y Costa Rica contaban con regulaciones específicas sobre teletrabajo de forma previa a la pandemia. Otro punto relevante es que solamente las leyes de la Argentina y de Costa Rica cuentan con menciones específicas a las responsabilidades de cuidado.

**“Previo al COVID-19, el teletrabajo se presentaba como una modalidad conocida, pero poco aplicada, mixta y no como un derecho”**

**Tabla I. Regulación del teletrabajo en Latinoamérica**

<b>País</b>	<b>Tipo de regulación</b>	<b>Año</b>	<b>Observaciones</b>
<b>Argentina</b>	<u>Ley N° 27555</u>	2020	<p>La ley prevé la reversibilidad: cualquier empleado/a que haya aceptado trasladarse de la modalidad presencial a la de teletrabajo tiene derecho a retornar a la modalidad original.</p> <p>Garantiza la desconexión digital: ningún empleador/a podrá exigir la realización de tareas fuera del horario de trabajo estipulado.</p> <p>Contempla las tareas del cuidado, cuando se trate de menores de trece años, personas adultas o personas con discapacidad que convivan con el/la trabajador/a, quien en estos casos podrá disponer de horarios compatibles con aquellas tareas.</p> <p>Respecto del equipamiento, el empleador deberá afrontar los gastos de todo lo necesario para la realización de las tareas (compra de equipos, instalación, reparación, etc.).</p> <p>Queda pendiente el estudio sobre qué trastornos y enfermedades puede generar esta modalidad en cada trabajador/a.</p>
<b>Bolivia</b>	Decreto Supremo N° 4218	2020	<p>Regulación del Teletrabajo para los sectores público y privado, como una modalidad especial de prestación de servicios mediante las TIC. Establece que deberá indicarse en el contrato laboral si el teletrabajo se realizará de forma permanente o transitoria.</p> <p>No se mencionan las tareas de cuidado, corresponsabilidad y conciliación. En el art. 4°, se menciona que el Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social "podrá determinar la aplicación del teletrabajo temporal considerando necesidades específicas, por interés social o por motivo de caso fortuito o fuerza mayor".</p> <p>No menciona el derecho a la desconexión, pero sí que las horas de trabajo no podrán exceder a lo dispuesto por la normativa en vigor (art. 7°).</p>
<b>Brasil</b>	<u>Ley N° 13467</u>	2017	<p>Se incorpora un capítulo sobre teletrabajo en la Consolidación de la Legislación del Trabajo (CLT). Se prevé cambiar el régimen de trabajo presencial por el teletrabajo, previo acuerdo contractual.</p>
<b>Chile</b>	Ley N° 21220 de teletrabajo	2020	<p>Distingue entre trabajo a distancia y teletrabajo.</p> <p>Sobre reversibilidad: establece que cualquiera de las partes puede volver a las condiciones pactadas originalmente en el contrato de trabajo. En cambio, si la relación laboral se inició conforme a la ley, será necesario el acuerdo de ambas partes para volver al trabajo presencial (<u>art. 152 - quáter I</u>).</p> <p>Establece el derecho a la desconexión (<u>art. 152 - quáter I</u>).</p> <p>No se menciona el derecho al cuidado ni la corresponsabilidad parental.</p>

<b>Colombia</b>	<a href="#">Ley N° 1221</a>	2008	<p>Busca promover y regular el teletrabajo como un instrumento de generación de empleo y autoempleo. Establece garantías laborales sindicales y de seguridad social para quienes realizan teletrabajo.</p> <p>Establece el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad (art 60-6-h).</p> <p>Determina la voluntariedad de la vinculación a través del teletrabajo. Los trabajadores conservan el derecho de solicitar volver a su actividad de forma presencial en cualquier momento (art. 60-10).</p> <p>No se menciona explícitamente el derecho a la desconexión, las tareas de cuidado, la conciliación ni la corresponsabilidad.</p>
<b>Costa Rica</b>	<a href="#">Ley N° 9738</a>	2019	<p>En su art. 2°, establece que el teletrabajo es una modalidad voluntaria para ambas partes de una relación laboral. Puede ser acordado desde el inicio de una relación laboral o posteriormente. Solamente en el segundo caso se puede solicitar la revocatoria, sin que ello perjudique la relación laboral.</p> <p>El art. 4° inciso d indica que el Ministerio de Trabajo en coordinación intersectorial deberá <b>"impulsar el teletrabajo en los grupos socioeconómicamente vulnerables y en las personas con responsabilidades de cuidado"</b>.</p> <p>Por otra parte, el art. 6° inciso c establece: "El horario de la persona teletrabajadora podrá ser flexible dentro de los límites establecidos en el inciso b), siempre y cuando sea previamente acordado con su jefatura y no afecte el normal desarrollo de las actividades y los procesos de trabajo".</p>
<b>Ecuador</b>	<a href="#">Acuerdo ministerial N° MDT-2020-076</a>	2020	Regula el teletrabajo en contexto de emergencia sanitaria. No menciona las tareas de cuidado, la conciliación ni la corresponsabilidad.
<b>El Salvador</b>	<a href="#">Ley de Regulación del Teletrabajo (Decreto N° 600)</a>	2020	<p>El empleador y el trabajador podrán acordar por escrito aplicar, modificar o revocar la modalidad de teletrabajo (art. 5°) y la implementación es voluntaria para ambas partes (art. 6°).</p> <p>No se menciona explícitamente el derecho a la desconexión, las tareas de cuidado, la conciliación ni la corresponsabilidad.</p>
<b>México</b>	<a href="#">Ley Federal del Trabajo de México en términos generales (art. 311 y art. 427)</a>	2015	<p>El art. 311 define que el trabajo a domicilio es "el que se ejecuta habitualmente para un patrón, en el domicilio del trabajador o en un local libremente elegido por él, sin vigilancia ni dirección inmediata de quien proporciona el trabajo. Será considerado trabajo a domicilio el que se realiza a distancia utilizando tecnologías de la información y la comunicación"</p> <p>Establece las razones (entre las cuales se encuentra una contingencia sanitaria) por las cuales se pueden suspender temporalmente las relaciones de trabajo de una empresa o establecimiento. No establece regulación sobre el teletrabajo o trabajo a distancia.</p>

## ARTÍCULOS

<b>Panamá</b>	<u>Ley N° 126</u>	2020	Establece que, en caso de haberse iniciado la relación laboral de forma presencial y se modifique a teletrabajo, es potestad del trabajador/a rechazar o aceptar esa transformación, sin que eso sea causal para terminar la relación laboral. Por otra parte, el empleador tiene capacidad de exigirle al trabajador regresar al trabajo presencial. No se mencionan las tareas de cuidado, derecho a la desconexión, conciliación o corresponsabilidad.
<b>Paraguay</b>	<u>Ley N° 6524</u>	2020	La ley que declara el estado de emergencia incluyó un artículo sobre teletrabajo (art. 20). Únicamente determina que "se establece el régimen jurídico del teletrabajo en relación de dependencia para el sector privado y en el sector público de conformidad a la reglamentación de cada organismo o entidad del Estado" y define teletrabajo. No se mencionan las tareas de cuidado, derecho a la desconexión, conciliación o corresponsabilidad.
<b>Perú</b>	Ley N° 30036	2013	Regula el teletrabajo en las instituciones públicas y privadas. El art. 4° establece el carácter reversible y voluntario del teletrabajo, aunque el empleador puede negar la solicitud del trabajador. No se mencionan las tareas de cuidado, la corresponsabilidad ni la conciliación.
	Decreto Supremo N°072-220-TR	2020	Adopción de una " <u>Guía para la aplicación del trabajo remoto</u> ". En la guía, no se mencionan las responsabilidades de cuidado.
<b>Uruguay</b>	<u>Proyecto de Ley N° 138/2020</u>	2020	Sobre promoción y regulación del teletrabajo. Establece en su art. 6° que la modificación de modalidad de trabajo (ya sea de presencial a teletrabajo o viceversa) deberá contar con el común acuerdo de las partes. El art. 7° establece que el/la teletrabajador "podrá distribuir libremente su jornada en los horarios que mejor se adapten a sus necesidades". El art. 12 establece el derecho a la desconexión, entendiéndolo como el "pleno ejercicio del derecho de todo trabajador a la desconexión de los dispositivos digitales y del uso de las tecnologías, a fin de garantizar su tiempo de descanso".

Fuente: Elaboración propia sobre la base de "Teletrabajo: ¿modalidad de relación de trabajo o paradigma de 'la nueva normalidad'?"



Gráfico N° 1. Radiografía del trabajo en tiempos de pandemia



Fuente: CIPPEC, sobre la base de datos del INDEC, Ministerio de Salud y O'NET.

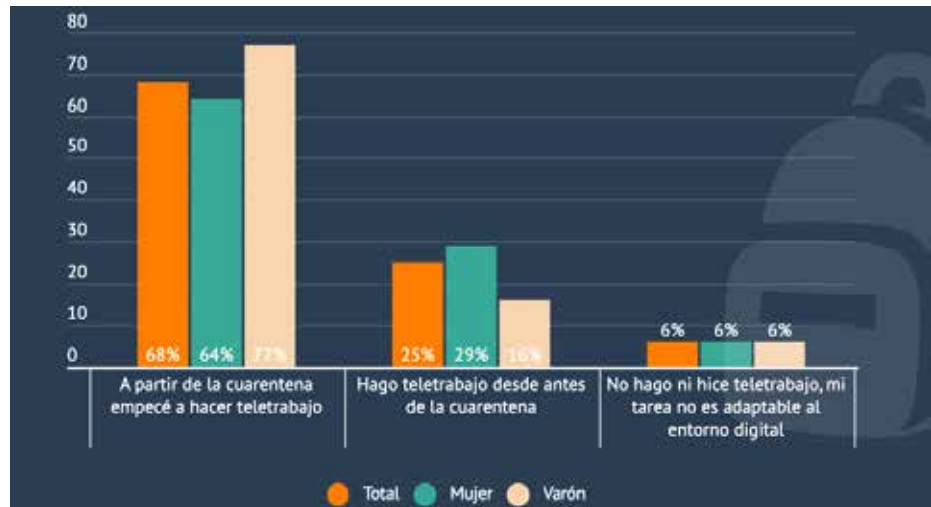
### Impacto del COVID en el teletrabajo

La pandemia por coronavirus cambió la agenda pública e instaló nuevas modalidades de trabajo sin previo aviso ni preparación. Como consecuencia de la prioridad social de evitar contagios, durante muchos meses nos encontramos en un aislamiento que estuvo lejos de ser un escenario ideal para implementar el teletrabajo. La situación imprevista modificó la modalidad de trabajo de parte significativa de la población sin haber hecho evaluaciones previas de los puestos de trabajo ni de las tareas, sin haber capacitado a trabajadores/as ni a líderes, teniendo infraestructura insuficiente (problemas de conectividad, falta de mobiliario, tecnología y elementos de seguridad, para poder cumplimentar las tareas). Y, como veremos más adelante, se suma la compleja situación que suscitó el cierre de las escuelas y la suspensión de las redes de cuidado.

Grow, Género y Trabajo realizó una encuesta *online*<sup>8</sup> para conocer los cambios en la distribución de las tareas al interior de los hogares en el contexto del COVID-19. Los resultados presentados incluyen 1000 respuestas desde el 1° hasta el 25 de mayo de 2020. Solo el 26% de las personas que respondieron la encuesta realizaban teletrabajo antes de la pandemia. De las personas que no lo hacían, el 68% se encontraba realizando trabajo remoto obligatorio.

8. Se trató de una encuesta *online* de respuesta espontánea. Al no tratarse de un relevamiento probabilístico, los resultados no pueden ser extrapolados a la población general.

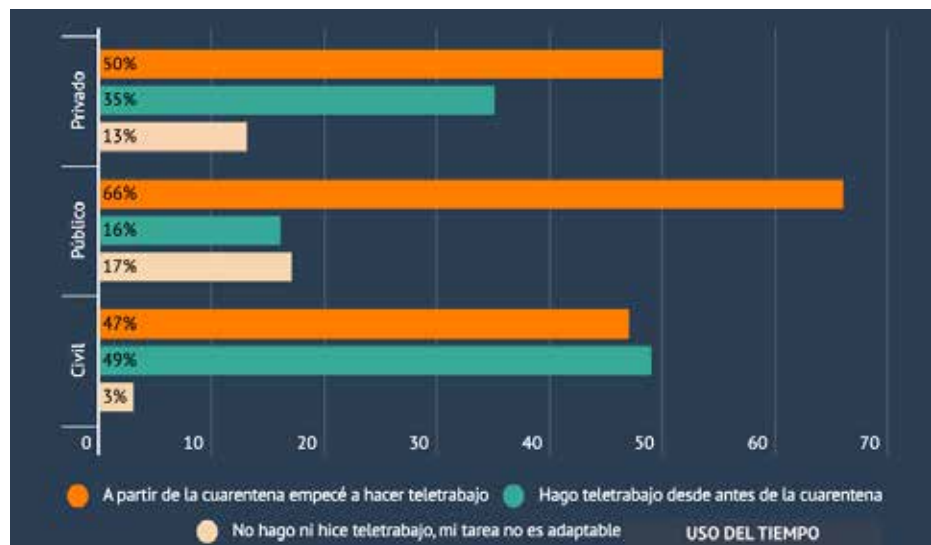
**Gráfico N° 2. Porcentaje de personas que hacían teletrabajo antes de la cuarentena**



Fuente: Encuesta sobre el uso del tiempo, Grow, 2020.

Además, antes de la pandemia, las personas que se desempeñaban en el sector público eran las menos propensas a realizar teletrabajo: solo el 16% lo hacía versus el 35% de las personas en el sector privado y el 49% en la sociedad civil.

**Gráfico N° 3. Porcentaje de personas que realizaban o no teletrabajo antes de la pandemia, por sector**



Fuente: Encuesta sobre el uso del tiempo, Grow, 2020.

Por otro lado, según una encuesta del Pacto Mundial de las Naciones Unidas del 25 de marzo de 2020, realizada a 250 grandes empresas de la Argentina, el 93% de ellas había adoptado una política de teletrabajo como respuesta a la pandemia<sup>9</sup> y el 32% compró materiales para sus trabajadores.

La extensión de la implementación del teletrabajo obligado por las circunstancias no fue igual para todos los sectores y trabajadores/as. Los contextos organizacionales y condiciones previas difieren ampliamente. Por ejemplo, distinta es la situación de empresas de tecnología en las que ya se venía implementando, que, en la salud, donde en la Argentina no se concebía la atención a través de medios digitales, o las instituciones educativas, donde la presencialidad era un factor determinante.

Como hemos visto, el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (ASPO) obligó a que muchas personas deban continuar con sus tareas laborales de manera remota, pero los beneficios de la modalidad (comodidad de trabajar desde el hogar, evitar traslados y ahorro económico), lejos de presentar un panorama idílico, tienen como contracara una serie de complejidades que no se deben subestimar ni romantizar. La prestación de tareas laborales en el mismo espacio físico del hogar tiene como resultado que se desdibujan los límites que los separaban: la jornada laboral deja de estar claramente delimitada, es más difícil regular las exigencias horarias, las jornadas se extienden e invaden los momentos de ocio, al tiempo que se superponen de manera constante con las tareas domésticas y de cuidados. Estas últimas, como se muestra a lo largo de este artículo, recaen especialmente sobre las mujeres, por lo cual se produce una superposición de la histórica "doble jornada". Al mismo tiempo, las experiencias de precarización laboral se incrementaron desde el inicio del aislamiento, lo que llevó a que se presenten varios proyectos de ley para la regulación del teletrabajo.

La pandemia tomó al mundo por sorpresa, pero su urgencia no puede ser una excusa para no garantizar los derechos de los/as trabajadores/as. La Ley de Teletrabajo aprobada (ver apartado) regula algunas de las

complejidades planteadas, pero habrá que estudiar cómo ese marco normativo es garantizado en las relaciones laborales concretas. Derechos como la desconexión digital o los horarios compatibles con las tareas del cuidado son alentadores, pero resta analizar cómo se desarrollan con el tiempo, y si, efectivamente, trabajadores y trabajadoras pueden gozar plenamente de ellos. Una deuda pendiente y una apuesta al futuro sería la formación de líderes que puedan dar respuestas a las características que significan estos contextos. Este nuevo escenario, requiere abandonar viejas prácticas ligadas al control excesivo y comenzar a gestionar liderazgos en el marco de nuevas modalidades de trabajo, precipitadas por el aislamiento, pero que, en muchos casos, perdurarán.

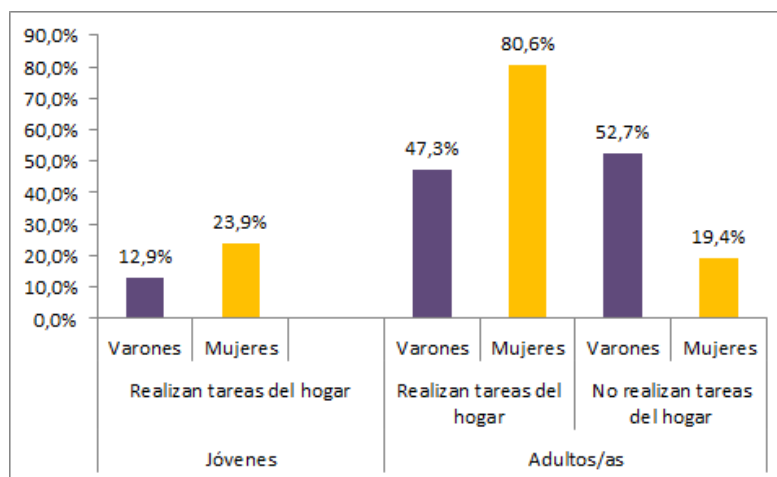
## Los cuidados

Las tareas de cuidado son de importancia fundamental en el funcionamiento no solo familiar, sino social, ya que garantizan la subsistencia de los seres humanos, aportando al engranaje económico y social. Son tareas que permiten el sostenimiento y la reproducción de la vida. Cuando hablamos de *cuidados*, estamos haciendo referencia a tres dimensiones: cuidados directos, cuidados indirectos o tareas de gestión del cuidado y autocuidado (Faur, 2014). Estas tareas constituyen un trabajo y generan valor económico: según estimaciones de CEDLAS en la Argentina el valor del trabajo doméstico no remunerado equivalía, en 2016, a cerca del 24% del PBI (Alzúa y Cicowiez, 2018).

Sin embargo, en nuestra cultura, las responsabilidades del cuidado son parte del trabajo no remunerado (TNR) y recaen principalmente sobre las mujeres. Además, el cuidado tiene una baja valoración social y económica, lo que acentúa la brecha de autonomía económica, por lo que afecta también a quienes trabajan de forma remunerada en este ámbito, de nuevo, mayoritariamente mujeres. Esta división sexual del cuidado es un factor de desigualdad estructural.

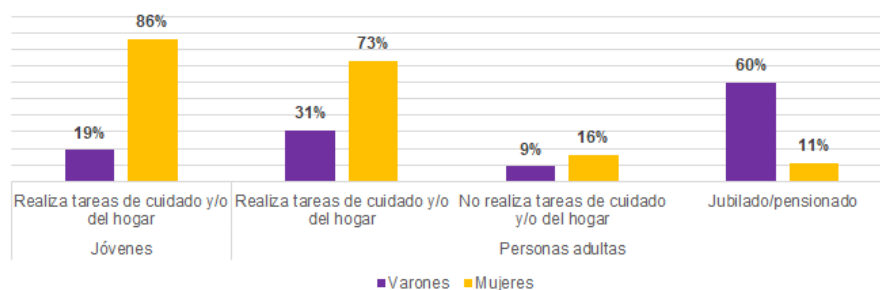
El TNR es una experiencia estratificada (Rodríguez Enríquez, 2015, p. 20). Es decir, que cuanto menor es el nivel de ingreso en el hogar, las mujeres dedican más tiempo al TNR, y, por el contrario, cuanto mayor es el nivel de ingreso, menor es el tiempo ocupado en actividades no remuneradas.

9. "Respuestas de las empresas argentinas ante el impacto de la cuarentena general en sus operaciones", Pacto Mundial de las Naciones Unidas/PNUD, 2020.

**Gráfico N° 4. Realización de tareas del hogar**

Fuente: EPH-INDEC (4° trimestre de 2019).

En 2019, entre las mujeres adultas inactivas desde hace más de un año, el 73% realiza tareas de cuidado o del hogar; entre varones, este número desciende al 31%. Entre ellos, se destaca un alto número de jubilados/pensionados (el 60% versus el 11%). El 80,6% de las mujeres adultas inactivas realiza las tareas del hogar; entre los varones inactivos, esta proporción desciende al 47,3%. Con diferencias menos significativas, entre los y las menores de edad, las tareas del hogar se encuentran, también, feminizadas (el 12,9% de los varones menores de 18 años realiza tareas del hogar versus el 23,9% de mujeres en esas edades).

**Gráfico N° 5. Actividades de la población económicamente inactiva**

Fuente: Elaboración propia sobre la base de datos de la DGEMyEL – MPyT, y de la EPH-el INDEC y el ENAPROSS II (2015).

Estos porcentajes permiten reconocer el rol fundamental que cumplen las mujeres en sus familias al realizar tareas de cuidado o del hogar que permiten que otros miembros puedan tener una participación activa en el mercado de trabajo.

El trabajo no remunerado perjudica la plena participación económica de las mujeres. Esta situación se profundiza debido a tres factores: a) las herramientas para acceder al empleo (nivel educativo, calificaciones, trayectorias previas); b) la mayor o menor demanda de cuidado (cantidad y edades de niños/as y personas dependientes en el hogar); c) las posibilidades o no de derivar el cuidado (instituciones públicas o privadas).

**“El trabajo no remunerado perjudica la plena participación económica de las mujeres”**

## **El impacto del COVID-19 en los cuidados**

El cierre de las escuelas y de todas las instituciones que ofrecían cuidado, la imposibilidad de contar con redes familiares o comunitarias para derivar el cuidado, la dificultad incluso de que trabajadoras del hogar logren acceder a su lugar de trabajo aumentaron durante 2020, la dedicación a las tareas del hogar recayó de manera desproporcionada sobre las mujeres. El cuidado y la escolarización, antes divididos entre la familia, la comunidad y el Estado, se familiarizaron completamente.

Según la encuesta de Grow, el 44% de las personas que respondieron que conviven con alguien lo hace con niños/as. De ellos/as, el 75% convive, además, con sus parejas. El 26% de las mujeres y el 21% de los varones con hijos/as viven con sus parejas.

A continuación, analizaremos quién hace las tareas domésticas y de cuidado, y cómo se perciben estas tareas.

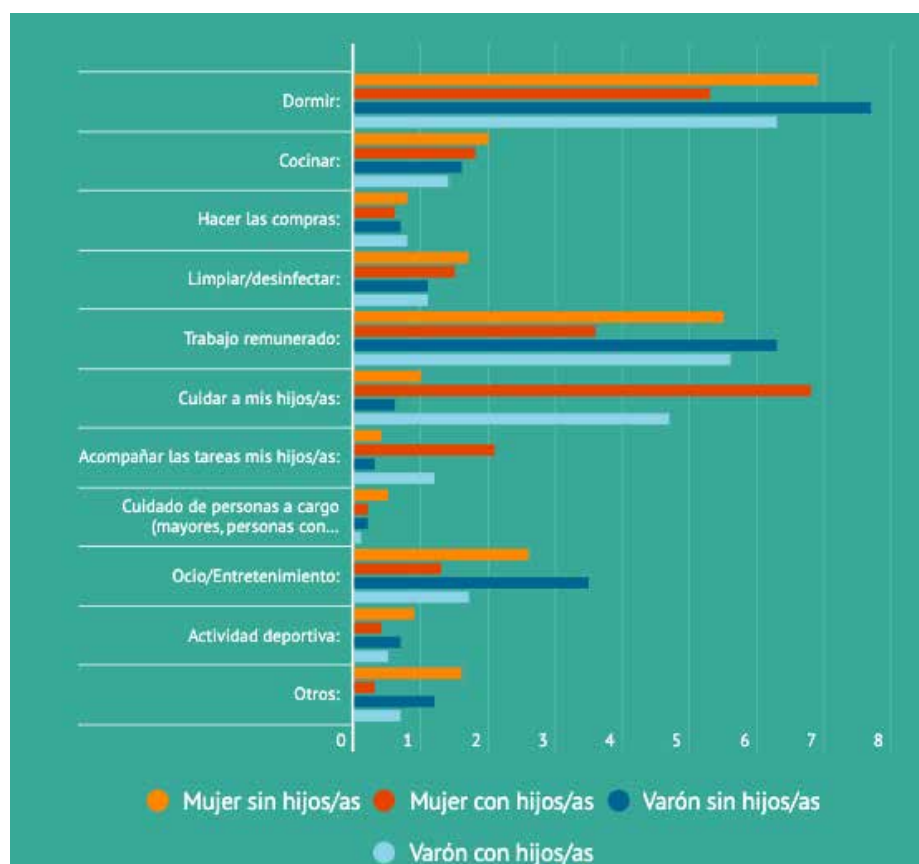
### **Quién hace las tareas**

Según la encuesta de Grow, el 78% de los varones y el 84% de las mujeres con hijos/as les dedicaba tiempo, durante la primera etapa del ASPO, a las tareas de cuidado.<sup>10</sup> La gran diferencia aparece al analizar el tiempo dedicado a tareas domésticas o de cuidado: en promedio, las mujeres le dedicaban **10h 24' por día**, mientras que los varones les destinaban **6h 48'**. En hogares con hijos/as menores de 12 años, las horas de cuidado alcanzaron las **13h** en el caso de las mujeres y las **9h 24'** para los varones.

En estas más de 3 horas de diferencia entre mujeres y varones, las mujeres destinaban 2 horas más al cuidado de niños/as, 1 hora más a acompañar a niños/as en sus tareas escolares y 1 hora más a cocinar y limpiar y desinfectar que los varones (Grow, 2020). En cambio, por día, los varones durmieron 1 hora más, dedicaron 1 ½ hora más al trabajo remunerado y realizaron 1 hora más de actividades destinadas al ocio y el entretenimiento.

<sup>10</sup>. Varones y mujeres sin hijos/as que respondieron que cuidan o hacen la tarea.

Gráfico N° 6. Uso del tiempo por género y niños/as a cargo. Promedio general.



Fuente: Encuesta sobre el uso del tiempo, Grow, 2020.

Según una encuesta realizada por UNICEF, la sobrecarga de tareas sobre las mujeres ocurre tanto en hogares con jefatura femenina como masculina. En los primeros, el 75% de las mujeres realiza tareas del hogar habitualmente y el 78% en contexto de pandemia. En los hogares con jefatura masculina, son el 62% de las mujeres en contexto habitual y el 65% en contexto de pandemia. En ambos tipos de hogares, se redujo el número de varones que hacen tareas del hogar: del 25 al 22% en hogares con jefatura femenina y del 38 al 35% en hogares con jefatura masculina.

Antes del COVID-19, en las áreas urbanas del país, el 83,4% de las mujeres que son madres realizaba tareas de

cuidado en el hogar, mientras que solo el 12,9% de quienes son padres lo hacía (ENES, 2015). El contraste con el número obtenido por la encuesta de Grow es llamativo: el 12,9% contra el 78%. Si bien los datos de esta encuesta no son trasladables al general de la población, vale la pena preguntarse si la pandemia generó cambios significativos en las responsabilidades de cuidado asumidas por algunos varones. Aun así, la encuesta realizada por UNICEF nos muestra que aún hay mucho camino por recorrer para lograr una corresponsabilidad en el cuidado.

## Percepciones

Por otra parte, la encuesta de Grow indaga acerca de las percepciones respecto de la carga de cuidado y la organización familiar. En todos los hogares con niños y niñas, se tiene la sensación de que los días son más largos que antes. Sin embargo, los varones perciben un día de 26 horas estén en pareja o no, mientras que en el caso de las mujeres se observa una carga mayor, habiendo una diferencia considerable entre aquellas que están en pareja y aquellas que no. Las primeras perciben que su día "dura" 30 horas, mientras que para las segundas son 5 horas más.

Esto se debe a que el peso de las tareas no está igualmente distribuido y quienes lo sienten en mayor medida son los hogares monoparentales encabezados por mujeres.

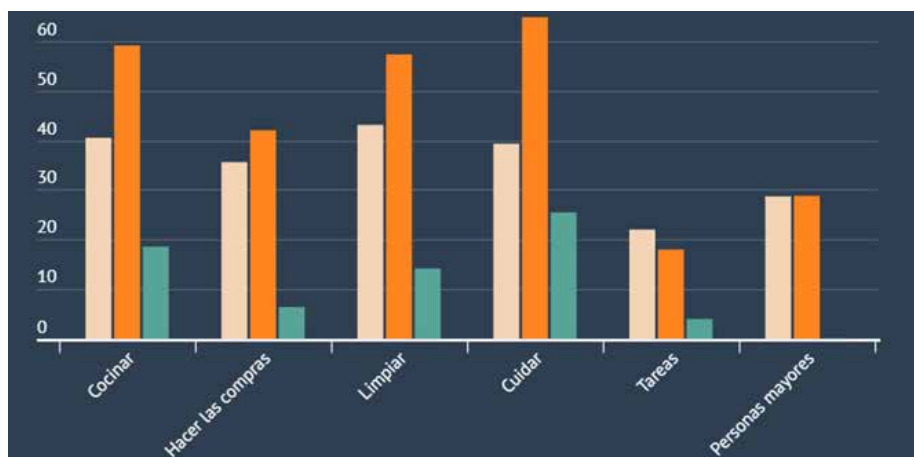
**Gráfico N° 7. Percepción de la duración del día, por género, niños/as a cargo y en función de si están o no en pareja**



Fuente: Encuesta sobre el uso del tiempo, Grow, 2020.

Por otro lado, esta encuesta buscaba observar si el aislamiento llevó a una mejor distribución del cuidado tanto directo como indirecto (incluye el tiempo dedicado a limpiar, cocinar, atender a chicos/as, acompañarlos/as en las tareas). Para ello, se consultó sobre cómo se distribuyen las tareas, si se realiza de manera equitativa o si uno es el principal responsable. Se encontró que en todas las actividades, salvo "hacer las tareas con niños/as" y "cuidar a las personas mayores", los varones tienen una percepción mayor a que las tareas se distribuyen de manera equitativa en comparación con las mujeres, en tanto la actividad con mayor brecha en esta percepción es la del cuidado de niños/as. Eso se condice con los datos del tiempo dedicado a cada actividad.

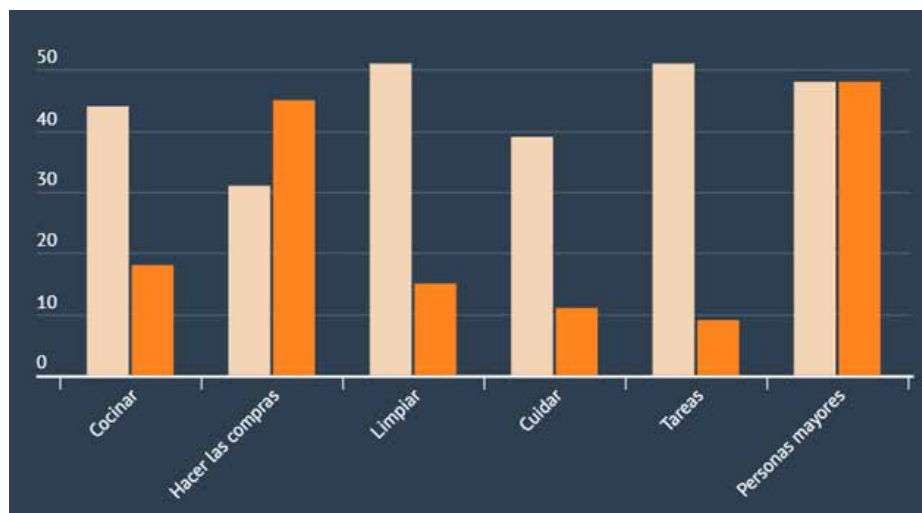
**Gráfico N° 8. Percepción de las personas consultadas en relación con cómo se distribuyen las tareas del hogar, por género (\*)**



(\*) Naranja oscuro: varones; naranja claro: mujeres; verde: brecha.

Fuente: Encuesta sobre el uso del tiempo, Grow, 2020.

**Gráfico N° 9. Percepción de las personas consultadas en relación con quiénes son responsables de realizar las tareas del hogar, por género (\*)**



(\*) Naranja oscuro: varones; naranja claro: mujeres.

Fuente: Encuesta sobre el uso del tiempo. Grow, 2020.

Por otro lado, al consultar sobre quién es la persona con la principal responsabilidad para realizar estas actividades, en casi todas, las mujeres sienten que son las principales responsables, salvo para "hacer las compras" o "cuidar a personas mayores".

Según la encuesta de UNICEF, entre las tareas en las cuales las mujeres enfrentan una mayor sobrecarga encontramos: cocinar (el 70%), limpieza del hogar (el 68%), lavado de platos (el 66%), realizar tareas escolares con los/as niños/as (el 68%) y lavar los productos cuando se vuelve del exterior (el 65%). En todos los casos, la sobrecarga aumenta durante la pandemia y aun más cuando la jefa del hogar es una mujer.

Entre las tareas que se reparten con mayor equidad, se encuentran jugar con los/as niños/as (el 48% varones, el 52% mujeres en los hogares con jefatura masculina; en los hogares con jefatura femenina, esta tarea la cumplen ellas en el 66% de los casos) y hacer las compras

(realizada por los varones en mayor medida en los hogares con jefe varón; realizado por las mujeres en el 68% de los hogares con jefatura femenina). Estos datos relevados por UNICEF confirman la tendencia identificada por la encuesta de Grow.

Como conclusión, podemos decir que los varones perciben que cuidan y realizan tareas domésticas, pero esto no se refleja en la percepción de las mujeres. Es decir, los varones piensan que comparten los roles de cuidado en mayor medida que las mujeres. Una de las razones que explica esta diferencia entre la percepción y las tareas efectivamente realizadas es la carga mental. Es decir, todo el trabajo mental que requiere la gestión del cuidado. Otro punto por tener en cuenta es determinar cuáles son aquellas tareas que, efectivamente, realizan los varones: como muestran los datos, las tareas que más realizan son aquellas relacionadas con salir de la casa o jugar.



## Teletrabajo y cuidado

Según la Encuesta de Indicadores Laborales (EIL) 2017, "mujeres y hombres con hijos pequeños reconocen el trabajo remoto como una modalidad que facilita la conciliación de la vida familiar con la laboral, teniendo conciencia de que cada aspecto debe tener su espacio, tiempo y dedicación".<sup>11</sup> Pero no es lo mismo un contexto normal que el contexto impuesto por una pandemia.

A lo largo de este informe, se han presentado algunos datos que ilustran la extrema familiarización de las tareas de cuidado en la situación de aislamiento social, preventivo y obligatorio. Podemos decir que la falta de preparación de la sociedad en general para abordar la pandemia se sumó a las desigualdades sociales preexistentes. La presencia del sector estatal para gestionar la pandemia mitigó algunos de los efectos sociales, aunque las acciones muchas veces llegaron desfasadas o tarde.

En líneas generales, podemos decir que son muchas las personas que han tenido que resolver como pudieron sus situaciones familiares y laborales. No se ha visto una acción unificada de parte del sector empleador. Si bien no podemos generalizar, son muchas las situaciones en las cuales se vio una falta de acompañamiento, sobre todo de parte del sector privado. La falta de empatía y de perspectiva de género a la hora de tomar decisiones quedó en evidencia más que nunca. Además, si la situación es compleja para aquellas personas que trabajan en relación de dependencia, es significativamente peor para quienes están insertos en el trabajo informal o cuentapropista.

En relación con el cuidado, lo que evidenció la pandemia es la necesidad de poner el tema en agenda definitivamente. Contar con un sistema nacional/federal de cuidados y visibilizar la carga de trabajo no remunerado que recae sobre las mujeres serán clave para la sociedad pospandemia. Por otro lado, se vuelve imperioso nombrar la modalidad de trabajo. **Esto que estuvimos viviendo no era teletrabajo.** El teletrabajo en un contexto "sin pandemia" es completamente diferente. Y contar con una regulación del teletrabajo es imprescindible, aunque habrá que observar de cerca cómo la nueva

normativa se implementa, y cuánto de ella efectivamente se respeta en relaciones laborales concretas.

## Las medidas del sector público implementadas

Desde la implementación del aislamiento social, preventivo y obligatorio, el sector público ha adoptado diversas medidas para acompañar a las personas. A continuación, se describen las más relevantes tomadas a nivel nacional en relación con el trabajo remoto y los cuidados.

De parte del Ministerio de Mujeres, Géneros y Diversidad, en materia de cuidados, se impulsó el segundo encuentro de la **Mesa Interministerial de Políticas de Cuidados**, realizado el 25 de marzo de 2020. Participaron equipos de los ministerios de Mujeres, Géneros y Diversidad (MMGyD); Economía; Salud; Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTEySS); Desarrollo Social; Educación y las agencias ANSES, AFIP y ANDIS. Se elaboró el documento "Políticas de cuidado frente al COVID-19", el cual recogió las principales medidas tomadas para mitigar los efectos y evitar profundizar desigualdades preexistentes. En particular, las medidas específicamente dirigidas a aliviar la carga de cuidado fueron estas:

- Excepción de la licencia para trabajadoras de casas particulares, en aquellos casos donde den asistencia a personas mayores aisladas o a trabajadores/as de actividades esenciales que no cuenten con otro apoyo en el cuidado.
- Cuando el trabajador o la trabajadora tenga menores a su cargo escolarizados, se les otorga licencias para el cuidado de estos menores mientras dure la suspensión de clases. Lo mismo ocurre cuando el trabajador o la trabajadora pertenezca a algún grupo de riesgo definido por la autoridad sanitaria nacional.

Un punto conflictivo es que la Resolución N° 207/20, en la que se estableció esta licencia, no especificaba si era remunerada o no. Así, muchas empresas tomaron esta ambigüedad para no pagar las licencias a trabajadores/as con responsabilidades de cuidado. Fue recién el 24 de junio —un mes y medio después— que se aprobó la resolución conjunta del MMGyD y el MTEySS que estableció una licencia para personas "cuya presencia en el

11. Disponible en: [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/20191009\\_libro\\_blanco\\_de\\_teletrabajo.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/20191009_libro_blanco_de_teletrabajo.pdf)

hogar resulte indispensable para el cuidado de niños y niñas menores de SEIS (6) años” y la posibilidad de adecuación horaria para aquellas personas “que acrediten estar a cargo del cuidado de niños y niñas de entre SEIS (6) y DOCE (12) años, de personas con discapacidad o de adultos mayores dependientes”. Así, el tiempo transcurrido entre una resolución y la otra pudo haber significado un momento de estrés o incluso de avasallamiento de los derechos de los y las trabajadoras.

Por otra parte, esta última resolución determina que los empleadores/as, así como los/as trabajadores deberán promover la participación de los varones en las tareas de cuidado, a fin de evitar una mayor feminización de estos trabajos. Por último, establece el derecho a la desconexión digital, lo que determina que la disponibilidad de las personas que trabajan de forma remota deberá limitarse a la jornada legal o convencional.

Otras medidas implementadas fueron campañas comunicacionales, específicamente #CuarentenaConDerechos, en las que se difundió también una serie de recomendaciones para promover la corresponsabilidad y una distribución más justa en las tareas de cuidado. Se realizó también una campaña para garantizar el ejercicio del derecho a las licencias para trabajadoras de casas particulares. Por último, vale la pena mencionar la Resolución N° 132/2020 del Ministerio de Desarrollo Social, que estableció las excepciones al aislamiento social en caso de deber de asistencia a niños/as y adolescentes por parte de sus progenitores o tutores.

### La Ley de Teletrabajo

Una de las medidas que tal vez más discusión despertó a nivel social, y que tendrá impacto en la realidad pospandemia, es la Ley de Teletrabajo sancionada el 30 de julio de 2020, y que entrará en vigor el 1° de abril. A continuación, se detallan algunos de sus puntos más novedosos y aquellos que despiertan tensiones.

Un primer punto por destacar, aunque parezca innecesario aclararlo, es que determina que quienes realicen teletrabajo cuentan con igualdad de derechos y obligaciones, salarios y licencias que quienes realizan trabajo de manera presencial.

Uno de los puntos progresivos es que se establece el derecho a la desconexión digital, es decir, que los/as trabajadores/as tienen el derecho de desconectarse de los dispositivos digitales y TIC, e incluso de no recibir notificaciones por fuera de su horario laboral y períodos de licencias, sin percibir sanciones por este motivo. El derecho a la desconexión es fundamental para poder garantizar un límite a la jornada laboral. Sin embargo, surge un primer punto conflictivo, ya que al mismo tiempo la ley habilita el trabajo por objetivos (art. 4°). Esto posibilita la desregulación de la jornada, por lo que se vuelve inocuo el principio de desconexión.

La novedad es que se incorporan por primera vez las responsabilidades de cuidado como un derecho y sin distinción de género. La Ley establece, en su artículo 6°, que quienes hagan teletrabajo y “acrediten de manera única o compartida el cuidado de personas menores de 13 años, con discapacidad o adultas mayores que convivan con la persona trabajadora y que requieran asistencia específica tendrán derecho a horarios compatibles con las tareas de cuidado a su cargo y/o a interrumpir la jornada”. Y establece también que cualquier acto, conducta, decisión, represalia u obstaculización proveniente del empleador se considerará discriminatoria. Por otro lado, la reglamentación del Ministerio de Trabajo vela por la equidad en las tareas del cuidado, al promover que “los empleadores y las empleadoras y los trabajadores y las trabajadoras deberán velar por un uso equitativo, (...), [con el fin de promover] la participación de los varones en las tareas de cuidado”.

Si bien se celebra este avance, la ley deja libradas a las negociaciones colectivas la definición de la letra chica. Aquí se abre una serie de preguntas acerca del eco que los reclamos de género tienen en las negociaciones colectivas, en relación con la baja representatividad de las mujeres en los sindicatos y la poca cantidad de mujeres que ocupan puestos de decisión en ellos.

Otro de los puntos conflictivos es la consideración de las tareas de cuidado solo para con las personas convivientes. Este punto invisibiliza que el cuidado no se brinda solamente en el propio hogar. Muchas veces involucra a familiares que pueden vivir fuera del hogar y requieren igualmente dedicación de tiempo y dinero. Por otra parte, se realiza un corte en la edad de los/as niños/as en los 13 años. Por estos motivos, es

importante considerar que el concepto del cuidado es amplio, debería incluir a todos los niños y niñas hasta los 18 años y no restringirse a los convivientes en un mismo hogar.

Por otra parte, la nueva ley alcanza solamente a quienes teletrabajan en el marco de las relaciones previstas por la LCT. Es decir que las tareas de cuidado seguirán siendo un obstáculo para todas aquellas personas que realizan trabajo informal, autónomo o monotributista.

Otro aspecto por tener en cuenta es que, como quedó en evidencia, el teletrabajo y el cuidado al mismo tiempo no son viables. La ley aprobada hace referencia únicamente a la compatibilidad de horarios entre las responsabilidades laborales y de cuidado, pero para poder garantizar el derecho a brindar cuidados debe considerarse otros factores como el tiempo, los recursos, los servicios y la infraestructura. La norma delega la responsabilidad de resolver el cuidado y la compatibilidad horaria en cada familia, por lo que (más allá de la dificultad que implica definir horarios o cortes específicos cuando hay niños/as en la primera infancia) la manera en que cada familia pueda resolver el cuidado dependerá en gran medida del nivel socioeconómico y del acceso a servicios públicos y privados. Para poder dar una respuesta de conjunto, se necesita un sistema integral público de cuidados que no esté atado al régimen de la Ley de Contrato de Trabajo. Al mismo tiempo, se requieren mecanismos que contemplen una corresponsabilidad de cuidados entre varones y mujeres. Sin estos mecanismos, se continuará reproduciendo la desigualdad, especialmente la sobrecarga de tareas domésticas y de cuidados sobre las mujeres, y, en particular, sobre las más pobres.

Otro de los aspectos en los que fue cuestionada es en relación con las limitaciones y ausencias en el debate de voces feministas. Desde la Asamblea de Trabajadoras en tiempos de pandemia, expresaron una posición colectiva:

Legislar en contexto de emergencia corre el riesgo de dejar fuera a algunas voces. El debate se dio con tanta celeridad que también fue algo que en algunos sectores y sindicatos no estaba trabajado de la misma manera. Un ejemplo de esto fue la primera reunión informativa que tuvo la Comisión de Legislación del Trabajo,

donde estuvieron los principales representantes sindicales, hubo 15 dirigentes sindicales varones y dos diputadas. Hubo disparidad y una asimetría en las voces. No hubo trabajadoras, delegadas sindicales ni especialistas en temas de cuidado.

También cuestionaron que no se trató el acceso al teletrabajo en personas trans y travestis, así como que hace mención a "conciliar la vida laboral y familiar", y no habla de la corresponsabilidad de cuidados.

Como sociedad nos debíamos este debate desde hace ya muchos años, y la crisis actual por el COVID-19 no ha hecho más que evidenciar la necesidad de regular y mejorar el acceso al derecho al cuidado. Si bien esta ley es un primer paso, todavía quedan muchos aspectos por saldar y un largo camino por recorrer. Además de los puntos ya planteados, es necesaria una reforma integral de la legislación laboral, que incluya abarque todas las voces y que no se limite al teletrabajo, sino que contemple a todos/as los/as trabajadores/as, que amplíe licencias por paternidad y que incluya a los sectores alcanzados por la informalidad con el fin de erradicarla.

## Recomendaciones para el sector público y para el sector privado

---

### Pilar 1: Estimular la economía y el empleo

- **Crear un observatorio del cuidado**, es decir, una incubadora que garantice partidas económicas e investigue sobre los reparos del tiempo, una incubadora de políticas "con-cuidado".
- **Ley de cuidados y de sostenibilidad de la vida**, que favorezca la creación de empresas municipales de cuidados o incluya una norma de usos del tiempo para operar sobre la distribución de "los tiempos vitales, tiempos laborales, tiempo de crianza y cuidados, y tiempos de ciudad".

- **Incentivos para el empleo doméstico**, pero también más derechos. Aprobar un incentivo económico para que las familias puedan contratar a personal de cuidado. Esto se debe hacer al mismo tiempo que se implementan estrategias para promover la formalidad del sector (en la Argentina el 77% está en condiciones de informalidad).

### **Pilar 2: Apoyo a empresas, empleo e ingresos que cuidan**

- **Subvenciones** a instituciones que están concediendo apoyos, reduciendo jornadas, etc., y que demuestran que las estrategias establecidas promueven la equidad de género o no acentúan la desigualdad estructural.

### **Pilar 3: Conciliación promovida por los/as empleadores/as**

- Jornadas de cuatro días (acordes con los centros educativos). Reducir las jornadas sin reducir sueldos. Jornadas de 35 horas o bien con reducciones del 20% del tiempo total de trabajo, lo que en la práctica equivaldría a cuatro días de trabajo semanal. El pedido incluye que los centros escolares también adopten esta jornada para sincronizar al profesorado y al alumnado.
- Adaptación de la jornada. En algunos países, adecuar la jornada a las necesidades de conciliación es un derecho, como en España.
- Teletrabajo. Todas las propuestas coinciden en que el teletrabajo debe seguir siendo preferente, con el propósito de que deje de ser un beneficio para convertirse en un modo de trabajo. Es interesante el debate en relación con cómo asegurar que esta modalidad no perjudique las oportunidades de desarrollo de las mujeres.
- Promover licencias equitativas entre varones y mujeres.

- Sensibilizar sobre la corresponsabilidad en el hogar, brindar herramientas para lograr mejores dinámicas.
- Promover que los varones también cuiden, a través de campañas de sensibilización y distintas estrategias para deconstrucción de sesgos.
- Líderes como ejemplo de la corresponsabilidad en el cuidado.
- Adaptación de los objetivos de trabajo, en consideración al impacto emocional, económico y en la organización familiar que la pandemia ha tenido y sigue teniendo. Tener en cuenta que, generalmente, el cuidado emocional también queda a cargo de las mujeres, por lo que todavía es mayor la sobrecarga.

### **Pilar 4: Articulación entre el Gobierno, los trabajadores y los empleadores para encontrar soluciones**

- Licencias retribuidas para el cuidado familiar, de carácter individual e intransferible. Ejemplo: España. Permisos retribuidos de seis semanas ante el cierre de escuelas. El diseño sería similar al de los nuevos permisos por nacimiento, aunque de menos duración: doce semanas a repartir equitativamente entre madre y padre. Las familias monoparentales/monomarentales sumarían las doce semanas.
- Reducción de la jornada laboral a madres y padres para concentrar sus jornadas y que puedan estar libres para atender a sus hijos e hijas los días que se encuentren en sus hogares atendiendo clases *online* o cuando no concurren a la escuela.
- Hijos e hijas de familias monoparentales deberían poder acudir al colegio todos los días para garantizar la posibilidad de trabajo de la persona a cargo.
- Planes de igualdad, obligatorios para todas las organizaciones con más de 50 personas. Estos planes se realizan de forma conjunta entre empleadores/as y sindicatos.

## **Bibliografía**

ALBRIEU, R., "Evaluando las oportunidades y los límites del teletrabajo en la Argentina en tiempos del COVID-19", CIPPEC, Buenos Aires, abril de 2020.

ALZÚA, M.L. y CICOWIEZ, M., "El valor del trabajo doméstico y de cuidado no remunerado en la Argentina", Blog del CEDLAS, noviembre de 2018. Disponible en: <http://www.cedlas.econo.unlp.edu.ar/wp/el-valor-del-trabajo-domestico-y-de-cuidado-no-remunerado-en-argentina>

CEPAL, 2020. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/comunicados/contraccion-la-actividad-economica-la-region-se-profundiza-causa-la-pandemia-caera-91>

ELA, "Fortaleciendo la agenda sindical en materia de políticas de cuidado. Guía de formación". Disponible en:

<http://www.ela.org.ar/a2/index.cfm?muestra&aplicacion=APP187&cnl=87&opc=53&cod-contenido=4226&plcontempl=43>

FAUR, E., *El cuidado infantil en el siglo XXI: Mujeres malabaristas en una sociedad desigual*, s/d, 2014.

GROW, 2020. Disponible en:

<http://generoytrabajo.com/latramadelcuidado/doc/Grow-ElImpactoDelCuidado.pdf>

OIT, 2020. Disponible en:

[https://www.ilo.org/santiago/publicaciones/reflexiones-trabajo/WCMS\\_744411/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/santiago/publicaciones/reflexiones-trabajo/WCMS_744411/lang-es/index.htm)

MINISTERIO DE ECONOMÍA. Disponible en:

[https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/analisis\\_de\\_politicas\\_publicas\\_ppg\\_2020\\_.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/analisis_de_politicas_publicas_ppg_2020_.pdf)

MARCHA 2020, "Una asamblea de trabajadoras para organizarnos en tiempos de pandemia". Disponible en:

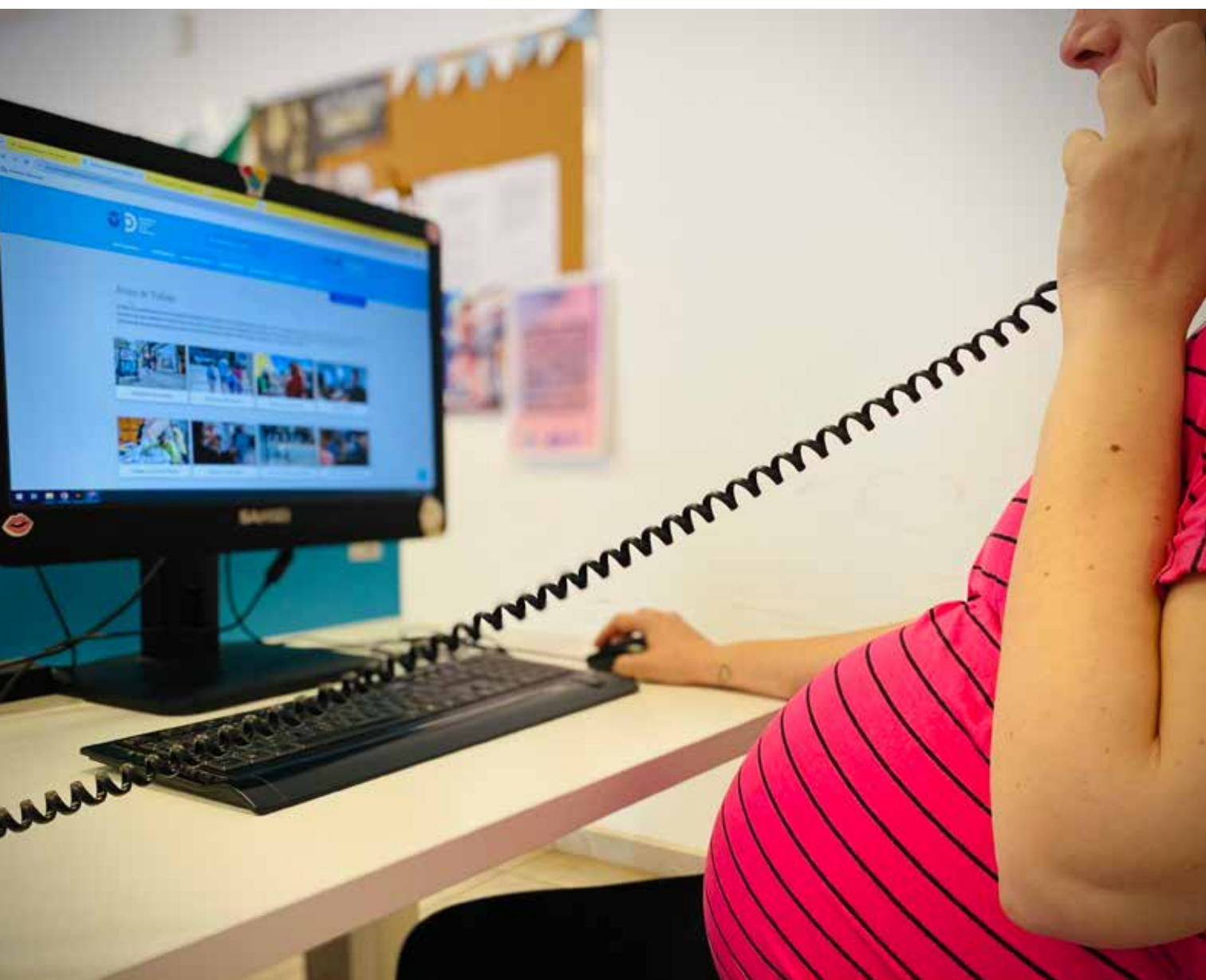
<https://www.marcha.org.ar/una-asamblea-de-trabajadoras-en-tiempos-de-pandemia/>

UNICEF, 2019. Disponible en:

<https://www.unicef.org/argentina/comunicados-prensa/unicef-pide-los-candidatos-pagar-deuda-ninez>



# Estrategias para el fortalecimiento de la agenda de género, empresas y derechos humanos



**Agustina Pérez**

Abogada de la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Derecho de la Universidad de California, Berkeley. Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, Universidad de La Pampa. Correo electrónico: agustinaperez@berkeley.edu

**Denisse Y. Cufre**

Abogada de la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Facultad de Derecho, UBA. Correo electrónico: denissecufre@derecho.uba.ar

**Florencia S. Wegher Osci**

Abogada de la Universidad Nacional del Litoral. Centro de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral. Correo electrónico: fwegher@fcjs.unl.edu.ar

*Where, after all, do universal human rights begin? In small places, close to home - so close and so small that they cannot be seen on any maps of the world. Yet they are the world of the individual person; the neighbourhood he lives in; the school or college he attends; the factory, farm, or office where he works. Such are the places where every man, woman, and child seek equal justice, equal opportunity, equal dignity without discrimination. Unless these rights have meaning there, they have little meaning anywhere. Without concerted citizen action to uphold them close to home, we shall look in vain for progress in the larger world.*

Eleanor Roosevelt,

*Where Do Human Rights Begin?*, 1958.

**1. Introducción**

No cabe duda de que los derechos humanos de las mujeres "son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales"<sup>1</sup> y que "tanto los Estados como las empresas deben adoptar medidas concretas para detectar, prevenir y remediar las discriminaciones y desigualdades por motivos de género en todos los ámbitos de la vida".<sup>2</sup>

1. Declaración y Programa de Acción de Viena, parte I, párr. 18.

2. GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA CUESTIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES Y OTRAS EMPRESAS, "Dimensiones de género de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos", UN Doc. A/HRC/41/43, párr. 3 (en adelante referido como "Dimensiones de género"), 23/5/19.



Sin embargo, según estimaciones del Foro Económico Mundial, se requieren 99,5 años para alcanzar la igualdad de género en promedio en el mundo, y 257 años para lograr la igualdad económica.<sup>3</sup> La brecha económica obedece, entre otros motivos, a los bajos niveles de mujeres en puestos de dirección o liderazgo.<sup>4</sup> Tal situación "no se debe a la mayor deserción de ellas a lo largo de la carrera, sino a menores oportunidades que se les presentan para ascender".<sup>5</sup> En la Argentina, solo el 15% de los puestos gerenciales de empresas son ocupados por mujeres,<sup>6</sup> y estas dirigen el 4% de las cámaras empresariales y el 3% de los sindicatos.<sup>7</sup>

A su vez, las mujeres emprendedoras y empresarias también se enfrentan a múltiples obstáculos para crear y hacer crecer sus negocios, por ejemplo, barreras en el acceso al capital económico y social, formación, carencia de modelos por seguir, obstáculos socioculturales que afectan su autopercepción acerca de su capacidad de emprender, tomar crédito, endeudarse, etc. Además, muchas veces, la opción de emprender responde a la necesidad de conciliar tareas domésticas y de cuidado de las mujeres.<sup>8</sup>

La brecha salarial entre hombres y mujeres en la Argentina es, en promedio, del 20%.<sup>9</sup> Esta situación empeora con la maternidad, el matrimonio y la sobrecarga de tareas domésticas y de cuidados. En efecto, estudios evidencian que diez años después del nacimiento del primer hijo o hija, el salario de las madres es 42% menor que antes de la maternidad.<sup>10</sup> A su vez, las mujeres que viven en zonas rurales, adultas mayores, con menores niveles educativos, en unión libre o casadas o indígenas se ven más afectadas por la brecha salarial.

A ello se le suma la desigual distribución del Trabajo Doméstico y de Cuidados no Remunerado (TDCNR). Según un análisis reciente del Ministerio de Economía de la República Argentina, nueve de cada diez mujeres realizan TDCNR, y dedican para esas tareas 6,4 horas diarias en promedio, tres veces más que los varones. En total, ese trabajo equivale a 96 millones de horas diarias y, si se contabilizase en el PBI, su aporte sería del 15,9%, lo cual constituiría el mayor aporte a la economía del país.<sup>11</sup> Estas condiciones se agravaron durante la crisis generada por la pandemia del COVID-19. Así, "mientras muchos sectores productivos presentaron caídas en su nivel de actividad, el trabajo de cuidados, por el contrario, aumentó su nivel al 21,8% del PIB".<sup>12</sup>

3. WORLD ECONOMIC FORUM (WEF), *Global Gender Gap Report 2020*, diciembre de 2019. Disponible en: [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_GGGR\\_2020.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2020.pdf). Nota de prensa disponible en: <https://es.weforum.org/press/2019/12/gggr20-33b4437b58/>

4. Además de los bajos niveles de mujeres en puestos de dirección o liderazgo, el World Economic Forum atribuye la brecha económica de género a distintos factores, incluidos el estancamiento de los salarios, la participación en la fuerza laboral y el nivel de renta. Agrega, además, que las mujeres tienen mayor representación en puestos automatizables, no acceden a los puestos donde más ha crecido el salario y existen factores permanentes como la falta de infraestructura asistencial, la doble o triple jornada laboral y la falta de acceso a capital. WORLD ECONOMIC FORUM, *Global Gender Gap Report 2020*, op. cit.

5. ONU MUJERES ARGENTINA, "Buenas prácticas de empresas WEP en la Argentina. Programa Ganar-Ganar: la igualdad de género es un buen negocio", Buenos Aires, 2019, p. 15. Disponible en: [https://www2.unwomen.org/-/media/field%20office%20americas/documents/publicaciones/2020/04/argentina\\_reporte%20practicas%20weps%20final.pdf?la=es&vs=1916](https://www2.unwomen.org/-/media/field%20office%20americas/documents/publicaciones/2020/04/argentina_reporte%20practicas%20weps%20final.pdf?la=es&vs=1916)

6. ONU MUJERES ARGENTINA, "Buenas prácticas...", op. cit., p. 16.

7. PERCIAVALLE, A., "A pesar de los avances, la brecha salarial no se achica: ellas ganan 29% menos que ellos", *Clarín*, 7/3/2020. Disponible en: [https://www.clarin.com/sociedad/pesar-avances-brecha-salarial-achica-ganan-29\\_0\\_AvUHqfsq.html](https://www.clarin.com/sociedad/pesar-avances-brecha-salarial-achica-ganan-29_0_AvUHqfsq.html)

8. OBSERVATORIO ESTRATÉGICO DE LA ALIANZA DEL PACÍFICO (OEAP), "Primer informe - Programa de apoyo al emprendimiento femenino en la Alianza del Pacífico", BID, OMIN, ASELA, Santiago de Chile, 2018. Disponible en: [https://home.mujeresdelpacifico.org/uploads/library/5b96f4d0a1270\\_1er-Informe-MdP-ASELA-OAP.pdf](https://home.mujeresdelpacifico.org/uploads/library/5b96f4d0a1270_1er-Informe-MdP-ASELA-OAP.pdf)

9. MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, "Informe sobre la situación de género en el sistema de riesgos del trabajo - Tercer trimestre de 2019", 19/2/2020. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/la-brecha-salarial-entre-hombres-y-mujeres-supera-el-20>

10. COLACCE, M. y QUEREJETA, M., "Diez años después del nacimiento del primer hijo o hija, el salario de las madres es 42% menor que antes de la maternidad", *La Diaria*, 17 de agosto de 2020. Disponible en: <https://ladiaria.com.uy/economia/articulo/2020/8/diez-anos-des-pues-del-nacimiento-del-primer-hijo-o-hija-el-salario-de-las-madres-es-42-menor-que-antes-de-la-maternidad/>

11. MINISTERIO DE ECONOMÍA, "Los cuidados, un sector económico estratégico. Medición del aporte del Trabajo Doméstico y de Cuidados no Remunerado al Producto Interno Bruto", Secretaría de Política Económica, Dirección Nacional de Economía, Igualdad y Género, 2020. Disponible en: [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/los\\_cuidados\\_-\\_un\\_sector\\_economico\\_estrategico\\_0.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/los_cuidados_-_un_sector_economico_estrategico_0.pdf)

12. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/la-direccion-de-economia-igualdad-y-genero-presento-el-informe-los-cuidados-un-sector>, 26/2/21. En el mismo sentido, se manifiestan los datos de la encuesta de percepción y actitudes de la población donde se observa el impacto de la pandemia y las medidas adoptadas por el gobierno, publicada en noviembre de 2020 por UNICEF Argentina: "Las medidas de aislamiento social y disminución de las oportunidades laborales han profundizado las desigualdades de género. El 57% de las mujeres han indicado sentir una mayor sobrecarga de tareas domésticas y de cuidado", UNICEF Argentina, *Encuesta de percepción*

La enumeración de situaciones de desigualdad que afectan a las mujeres en los contextos empresariales es casi interminable, e incluye también las violencias en el trabajo (ej. acoso laboral, discriminación por embarazo y maternidad; dificultad para ejercer la lactancia materna e inexistencia de guarderías en los lugares de trabajo); segregación vertical y horizontal, sobre-representación o ausencia de mujeres en diferentes sectores productivos y el hecho de que las mujeres están propensas a la economía informal, con salarios más bajos, horas laborales irregulares o *part-time* que les permiten conciliar sus tareas domésticas y de cuidados; prácticas de marketing y comercio que perpetúan la discriminación y la desigualdad a través de roles y estereotipos de género; barreras en el acceso, uso y propiedad de la tierra; falta de participación sustantiva de las mujeres en los procesos de consulta y concertación de acuerdos relacionados con la tierra, acuerdos de reasentamiento y compensación; dificultades para el acceso a derechos y servicios básicos, como la educación, la asistencia sanitaria, el agua, etc.<sup>13</sup>

*y actitudes de la población. Impacto de la pandemia COVID-19 y las medidas adoptadas por el gobierno sobre la vida cotidiana*, 1ª edición, noviembre de 2020, p. 66. Disponible en: <https://www.unicef.org/argentina/media/9696/file/Encuesta%20de%20Percepción%20y%20Actitudes%20de%20la%20Población%20-%20Tercera%20ola.pdf>

13. Para profundizar la reflexión acerca de estos aspectos, ver GÖTZMANN, N. et al., *Las mujeres en el ámbito de las empresas y los derechos humanos: identificación de temas que los Estados deben considerar en los procesos de implementación de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas*, Instituto Danés de Derechos Humanos, Institución Nacional de Derechos Humanos, Copenhague, 2018. Disponible en: [https://www.humanrights.dk/sites/humanrights.dk/files/media/migrated/dihr\\_bhr\\_gender\\_mapping\\_esp\\_2018.pdf](https://www.humanrights.dk/sites/humanrights.dk/files/media/migrated/dihr_bhr_gender_mapping_esp_2018.pdf). También, CIDH, "Empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", Washington, 2019, párrs. 331-340. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>

Todas estas desigualdades de hecho (jurídica y moralmente intolerables), el desaprovechamiento de talentos y la vulneración de derechos generan una grieta económica que se refleja en desigualdad social y desequilibrio en el acceso y ejercicio de derechos de la mitad de la población del país y del mundo. La agenda de empresas y derechos humanos no es ajena a esta realidad.

En la Argentina, el 61% de las empresas afirma tener algún tipo de política de derechos humanos. Sin embargo, solo el 20% señala que están públicamente disponibles. Ello sin dudas "dificulta su exigibilidad, aplicación, monitoreo, evaluación y difusión tanto al interior de la empresa como hacia sus proveedores".<sup>14</sup> Por otra parte, "una de cada diez empresas (el 11%) declara contar con algún tipo de monitoreo de las medidas de prevención de impactos en derechos humanos específicos de su industria. Este

porcentaje se mantiene bajo (el 14%) incluso entre aquellas empresas que declararon tener políticas propias en materia de derechos humanos".<sup>15</sup>

En el artículo proponemos explorar de qué manera la interacción entre los principales documentos de empresas, derechos humanos y conducta empresarial responsable puede contribuir al fortalecimiento de las capacidades de las empresas para la promoción y respeto de los derechos de las mujeres. Para ello,

14. UNICEF ARGENTINA, "Sector privado y los derechos de niñas, niños y adolescentes en la Argentina. Estudio cuantitativo sobre prácticas y políticas de las empresas en el país", Buenos Aires, junio de 2019, p. 30. Disponible en: <https://www.unicef.org/argentina/media/6501/file/Linea%20de%20base%20-%20Sector%20Privado%20y%20derechos%20.pdf>

15. UNICEF ARGENTINA, "Sector privado y los derechos de niñas, niños y adolescentes en la Argentina. Estudio cuantitativo sobre prácticas y políticas de las empresas en el país", Buenos Aires, junio de 2019, p. 32. Disponible en: <https://www.unicef.org/argentina/media/6501/file/Linea%20de%20base%20-%20Sector%20Privado%20y%20derechos%20.pdf>

## “Según el Foro Económico Mundial, se requieren 99,5 años para alcanzar la igualdad de género en promedio en el mundo, y 257 años para lograr la igualdad económica”

comenzaremos por señalar los argumentos políticos, económicos y de derechos en torno a la responsabilidad de las empresas en materia de igualdad de género. Luego identificaremos las "Dimensiones de género" de los principales instrumentos de empresas y derechos humanos, a saber: los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos<sup>16</sup> (PRNU), la Declaración Tripartita de la Organización Internacional del Trabajo sobre las empresas multinacionales y la política social<sup>17</sup> (Declaración EMN) y las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos<sup>18</sup> (LDEM o Directrices). Por último, sugerimos estrategias para robustecer la interacción de los documentos y facilitar su implementación en pos de hacer realidad los derechos de las mujeres en el ámbito empresarial.

## 2. Acerca de la responsabilidad de las empresas de respetar y promover la igualdad de género

Existen, por lo menos, tres puntos de partida para entender la intersección entre igualdad de género y empresas. El primero refiere al poder económico y político, que en más de una oportunidad es mucho mayor que el de los propios Estados.<sup>19</sup>

Según un informe de AWID y Solidarity Center, "los ingresos de las tres corporaciones más grandes, Royal Dutch Shell, Exxon Mobil y Walmart, fueron superiores al producto interno bruto (PIB) de 110 países, el 55% de los Estados nacionales".<sup>20</sup> A mayor nivel de poder, mayor responsabilidad para con la sociedad. Los PRNU regulan la responsabilidad de las empresas de respetar los

derechos humanos sin importar su tamaño, pero reconociendo que los medios a los que recurra serán proporcionales a él.<sup>21</sup> Además, desde 2019 cuentan con las Directrices de Género y el Marco de Género que integran las "Dimensiones de género" de los PRNU, herramientas y directrices que orientan a las empresas a respetar los derechos de las mujeres y niñas en el contexto de sus actuaciones.<sup>22</sup>

El segundo se refiere al *business case* (caso de negocios). La igualdad de género tiene un impacto potencial en la prosperidad de las economías y las sociedades. El desarrollo y despliegue de la mitad del talento disponible en el mundo influyen enormemente en el crecimiento, la competitividad y la preparación para el futuro de las economías y empresas a nivel global.<sup>23</sup> Existen numerosos estudios que indican que más mujeres en empleo formal y más mujeres en posiciones de liderazgo contribuyen a la disminución de la pobreza, pueden generar un aumento de hasta el 44% del PBI y, además, que las mujeres tendemos a invertir mejor el dinero (en alimentos, educación para los hijos, etc.), lo que contribuye al desarrollo sostenible de nuestras comunidades y países.<sup>24</sup> Además, más mujeres en posiciones de liderazgo mejoran la competitividad y la rentabilidad, lo que permite brindar mejores productos a los clientes, a la vez que reduce las demandas de discriminación y los riesgos reputacionales.<sup>25</sup> No se trata solo de incluir —y retener— mujeres en el mercado laboral, sino también de las posiciones que ocupan. Las empresas que logran reducir la segregación vertical e integran a más del 30% de mujeres en los equipos ejecutivos tienen más probabilidades de superar su rentabilidad en relación con las empresas que incorporan menos mujeres o

16. Disponible en: [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf)

17. Disponible en: <https://www.ilo.org/empent/areas/mne-declaracion/lang-es/index.htm>

18. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>

19. Aun así, ello no releva a los Estados de su responsabilidad de proteger los derechos humanos.

20. Moussié, R., *Challenging corporate power: Struggles for women's rights, economic and gender justice*, AWID & Solidarity Center, Toronto, 2016, p. 11. Disponible en: <https://www.awid.org/publications/challenging-corporate-power-struggles-womens-rights-economic-and-gender-justice>

21. Comentario al PR N° 14.

22. "Dimensiones de género", *op. cit.*

23. WORLD ECONOMIC FORUM, *Global Gender Gap Report 2020*, *op. cit.*

24. Ver MCKINSEY, *Women in the Marketplace*, 2018. Disponible en: <https://www.mckinsey.com/featured-insights/gender-equality/women-in-the-workplace-2018>; BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, *Empoderamiento económico de las mujeres: bueno para las mujeres, bueno para los negocios, bueno para el desarrollo*. Washington DC, BID, 2015; EUROPEAN PARLIAMENT, *Mapping the Representation of Women and Men in Legal Professions Across the EU*. EUROPEAN PARLIAMENT, *Legal and Parliamentary Affairs*, Brussels, 2017, entre otros.

25. BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, *Empoderamiento económico...*, *op. cit.*

ninguna en esos cargos,<sup>26</sup> y las compañías con tres o más mujeres en sus Comités Ejecutivos tienen mejores resultados en las nueve dimensiones de *performance* organizacional medidas por el World Economic Forum.<sup>27</sup> En sentido contrario, donde hay mayor segregación de mujeres bajan los niveles de innovación.<sup>28</sup>

Sin embargo, el argumento basado en el caso de negocios para promover la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres no debería ser el único, ni el más importante, puesto que lo contrario sería asumir que la racionalidad económica prevalece por sobre el argumento de derechos humanos que exige la igualdad de género.<sup>29</sup> Garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de discriminación y de violencia no solo es un buen negocio, es también un imperativo ético cuyo asidero normativo surge de la misma Constitución nacional y de tratados de derechos humanos, entre otros tratados. Por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida como

Convención de Belém do Pará), que establece el deber de capacitar tanto en el ámbito público como privado.<sup>30</sup>

Ello nos lleva al tercer e igualmente importante punto que refiere, justamente, al innegable argumento de derechos. Las empresas no operan en un contexto aislado. Lo hacen en el marco de normas y prácticas legales, sociales y culturales, de estereotipos y sesgos de género y desequilibrios de poder. Por tanto, las empresas y el sector privado tienen, como mínimo, la responsabilidad de reconocer tal situación y de asegurarse de no contribuir a perpetuar esa situación ni a beneficiarse deliberadamente de ella.

Distintos órganos de tratado de instrumentos internacionales de derechos humanos, como el Comité CEDAW, así como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconocen que existen roles sociales y estereotipos de género que originan obstáculos para el igual cumplimiento de derechos de hombres y mujeres. Estos indican también la necesidad de eliminar todos los tipos de discriminación (por acción directa o indirecta, por omisión o por resultados) y reconocen que, en ciertos contextos, pueden requerirse medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto

## “Las situaciones de desigualdad de las mujeres en contextos empresariales incluye las violencias en el trabajo: acoso laboral, discriminación por embarazo y maternidad; dificultad para ejercer la lactancia materna e inexistencia de guarderías en los lugares de trabajo”

26. Diferencia en la probabilidad de rendimiento superior financiero frente a la media de la industria nacional. MCKINSEY & COMPANY, *Diversity wins. How inclusion matters*. 2020, p. 17.

27. WORLD ECONOMIC FORUM, *Global Gender...*, *op. cit.*, p. 13.

28. WORLD ECONOMIC FORUM, *Global Gender...*, *op. cit.*, p. 42.

29. Ver BOURKE MARTIGNONI, J. y UMLAS, E., *Gender-Responsive Due Diligence for Business Actors: Human Rights-Based Approaches*, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, Ginebra, 2018, y FEM4BT, *Women's Rights Beyond the Business Case. Ensuring Corporate Accountability*, 2018. Disponible en: [https://www.projectpoder.org/wp-content/uploads/2018/09/Fem4BT-2018-Womens-rights-beyond-the-business-case\\_it.pdf](https://www.projectpoder.org/wp-content/uploads/2018/09/Fem4BT-2018-Womens-rights-beyond-the-business-case_it.pdf)

30. Existen otros instrumentos internacionales clave en la materia como la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, donde se pide también al sector privado que se adopten medidas estratégicas en distintas esferas, entre ellas, la violencia de género; los Principios para el Empoderamiento de las Mujeres (WEP) que promueven la igualdad de género en el trabajo, el mercado y la sociedad, y, como se mencionó inicialmente, la Agenda 2030 que establece los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ods), entre ellos, el N° 5 de lograr la igualdad de género y el N° 17 de formar alianzas intersectoriales para conseguirlos.

entre el hombre y la mujer (que pueden incluir cuotas o medidas de paridad). Por último, señalan que los actores no estatales (por ejemplo, las empresas) también tienen responsabilidades bajo el derecho internacional de los derechos humanos de respetar e incluso facilitar la implementación y garantía de los derechos humanos.<sup>31</sup>

Entonces, ¿puede el Estado argentino regular a las empresas y exigirles un comportamiento que respete la igualdad de género? La respuesta es sí. "La responsabilidad de respetar los derechos humanos es lo mínimo que se espera de todas las empresas".<sup>32</sup>

Existen múltiples antecedentes jurisprudenciales en los que el Estado ha exigido a las empresas (particulares) el respeto de los derechos humanos. Ya en 1958 la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en su fallo "Kot" reconocía que "nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados 'derechos humanos' esté circunscripta a los ataques que provengan solo de la autoridad".<sup>33</sup> En 2002, la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil resolvió condenar a la empresa Freddo S.A. a que en el futuro solo contrate personal femenino hasta compensar en forma equitativa y razonable la

desigualdad existente con respecto al personal masculino, que hasta el momento de la demanda constituía el 95%.<sup>34</sup> Luego, en 2010, en sentencia contra Cencosud<sup>35</sup> y, en 2014, en el fallo "Sisnero",<sup>36</sup> la CSJN reiteró que las empresas deben respetar los derechos humanos de los/as individuos,<sup>37</sup> y en el fallo "Sisnero" obligó también a la empresa a no discriminar en razón de la condición de mujer a la hora de contratar.

## “Más mujeres en empleo formal y más mujeres en posiciones de liderazgo contribuirían a la disminución de la pobreza y podrían generar un aumento de hasta el 44% del PBI”

### 3. Principales instrumentos sobre género, empresas y derechos humanos

Como hemos señalado, las empresas juegan un rol fundamental en el respeto de los derechos humanos. Ya desde la década de 1970 se encuentran referencias sobre esta interacción en el Sistema de las Naciones Unidas.<sup>38</sup> En esta oportunidad, centraremos el marco teórico en tres instrumentos cuyos ámbitos de aplicación y estrategias de implementación

resultan complementarias.<sup>39</sup>

31. Ver BOURKE MARTIGNONI, J. y UMLAS, E., *Gender-Responsive Due Diligence for Business Actors: Human Rights-Based Approaches*, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, Ginebra, 2018, pp. 14-15. También, Comité CEDAW, Recomendación General N° 25 sobre el párrafo 1 del art. 4° de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal, 2004; CORTE IDH, *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 4: Derechos Humanos y Mujeres*, San José, 2018; CIDH-RELATORÍA DESCA, "Empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", 2020.

32. ACNUDH, *Preguntas frecuentes acerca de los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos*, Nueva York y Ginebra, 2014, p. 10.

33. CSJN, "Kot, Samuel S.R.L. s/ Acción de amparo. Acto de particulares", 5/9/1958.

34. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL (Sala H), "Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/ Freddo S.A. s/ amparo", 16/12/2002.

35. CSJN, "Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo", 7/12/2010.

36. CSJN, "Sisnero, Mirtha Graciela y otros el Taldelva SRL y otros s/ amparo", 24/5/2014.

37. Aspecto que la Corte Interamericana de Derecho Humanos (Corte IDH) en su Opinión Consultiva N° 18/03 ya había señalado, al establecer: "En una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares" (párr. 140).

38. Entre los antecedentes, se destacan, por ejemplo, la creación de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Corporaciones Transnacionales en 1973, que en 1983 presentó un Proyecto de Código de Conducta para Empresas Transnacionales que nunca se aprobó, y luego las Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos que se presentaron en 2003, pero nunca se aprobaron.

39. OCDE/OIT/ACNUDH/UE, "Responsible Business Key messages from International Instruments", pp. 2-3. Disponible en: <https://www.>

- la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1977, actualizada en 2017;
- las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para Empresas Multinacionales de 1976, actualizadas en 2011; y
- los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos de 2011.

### 3.1. Declaración Tripartita de la OIT sobre Empresas Multinacionales y la Política Social

La dimensión laboral en la agenda de la conducta empresarial responsable es aportada por la Declaración EMN (adoptada en 1977), que establece una serie de principios para cinco categorías: a) Políticas generales, b) empleo, c) formación, d) condiciones de trabajo y de vida, y e) relaciones de trabajo. A través de estos principios, se busca la contribución positiva de las empresas al desarrollo sostenible y al trabajo decente, mediante la adopción de prácticas sostenibles e inclusivas (§2). Si bien la Declaración establece principios dirigidos especialmente a empresas multinacionales, (y tienen vocación para ello) pueden ser aplicados por empresas locales, cualquiera que sea su tamaño. Incluso, toma en consideración que muchas de las operaciones de las EMN se realizan a través de ellas (§5).

Su actualización en 2000 tuvo el fin de incorporar a los Principios y derechos fundamentales en el trabajo (Declaración de 1998), otro instrumento relevante en el marco de las relaciones laborales, y con su última actualización en 2017, se incorporaron las nuevas normas de la OIT, los PRNU y la Agenda 2030.<sup>40</sup>

[ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/documents/publication/wcms\\_724747.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/documents/publication/wcms_724747.pdf). Ver también oecd on the level, "Human rights is an integral part of responsible business conduct," 10/12/2018. Disponible en: <https://oecdonthellevel.com/2018/12/10/human-rights-is-an-integral-part-of-responsible-business-conduct/>.

40. Véase "La OIT revisa su histórica Declaración sobre las empresas multinacionales", comunicado de prensa de la OIT, 17 de marzo de 2017. Disponible en: <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/>

De esta manera, la Declaración cuenta con un apartado de política general que refiere a las características centrales de los PRNU y recuerda el compromiso derivado de la pertenencia a la OIT de:

Respetar, promover y hacer realidad (...) 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; c) la abolición efectiva del trabajo infantil, y d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación (§7).

Asimismo, los principios establecidos en el apartado "Igualdad de oportunidades y trato" establecen en cabeza del Estado la necesidad de "aplicar políticas destinadas a promover la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo, con miras a eliminar toda discriminación" (§28) y, en cabeza de las empresas, "guiarse por el principio de no discriminación en todas sus operaciones", independientemente de las medidas tomadas por el Gobierno (§30).

Como hemos visto, si bien la Declaración EMN no es vinculante, se apoya en tratados, convenios y costumbre internacional que establecen derechos susceptibles de ser reclamados. De cara a analizar su efectividad, una característica de gran importancia por considerar es que este instrumento ha sido elaborado en el marco de la reunión N° 204 del Consejo de Administración de la OIT<sup>41</sup> y ha sido adoptado por los gobiernos y por las organizaciones de empleadores y de trabajadores de todo el mundo, gracias a la estructura tripartita de la OIT.

Además, la Declaración EMN no limita el cumplimiento de los compromisos internacionales que los Estados asumen a través de los Convenios de la OIT, sino que ofrece recomendaciones sobre cómo implementarlos (§7). De esta forma, para la implementación de una

[news/WCMS\\_547618/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/news/WCMS_547618/lang-es/index.htm) [Fecha de la última consulta: el 21 de febrero de 2021].

41. El Consejo está integrado por 56 miembros titulares (28 Gobiernos, 14 Empleadores y 14 Trabajadores) y por 66 miembros adjuntos (28 Gobiernos, 19 Empleadores y 19 Trabajadores).

perspectiva de género en las dimensiones laborales de la conducta empresarial responsable, la Declaración EMN debe leerse, en general, a la luz del Convenio N° 100 sobre igualdad de remuneración, de 1951, y la Recomendación<sup>42</sup> N° 90, del Convenio N° 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), de 1958, y la Recomendación N° 111, y del Convenio N° 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, de 1981. Más recientemente, el Convenio N° 190 aborda específicamente la violencia y el acoso en el ámbito laboral, y reconoce que, además de ser incompatibles con el trabajo decente, pueden constituir una violación a los derechos humanos. El Comentario N° 206, complementario al Convenio, indica que la forma para abordar estas temáticas puede ser a través de legislación relativa al trabajo, la seguridad y la salud, la igualdad y no discriminación, y el derecho penal, según proceda.

El Convenio N° 190 llama a adoptar un "enfoque inclusivo integrado y que tenga en cuenta las consideraciones de género" que incluya regulación, adopción de políticas públicas, control y sanción por parte del Estado, además de acceso a mecanismos de reparación (§4.2). En el marco de los PRNU, establece deberes que se inscriben bajo el deber de proteger (Pilar I) y el deber de remediar (Pilar III). La normativa adoptada deberá garantizar la igualdad y no discriminación en el empleo, con especial atención a la violencia que puedan sufrir integrantes de grupos en situación de vulnerabilidad (art. 6°), y a la violencia motivada por razones de género, en particular (art. 7°).

El Convenio se encuentra plenamente alineado a los instrumentos sobre empresas y derechos humanos también en lo relativo a la responsabilidad de las empresas. A través de regulación, se busca que el Estado garantice que las empresas cuenten con: a) una política institucional relativa a la violencia y el acoso, b) incluir estas problemáticas en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo, c) identificar, evaluar y prevenir riesgos, y d) brindar capacitaciones e información sobre los riesgos, derechos involucrados y responsabilidades concernientes a la aplicación de la política.

<sup>42</sup>. Las normas internacionales del trabajo pueden ser convenios o recomendaciones, sean complementarias o autónomas. A través de ellos, la Conferencia Internacional del Trabajo adopta directrices no vinculantes para los Estados.

Como observaremos más adelante, esta estructura es similar a los PRNU en cuanto a la exigencia de una política institucional, la evaluación de riesgo de impacto en derechos humanos y la necesidad de establecer mecanismos para su mitigación. A todos estos elementos, apenas enunciados, les aportará mayor contenido la Recomendación N° 206. A su vez, las LDEM cuentan con herramientas para desarrollar un mecanismo de debida diligencia en derechos humanos apropiado para utilizarse en el análisis de riesgo y la mitigación de la violencia y el acoso laboral.

### 3.2. Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales

Las Directrices para Empresas Multinacionales constituyen "recomendaciones dirigidas por los gobiernos a las empresas multinacionales que operan en países adherentes o que tienen su sede en ellos. Contienen principios y normas no vinculantes para una conducta empresarial responsable dentro del contexto global, conformes con las leyes aplicables y las normas reconocidas internacionalmente".<sup>43</sup> Originalmente adoptadas en 1976,<sup>44</sup> fueron objeto de modificaciones que permitieron su adaptación y mejora a lo largo de los años, no solo en cuanto a las conductas esperadas por parte de las empresas multinacionales, sino también para modificar la implementación y difusión de las LDEM y sus guías

<sup>43</sup>. OCDE, Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, OECD Publishing, 2013, p. 3.

<sup>44</sup>. Para una reconstrucción sobre la legalidad, validez y contenido de las Líneas Directrices y una historia de los Puntos Nacionales de Contacto a partir de la reconstrucción de los documentos referidos de la OCDE ver: van 't Foort, Sander, "The History of National Contact Points and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises", *Rechtsgeschichte-Legal History*, N° 25, 2017, pp. 195-214. Sobre el Punto Nacional de Contacto argentino, ver: WEGHER OSCÍ, F.S., "Sugerencias para la adecuación del Punto Nacional de Contacto argentino de la OCDE. Aporte a la Línea Nacional de Base del Plan Nacional de Acción en Empresas y DD. HH.", *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Vol. 295, 2019 y WEGHER OSCÍ, F.S., "El rol de los Puntos Nacionales de Contacto en la implementación de estándares conducta empresarial responsable de la OCDE: oportunidades y desafíos para la Argentina", *Revista Electrónica del Consejo de Derechos Humanos de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Dossier Especial sobre Derechos Humanos y Empresas, 2020.

sectoriales,<sup>45</sup> así como para fortalecer las capacidades nacionales asociadas a las obligaciones de los Estados al momento de adherir al instrumento. La última reforma de las LDEM, consensuada en 2011, permitió la inclusión de los postulados de los PRNU, con un capítulo explícitamente referido a los derechos humanos, así como un conjunto de modificaciones vinculadas con el procedimiento de denuncias por incumplimiento de las LDEM, incluida una revisión de los estándares de funcionamiento de los Puntos Nacionales de Contacto (PNC) y de las expectativas de la Organización para con el sistema de conducta empresarial responsable.<sup>46</sup>

La función de los PNC establecidos consiste esencialmente en favorecer la eficacia de las LDEM. Para ello, operan desdoblando su actividad en torno a dos funciones: por un lado, trabajan sobre la promoción y difusión de los instrumentos de la OCDE referidos a la conducta empresarial responsable; y, por otro, actúan como agentes de negociación en tanto foro de mediación para los casos en que se denuncie el incumplimiento de las Líneas Directrices. En cuanto a la primera función, pese a que las LDEM solo mencionan la palabra "mujer" en tres oportunidades<sup>47</sup> y no contienen un capítulo específico dedicado a los derechos de las mujeres, ello no ha limitado la posibilidad de adoptar un enfoque de género en la implementación de los procesos de debida diligencia. Esto se observa en la publicación de las *Guías de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable*,<sup>48</sup> para cadenas de suministro responsables en el sector textil y del calzado,<sup>49</sup> para cadenas de

suministro responsable en el sector agrícola,<sup>50</sup> y para la participación significativa de las partes interesadas del sector extractivo.<sup>51</sup>

Entre las particularidades del sistema, se destaca el alcance amplio de su actuación, esto es su ámbito de actuación espacial o su jurisdicción, que surge como consecuencia de la necesidad de identificar y gestionar los riesgos de las actividades de las empresas en sí, pero también de sus vínculos comerciales. El resultado es la admisión de presentaciones de denuncias, que dentro del sistema se denominan "instancias específicas", ante los PNC de los países donde opera la empresa matriz, donde se encuentran registradas sus filiales, donde realizan actividades e, incluso, donde operan sus cadenas de valor o suministro, lo que ha ampliado el trabajo de los PNC a más de 100 jurisdicciones, y desplegó efectos, incluso, en países no adherentes a las Directrices.

Desde la vigencia del sistema, se han conducido más de 500 instancias específicas en las diferentes jurisdicciones alrededor del mundo, en las que se abordaron mayormente reclamos vinculados a las relaciones laborales y, de forma más reciente, dirigidas a señalar el incumplimiento de las directivas contenidas en el capítulo IV referido a derechos humanos. En consonancia con el escenario general, y en ausencia de previsiones específicas referidas a los derechos de las mujeres, la mayoría de las instancias específicas relacionadas con reclamos a derechos de las mujeres han encauzado sus reclamos a través de los capítulos dedicados a la protección de los derechos humanos (IV), de las relaciones laborales y de empleo (V), y a las cláusulas generales (II). Así, un análisis de los documentos e información disponibles permite observar un número significativo de casos relacionados con reclamos a derechos de las mujeres vinculados a las condiciones de trabajo (mayormente en el sector textil, de la agricultura y del sector de turismo y hotelería),<sup>52</sup> a la discriminación laboral

45. Junto a las LDEM, la OCDE cuenta con *Guías sectoriales de debida diligencia dirigidas a la industria textil, extractiva, de producción agrícola, al sector financiero y a inversores institucionales*. En los últimos años, otros temas han ido ganando espacio dentro de la agenda de conducta empresarial responsable.

46. OCDE, *Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales*, OECD Publishing, 2013, pp. 3-4.

47. Las referencias aparecen en los párrafos 40, 54 y 58 ubicados en los capítulos de "Derechos humanos" y "Relaciones laborales". Disponible en: <http://mneguidelines.oecd.org/mneguidelines/Responsible-Business-Conduct-and-Gender.pdf>

48. Disponible en: <https://mneguidelines.oecd.org/Guia-de-la-OCDE-de-debida-diligencia-para-una-conducta-empresarial-responsable.pdf>

49. Disponible en: [https://www.oecd-ilibrary.org/governance/guia-de-la-ocde-de-debida-diligencia-para-cadenas-de-suministro-responsables-en-el-sector-textil-y-del-calzado\\_59ec2bd3-esjsessionid=0h-LIB4acMEwcUe8o150KFs.ip-10-240-5-79](https://www.oecd-ilibrary.org/governance/guia-de-la-ocde-de-debida-diligencia-para-cadenas-de-suministro-responsables-en-el-sector-textil-y-del-calzado_59ec2bd3-esjsessionid=0h-LIB4acMEwcUe8o150KFs.ip-10-240-5-79)

50. Disponible en: [http://www.fao.org/fileadmin/templates/est/Investment/Guia\\_OCDE\\_FAO.pdf](http://www.fao.org/fileadmin/templates/est/Investment/Guia_OCDE_FAO.pdf)

51. Disponible en: <https://www.oecd.org/publications/guia-de-la-ocde-de-diligencia-debida-para-la-participacion-significativa-de-las-partes-interesadas-del-sector-extractivo-9789264264267-es.htm>

52. La denuncia presentada por Lumière Synergie pour le Développement (LSD) y la Association of Women Fish Processors of Bargny Guedj contra Tosal Holding Ltd de agosto de 2020 busca conseguir la intervención del PNC turco para instar a Tosal Holding Senegal al cumplimiento de



y a las dificultades para la agremiación,<sup>53</sup> así como a consecuencias socioeconómicas del accionar dañino de las empresas que incrementan las cargas y deberes de cuidado sobre las mujeres,<sup>54</sup> denuncias de violaciones<sup>55</sup> y acoso sexual.<sup>56</sup>

---

las LDEM. Para ello, entabló un diálogo significativo con las más de 1500 mujeres que ven afectada su actividad a partir del proyecto presentado por la empresa para instalar un complejo minero y siderúrgico en las tierras que actualmente son utilizadas por la Asociación de Mujeres Procesadoras de Pescado de Bargny Guedj. Disponible en: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_573](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_573).

**53.** En mayo de 2016, el European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR), junto con FEMNET, médico internacional, Garment Workers Unity Forum, el Comrade Rubel Memorial Center, y los y las sobrevivientes del colapso de Rana Plaza presentaron un reclamo contra TÜV Rheinland AG y su subsidiaria TÜV Rheinland India Pvt. Ltd. ante el PNC de Alemania. La solicitud reclamó que TÜV Rheinland India Pvt. Ltd. no informó con precisión sobre las violaciones de derechos laborales que ocurrieron en el marco de la actividad de Phantom Apparels Ltd. La empresa, ubicada en el complejo Rana Plaza cuyo colapso produjo la muerte de más de 1000 personas y lesiones en 2500, conducía su actividad en flagrante incumplimiento de las LDEM con denuncias por trabajo infantil, discriminación contra las mujeres, ausencia de sindicatos y horas extra forzadas. Disponible en: [https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case\\_509](https://complaints.oecdwatch.org/cases/Case_509)

**54.** En septiembre de 2020, un grupo de organizaciones presentó ante el PNC suizo un reclamo contra Syngenta India Ltd. en favor de las familias afectadas por el envenenamiento sufrido como consecuencia del uso de pesticidas en campos de algodón ubicados en Yavatmal (India central). Las denuncias destacan, entre otros efectos socioeconómicos, el aumento de la carga para las mujeres, quienes, además de cuidar a los niños, quedan al cuidado de sus maridos enfermos, al mismo tiempo que deben trabajar como jornaleras en los campos pero con salarios significativamente más bajos que los varones. Disponible en: [https://complaints.oecdwatch.org/cases-es/Case\\_574](https://complaints.oecdwatch.org/cases-es/Case_574) y <http://mneguidelines.oecd.org/database/instances/ch0022.htm>.

**55.** En 2011, Asia-Pacific Program Coordinator of Mining Watch Canada, Porgera Special Mine Lease Landowners Association y Akali Tange Association presentaron una solicitud ante el PNC de Canadá alegando que la actuación de la minera Barrick Gold en Papúa Nueva Guinea incumplía las LDEM. Entre las denuncias presentadas por las organizaciones, se indicaron violaciones, incluidas violaciones grupales, golpes y asesinatos de mujeres Iplili. Entre los compromisos asumidos por la empresa en el marco del acuerdo alcanzado en el proceso de mediación, se incluye la constitución de un marco de remediación para la violencia contra la mujer. Disponible en: <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/ncc-pcn/statement-declaration.aspx?lang=eng#parties> y <http://mneguidelines.oecd.org/database/instances/ca0010.htm>

**56.** En la instancia específica presentada en agosto de 2016 ante el PNC australiano por Australian Women Without Borders contra Mercer PR, con relación a su actividad en Nauru, se reclamó a la empresa por el incumplimiento del capítulo IV de las LDEM (derechos humanos) por haber distribuido información personal de la víctima usando un seudónimo. La información fue circulada por correo electrónico a medios de comunicación, quienes recibieron una copia de la

### 3.3. Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (PRNU) y las "Dimensiones de género" de los PRNU

Los PRNU "son un conjunto de 31 principios dirigidos a los Estados y las empresas en los que se aclaran los deberes y responsabilidades de unos y otras con respecto a la protección y el respeto de los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales, y al acceso a un remedio eficaz para las personas y grupos afectados por dichas actividades".<sup>57</sup> Constituyen un "plan para la acción" a través del cual hacer efectiva la obligación del Estado de proteger, la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, y el deber de ambos de reparar "los abusos cometidos contra los derechos humanos en relación con la actividad empresarial".<sup>58</sup>

Los PRNU contienen varias referencias a la igualdad de género y a los derechos de mujeres que se pueden agrupar en tres categorías o "ventanas de género". Por un lado, el principio general y transversal de no discriminación; por otro, la necesidad expresa de integrar una perspectiva de género (principios 3, 7, 18 y 20), y, por último, el llamado a recurrir a otras normas cuando sea necesario (Principio 12) porque "adoptar una perspectiva de género es procedente en todas las circunstancias".<sup>59</sup>

En 2019, el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, partió de que "la adhesión simbólica a las cuestiones de género tiene que cambiar,"<sup>60</sup> elaboraron las "Dimensiones de género" de los PRNU y propusieron

---

denuncia en la que se detallaba información médica y personal de la víctima. Disponible en: [https://complaints.oecdwatch.org/cases-es/Case\\_545](https://complaints.oecdwatch.org/cases-es/Case_545). Más recientemente una coalición internacional de sindicatos que comprende a EFFAT, La Unión Internacional de Asociaciones de Trabajadores de Alimentos, Agricultura, Hoteles, Restaurantes, Catering, Tabaco y Afines, la União Geral dos Trabalhadores (Brasil), y la Service Employees International Union (representando trabajadores de Estados Unidos y Canadá) presentaron un reclamo ante el PNC de Holanda en el que se alega la existencia de acoso sexual sistemático en los restaurantes de McDonald's alrededor del mundo. Disponible en: <https://effat.org/in-the-spotlight/trade-unions-representing-tens-of-millions-of-workers-worldwide-file-oecd-complaint-over-mcdonalds-failure-to-tackle-sexual-harassment/>

**57.** ACNUDH, *Preguntas frecuentes...*, op. cit., p. 7.

**58.** Ídem, p. 9.

**59.** "Dimensiones de género", op. cit., párr. 38.

**60.** Ídem, párr. 44.

un Marco de Género y unas Directrices de Género que buscan orientar al Estado y a las empresas respecto de cómo garantizar la igualdad de género en el marco de las operaciones empresariales.

El Marco incluye tres pasos: una evaluación reactiva de género, la toma de medidas transformadoras de género y reparaciones transformadoras de género, y aplica tanto a Estados como a empresas. Una evaluación reactiva de género incluye, por ejemplo, examinar si las leyes, las políticas y los estándares y prácticas discriminan, directa o indirectamente, a las mujeres; recopilar datos desagregados por sexo (y género autopercibido); tener en cuenta la interseccionalidad, trabajar con expertos/as, evaluar las medidas transformadoras de género; etc. A su vez, las medidas transformadoras de género implican, por ejemplo, asumir públicamente el compromiso de alcanzar una verdadera igualdad de género; empoderar a las mujeres; adoptar acciones afirmativas y trabajar con organizaciones de mujeres, entre otras. Finalmente, las reparaciones transformadoras de género hacen referencia, por ejemplo, a ofrecer distintos tipos de reparaciones preventivas, correctivas y disuasorias en pos de garantizar la igualdad de género, identificar abusos específicos y sistemáticos, etc.

Las Directrices, por su parte, ofrecen recomendaciones, principio a principio, acerca de cómo aplicar los PRNU en la práctica. Por ello, cuando se habla de Pilar I o deber de proteger por parte de los Estados (en todos los niveles y jurisdicciones), encontramos la obligación de estos de adoptar medidas apropiadas para garantizar la igualdad de género en el sector público y privado, tanto en las leyes como en las prácticas y políticas, y transversalizar este enfoque en todos los ámbitos; la obligación de orientar a las empresas en cómo alcanzar la igualdad de género; la obligación de evaluar y combatir las discriminaciones directas e indirectas; liderar con el ejemplo cuando se trata de empresas estatales y contrataciones públicas; realizar evaluaciones periódicas sobre el grado de cumplimiento de todas las obligaciones anteriormente enumeradas, etc.

Respecto del Pilar II o responsabilidad de las empresas de respetar, uno de los puntos salientes es el de contar con una política de género al más alto nivel, abstenerse de infringir los derechos de las mujeres, por acción u omisión; y transversalizar el enfoque de género

en la debida diligencia. Algunos ejemplos que brinda el Grupo de Trabajo para hacer realidad lo anterior son, de manera no exhaustiva: tener una representación equitativa de mujeres en todos los niveles; capacitar al personal y socios comerciales en materia de igualdad de género; integrar esta perspectiva en todas las políticas y procedimientos de la empresa, entre otros.

Finalmente, el Pilar III sobre acceso a reparación por mecanismos estatales (judiciales o extrajudiciales) o no estatales (operacionales), el Grupo de Trabajo profundiza sobre qué puede ser considerado como reparaciones transformadoras de género. Allí ejemplifica sobre la importancia de velar por que las mujeres que accedan a los distintos mecanismos lo hagan en igualdad de condiciones (por ejemplo, garantizando asesoramiento jurídico gratuito) y sin temor a sufrir represalias, y llaman al Estado a velar por que los mecanismos operacionales integren una perspectiva de género.

Este Marco y estas Directrices deberían ser leídas en conjunto con otros instrumentos que brindan orientación acerca de qué significa la igualdad de género en los contextos empresariales y cómo garantizar el respeto por la diversidad sexual y de género.

Así, por ejemplo, los Principios para el Empoderamiento de las Mujeres (WEP),<sup>61</sup> la Agenda 2030 y el Objetivo N° 5 de Igualdad de género de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS);<sup>62</sup> las Normas de Conducta para las Empresas/Hacer frente a la discriminación contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales de la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos;<sup>63</sup> la iniciativa Target Gender Equality (u "Objetivo de Igualdad de Género", en español) del Pacto Global que busca garantizar la presencia de más mujeres en puestos de liderazgo;<sup>64</sup> los Estándares GRI en materia de género, diversidad, trabajo, igualdad y no discriminación, etc.,<sup>65</sup>

61. Disponible en: <https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2011/10/women-s-empowerment-principles-equality-means-business>

62. En especial, obs N° 5. Disponible en: <https://www2.unwomen.org/es/news/in-focus/women-and-the-sdgs/sdg-5-gender-equality>.

63. Disponible en: <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2018/04/Principios-mundiales-para-las-empresas.pdf>

64. Disponible en: <https://www.unglobalcompact.org/take-action/target-gender-equality>

65. Disponible en: <https://standards.sinzergri.org/gri/sector#405>

entre otras recomendaciones generales de órganos de tratados y jurisprudencia local e internacional en materia de igualdad de género.<sup>66</sup>

#### **4. Estrategias para la puesta en práctica conjunta de los PRNU, las LDEM y la Declaración EMN por parte de las empresas**

Según el Principio Rector (PR) N° 11, "las empresas deben respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación". En clave de género, ello supone "abstenerse de infringir los derechos humanos de las mujeres y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación. Para cumplir esa responsabilidad, las empresas deben contribuir a lograr una verdadera igualdad de género y no exacerbar o reproducir la discriminación existente contra las mujeres en todas sus actividades" (Directriz de género N° 11).

Para lograrlo, las empresas deben desarrollar una conducta empresarial responsable. Ello significa tener un compromiso político al más alto nivel, actuar con debida diligencia y garantizar el acceso a reparación efectiva cuando se hayan producido violaciones de derechos humanos.

Para asegurar el diálogo entre los instrumentos en el proceso de implementación de una conducta empresarial responsable con enfoque de género, los PRNU

aportarán la estructura y la extensión de las obligaciones, así como el alcance de la protección y respeto de los derechos humanos esperada. Por su parte, las LDEM señalan el camino para establecer y conducir un mecanismo de debida diligencia, mientras que la Declaración EMN ofrece los elementos necesarios que permiten evaluar el impacto en los derechos humanos, en el ámbito de las relaciones laborales.

A continuación, proponemos un análisis de estos tres instrumentos y recomendaciones concretas para la puesta en práctica de una conducta empresarial responsable con perspectiva de género.

#### **4.1 Política institucional de género al más alto nivel**

De acuerdo con la *Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable*, el punto de partida en la implementación es la integración de la conducta empresarial responsable (CER) a las políticas y sistemas de gestión. Esto es, el diseño, la adopción y divulgación de una "combinación de políticas en los ámbitos de la CER que articulan los compromisos de la empresa con los principios y normas contenidos en las LDEM, así como sus planes para implementar la debida diligencia".<sup>67</sup> Según el PR N° 16, para asumir y demostrar su compromiso y responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben contar con una declaración política que sea aprobada al más alto nivel directivo de la empresa. Esta política debe demostrar el compromiso de la empresa por "respetar los derechos humanos de las mujeres y contribuir al logro de una verdadera igualdad de género" (Directriz de género N° 16). Además, la empresa debe contar con "una política de igualdad de género que se elabore de abajo hacia arriba de manera participativa, pero que sea aprobada al más alto nivel. Esa política puede ser un documento aparte o estar integrada en la política genérica de derechos humanos de la empresa" (Directriz de género 16). Existen algunos aspectos mínimos que una política de género debería considerar. Por ejemplo, asegurar

66. Para un mayor detalle de instrumentos jurídicos internacionales y nacionales que demuestran la obligación del Estado argentino de garantizar la igualdad de género, ver las contribuciones del Instituto Danés de Derechos Humanos y Fundación CIPPEC, respectivamente. GÖTZMANN, N.; WRZONCKI, E.; KRISTIANSSON, L. y HEYDARI, E., *Las mujeres en el ámbito de las empresas y los derechos humanos: identificación de temas que los Estados deben considerar en los procesos de implementación de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas*, Instituto Danés de Derechos Humanos, Copenhague, 2018, pp. 69-76. Disponible en: [https://www.humanrights.dk/sites/humanrights.dk/files/media/migrated/dihr\\_bhr\\_gender\\_mapping\\_esp\\_2018.pdf](https://www.humanrights.dk/sites/humanrights.dk/files/media/migrated/dihr_bhr_gender_mapping_esp_2018.pdf), y DÍAZ LANGOU, G. et al., *El género del trabajo: entre la casa, el sueldo y los derechos*, Fundación CIPPEC, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, pp. 173-194. Disponible en: [https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2019/11/el\\_genero\\_del\\_trabajo.pdf](https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2019/11/el_genero_del_trabajo.pdf)

67. OCDE, *Guía OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable*, OECD Publishing, 2018, p. 26.

la participación más equitativa de mujeres en posiciones de liderazgo, utilizar un lenguaje inclusivo y género-sensible (no neutro), políticas de conciliación laboral y cero tolerancia a las violencias contra las mujeres; eliminar las brechas salariales, etc.

En cuanto al abordaje de la violencia y el acoso en el lugar de trabajo, la elaboración, implementación y seguimiento de esta política deberían realizarse en forma conjunta entre el sector empleador y representantes de las personas trabajadoras. Deberá afirmar que estas conductas no serán toleradas, establecer programas de prevención, informar sobre procedimientos de investigación y sanción que garanticen la privacidad y confidencialidad, e incluir medidas contra las represalias y revictimización (§9 Recomendación N° 206). Ello así en tanto las mujeres tenemos más chances de sufrir acoso laboral y acoso sexual en el trabajo que los varones. A su vez, somos más propensas a ser afectadas por chistes sexistas, también a sufrir microagresiones y a que se cuestionen nuestros aportes en nuestras áreas de experticia. Las mujeres necesitamos aportar más evidencia de nuestras competencias que los varones, y somos tratadas con menos deferencia profesional, tenemos más chances de ser confundidas por alguien con un nivel menor que el que tenemos, de que se ignoren nuestras contribuciones profesionales y de escuchar comentarios degradantes sobre nosotras mismas.<sup>68</sup> Además, las mujeres lesbianas ven reforzadas todos estos tipos de agresiones y es mucho más probable que sientan que no pueden hablar sobre su vida personal en el trabajo.<sup>69</sup> En definitiva, surge de una lectura compartida entre todos los instrumentos que es necesario que una política de género considere al acoso y las violencias que las mujeres sufrimos, que las empresas adopten políticas de cero tolerancia hacia ellas y tomen medidas concretas de sanción y reparación cuando estas ocurran.

Por otro lado, es importante que la política de género pase del papel a la práctica. Una mayor sensación de diversidad hacia dentro de la empresa no es necesariamente un reflejo de mayor inclusión y equidad.<sup>70</sup>

En relación con las políticas de cuidado, las empresas deben, como mínimo, cumplir con lo que establece la ley argentina en materia de licencias por maternidad, lactarios, etc.<sup>71</sup> En la práctica, aplicar un enfoque de género pasa por contribuir a garantizar la corresponsabilidad. Ello implica considerar la posibilidad de establecer licencias por maternidad extendidas y tener políticas de flexibilidad para garantizar un retorno progresivo al trabajo por parte de madres y padres luego del nacimiento de un bebé o adopción de un/a niño/a o adolescente; establecer y ampliar las licencias por paternidad; asegurar tiempo de lactancia y la existencia de lactarios; tener guarderías en la empresa o convenios con centros de cuidado cercanos a la sede del trabajo, así como cobertura de costo de guarderías; garantizar salarios, seguridad social y beneficios a trabajadores/as *part-time*; monitorear el uso de las licencias y beneficios, desagregados por sexo, etc.<sup>72</sup>

En cuanto a las políticas de contratación y la eliminación de las brechas salariales, es importante monitorear las contrataciones y la rotación por sexo; hacer un balance de candidatos/as preseleccionados/as y adoptar medidas proactivas para contratar mujeres; realizar descripciones de puestos en lenguaje neutro (o incluso mejor, con lenguaje inclusivo puesto que los estudios indican que los puestos en lenguaje neutro se leen en masculino);<sup>73</sup> entrenar al equipo de selección

68. MCKINSEY, *Women in the Workplace*, 2018. Disponible en: <https://www.mckinsey.com/featured-insights/diversity-and-inclusion/women-in-the-workplace>

69. Ídem.

70. MCKINSEY, *Diversity wins: How inclusion matters*, op. cit.

71. A modo de ejemplo, en cuanto a los lactarios y los descansos para personas lactantes, la Ley de Contrato de Trabajo dispone en el art. 179: "Toda trabajadora madre de lactante podrá disponer de dos (2) descansos de media hora para amamantar a su hijo en el transcurso de la jornada de trabajo, y por un período no superior a un (1) año posterior a la fecha del nacimiento, salvo que por razones médicas sea necesario que la madre amamante a su hijo por un lapso más prolongado", asimismo, la Ley N° 26873 y su Decreto Reglamentario N° 22/2015 establecen la promoción de los llamados *Espacios Amigos de la Lactancia* en el ámbito laboral. Para un detalle sobre políticas de cuidado en las empresas, ver: UNICEF, *El derecho al cuidado en las políticas de empresas...*, op. cit., en el que sistematizan prácticas y experiencias impulsadas desde 28 empresas.

72. Para más datos y recomendaciones de políticas, ver: UNICEF ARGENTINA, *Sector privado y los derechos de niñas, niños y adolescentes en la Argentina. Estudio cuantitativo sobre prácticas y políticas de las empresas* en el país, Buenos Aires, junio de 2019. Disponible en: <https://www.unicef.org/argentina/media/6501/file/Linea%20de%20base%20-%20Sector%20Privado%20y%20dere...> y ONU MUJERES ARGENTINA, *Buenas prácticas de empresas WEP...*, op. cit., p. 18.

73. Ver CRIADO PÉREZ, C., *Invisible women. Exposing data bias in a world designed for men*, Vintage, Londres, 2019.

para que pueda identificar sus propios sesgos inconscientes y evitar que afecten el proceso de entrevista y contratación; no indagar acerca del estatus marital, maternidad/paternidad, responsabilidades familiares, entre otros.<sup>74</sup> En relación con la eliminación de las brechas salariales, deberían realizarse auditorías de brecha de ingresos; poner en marcha procedimientos para corregir desigualdades salariales; contar con una política de igualdad salarial y transparencia respecto de los salarios, desagregados según sexo,<sup>75</sup> etc.

Garantizar entornos libres de violencia en las empresas es fundamental para garantizar los derechos y la dignidad de las mujeres. Algunas medidas que pueden adoptar las empresas incluyen la recepción de quejas de manera confidencial, capacitar a todo el personal, brindar apoyo y asistencia a víctimas de violencia<sup>76</sup> (por ejemplo, apoyo psicológico y económico).

Las empresas también pueden ir más allá de los mínimos esperados y generar alianzas con organizaciones y plataformas a favor de la igualdad de género; brindar apoyo financiero a iniciativas que trabajen por la igualdad de género, y realizar campañas de sensibilización sobre los derechos de las mujeres y niñas; capacitar a mujeres emprendedoras y empresarias.<sup>77</sup>

Por último, adherir a iniciativas de respeto y promoción de derechos humanos e igualdad de género puede ser interesante para fortalecer el aprendizaje entre pares y alcanzar mayores niveles de igualdad de género. Según un estudio de UNICEF Argentina, el 86% de las empresas no adhiere a ningún tipo de iniciativa, aunque entre las que sí lo hacen, se observa que tienen a más mujeres en posiciones de liderazgo (el 41 vs. el 21%).<sup>78</sup>

## 4.2. Debida diligencia con enfoque de género

Según el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, "la diligencia debida en materia de derechos humanos es el eje que guía las actividades cotidianas de una empresa comercial en tanto refleja cómo esta lleva a la práctica su responsabilidad de respetar los derechos humanos. Es un modo de gestionar en forma proactiva los riesgos reales y potenciales de los efectos adversos en los derechos y la dignidad de las personas".<sup>79</sup> La debida diligencia es un proceso continuo, que atañe a todas las empresas independientemente de su tamaño, y se constituye por una serie de pasos que detallamos a continuación.

El primer paso es evaluar los riesgos potenciales y reales (PR 12, 14, 17, 18, 23, 24). Para ello, será fundamental preguntarse cuál es el contexto en que opera la empresa (por ejemplo, la desigualdad en la Argentina, tal como se detalló en la sección segunda de este artículo); qué sector productivo representa la empresa y qué afectaciones específicas puede tener sobre las mujeres (tanto las que trabajan en la empresa y en el rubro en general, como las mujeres que están en el territorio en que opera la empresa, o cómo los productos de la empresa afectan de manera específica a las mujeres).

Estas preguntas aplican también para cuando se realice la evaluación de riesgos de violencia y acoso laboral, momento en que deberá atenderse: a) las condiciones y modalidades del trabajo, así como la gestión de recursos humanos, b) los riesgos relacionados con terceros (clientes, proveedores, público, etc.), y c) los riesgos derivados de la discriminación y las normas culturales que fomentan la violencia y el acoso. Deberán atenderse, entonces, las modalidades más expuestas a situaciones de violencia, como el trabajo nocturno, y los sectores más riesgosos, como el de la salud, los servicios de salud, el trabajo doméstico y la educación, entre otros (§8 y 9, Recomendación N° 206).

74. Ver ONU MUJERES ARGENTINA, *Buenas prácticas de empresas WEP...*, op. cit., p. 18.

75. Ídem.

76. Ídem.

77. Ídem, p. 22.

78. UNICEF ARGENTINA, *Sector privado y los derechos de niñas, niños y adolescentes en la Argentina. Estudio cuantitativo sobre prácticas y políticas de las empresas en el país*, Buenos Aires, junio de 2019, p. 37. Disponible en: <https://www.unicef.org/argentina/media/6501/file/Linea%20de%20base%20-%20Sector%20Privado%20y%20derechos%20.pdf>

79. GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA CUESTIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES Y OTRAS EMPRESAS, "La debida diligencia de las empresas en materia de derechos humanos – prácticas emergentes, desafíos y perspectivas futuras", UN Doc. A/73/163, 16 de julio de 2018, §10. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/224/90/PDF/N1822490.pdf?OpenElement>.

Para determinar los impactos o afectaciones que podría generar la operación de la empresa para las mujeres de la región será importante, como recomienda el marco de género de los PRNU, contar con expertos/as independientes u organizaciones de mujeres que trabajen en el tema o estén presentes en la zona de operaciones de la empresa. A su vez, será fundamental contar con la voz de las personas afectadas o potencialmente afectadas de la zona de influencia de la empresa. ¿Quién/es representan la voz de la comunidad? ¿Cuál es el rol de las mujeres allí? ¿Cómo podemos asegurarnos de que las mujeres participen? ¿Qué factores estructurales socioeconómicos y culturales atentan contra su participación? ¿Qué medidas proactivas pueden poner en marcha las empresas? ¿Existen organizaciones sociales de base en la zona que tengan experiencia en la temática de enfoque de género y puedan brindar asesoramiento? ¿Existen restricciones en el derecho a la participación ciudadana y déficits en los procesos de consulta previa, libre e informada? ¿La información se presenta de manera clara y en un idioma accesible?

El segundo paso es integrar todo lo anterior para cesar el impacto, mitigarlo o prevenirlo (PR N° 17 y N° 19). En la dimensión laboral, es necesario que las empresas "apliquen normas adecuadas en materia de seguridad y salud, y contribuyan a instaurar una cultura de prevención en materia de seguridad y salud en las empresas, con el fin de lograr de manera progresiva un entorno de trabajo seguro y saludable. Ello también incluiría medidas para combatir la violencia contra las mujeres" (art. 43 de la Declaración EMN). Además, al prevenir la violencia y el acoso en particular, se debe considerar medidas que no resulten excluyentes de la participación de las mujeres y grupos en situación de vulnerabilidad (§12, Recomendación N° 206).

¿Cómo puede una empresa tomar decisiones respecto de todas las consecuencias negativas de sus actividades u operaciones? A través de la priorización: la relevancia de un impacto negativo se entiende en función de su probabilidad y gravedad. La gravedad de los impactos será juzgada por su escala, magnitud y carácter irreparable.

¿Cuáles son los factores que se tienen en cuenta a la hora de tomar decisiones de esta naturaleza? Todo ello debe ser con el objetivo de traducir las políticas de la

empresa sobre derechos humanos e igualdad de género en políticas operativas y códigos de conducta.

Por ejemplo, las empresas también deberían considerar comprar productos a empresas propiedad de mujeres, tener metas de adquisición a empresas de mujeres y capacitar a mujeres que son potenciales proveedoras para fortalecer sus capacidades a fin de que sus postulaciones sean más efectivas, tengan un abastecimiento estratégico y desarrollen mejor su infraestructura y modelo de negocios.<sup>80</sup> En lo que refiere a productos y servicios, las empresas deberían considerar desarrollar productos o servicios específicos para las necesidades de las mujeres, mediante estudios de mercado sobre esas necesidades y consultándolas de manera directa. También deberían considerar que la comunicación y publicidad de la empresa contenga enfoque de género, y que los materiales, piezas de comunicación y estrategias de marketing no reproduzcan estereotipos de género y promuevan imágenes positivas de mujeres y niñas.<sup>81</sup>

Las empresas deberían, además, utilizar su influencia sobre socios comerciales, cadena de valor, otras empresas de la industria o generar compromisos gubernamentales para que más empresas se comprometan con los derechos humanos y la igualdad de género. Por ejemplo, las empresas deberían controlar el grado de cumplimiento de sus proveedores de los derechos humanos y comunicar a sus socios comerciales sus expectativas en relación con las políticas y prácticas sobre igualdad de género, pero en la práctica parecen no hacerlo. Según un estudio de UNICEF Argentina, el 64% de las empresas no

80. ONU Mujeres ha desarrollado un manual para potenciar las adquisiciones de productos y servicios de empresas propiedad de mujeres y ha realizado un llamado a la acción visibilizando las barreras adicionales que enfrentan las mujeres propietarias de empresas. Disponible en: <https://www2.unwomen.org/-/media/field%20office%20americas/documentos/publicaciones/2018/12/el%20poder%20de%20las%20adquisicioneswebcompressed.pdf?la=es&vs=4021> y [https://www2.unwomen.org/-/media/field%20office%20americas/documentos/publicaciones/2020/10/26oct\\_folleto%20perspectiva%20de%20genero%20en%20las%20compras%20publicas%20\(1\).pdf?la=es&vs=1130](https://www2.unwomen.org/-/media/field%20office%20americas/documentos/publicaciones/2020/10/26oct_folleto%20perspectiva%20de%20genero%20en%20las%20compras%20publicas%20(1).pdf?la=es&vs=1130), respectivamente.

81. Ver ONU MUJERES ARGENTINA, *Buenas prácticas de empresas WEP...*, op. cit., p. 21. En relación con la publicidad con enfoque de género, ver también: PÉREZ, A., "¿Quién le hace la publicidad a Mr. Músculo? Tensiones entre libertad de expresión, publicidad y derechos de las mujeres", *En Letra Civil y Comercial*, N° 3, Buenos Aires, junio de 2017. Disponible en: [www.enletracivilycomercial.com](http://www.enletracivilycomercial.com).

sabe si sus proveedores cumplen con las licencias por maternidad y Paternidad.<sup>82</sup>

El tercer paso es el de monitorear (PR N° 17, N° 20 y N° 31). ¿Qué ha hecho la empresa para dar respuesta a los riesgos reales y potenciales identificados en el paso anterior? ¿Ha definido algún tipo de herramienta de monitoreo? ¿La empresa tiene indicadores sensibles al género con que pueda evaluar sus avances y desafíos? En caso de haber generado o contribuido a generar una afectación, ¿la reparación está surtiendo efectos? ¿Es una reparación transformadora de género como indica el marco de género de los PRNU?

El cuarto paso es comunicar (PR N° 17 y N° 21). ¿Qué significa comunicar y hacer públicos los hallazgos? Principalmente, hacer públicas las políticas de derechos humanos sensibles al género. Pero también comunicar hallazgos, dilemas y acciones interna y externamente, hacer que la información relevante sea fácilmente accesible en el sitio web de la empresa y en los idiomas o lenguas locales; asegurarse de que las personas afectadas por las operaciones reciban información de manera oportuna y clara; respetar el derecho a la privacidad de las víctimas si la información se relaciona con acoso sexual y violencia de género y no divulgar información que haga que las víctimas sean fácilmente identificables y vulnerables a la estigmatización social, etc.

A su vez, es importante tener en cuenta que algunos sectores cuentan con lineamientos propios que incluyen la perspectiva de género, como es el caso de las guías sectoriales de debida diligencia de la OCDE para el sector textil y de calzado,<sup>83</sup> y la *Guía OCDE/FAO* del sector agrícola, y su observancia resulta fundamental para garantizar los derechos de las mujeres en las cadenas de suministro de estos productos. Por ejemplo, la guía para el sector textil y de calzado incluye no solo recomendaciones para la implementación de procesos de debida diligencia con enfoque de género, sino que dialoga con otros instrumentos de derechos humanos, adopta la definición de "discriminación basada en género", según

la CEDAW y la de "trabajo forzoso" del Convenio sobre Trabajo Forzoso de la OIT, N° 29.

Por último, el quinto paso, pero, en rigor de verdad, un paso que atraviesa todo el proceso es brindar reparación efectiva (PR N° 19, N° 22 y N° 29).

### 4.3. Reparación transformadora de género

El PR N° 22 establece que "si las empresas determinan que han provocado o contribuido a provocar consecuencias negativas, deben repararlas o contribuir a su reparación por medios legítimos". En clave de género, ello pasará sin dudas por "proporcionar reparaciones transformadoras de género o cooperar con las instancias que las ofrezcan" ("Dimensiones de género").

Según el Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos, "la reparación efectiva se considera un prisma a través del cual se orientan todas las medidas adoptadas por los Estados y las empresas [para] reparar[r] por los abusos contra los derechos humanos relacionados con las empresas".<sup>84</sup> Para ser efectivos, los mecanismos de reparación deben ofrecer a los y las titulares de derecho un abanico de reparaciones, en función de las circunstancias particulares de cada caso.<sup>85</sup>

Una reparación efectiva, integral y transformadora de género pasará, entonces, tal como lo indica el Marco de género de los PRNU, por ofrecer diversas reparaciones preventivas, correctoras y disuasorias, pero sobre todo por no volver al estado anterior que causó el daño. También pasa por identificar patrones para determinar los abusos específicos y sistemáticos que afectan a las mujeres y, junto con las víctimas, expertos/as, y organizaciones de la sociedad civil especializadas, buscar reparaciones apropiadas para las víctimas. Incluso puede significar brindar reparaciones que busquen cambiar las estructuras de poder discriminatorias que operan en la sociedad en general, y en el contexto empresarial en particular, para reducir las violencias contra las mujeres. A su vez, siempre las

82. UNICEF ARGENTINA, *Sector privado y los derechos de niñas, niños y adolescentes en la Argentina*, op. cit., p. 58.

83. Este rubro representa uno de los sectores productivos en los que se concentra un mayor porcentaje de mujeres y, en consecuencia, en los que la vulneración de sus derechos resulta más probable.

84. GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA CUESTIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES Y OTRAS EMPRESAS, UN DOC. A/72/162, 18 de julio de 2017, p. 1. Disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/a/72/162>.

85. Ídem, §38-54.

empresas serán invitadas a colaborar con los gobiernos denunciando y contribuyendo a reformar leyes o prácticas discriminatorias.

Además, conforme con los estándares de la *Guía OCDE de debida diligencia para una conducta empresarial responsable*, los impactos negativos o violaciones causadas por las empresas deberán ser reparados de manera "proporcional a la magnitud y a la escala del impacto negativo", y podrán "incluir disculpas, restituciones o rehabilitaciones, compensaciones financieras o no financieras, sanciones punitivas y la adopción de medidas para prevenir futuros impactos negativos (...)". A su vez, la *Guía* indica que deberá consultarse e involucrar a los titulares de derechos afectados y a sus representantes en la determinación de la reparación adecuada.<sup>86</sup>

En particular, "las empresas multinacionales deberían utilizar su poder de influencia para alentar a sus socios comerciales a proporcionar medios eficaces de reparación para las violaciones de derechos humanos". Además las empresas deberían asegurar que las personas trabajadoras no sufran perjuicios por reclamar y que se siga un procedimiento adecuado, para lo cual deben estar alertas en aquellos países donde no se apliquen los convenios relativos a derechos de asociación sindical y discriminación. Estos recursos y medidas de reparación pueden incluir procedimientos de investigación, mecanismos de solución de conflictos puertas adentro y puertas afuera, mecanismos y medidas judiciales, y medidas de asistencia a las víctimas (art. 10º, Convenio N° 190). Se alienta al establecimiento de mecanismos de conciliación voluntaria para la solución de conflictos, mientras se respete el equilibrio entre las partes (arts. 65, 66 y 67 de la Declaración EMN). La Recomendación N° 206 desarrolla un abanico de medidas por implementar y sus características (§14).

Todas estas precisiones tienen un rol significativo en tanto ejemplifican el alcance de las expectativas que recaen sobre las empresas en materia de implementación de mecanismos de reparación propios (operacionales) o como parte de mecanismos de reparación estatales, tanto judiciales como extrajudiciales. En este sentido, y de manera general, se espera que la actividad

desplegada por las empresas alcance los estándares dispuestos por los PR 25 a 31.

## 5. Palabras de cierre

A lo largo de este artículo, hemos dejado que los datos hablen por sí solos al demostrar la mayor discriminación y desigualdad que experimentan las mujeres en comparación con los varones en el ámbito empresarial.

Para lograr la igualdad de género, las empresas deben convertir las buenas intenciones en acciones concretas, y los Estados deben establecer un marco regulatorio y garantizar la coherencia en materia de políticas públicas, y ambos deben garantizar el acceso a una reparación efectiva cuando se vulneran derechos. En este sentido, los ejemplos y sugerencias desarrollados en el cuarto apartado ponen en diálogo las exigencias de los instrumentos del marco regulatorio de empresas y derechos humanos en clave de género. En este ejercicio, no hemos descuidado los argumentos económicos que justifican por qué lo anterior no solo es lo jurídicamente exigible y lo ética y moralmente esperable, sino también un buen negocio.

Al robustecer y simplificar el diálogo entre los documentos, sus estándares de derechos humanos y de implementación de procesos de debida diligencia, hemos buscado facilitar la comprensión de lo que se espera de una conducta empresarial responsable con perspectiva de género que integra en su ecuación los impactos diferenciados que las operaciones empresariales tienen sobre las mujeres. Todavía más, señalar la evidente polinización cruzada de los instrumentos vuelve asequibles algunas de las definiciones que pueden resultar, en ocasiones, abstractas o de difícil implementación, al mismo tiempo que permite integrar los vacíos o brechas regulatorias de las diferentes áreas de la conducta empresarial responsable a partir de la identificación de las capacidades y características de cada uno de los documentos analizados.

86. OCDE, *Guía OCDE de debida diligencia...*, op. cit., pp.38-39.







## **CAPÍTULO 6**

# **EMPRESAS Y POLÍTICA FISCAL**

# Fraude impositivo, empresas y derechos humanos.

Diagnósticos y propuestas



**Juan Pablo Bohoslavsky**

Abogado de la Universidad Nacional de Río Negro (UNRN). Investigador del CONICET - Universidad Nacional de Río Negro. Fue experto independiente en Deuda y Derechos Humanos de la ONU (2014-2020).

\*Este artículo fue publicado originariamente en el *Journal of Financial Crime*, 2018, Vol. 25, N° 3, pp. 750-769 y se basa en el informe que el autor presentó como experto independiente en Deuda y Derechos Humanos de la ONU al Consejo de Derechos Humanos, "Informe final sobre flujos ilícitos de fondos, derechos humanos y la Agenda 2020 para el desarrollo sustentable", 15 de enero de 2016, A/HRC/31/61.

**1. Introducción**

---

La escala de los flujos financieros ilícitos que presenta la economía mundial y, en particular, las repetidas revelaciones periodísticas sobre el uso abusivo de vehículos societarios y cuentas bancarias a los que cientos de miles de personas acaudaladas y empresas multinacionales recurren con el fin de evadir o eludir impuestos<sup>1</sup> nos fuerza a todos/as, más que nunca, a reflexionar sobre las repercusiones de este fenómeno global en los derechos humanos.

Los flujos de fondos ilícitos incluyen aquellos que, aprovechando los vacíos legales y otros artificios, eluden el espíritu de la ley. Esta definición comprende, por ejemplo, las operaciones de evasión fiscal que se ven facilitadas por el uso de sociedades situadas en paraísos fiscales. Gracias al trabajo del periodismo de investigación y de las organizaciones de la sociedad civil, los/as contribuyentes son cada vez más conscientes de estas estrategias inmorales e ilegales, y son capaces de vislumbrar la medida en la que el fraude fiscal socava sistemáticamente —a través del desvío de fondos que deberían ingresar a las arcas estatales— los derechos económicos, sociales y culturales de la mayoría de la población mundial.

---

1. Sobre el caso de los "Panamá Papers", ver: BOHOSLAVSKY, J.P., "Economía y finanzas en Panamá. Una imperativa evocación a los derechos humanos", *Anuario de Estudios Centroamericanos*, N° 44, s/l, 2018, pp. 463-490.

Todos los Estados acordaron en 2015, al aprobarse los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), que los flujos de fondos ilícitos deben ser reducidos, y sobre la base de este consenso general y de la continua práctica de abuso fiscal mediante paraísos fiscales, tanto en países en desarrollo como en los desarrollados, se pone de relieve que este compromiso político debe concretarse con medidas específicas y operativas que aseguren el cumplimiento de las normas tributarias nacionales.

Este artículo intenta contribuir a mejorar nuestro conocimiento y entendimiento acerca del abuso fiscal a nivel global (en su inmensa mayoría beneficia a empresas o individuos acaudalados o es llevado a cabo por ellos) y su repercusión en los derechos humanos, así como estimular el debate acerca de las reformas que deben implementarse para reducir los flujos de fondos ilícitos. Luego de esta introducción, en la sección II, se proponen definiciones de "abuso fiscal", sea bajo el formato de evasión o elusión. También se presentan estimaciones de estas corrientes financieras. En la sección III, se analizan las implicaciones del abuso fiscal frente a los derechos humanos y el desarrollo sostenible, en particular, desde las perspectivas de la igualdad y no discriminación, la desigualdad económica y los ODS. En la sección IV, se presentan las obligaciones en materia de derechos humanos en el campo del abuso fiscal; en especial, las referidas al máximo de los recursos disponibles, la asistencia y cooperación internacionales, la utilización de los fondos y las responsabilidades de los actores no estatales. En la sección V, se describen las iniciativas internacionales recientes que apuntan a la reducción de las corrientes financieras ilícitas; y, luego, en la sección VI, se explica el avance que en esta materia implicó la aprobación de los ODS. En la sección VII, se presentan las conclusiones; y en la sección VIII, las recomendaciones para estimular el debate que están dirigidas a los Estados, a las organizaciones e instituciones financieras internacionales, y a los actores no estatales.

## II. Abuso fiscal: definiciones y estimaciones

Las corrientes financieras ilícitas pueden definirse en forma restrictiva o amplia. En sentido estricto, son flujos financieros no registrados de fondos que se ganan,

se transfieren o se utilizan ilegalmente, por ejemplo, las ganancias procedentes de actividades ilegales, como delitos de corrupción, entre otros. No obstante, aun en el caso de que los fondos tengan un origen legítimo, su transferencia al extranjero en violación de la normativa tributaria u otras disposiciones de la legislación nacional los convertiría en ilícitos. También se considerarían ilícitos los fondos con un origen legítimo que se utilicen con fines ilegales, como la financiación del terrorismo. En sentido amplio, también pueden considerarse corrientes financieras ilícitas los fondos que, a través de lagunas legales y otros arreglos artificiales, circunvierten el espíritu de la ley, por ejemplo, los sistemas de evitación de impuestos utilizados por empresas transnacionales.

En el presente artículo, se adopta la definición amplia de las corrientes financieras ilícitas, que abarca tanto la evasión fiscal ilegal como la elusión fiscal jurídicamente cuestionable. Aunque prácticas tales como la planificación fiscal agresiva y el traslado de beneficios son en muchos casos consideradas legales por tribunales nacionales, pues resulta a menudo difícil reunir pruebas suficientes de que actividades de optimización fiscal altamente complejas que abarcan varias jurisdicciones vulneran la legislación nacional, no cabe duda de que muchas de esas prácticas suscitan preocupaciones jurídicas y constituyen una zona gris en cuanto a la observancia de la legislación nacional y el derecho internacional.<sup>2</sup>

### A. Evasión fiscal

Las jurisdicciones con niveles elevados de secreto financiero pueden atraer todo tipo de fondos ilícitos.<sup>3</sup> Si además aplican tipos impositivos bajos, se convierten en lugares ideales a donde transferir fondos con el fin de evadir los impuestos. Muchas jurisdicciones importantes con secreto financiero cuentan con un sector bancario amplio que facilita en forma sistemática la evasión

2. QUENTIN, D., "Risk-mining the public exchequer". Disponible en: [www.davidquentin.co.uk/Risk-Mining\\_The\\_Public\\_Exchequer.pdf](http://www.davidquentin.co.uk/Risk-Mining_The_Public_Exchequer.pdf).

3. ONU, "Informe del experto independiente en deuda y derechos humanos", presentado al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, marzo de 2015, A/HRC/28/60.

fiscal por parte de particulares con grandes patrimonios. Mediante empresas ficticias y otras sociedades instrumentales puede conseguirse que las cuentas sean anónimas y que los fondos no tributen o lo hagan a tipos muy bajos, sin que sea posible identificar a sus propietarios/as. Es esencial tener presente que muchas de las jurisdicciones con secreto financiero del mundo son países desarrollados a los que se les ha prestado históricamente poca atención en ese papel de facilitadores de la evasión fiscal.<sup>4</sup>

Aunque no toda la riqueza depositada en jurisdicciones extraterritoriales puede ocultarse de las autoridades tributarias nacionales, se cree que en una proporción significativa no está debidamente declarada. Habida cuenta de la naturaleza del secreto bancario que la protege, es difícil determinar la magnitud de la riqueza privada que se oculta en paraísos fiscales, por lo que hay que recurrir a procedimientos indirectos. Las estimaciones presentan variaciones considerables, pero se trata siempre de cifras enormes. Un informe estima en 76 billones de dólares (el 8% de la riqueza financiera de los hogares a nivel mundial) el monto de la riqueza oculta en paraísos fiscales al final de 2013, y en un 80% la proporción no registrada.<sup>5</sup> En otro informe, se calcula que en 2013

el monto no registrado de la riqueza privada mundial depositada en jurisdicciones extraterritoriales ascendía a 8,9 billones de dólares,<sup>6</sup> y, en un tercero, se estima que al final de 2010 el total de la riqueza privada no registrada invertida en jurisdicciones extraterritoriales se situaba nada menos que entre 21 y 32 billones de dólares (entre el 10 y el 15% de la riqueza financiera mundial). Una estimación reciente es todavía más elevada: de 24 a 36 billones de dólares en 2015.<sup>7</sup> Esas estimaciones se sitúan en el límite inferior, pues solo se refieren a la riqueza financiera y no tienen en cuenta activos reales como propiedad inmobiliaria, obras de arte, joyas y oro, entre otros.

Hay consenso en que el monto de la riqueza privada depositada en jurisdicciones extraterritoriales está creciendo. Se ha estimado que el total de esa riqueza aumentó en un 28% desde el final de 2008 hasta el final de 2013,<sup>8</sup> y que la parte de ella no registrada aumentó a razón de un 16% anual en promedio de 2004 a 2014.<sup>9</sup> Esa tendencia es particularmente pronunciada en los países en desarrollo.

La situación afecta tanto a los países desarrollados como a los países en desarrollo, pero son estos los más perjudicados. Se ha calculado que la proporción de la

riqueza depositada fuera del país es mucho mayor en el

**“Las corrientes financieras ilícitas son flujos financieros no registrados de fondos que se ganan, se transfieren o se utilizan ilegalmente”**

**“La definición amplia de las corrientes financieras ilícitas, abarca tanto la evasión fiscal ilegal como la elusión fiscal jurídicamente cuestionable”**

4. Véase, por ejemplo, el Índice de Secreto Financiero de *Tax Justice Network*. Disponible en: [www.financialsecrecyindex.com/](http://www.financialsecrecyindex.com/).

5. ZUCMAN, G., "Taxing across borders: tracking personal wealth and corporate profits", *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 28, Nº 4, pp. 121 a 148.

6. BOSTON CONSULTING GROUP, "Global wealth 2014: riding a wave of growth", 2014.

7. HENRY, J., "The price of offshore revisited", *Tax Justice Network*, 2012; y "Let's tax anonymous wealth!", *Global Tax Fairness*, POGGE, T y MEHTA, K. (Eds.), Oxford University Press, Oxford, 2016.

8. ZUCMAN, G., "Taxing across borders", nota 5.

9. HENRY, J., "Let's tax anonymous wealth!", nota 7.

caso de los países en desarrollo que en el de los países desarrollados, y oscila entre el 20 y el 30% en muchos países de África y de América Latina.<sup>10</sup> Otro estudio aporta cifras similares: el 26% para América Latina y el 33% para el Oriente Medio y África.<sup>11</sup> Además, la recaudación fiscal per cápita tiende a ser mucho menor en los países en desarrollo, lo que aumenta ulteriormente el impacto de esas pérdidas. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) ha calculado que la pérdida de ingresos fiscales de los países en desarrollo se sitúa entre 66.000 y 84.000 millones de dólares anuales, lo que equivale a alrededor de las dos terceras partes del total de la asistencia oficial para el desarrollo (AOD).<sup>12</sup> Esos ingresos se pierden como consecuencia de la erosión de la base tributaria, que impide a los gobiernos, en particular a los de los países en desarrollo, establecer sistemas tributarios progresivos.

Otro aspecto crucial que hay que destacar es la gran desigualdad en la propiedad de la riqueza depositada en jurisdicciones extraterritoriales. Se ha calculado que entre el 85 y el 90% de esa riqueza pertenece a menos de 10 millones de personas —apenas el 0,014% de la población mundial—, y una tercera parte como mínimo pertenece a las 100.000 familias más ricas del mundo, cada una de las cuales posee un patrimonio neto de 30 millones de dólares como mínimo.<sup>13</sup> Según otro estudio, el volumen de los activos extraterritoriales es cada vez mayor, mientras que disminuye el número de clientes, por lo que está aumentando la riqueza media por cliente.<sup>14</sup> Eso significa que la reducción mundial de la recaudación fiscal es imputable en su práctica totalidad a los impuestos no pagados por los más ricos. Por consiguiente, la transferencia de fondos al extranjero para facilitar la evasión fiscal promueve y perpetúa las desigualdades de riqueza.

Un procedimiento habitual de evasión de impuestos es la emisión de facturas comerciales falsas, que entraña la falsificación de formularios de aduanas u

otros documentos comerciales. Modificando a la baja las facturas de exportación y al alza las de importación, los evasores fiscales pueden sacar activos de los países para depositarlos en cuentas bancarias secretas y empresas ficticias en paraísos fiscales.

Según un informe de *Global Financial Integrity*, la emisión de facturas falsas constituye el método más frecuente para sacar ilícitamente fondos de países en desarrollo. La organización ha estimado que esa práctica representó más del 80% de todas las salidas ilícitas de fondos entre 2004 y 2013 —655.000 millones de dólares anuales en promedio— y que su monto total se duplicó aproximadamente durante el mismo período.<sup>15</sup> Un análisis de la misma organización muestra que, en siete de los diez últimos años, el volumen total de las corrientes financieras ilícitas procedentes de los países en desarrollo —en su gran mayoría imputables a la práctica de las facturas falsas— fue mayor que la suma de toda la AOD y la inversión extranjera directa (IED) recibidas por los países pobres.<sup>16</sup>

Es importante señalar que esas estimaciones se consideran excesivamente prudentes, pues corresponden a un solo tipo de facturación comercial falsa, conocida como "refacturación", consistente en que los productos se exportan con una factura, que se envía a otra jurisdicción, por ejemplo, a un paraíso fiscal, donde se altera el precio y desde donde se remite la factura revisada al país importador a efectos de despacho aduanero y pago. No abarcan la facturación fraudulenta en el comercio de servicios e intangibles, que representa alrededor del 20% del comercio mundial ni la "falsificación de la misma factura", en la que exportadores e importadores se ponen de acuerdo para falsear los datos de la propia factura original. Según un estudio de *Global Financial Integrity*, las pérdidas de ingresos fiscales sufridas por los países en desarrollo como resultado de la refacturación únicamente oscilaron entre 98.000 y 106.000 millones de dólares anuales entre 2002 y 2006.<sup>17</sup>

10. ZUCMAN, G., "Taxing across borders", nota 5.

11. BOSTON CONSULTING GROUP, "Global wealth 2013: maintaining momentum in a complex world", 2013.

12. ONU, "Informe sobre el comercio y el desarrollo", publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta E.14.II.D.4, resumen en español, s.14.II.D.4, 2014, p. 175.

13. HENRY, J., "Let's tax anonymous wealth!", nota 7.

14. ZUCMAN, G., "Taxing across borders", nota 5.

15. KAR, D. y SPANJERS, J., "Illicit financial flows from developing countries: 2004-2013", *Global Financial Integrity*, 2015, pp. 1 y 10.

16. *Ibíd.*

17. HOLLINGSHEAD, A., "The implied tax revenue loss from trade mispricing", *Global Financial Integrity*, 2010, p. 1.

## B. Elusión fiscal

Mientras que la evasión fiscal, que vulnera la legislación tributaria nacional, es abiertamente ilegal, diversos sistemas de elusión del impuesto de sociedades utilizan métodos muy complejos que hacen muy difícil para las autoridades tributarias nacionales reunir pruebas suficientes de la vulneración de leyes y reglamentos nacionales. El efecto último de esas prácticas es reducir la base del impuesto de sociedades en formas no previstas por las políticas internas. Además, las empresas transnacionales que eluden impuestos causan un perjuicio a la sociedad porque se sustraen a la obligación de asumir una "proporción equitativa" de la carga tributaria.

Un método de elusión fiscal corrientemente utilizado por empresas es el "traslado de beneficios", por el que empresas transnacionales aprovechan las diferencias de tipos impositivos entre jurisdicciones y trasladan ingresos y activos imponibles de los países de origen, en los que se realiza la actividad económica, a empresas asociadas, establecidas en paraísos fiscales, que a menudo no tienen realmente personal ni realizan actividades comerciales.

Como la evasión fiscal, la elusión fiscal ocasiona pérdidas de ingresos tributarios tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo. La UNCTAD ha calculado las pérdidas de ingresos tributarios para los países en desarrollo en 100.000 millones de dólares anuales, cantidad que representa alrededor de la tercera parte de la recaudación por concepto del impuesto de sociedades que se obtendría en ausencia de la práctica de traslado de beneficios. Se calcula que la pérdida total de recursos para el desarrollo, que comprende, además de las pérdidas directas de ingresos tributarios, las correspondientes a las oportunidades de reinversión desaprovechadas, oscila entre 250.000 y 300.000 millones de

dólares anuales. Esas estimaciones son probablemente inferiores a las cifras reales, puesto que no abarcan todas las formas de elusión fiscal por parte de las empresas.<sup>18</sup> Un reciente estudio del Fondo Monetario Internacional (FMI) estima las pérdidas de ingresos a largo plazo

en 200.000 millones de dólares anuales [el 1,7% del producto interno bruto (PIB)] para los países en desarrollo y en 500.000 millones de dólares anuales (el 0,6% del PIB) para los países de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE).<sup>19</sup> En el caso concreto de los Estados Unidos, en un informe se estiman en 100.000 millones de dólares anuales las pérdidas imputables a la práctica del traslado de beneficios por empresas estadounidenses y, en otro, se calcula que el tipo impositivo efectivamente aplicado a las

empresas estadounidenses ha disminuido del 30 al 20% en los últimos 15 años, y que esa disminución es imputable en dos terceras partes al traslado de beneficios.<sup>20</sup> Esas pérdidas recaen en el gobierno de los Estados Unidos y en los de otros países, mientras que los beneficiarios son los accionistas de las empresas en cuestión. Puesto que la propiedad accionarial está muy concentrada, también lo están esos beneficios. En otros países desarrollados, se observan también tendencias similares.

Los problemas que causa la elusión fiscal de las empresas no se limitan a la pérdida de ingresos fiscales. Como se desprende de las consideraciones anteriores, esa práctica perpetúa las desigualdades, pues solo beneficia a una pequeña minoría, mientras que las pérdidas de ingresos han de ser compensadas por el resto de la población. En los países en desarrollo, contribuye

**“Otro aspecto crucial que hay que destacar es la gran desigualdad en la propiedad de la riqueza depositada en jurisdicciones extraterritoriales”**

18. COBHAM, A., "UNCTAD study on corporate tax in developing countries", *Unaccounted.org*, 2015.

19. CRIVELLI, E.; DE MOOIJ, R. y KEEN, M., "Base erosion, profit shifting and developing countries", FMI, *working paper* N° WP/15/118, 2015, pp. 19 y 20.

20. GRAVELLE, J., "Tax havens: international tax avoidance and evasion", *Congressional Research Service*, 2015; y ZUCMAN, G., "Taxing across borders", nota 5.



asimismo a mermar la competitividad de las empresas nacionales, que, a diferencia de las transnacionales, no están, por lo general, en condiciones de aprovechar las ventajas que ofrecen las transacciones transfronterizas a través de paraísos fiscales para reducir sus impuestos.<sup>21</sup> La elusión fiscal entraña también un desperdicio porque incrementa los costos de la administración tributaria.<sup>22</sup> Además, cuanto más sofisticados se vuelven los métodos de elusión fiscal, más ineficaces resultan los esfuerzos de fomento de la capacidad para fortalecer la administración tributaria. De esa constatación cabe deducir que, aunque el fomento de la capacidad es importante para facilitar la lucha contra la elusión fiscal a corto plazo, es fundamental abordar el problema por su raíz modificando las propias normas.

### III. Abuso fiscal, derechos humanos y desarrollo sostenible

Entre las corrientes financieras ilícitas y los derechos humanos, existen diversas vinculaciones,<sup>23</sup> algunas de las cuales guardan relación específicamente con el abuso fiscal.<sup>24</sup> En primer lugar, esas prácticas privan a los gobiernos de recursos necesarios para la realización progresiva de los derechos humanos, incluidos los derechos económicos, sociales y culturales, como los derechos a la atención de la salud, a la educación, a la protección social, al suministro de agua y al saneamiento, así como los derechos civiles y políticos, como los de acceso a la justicia, a elecciones libres y justas, a la libertad de expresión y a la seguridad personal. El abuso fiscal puede socavar asimismo el imperio de la ley, por ejemplo, cuando se permite que quede impune la evasión fiscal en gran escala. Además, los/as particu-

lares, los medios de difusión y los/as defensores/as de los derechos humanos que revelen casos de abuso fiscal deben recibir protección efectiva con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos y a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Los derechos humanos y las debidas garantías procesales son esenciales para proteger a las personas de denuncias indebidas, destitución indebida del cargo, penalización, congelación o decomiso de sus activos o privación arbitraria de sus bienes, o detención.<sup>25</sup>

Conviene destacar también las posibles repercusiones del abuso fiscal en el principio de igualdad y no discriminación del derecho internacional de los derechos humanos, así como en la desigualdad económica y en el desarrollo sostenible.

#### A. Igualdad y no discriminación

Los principios de igualdad y no discriminación están consagrados en todos los instrumentos internacionales básicos de derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. En virtud del art. 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cada Estado parte se compromete a garantizar que todas las personas bajo su jurisdicción puedan ejercer todos los derechos enunciados en el Pacto, sin discriminación. En su Observación General Nº 20 (E/C.12/GC/20), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales explica que "[l]a no discriminación y la igualdad son componentes fundamentales de las normas internacionales de derechos humanos y son esenciales a los efectos del goce y el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales" y que "[l]os principios de no discriminación e igualdad están reconocidos además en todo el Pacto".

21. ACTIONAID, "How tax havens plunder the poor", 2013, p. 6.

22. Declaración de la Comisión Independiente por la Reforma de la Fiscalidad Corporativa Internacional, p. 11. Disponible en: [www.icriact.org/declaration/](http://www.icriact.org/declaration/).

23. "Informe del experto independiente en deuda y derechos humanos", presentado al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, marzo de 2015, A/HRC/28/60. "Informe del experto independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, sobre fraude tributario", 4 de agosto de 2016, A/71/286.

24. ALSTON, P. y REISCH, N. (Eds.), *Tax, Inequality, and Human Rights*, Oxford University Press, 2019.

25. A/HRC/28/60, párr. 22.

El abuso fiscal por parte de empresas y de particulares con grandes patrimonios obliga a los gobiernos a recaudar ingresos por otras vías, por ejemplo, mediante impuestos regresivos, que gravan en mayor medida a los pobres.<sup>26</sup> Eso tiene consecuencias importantes para los derechos humanos, pues las estructuras tributarias regresivas limitan los efectos redistributivos de los programas sociales, ya que, en última instancia, son sufragados por las mismas personas a las que deberían beneficiar. La necesidad de compensar los déficits de ingresos por medio de impuestos regresivos dificulta, pues, el ejercicio de los derechos económicos y sociales de los más vulnerables.

Esa situación tiene asimismo consecuencias en lo que respecta a la igualdad de género. Cuando se degradan los servicios públicos, muchas mujeres y niñas de hogares con bajos ingresos se ven obligadas a asumir los costos adicionales que entrañan los trabajos de cuidados no remunerados. Además, los propios sistemas tributarios no son neutros desde una perspectiva de género; y los impuestos regresivos, como los impuestos sobre el consumo, tienden a afectar en medida desproporcionada a las mujeres.<sup>27</sup> En ambos casos, los impuestos regresivos y sus efectos amenazan con socavar la igualdad sustantiva de la mujer.

Por último, la existencia de elevados niveles de abuso fiscal socava el principio de igualdad y no discriminación, puesto que los evasores terminan por pagar menos que otros contribuyentes con igual o menor capacidad de pago.<sup>28</sup>

26. A/HRC/26/28, párr. 60.

27. A/HRC/26/28, párr. 46.

28. A/HRC/28/60, párr. 26, y A/HRC/26/28, párr. 60.

## B. Desigualdad económica

Además, el abuso fiscal perpetúa y agudiza la desigualdad económica extrema, ya que beneficia a los ricos a expensas de los/as pobres. El derecho de los derechos humanos no entraña necesariamente una distribución perfectamente igualitaria de los ingresos y la riqueza, pero sí exige que los recursos de la sociedad se distribuyan de tal manera que se garantice a las personas el disfrute de sus derechos básicos en condiciones de igualdad, sin resultados discriminatorios.<sup>29</sup> Cuando la desigualdad económica da lugar a tales resultados discriminatorios, se convierte en una cuestión de derechos humanos.

La desigualdad económica mundial se encuentra actualmente en niveles extremadamente elevados. El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) informa que el 8% más rico de la población del mundo recibe la mitad del ingreso mundial total, y que la otra mitad se reparte entre el 92% restante de la población.<sup>30</sup> Oxfam ha mostrado que, en 2014, el 1% más rico de la población poseía el 48% de la riqueza mundial —frente al 44% en 2010—, por lo que el 52% de la riqueza se repartía entre el 99% restante de la población. Oxfam prevé que en 2016 la mitad de la riqueza mundial se concentrará entre las 80 personas más ricas. A lo largo de los últimos dos decenios, la desigualdad de ingresos ha aumentado en un 9% en los países desarrollados y en un 11% en los países en

29. BALAKRISHNAN, R.; HEINTZ, J. y ELSON, D., "What does inequality have to do with human rights?", *Political Economy Research Institute*, Working Paper Series N° 392, 2015; véase también el informe anual del autor, A/HRC/31/60.

30. PNUD, *Humanidad dividida: Cómo hacer frente a la desigualdad en los países en desarrollo*, Nueva York, 2013, p. xi.

**“Los propios sistemas tributarios no son neutros desde una perspectiva de género; y los impuestos regresivos, como los impuestos sobre el consumo, tienden a afectar en medida desproporcionada a las mujeres”**

desarrollo.<sup>31</sup> Como señaló el Relator Especial sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos, Philip Alston, esa desigualdad extrema resulta “vergonzosa”.<sup>32</sup>

La desigualdad económica extrema amenaza con socavar los derechos humanos. Por ejemplo, la desigualdad de ingresos impide a millones de personas ejercer sin discriminación sus derechos sociales y económicos, como el acceso a alimentación, atención de salud, saneamiento y una vivienda adecuada, especialmente cuando esa desigualdad no se combate con políticas tendientes a garantizar el acceso a los derechos, por ejemplo, aplicando medidas de bienestar y protección social. El PNUD ha calculado que en 2012 se perdieron como consecuencia de la desigualdad 23 puntos porcentuales del Índice de Desarrollo Humano. Esa situación puede dar lugar a un círculo vicioso de retroalimentación negativa: una base tributaria débil redundará en servicios sociales deficientes y trato desigual, lo que, a su vez, conduce a la erosión de la confianza en la administración pública y a una pérdida de motivación de los contribuyentes, y, por ende, a un ulterior debilitamiento de la base tributaria. También puede poner en peligro el derecho a la participación política, pues la influencia política desmedida de los ricos puede socavar los procesos democráticos. Además, los signos visibles de las profundas diferencias de riqueza pueden influir en la percepción que tienen las personas de sí mismas y de los demás, y poner en peligro la participación igualitaria de los ciudadanos en la vida política y pública.<sup>33</sup>

## “El abuso fiscal perpetúa y agudiza la desigualdad económica extrema, ya que beneficia a los ricos a expensas de los/as pobres”

Así, se debe destacar el llamamiento que hizo el Relator Especial sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos a que el Consejo de Derechos Humanos reconozca explícitamente que hay límites más allá de los cuales los niveles de desigualdad no pueden considerarse compatibles con el respeto de los derechos humanos, y a que los Estados se comprometan formalmente a reducir la desigualdad extrema.<sup>34</sup> Como ya ahora sabemos, el ODS 10 plantea la reducción de la desigualdad en y entre los países hacia 2030.

### **c. Relación con los Objetivos de Desarrollo Sostenible**

La reducción del abuso fiscal y de las corrientes financieras ilícitas no solo es esencial para la realización de los derechos humanos, sino también

para el logro del desarrollo sostenible. Los avances hacia la consecución de la meta 16.4 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, relativa a la reducción de las corrientes financieras ilícitas, constituirían una contribución importante no solo al logro de varios otros objetivos incluidos en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, sino también al disfrute de los derechos humanos.

Los Estados han asumido obligaciones vinculantes en materia de derechos humanos que van más allá de sus compromisos de aplicación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible se fundamenta en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados internacionales de derechos humanos.<sup>35</sup> En algunos aspectos, la Agenda 2030 converge con las obligaciones de los Estados de lograr progresivamente la plena efectividad de diversos derechos económicos, sociales y culturales. Por ejemplo, los compromisos de poner fin a la pobreza (Objetivo 1),

31. “Wealth: having it all and wanting more”, Oxfam issue briefing, 2015, pp. 2, 3 y 7.

32. “Informe del Relator Especial sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos”, A/HRC/29/31, y su declaración oral del 22 de junio de 2015 ante el Consejo de Derechos Humanos. Disponible en: [www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16131&LangID=E](http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16131&LangID=E).

33. PNUD, *Humanidad dividida*, p. xi, 1, 5 y 6, nota 31.

34. “Declaración oral del Relator Especial sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos”, nota 33.

35. Resolución N° 70/1 de la Asamblea General, párr. 10.

poner fin al hambre y lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición (Objetivo 2), garantizar una vida sana (Objetivo 3), garantizar una educación inclusiva y equitativa (Objetivo 4), garantizar la disponibilidad sostenible del agua y el saneamiento para todos (Objetivo 6), y promover el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos (Objetivo 8) pueden contribuir al disfrute de los derechos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y otros tratados de derechos humanos. La reducción de las corrientes financieras ilícitas contribuirá también, como ya se ha señalado, a reducir la desigualdad en los países y, entre ellos, (Objetivo 10) y a la lucha contra la discriminación sustantiva. Debe, pues, considerarse, no solo como una meta en sí misma, sino también como un medio importante para avanzar hacia la consecución de muchas de las demás metas de la Agenda 2030.

En un reciente estudio de Global Financial Integrity, se han comparado las corrientes financieras ilícitas procedentes de las economías más pobres del mundo con numerosos indicadores tradicionales de desarrollo, como el PIB, la AOD y la IED, el gasto público en salud y en educación, y la recaudación fiscal total. Los resultados del estudio revelan la estrecha correlación existente entre corrientes financieras ilícitas y bajos niveles de desarrollo. Por ejemplo, Global Financial Integrity estima que, durante el período 2008-2012, las salidas ilícitas de fondos fueron mayores que el gasto público en atención de salud en 31 países en desarrollo y que el gasto público en educación en 35 países en desarrollo. En 12 países, esas corrientes superaron, según las estimaciones, los ingresos fiscales totales. Por último, en 20 países en desarrollo, las salidas ilícitas de fondos fueron mayores que el total de las aportaciones financieras en forma de AOD y de IED recibidas durante ese período.<sup>36</sup> Esas cifras parecen indicar que para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible será preciso librar una durísima batalla contra las corrientes financieras ilícitas.

*Global Financial Integrity* también constató en su estudio una correlación entre corrientes financieras ilícitas y bajos niveles de desarrollo humano, medidos

por el Índice de Desarrollo Humano, y altos niveles de pobreza y de desigualdad económica.<sup>37</sup>

Las corrientes financieras ilícitas también dificultan seriamente la consecución de la meta 17.4 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, relativa a la sostenibilidad de la deuda. Esas corrientes pueden contribuir a generar crisis de deuda porque algunos gobiernos, ante la pérdida de ingresos fiscales, se ven empujados a recurrir a empréstitos externos. Por consiguiente, la reducción de las corrientes financieras ilícitas debe considerarse un elemento importante en la lucha contra la deuda insostenible. No obstante, las crisis de deuda pueden agravar el problema de las corrientes financieras ilícitas, puesto que los elevados costos del servicio de la deuda tienden a reducir el monto de los recursos públicos disponibles para otros fines, incluida la represión de esas corrientes. Los progresos que se logren en relación con la meta 17.4 podrían, pues, facilitar la consecución de la meta 16.4, relativa a las corrientes financieras ilícitas.

Por último, puesto que una de sus consecuencias más inmediatas es la pérdida de ingresos fiscales, las corrientes financieras ilícitas y, en particular, las relacionadas con la evasión y la elusión fiscales, se oponen claramente a la meta 17.1 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, relativa al fortalecimiento de los recursos internos, incluso mediante la mejora de la capacidad nacional de los países en desarrollo. Para fortalecer realmente la movilización de los recursos internos será necesario, además de mejorar la capacidad interna de los países en desarrollo para ayudarlos a afrontar los problemas de abuso fiscal, abordar también las causas sistémicas subyacentes del abuso fiscal y las políticas y reglamentaciones que lo hacen posible. Es importante recordar en este contexto que el incremento de la recaudación fiscal no es un fin en sí mismo, sino más bien un instrumento para el desarrollo y el pleno ejercicio de los derechos humanos. También los gobiernos que encuentran dificultades en la lucha contra las corrientes financieras ilícitas han de velar por que sus sistemas tributarios sean progresivos y no contribuyan a profundizar las desigualdades.

36. SPANJERS, J. y FOSS, H., "Illicit financial flows and development indices: 2008-2012", *Global Financial Integrity*, 2015, pp. 30 a 33.

37. *Ibid.*, pp. 18 a 22.

#### IV. Obligaciones en materia de derechos humanos y abuso fiscal

Los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen algunas obligaciones jurídicas en las que ha de fundamentarse la respuesta al problema del abuso fiscal.<sup>38</sup>

##### A. Máximo de los recursos disponibles

En virtud del art. 2º, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cada Estado parte "se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".

Parte de la mencionada obligación consiste en dedicar el máximo de los recursos disponibles a lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos humanos. Eso significa que los gobiernos no solo han de utilizar eficazmente los recursos existentes, sino que, cuando sea necesario, han de incrementar sus ingresos en formas equitativas y no regresivas.<sup>39</sup> Además, como ha explicado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cada Estado parte tiene la obligación inmediata de garantizar la satisfacción de, cuando menos, unos niveles mínimos esenciales de todos los derechos económicos, sociales y culturales, y debe demostrar que ha hecho todo lo posible por utilizar todos los recursos a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas.<sup>40</sup> En otras palabras, los gobiernos que aplican

medidas de austeridad sin buscar antes otras formas de obtener ingresos podrían no estar actuando de conformidad con el Pacto; si tales medidas son regresivas, dan lugar a resultados discriminatorios o privan a las personas de acceso al disfrute de niveles mínimos esenciales de sus derechos. Como señaló la Relatora Especial sobre la Extrema Pobreza, las alternativas incluyen los recursos que podrían obtenerse a través del sistema tributario, o luchando contra la evasión de impuestos y otros flujos financieros ilícitos.<sup>41</sup>

##### B. Asistencia y cooperación internacionales

La obligación de los Estados de recurrir a la asistencia y la cooperación internacionales se enuncia en el art. 2º, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.<sup>42</sup> En opinión del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la expresión "hasta el máximo de los recursos de que disponga" se refiere a la vez a los recursos existentes dentro de un Estado y a los que puede aportar la comunidad internacional a través de actividades de cooperación y asistencia internacionales.<sup>43</sup> Por consiguiente, el deber de los Estados de hacer todo lo posible por garantizar el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales incluye la obligación de buscar activamente asistencia a través de la cooperación internacional.<sup>44</sup>

Como explicó la Relatora Especial sobre la Extrema Pobreza, los Estados tienen el deber de "proporcionar asistencia y cooperación internacionales acordes con sus capacidades, recursos e influencia (...) que se basa en el reconocimiento de que algunos países no podrán lograr la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales si otros países que estén en condiciones de ayudar no lo hacen".<sup>45</sup>

Aunque el Pacto se refiere en particular a la asistencia y la cooperación económicas y técnicas, la asistencia

38. A/HRC/22/42, A/HRC/25/52 y A/HRC/26/28.

39. BALAKRISHNAN, R. *et al.*, *Maximum Available Resources and Human Rights*, Center for Women's Global Leadership, Rutgers University, New Brunswick, New Jersey, 2011.

40. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General N° 3, "La índole de las obligaciones de los Estados parte", párr. 10; y la Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/c.12/2007/1.

41. Véase A/HRC/26/28, párr. 27.

42. Véanse los arts. 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas, el art. 4º de la Convención sobre los Derechos del Niño y el art. 32 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

43. Véase E/c.12/2007/1, párr. 5.

44. Véase A/HRC/26/28, párr. 26.

45. *Ibid.*, párrs. 29 a 32.

técnica puede abarcar otras medidas, por ejemplo, el suministro de información a personas de otros países o la cooperación con su Estado con el fin de rastrear fondos públicos robados.<sup>46</sup> Esa interpretación podría extenderse fácilmente para abarcar la asistencia en la lucha contra la evasión fiscal. Es más, el intercambio de información fiscal —una medida clave de la cooperación fiscal internacional— se está convirtiendo ya en la norma a nivel mundial, y se le ha otorgado considerable importancia en todo el proceso de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, por ejemplo, en la Agenda de Acción de Addis Abeba recientemente aprobada.

En nuestro mundo globalizado, las políticas aplicadas en un país pueden repercutir en otros. Es el caso de las políticas tributarias, que pueden afectar negativamente al disfrute de los derechos humanos en otros países. El derecho internacional impone a los Estados la obligación de abstenerse de conductas que perjudiquen al disfrute de los derechos humanos fuera de su territorio.<sup>47</sup> El deber de respetar los derechos humanos exige que los Estados no entorpezcan ni socaven deliberadamente los esfuerzos de otros Estados por hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales. Los Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en los que se reafirman los principios del Pacto y del derecho internacional, proclaman, por ejemplo, que todos los Estados "tienen la obligación de abstenerse de cualquier conducta que anule o menoscabe el disfrute o el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas que se encuentran fuera de su territorio" (principio 20); y "tienen la obligación de abstenerse de cualquier conducta que (...) menoscabe la capacidad de otro Estado u organización internacional de cumplir con sus propias obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales" (principio 21).<sup>48</sup>

Siguiendo la misma línea de razonamiento, la International Bar Association publicó un informe sobre el abuso fiscal, la pobreza y los derechos humanos en el que sostenía que los Estados "que alientan o facilitan los abusos fiscales, o que frustran deliberadamente las medidas adoptadas por otros países contra los abusos fiscales, podrían incurrir en una violación de sus obligaciones internacionales de derechos humanos, en particular, con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales".<sup>49</sup> Esa misma preocupación expresé en el estudio provisional, así como el anterior experto independiente sobre la deuda externa y la anterior Relatora Especial sobre la Extrema Pobreza.<sup>50</sup>

Al reducir los ingresos públicos, el abuso fiscal menoscaba gravemente la capacidad de muchos países, en particular de los países más pobres del mundo, para hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales. Los países pobres tienen bases tributarias mucho más reducidas que los países desarrollados, porque es menor su PIB per cápita y porque la recaudación fiscal representa una proporción mucho más pequeña de su PIB.<sup>51</sup> De ahí que muchos de esos países dependan de la ayuda externa. Por ejemplo, según un informe del PNUD, en 2009 los países menos adelantados recibieron aproximadamente el 24,1% de la AOD total, pero se ha estimado que, en su conjunto, por cada dólar de AOD recibido, perdieron 60 centavos como consecuencia de las corrientes financieras ilícitas. En algunos de esos países, el monto de las salidas ilícitas de fondos fue varias veces mayor que el de la AOD recibida. En el informe, se constató asimismo que las corrientes financieras ilícitas representaron, en promedio, el 4,8% del PIB de los países menos adelantados, una proporción muy elevada para economías que ya se encontraban en situación vulnerable.<sup>52</sup>

Human Rights Approach to Illicit Financial Flows in Switzerland," *European Human Rights Law Review*, N° 5, 2018, pp. 436-449.

49. COHEN, S., et al., *Tax Abuses, Poverty and Human Rights*, International Bar Association, Londres, 2013, p. 2.

50. A/HRC/28/60, párr. 24; A/HRC/25/52, párr. 25; y A/HRC/26/28, párrs. 30 a 32, 61 y 62, y 74 a 77.

51. POGGE, T., "Illicit financial outflows as a drag on human rights realization in developing countries", *Illicit Financial Flows: The Most Damaging Economic Condition Facing the Developing World*, Global Financial Integrity, 2015, pp. 15 y 16.

52. PNUD, "Illicit financial flows from the least developed countries: 1990-2008", Nueva York, 2011, pp. 3 y 16.

46. DE SCHUTTER, O. et al., "Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights", *Human Rights Quarterly*, N° 34, 2012, p. 1157.

47. Véanse, por ejemplo, los arts. 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas, y el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (A/56/10).

48. Sobre la aplicación del principio de extraterritorialidad con un enfoque de derechos humanos en Suiza, BOHOSLAVSKY, J.P., "A

Un estudio de *Global Financial Integrity* confirma asimismo que las corrientes financieras ilícitas tienen repercusiones enormes en los países en desarrollo más pobres; en particular, en los países menos adelantados y en los países pobres muy endeudados. La organización constató que en el 20% de los 82 países en desarrollo estudiados las salidas ilícitas de fondos eran mayores que el conjunto de la AOD y la IED; en cerca de un 25% de los países, la proporción entre las corrientes ilícitas y el PIB era del 10% o más, y en otro el 40% de los países, la proporción entre las corrientes ilícitas y el valor total del comercio era del 10% o más. El estudio revela también la existencia de una estrecha relación entre niveles elevados de salidas ilícitas de fondos y la brecha de pobreza (número de personas que viven por debajo del umbral de la pobreza), y de una correlación inversa entre los niveles elevados de esas corrientes y la posición del país en el Índice de Desarrollo Humano.<sup>53</sup>

Además de ocasionar pérdidas de ingresos, el abuso fiscal lastra la capacidad de los gobiernos que menos recursos tienen a su disposición. El Grupo de Alto Nivel sobre las Corrientes Financieras Ilícitas Procedentes de África ha explicado que para muchos gobiernos africanos escasos de recursos resulta difícil encontrar los recursos necesarios para abordar el problema del abuso fiscal, lo que a la larga les resultaría beneficioso, porque en el plano inmediato tienen que atender a otras tareas prioritarias.<sup>54</sup>

También es importante recordar que el abuso fiscal no solo es problemático desde una perspectiva de derechos humanos porque detrae de los recursos disponibles para promover el disfrute de los derechos económicos y sociales, sino también por sus efectos en la gobernanza y en las instituciones políticas. El abuso fiscal por parte de personalidades conocidas de la élite puede afectar negativamente a la motivación de los contribuyentes y propiciar el incumplimiento generalizado de las obligaciones tributarias. Socava además la legitimidad de los poderes públicos y el estado de derecho, y la concentración

de fondos y riqueza ilícitos en manos de una pequeña élite puede aumentar el riesgo de captación de los organismos reguladores por grupos de interés y mermar las posibilidades de participación de los ciudadanos en los procesos políticos.

Algunas voces críticas han sostenido que promulgar legislación que propicie la inversión extraterritorial de riqueza privada forma parte del derecho de una jurisdicción a la libre determinación o a la soberanía. Es oportuno recordar aquí la opinión de la comisión establecida por el gobierno de Noruega para investigar la fuga de capitales de los países en desarrollo: los Estados no tienen licencia ilimitada para promover su propio interés a cualquier coste; en efecto, la principal limitación a la soberanía de un Estado consiste en que sus políticas internas no han de suponer un menoscabo de la soberanía de ningún otro Estado. "La legislación que afecta en forma exclusiva o principalmente a otros Estados, como es el caso de las reglamentaciones financieras que aplican todas las jurisdicciones con secreto financiero, no constituye, por lo tanto, un ejercicio de soberanía, sino una usurpación de la soberanía de otros."<sup>55</sup>

### **c. Utilización de los fondos**

Es importante subrayar que, puesto que la reducción del abuso fiscal aumentaría el margen presupuestario de los gobiernos, esos ingresos fiscales incrementados deben utilizarse atendiendo debidamente a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. El derecho internacional de los derechos humanos deja a los Estados un considerable margen discrecional para seguir sus propias políticas económicas, pero les impone ciertos límites.<sup>56</sup> Por ejemplo, los Estados han de velar por que todas las personas disfruten cuando menos de niveles mínimos esenciales de todos los

53. SPANJERS, J. y FOSS, H., "Illicit financial flows", nota 37, pp. vii a ix.

54. "Illicit financial flows", informe del Grupo de Alto Nivel sobre las Corrientes Financieras Ilícitas Procedentes de África, p. 59. Disponible en: [www.uneca.org/sites/default/files/PublicationFiles/iff\\_main\\_report\\_26feb\\_en.pdf](http://www.uneca.org/sites/default/files/PublicationFiles/iff_main_report_26feb_en.pdf)

55. Véase Comisión Noruega Independiente sobre la fuga de capitales de los países en desarrollo, *Tax Havens and Development*, gobierno de Noruega, Oslo, 2009, p. 145.

56. "Principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de las reformas económicas en los derechos humanos" UN Doc. A/HRC/40/57, 28 de diciembre de 2018, y Resolución adoptada por el Consejo de Derechos Humanos, UN Doc. A/HRC/RES/40/8, 5 de abril de 2019.

derechos económicos, sociales y culturales. Además, deben adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Además, todos los derechos deben poderse ejercer en condiciones no discriminatorias. Por consiguiente, las obligaciones en materia de derechos humanos en las esferas económica, social y cultural requieren alguna forma de priorización del gasto público, y, en particular, que se destinen recursos públicos a garantizar que los grupos marginados puedan disfrutar de los derechos enumerados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en otros tratados de derechos humanos, sin discriminación.

Ese razonamiento no es válido exclusivamente respecto de la utilización de los ingresos fiscales adicionales. Aunque las corrientes financieras ilícitas pueden imponer a los Estados de procedencia limitaciones a la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, esa situación no justifica asignaciones presupuestarias basadas en los ingresos públicos existentes que sean contrarias a los principios mencionados.

Además, el respeto y cumplimiento de los principios de derechos humanos de transparencia, rendición de cuentas y participación es un factor esencial para asegurar el uso prudente de los fondos ilícitos repatriados.

#### **D. Responsabilidades de los actores no estatales**

El abuso fiscal, y las corrientes financieras ilícitas en general no constituyen una preocupación de derechos humanos solo para los Estados. Si bien incumbe a los Estados la responsabilidad principal de respetar, proteger y garantizar el disfrute de los derechos humanos, el principio 13 a) de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos exige que las empresas "[e]viten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan".<sup>57</sup>

57. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Principios Rectores sobre las Empresas

En este artículo, se ha señalado ya cómo muchas empresas transnacionales adoptan estrategias de planificación fiscal agresivas que entrañan abuso fiscal. En las actividades de evasión fiscal, también son una pieza clave las instituciones financieras, incluidos algunos de los mayores y más conocidos bancos del mundo.<sup>58</sup> En relación con el período 1998-2014, un autor identificó 845 casos en que se habían impuesto a instituciones financieras concretas sanciones y gravámenes por diversas infracciones, la más frecuente de las cuales era la prestación de asistencia a clientes ricos y empresas para cometer fraude fiscal. Se constató además que la mayoría de esas infracciones habían sido cometidas por unos pocos bancos: en relación con los 14 tipos de infracciones más frecuentes, los 22 principales bancos infractores fueron sancionados en total 655 veces, y más de la mitad de esas sanciones correspondieron a 10 bancos.<sup>59</sup>

El estudio calculó que los bancos habían pagado un total de 11.000 millones de dólares en multas por facilitar la evasión fiscal. Sin embargo, esas sanciones, y las pagadas por otros delitos financieros, no representaban sino una proporción modesta de sus activos totales. Además, solo en uno de los casos examinados, relativo a prácticas de evasión fiscal, se reconoció un banco culpable de un delito societario. Aun así, la licencia del banco en cuestión no fue revocada, pues el acuerdo de culpabilidad se había negociado de tal manera que se evitara esa sanción. Existe asimismo cierta sensación de que los directivos de banca gozan de impunidad en relación con los delitos financieros de sus respectivas instituciones.

Las instituciones financieras que facilitan la evasión fiscal y las empresas transnacionales que utilizan estrategias de planificación fiscal agresivas deben ser conscientes de que sus acciones pueden afectar negativamente a los derechos humanos. Pueden demostrar respeto por los derechos humanos mediante políticas apropiadas y procedimientos de diligencia debida, por medio de la presentación de informes desglosados por países y publicando información sobre los

y los Derechos Humanos, Nueva York y Ginebra, 2011.

58. BOHOSLAVSKY, J.P., "Tax fraud and human rights: Banks' obligations", *International Banker*, 4 de septiembre de 2019. Disponible en: <https://internationalbanker.com/finance/tax-fraud-and-human-rights-banks-obligations/>

59. HENRY, J., "Let's tax anonymous wealth!", nota 7.



impuestos que pagan en cada uno de los países en los que operan. También los profesionales del sector de la planificación fiscal, como abogados, contables, banqueros y gestores de patrimonio, deben hacerse responsables de sus contribuciones a los daños causados por el abuso fiscal.

Si las empresas tienen responsabilidades en materia de derechos humanos y la obligación de respetar la legislación nacional, los Estados tienen el deber de garantizar que las empresas que operan en su territorio no atenten contra los derechos humanos. Con arreglo a los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, los Estados: a) deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas, y a tal efecto deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia; y b) deben enunciar claramente que se espera de todas las empresas domiciliadas en su territorio o jurisdicción que respeten los derechos humanos en todas sus actividades. En los principios 24 y 27 de los Principios de Maastricht figura una obligación similar.

Esos requisitos son pertinentes para combatir la evasión fiscal facilitada por las instituciones financieras y la elusión fiscal por parte de empresas transnacionales. Los gobiernos deben velar por que esas entidades abandonen tales prácticas, que van en detrimento del pleno disfrute de los derechos humanos. Por lo tanto, la imposición de sanciones y penalizaciones a empresas por abuso fiscal puede formar parte también del conjunto de medidas disponibles para garantizar el respeto de los derechos humanos. Además, las repercusiones para los derechos humanos dimanantes de las prácticas de abuso fiscal de las empresas también deben tenerse en cuenta en los planes de acción nacionales sobre las empresas y los derechos humanos.

## **V. Iniciativas internacionales recientes para la reducción de las corrientes financieras ilícitas**

### **Grupo de Alto Nivel sobre las Corrientes Financieras Ilícitas Procedentes de África**

La Unión Africana y la Comisión Económica para África establecieron en febrero de 2012 el Grupo de Alto Nivel sobre las Corrientes Financieras Ilícitas Procedentes de África con el fin de abordar ese problema, que debilita a los gobiernos de África. El Grupo realizó consultas, visitas y estudios en seis países de África para fundamentar su informe, que se presentó en Addis Abeba el 1º de febrero de 2015. En ese informe se sostiene que las corrientes financieras ilícitas constituyen para el continente una fuente potencial de movilización de recursos internos, que, debidamente aprovechada, podría influir positivamente en el desarrollo, la reducción de la dependencia de la ayuda y la gobernanza. El informe concluye con una serie de recomendaciones de política para los países de África y otros actores.

### **Agenda de Acción de Addis Abeba**

La Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo, celebrada en Addis Abeba del 13 al 16 de julio de 2015, aprobó en su último día la Agenda de Acción de Addis Abeba. La Agenda proclama que las medidas para luchar contra la corrupción y frenar las corrientes financieras ilícitas serán esenciales en los esfuerzos por alcanzar el desarrollo sostenible (párr. 18), y dedica a la lucha contra el abuso fiscal una parte considerable de su examen de la utilización de los recursos públicos internos. En el párrafo 23 de la Agenda de Acción de Addis Abeba, los Estados contrajeron los siguientes compromisos importantes:

Redoblabremos los esfuerzos encaminados a reducir sustancialmente las corrientes financieras ilícitas para 2030, con miras a su posible eliminación, en particular, luchando contra la evasión

de impuestos y la corrupción mediante el fortalecimiento de la regulación nacional y el aumento de la cooperación internacional. También reduciremos las oportunidades para eludir impuestos y estudiaremos la posibilidad de incluir cláusulas contra el abuso en todos los acuerdos fiscales. Mejoraremos las prácticas de divulgación de información y la transparencia tanto en los países de origen como en los de destino, especialmente tratando de garantizar que las transacciones financieras entre gobiernos y empresas sean transparentes para las autoridades fiscales competentes. Nos aseguraremos de que todas las empresas, incluidas las multinacionales, paguen impuestos a los gobiernos de los países en que se produzca la actividad económica y se cree valor, de conformidad con las leyes y políticas nacionales e internacionales.

Además, en el párrafo 25 de la Agenda de Acción de Addis Abeba, los Estados se comprometieron a esforzarse por eliminar los paraísos fiscales que crean incentivos para transferir al extranjero activos robados y corrientes financieras ilícitas y a reforzar los marcos regulatorios a todos los niveles con el fin de aumentar más la transparencia y la rendición de cuentas de las instituciones financieras y el sector empresarial, así como de las administraciones públicas.

Un número de elementos de la Agenda de Acción de Addis Abeba merece ser reconocido, incluidas la exhortación explícita al respeto de los derechos humanos y la atención prestada específicamente al abuso fiscal, que abarca tanto la evasión como la elusión fiscal. No obstante, varias de las preocupaciones que se plantearan durante el proceso preparatorio de la Conferencia no se abordaron en el documento final. Por ejemplo, se había manifestado inquietud por la vaguedad de los compromisos de "reducir sustancialmente" las corrientes financieras ilícitas "con miras a su posible eliminación", y se había recomendado que se incluyera una meta más mensurable con un plazo concreto.<sup>60</sup> También

se había señalado que para tener plenamente en cuenta los problemas de derechos humanos planteados por el abuso fiscal deberían incluirse más referencias explícitas a las medidas necesarias para abordar la cuestión de las jurisdicciones con secreto financiero, fortalecer la supervisión bancaria y exigir la diligencia debida a los proveedores de servicios financieros. Sin embargo, el texto final aprobado sigue resultando vago, puesto que no queda claro qué constituye un "paraíso fiscal" ni qué han de hacer exactamente los Estados y las instituciones financieras para desincentivar el abuso fiscal. Tampoco se indica con claridad cómo han de fortalecerse los marcos regulatorios para aumentar la transparencia y la rendición de cuentas de las instituciones financieras.<sup>61</sup> Para que pueda avanzarse en la reducción del abuso fiscal, es fundamental contar con propuestas de medidas concretas.

### **Inspectores fiscales sin fronteras**

En la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo, también se puso en marcha Inspectores Fiscales sin Fronteras, una iniciativa conjunta de la OCDE y el PNUD para ayudar a los países en desarrollo a incrementar sus ingresos internos y fortalecer su capacidad en materia de auditoría fiscal. El programa facilitará la transferencia de conocimientos y aptitudes de auditoría fiscal al poner en contacto a expertos en auditoría fiscal con funcionarios nacionales con el fin de que colaboren directamente en auditorías en curso relativas a asuntos de ámbito internacional, e intercambien información sobre prácticas de auditoría de validez general. La iniciativa recibió el apoyo de partes interesadas del mundo empresarial y de la sociedad civil, así como de los representantes de la OCDE y de países en desarrollo presentes en Addis Abeba.<sup>62</sup> La prestación de asistencia técnica a los países en desarrollo es positiva y necesaria,

60. BOHOSLAVSKY, J.P., "Why the Addis debt chapter falls short", *The Road to Addis and Beyond: Financing for Social Development*, Instituto de Investigaciones de las Naciones Unidas para el Desarrollo Social, 2015.

62. Disponible en: [www.undp.org/content/undp/en/home/presscenter/pressreleases/2015/07/13/tax-inspectors-without-borders-oecd-and-undp-to-work-with-developing-countries-to-make-tax-audits-more-effective.html](http://www.undp.org/content/undp/en/home/presscenter/pressreleases/2015/07/13/tax-inspectors-without-borders-oecd-and-undp-to-work-with-developing-countries-to-make-tax-audits-more-effective.html).

60. Véanse las Observaciones del 26 de mayo de 2015. Disponibles en: [www.ohchr.org/Documents/Issues/IEDebt/Paper3FFD22May2015.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IEDebt/Paper3FFD22May2015.pdf).

pero hay que adoptar las precauciones adecuadas para evitar conflictos de interés. Por ejemplo, se ha constatado que algunos expertos que asesoran en cuestiones fiscales han prestado asistencia anteriormente a empresas transnacionales en la negociación de acuerdos dudosos de fijación anticipada de precios o las han ayudado de otras maneras a eludir el pago de impuestos.

### **Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible**

En la cumbre de las Naciones Unidas para la aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015, celebrada en Nueva York del 25 al 27 de septiembre de 2015, los Estados miembro aprobaron 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible, que comprendían dos metas de especial pertinencia para las corrientes financieras ilícitas. En la meta 16.4 de los Objetivos, los Estados se comprometen, de aquí a 2030, a "reducir significativamente las corrientes financieras y de armas ilícitas, fortalecer la recuperación y devolución de los activos robados y luchar contra todas las formas de delincuencia organizada". En la meta 17.1, los Estados convinieron en fortalecer la movilización de recursos internos, incluso mediante la prestación de apoyo internacional a los países en desarrollo, con el fin de mejorar la capacidad nacional para recaudar ingresos fiscales y de otra índole. En el documento final de la cumbre de las Naciones Unidas para la aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015 (Resolución N° 70/1 de la Asamblea General, "Anexo"), se señala también que la plena aplicación de la Agenda de Acción de Addis Abeba es fundamental para lograr los Objetivos de Desarrollo Sostenible y sus metas.

No había compromisos similares sobre las corrientes financieras ilícitas y el apoyo a la recaudación de ingresos internos en los Objetivos de Desarrollo del Milenio, ni siquiera en el Objetivo 8, relativo a la alianza mundial para el desarrollo, que abarcaba la deuda externa, el comercio y la cooperación para el desarrollo. Por lo tanto, es una buena noticia la inclusión en los Objetivos de Desarrollo Sostenible de esas metas referentes a las corrientes financieras ilícitas.

### **Proyectos de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos sobre el intercambio automático de información fiscal y sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios**

En respuesta a la indignación de la opinión pública por la evasión fiscal y las prácticas de elusión fiscal de las empresas, los países integrantes del Grupo de los Ocho, en su 39ª Cumbre, celebrada en junio de 2013, se comprometieron a instituir el intercambio automático de información de las autoridades tributarias en todo el mundo para luchar contra el flagelo de la evasión impositiva; modificar las normas que permiten a las empresas trasladar sus utilidades fuera de las fronteras para evitar la tributación; ayudar a los países en desarrollo mediante el suministro de información y capacidad para recaudar los impuestos que se les adeudan; instituir la presentación de informes por las empresas extractivas desglosados por países; y abordar el problema del uso indebido de empresas ficticias concebidas para ocultar los flujos financieros ilícitos.<sup>63</sup>

En julio de 2014, la OCDE y el Grupo de los 20 publicaron nuevas normas mundiales para el intercambio automático de información tributaria, que prevén el intercambio de información sobre las cuentas financieras de no residentes con las autoridades tributarias del país de residencia de los titulares. Hasta el 30 de octubre de 2015, 96 países se habían comprometido a aplicar la norma para el intercambio automático de información tributaria para fines de 2018.<sup>64</sup>

Los ministros de Finanzas del Grupo de los Ocho y del Grupo de los 20 encomendaron asimismo a la OCDE que elaborara un Plan de Acción sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios, publicado en julio de 2013, que contenía 15 medidas concretas para abordar un conjunto de cuestiones relativas a la transparencia tributaria, la rendición de cuentas y el intercambio de información. El conjunto final de medidas de reforma fue aprobado por los ministros de Finanzas del Grupo de los 20 en Lima, el 8 de octubre de 2015, y subsiguientemente presentado a

63. Disponible en: [www.gov.uk/government/publications/g8-action-plan-principles-to-prevent-the-misuse-of-companies-and-legal-arrangements/g8-action-plan-principles-to-prevent-the-misuse-of-companies-and-legal-arrangements](http://www.gov.uk/government/publications/g8-action-plan-principles-to-prevent-the-misuse-of-companies-and-legal-arrangements/g8-action-plan-principles-to-prevent-the-misuse-of-companies-and-legal-arrangements).

64. Disponible en: [www.oecd.org/newsroom/global-forum-on-tax-transparency-pushes-forward-international-co-operation-against-tax-evasion.htm](http://www.oecd.org/newsroom/global-forum-on-tax-transparency-pushes-forward-international-co-operation-against-tax-evasion.htm).

los líderes del Grupo de los 20 durante la cumbre que celebraron en Antalya (Turquía) los días 15 y 16 de noviembre de 2015. Los líderes pidieron a la OCDE que elaborara para 2016 un marco para supervisar la aplicación del proyecto sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, y alentara a todos los países y jurisdicciones, incluidos los países en desarrollo, a participar en él. Aunque uno de los puntos del proyecto se refiere a la presentación por las empresas transnacionales de información desglosada por países, no se exige que esa información se haga pública, sino solo que se proporcione a la administración fiscal del país de origen de la empresa. Los demás países probablemente no podrán acceder a esa información, sino mediante solicitudes oficiales en el marco de tratados, lo que dificultará el acceso a la información por parte de las autoridades fiscales de los países en desarrollo e impedirá el escrutinio público.

### **Comisión Independiente por la Reforma de la Fiscalidad Corporativa Internacional**

La Comisión Independiente por la Reforma de la Fiscalidad Corporativa Internacional es un grupo de dirigentes de diferentes partes del mundo que tiene por objetivo promover la reforma del sistema internacional de tributación de las empresas. La Comisión se reunió en Nueva York los días 18 y 19 de marzo de 2015 y emitió su Declaración<sup>65</sup> en Trento, Italia, en junio de 2015. En el preámbulo de la Declaración, se proclama lo siguiente:

Convencidos de que el actual sistema de tributación de los beneficios globales de las corporaciones multinacionales no funciona y que las normas e instituciones que gobiernan el sistema tributario internacional deben cambiar, hemos establecido una Comisión Independiente por la Reforma de la Fiscalidad Corporativa Internacional. En la Comisión, llegamos a la conclusión de que las propuestas para reformar el actual sistema son claramente insuficientes y que las instituciones que promueven la cooperación internacional en el ámbito tributario no son lo suficientemente incluyentes.

La Declaración contiene 34 propuestas de reforma en seis esferas diferentes "para garantizar el establecimiento de un sistema tributario internacional que funcione para todas las personas". Una de sus recomendaciones clave es la de hacer tributar como una sola compañía unificada a las empresas transnacionales que realicen actividades comerciales transfronterizas con filiales en diferentes jurisdicciones.

### **VI. Logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible**

El cumplimiento de la meta de los ODS relativa a las corrientes financieras ilícitas resultará dificultoso. En primer lugar, no es sino una de 169 metas incluidas en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. En segundo lugar, para lograr progresos en relación con esa meta, es necesario que colaboren entre sí numerosos actores con intereses diferentes y a menudo contrapuestos. Cuantos más actores intervienen, mayor es el riesgo de que se diluyan las responsabilidades si no se especifica claramente quién ha de hacer qué y cuándo.

Se plantea así la cuestión de la rendición de cuentas por la aplicación de los ODS y las actividades de supervisión correspondientes. Hasta ahora el cumplimiento de los compromisos se ha confiado en gran medida a la discreción de los propios Estados. Sin embargo, es poco probable que los compromisos se cumplan si no pueden exigirse responsabilidades en relación con actuaciones concretas y si no hay presión de la opinión pública para que se adopten medidas. De ahí la necesidad de contar con un mecanismo de supervisión riguroso e independiente.

En ese contexto, será fundamental un seguimiento de los progresos en la reducción de las corrientes financieras ilícitas por medio de indicadores apropiados. El Grupo Interinstitucional de Expertos de las Naciones Unidas sobre los Indicadores de Desarrollo Sostenible está actualmente elaborando indicadores de ese tipo; pero, hasta diciembre de 2015, no se había llegado todavía a un consenso sobre cómo medir los progresos en la reducción de las corrientes financieras ilícitas, tarea para la que será necesario ponerse de acuerdo sobre un método común que permita realizar una estimación de las corrientes en el marco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Para garantizar la rendición de cuentas, serán necesarios el

65. Disponible en: [www.icriict.org/declaration/](http://www.icriict.org/declaration/).

seguimiento y la medición no solo del volumen de las propias corrientes financieras ilícitas, sino también de los esfuerzos normativos que se realicen para reducirlos, tanto en los países de origen como en los de destino.

Por último, será necesario contar con mecanismos robustos e independientes para garantizar que los compromisos contraídos en Addis Abeba y en Nueva York sean objeto de una estrecha vigilancia, no solo por los Estados y los organismos de las Naciones Unidas, sino también por expertos del mundo académico y por la sociedad civil.

## VII. Conclusiones

Los flujos ilícitos de fondos privan a los gobiernos —muchas veces de manera extraterritorial— de recursos necesarios para la realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales, así como el respeto inmediato de derechos civiles y políticos. El abuso fiscal puede socavar asimismo el estado de derecho, por ejemplo, cuando se permite que quede impune la evasión fiscal en gran escala.

El efecto principal del fraude fiscal, sea en su modalidad de evasión o elusión, es la reducción de la base del impuesto de sociedades e individuos en formas no previstas por las políticas internas. Además, las empresas transnacionales que eluden impuestos causan un perjuicio a la sociedad porque se sustraen a la obligación de asumir una "proporción equitativa" de la carga tributaria mientras se aprovechan de los servicios que los Estados les prestan de manera cotidiana.

Si bien los fondos depositados en los paraísos fiscales pueden ser, en algunos casos, el resultado de una actividad comercial legítima, se estima que hay individuos que retienen entre 7 y 25 billones de dólares de riqueza en ese tipo de cuentas, y que los ingresos tributarios perdidos por muchos países podrían ascender a cientos de miles de millones de dólares al año.<sup>66</sup>

Según el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cada Estado tiene la obligación

de dedicar el máximo de los recursos disponibles a lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos humanos. Esto significa que los gobiernos no solo han de utilizar eficazmente los recursos existentes, sino que, cuando sea necesario, han de incrementar sus ingresos en formas equitativas y no regresivas, entre las que se encuentra —de manera prominente— la lucha contra el fraude fiscal. Esta obligación estatal encuentra su correlativa obligación en las empresas de pagar los impuestos sin infringir la letra ni el espíritu de la ley mediante planificaciones tributarias agresivas y no facilitar que otras lo hagan, como podría ser el caso de los bancos con sus clientes.

Las revelaciones de documentos dan cuenta a su vez de que altos/as funcionarios/as de un gran número de países también usufructúan de los paraísos fiscales a título personal. Este grado de captura del Estado por parte de las élites económicas interpela a la democracia representativa.<sup>67</sup>

Resulta asombroso que aun los indicadores que califican a las empresas de derechos humanos en virtud de su impacto (positivo o negativo) sobre los derechos humanos no tengan en cuenta el grado de fraude fiscal en la que aquellas puedan verse involucradas.<sup>68</sup>

La lucha contra el abuso fiscal y, más en general, contra las corrientes financieras ilícitas, es fundamental para mejorar el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. La inclusión en los ODS de una meta relativa específicamente a la reducción de las corrientes financieras ilícitas hace patente que la reducción de esas corrientes también es fundamental para crear un entorno propicio para el desarrollo sostenible.

Es positivo que la reducción de las corrientes financieras ilícitas haya sido incluida en una de las metas de los ODS, aunque en términos vagos y generales. Es necesario adoptar medidas concretas para hacer operativa esa meta y asegurar que puedan lograrse progresos, y que estos sean rastreables y mensurables.

66. "Bahamas leaks": ¿Qué más hay que saber para tomar medidas? Preguntan expertos en derechos humanos de la ONU", 6 de octubre de 2016. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20644&LangID=S>

67. CAÑETE ALONSO, R., "Democracias capturadas: el gobierno de unos pocos", Oxfam, 2018. Disponible en: <https://www.oxfam.org/es/informes/democracias-capturadas-el-gobierno-de-unos-pocos>

68. "Paradise Papers: States must act against 'abusive' tax conduct of corporations - UN human rights experts", 9 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22377&LangID=E>

## VIII. Recomendaciones

A la luz de las conclusiones, aquí se presenta para contribuir a la discusión académica un número de propuestas y recomendaciones de cambios dirigidas a los Estados, organizaciones internacionales y actores no estatales. Estas recomendaciones fueron discutidas con los Estados miembro del Consejo de Derechos Humanos en la sesión de marzo de 2016.<sup>69</sup>

### Recomendaciones a los Estados

Las corrientes financieras ilícitas pueden definirse en forma restrictiva o amplia. En sentido estricto, son flujos financieros no registrados de fondos que se ganan, se transfieren o se utilizan ilegalmente, por ejemplo, las ganancias procedentes de actividades ilegales, como delitos de corrupción y otros delitos. No obstante, aun en el caso de que los fondos tengan un origen legítimo, su transferencia al extranjero en violación de la normativa tributaria u otras disposiciones de la legislación nacional los convertiría en ilícitos. También se considerarían ilícitos los fondos con un origen legítimo que se utilicen con fines ilegales, como la financiación del terrorismo. En sentido amplio, también pueden considerarse corrientes financieras ilícitas los fondos que, a través de lagunas legales y otros arreglos artificiales, circunvierten el espíritu de la ley, por ejemplo, los sistemas de evitación de impuestos utilizados por empresas transnacionales.

1. Los Estados deben asegurarse de que en todas las medidas y actividades que se emprenden para reducir las corrientes financieras ilícitas se respeten y promuevan los derechos humanos.
2. Los Estados deben participar activamente en el movimiento mundial en pro del intercambio automático de información tributaria, con el fin de prevenir la ocultación de activos y corrientes de ingresos extraterritoriales. Teniendo en cuenta las dificultades especiales que enfrentan los países en desarrollo, y en el espíritu del

principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, debe establecerse un período de transición fijo durante el cual los países de ingreso bajo reciban información tributaria de manera automática, sin obligación de reciprocidad plena. Se les otorgará así un margen de tiempo para modificar y mejorar sus sistemas internos, de manera que puedan aprovechar plenamente las ventajas del intercambio de información.

3. Los Estados deben imponer la obligación jurídica de revelar públicamente la información sobre la propiedad efectiva, a fin de eliminar la posibilidad de titularidad anónima de empresas, fideicomisos y fundaciones. Las administraciones tributarias deben poder acceder libremente a esa información, que, además, debe hacerse pública en un plazo determinado.
4. Los Estados deben exigir a las instituciones financieras que rindan cuentas de su papel en la facilitación de la evasión fiscal. Deben establecerse regímenes rigurosos para la supervisión de las instituciones financieras por agencias de supervisión. Esos regímenes deben incluir la obligación de informar sobre las transacciones que puedan entrañar actividades ilícitas. Los Estados deben asegurarse de que los proveedores de servicios financieros cumplan con los procedimientos de diligencia debida establecidos, por ejemplo, en las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera.
5. Los Estados deben realizar evaluaciones del impacto en los derechos humanos de sus políticas fiscales, con el fin de asegurarse de que no tengan efectos negativos en otros países. Esas evaluaciones deben ser periódicas y someterse a verificación independiente, con participación pública en la definición de los riesgos y de los potenciales impactos extraterritoriales. En ellas deben analizarse no solo las consecuencias para las corrientes de ingresos, sino también los efectos distributivos y de gobernanza que el régimen tributario del país pueda tener en otros países. Cuando en las evaluaciones se constaten tales efectos transfronterizos, deberán aplicarse

69. "Informe final sobre flujos ilícitos de fondos, derechos humanos y la Agenda 2020 para el Desarrollo Sustentable", 15 de enero de 2016, A/HRC/31/61.

sin dilación las disposiciones pertinentes, incluidas la formulación de recomendaciones explícitas para las partes responsables y la adopción, en plazos claramente fijados, de medidas correctivas y de reparación.

6. Los Estados deben velar por que las consecuencias para los derechos humanos de las prácticas de abuso fiscal de las empresas formen parte de la diligencia debida exigida a las empresas y se tengan en cuenta en los planes de acción nacionales sobre las empresas y los derechos humanos.
7. Los Estados deben cumplir los compromisos contraídos en la Agenda de Acción de Addis Abeba y en la meta 17.1 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible en relación con la mejora de la capacidad nacional para recaudar ingresos fiscales, incluso mediante la utilización de AOD para ese fin específico. También deben prestarse asistencia técnica y otras formas de apoyo, por ejemplo, a través de la Cooperación Sur-Sur o de la participación en la Iniciativa Fiscal de Addis que se puso en marcha en la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo.
8. Debe prestarse apoyo similar a las iniciativas de creación de capacidad en otras esferas clave para luchar contra el abuso fiscal. Con el fin de poner coto a la emisión de facturas comerciales falsas, los países desarrollados deben contribuir al desarrollo de una base de datos mundial sobre los precios del comercio que permita a los funcionarios de aduanas conocer los

**“Los Estados deben asegurarse de que en todas las medidas y actividades que se emprenden para reducir las corrientes financieras ilícitas se respeten y promuevan los derechos humanos”**

precios medios mundiales de los productos. También deben proporcionarse asistencia financiera y otras formas de asistencia para la capacitación y el equipamiento de los departamentos de aduanas, a fin de facilitar la detección del uso deliberado de facturas falsas en las transacciones comerciales. Conviene asimismo incrementar la asistencia a las dependencias encargadas de la reunión de información financiera, para rastrear mejor las corrientes financieras ilícitas, y a las encargadas de perseguir los delitos financieros, para que se puedan incoar los procedimientos judiciales correspondientes.

**Los Estados de procedencia específicamente deben:**

9. Garantizar que cuentan con leyes y reglamentos claros y concisos que prohíban consignar en forma deliberadamente incorrecta o inexacta el precio, la cantidad, la calidad u otros aspectos del comercio de bienes y servicios con el fin de trasladar capital o beneficios a otra jurisdicción o de manipular, evadir o eludir cualquier tipo de impuestos, incluidos los derechos aduaneros y los impuestos sobre el consumo.
10. Establecer en sus administraciones tributarias dependencias que se ocupen de investigar la fijación de precios de transferencia.
11. Exigir a sus funcionarios de aduanas que utilicen las bases de datos disponibles para la comparación de los precios del comercio mundial de mercancías, con el fin de analizar las importaciones y las exportaciones, y determinar qué transacciones requieren un ulterior escrutinio.

12. Revisar sus acuerdos sobre doble tributación vigentes y previstos, en particular, los concertados con jurisdicciones que constituyan el destino de cuantiosas corrientes financieras ilícitas, con el fin de asegurarse de que no ofrezcan oportunidades de abuso.
13. A largo plazo, el sistema por el que se grava a las filiales de una empresa transnacional como entidades separadas debe sustituirse por otro en el que cada empresa transnacional tribute como una empresa única. Los Estados miembro deben iniciar negociaciones para la elaboración de un convenio de las Naciones Unidas contra las prácticas fiscales abusivas, en el marco del cual debería adoptarse un sistema de consolidación y prorrateo para la tributación de los beneficios de las empresas a nivel mundial.

**“Los Estados deben realizar evaluaciones del impacto en los derechos humanos de sus políticas fiscales, con el fin de asegurarse de que no tengan efectos negativos en otros países”**

#### **Recomendaciones a las organizaciones internacionales y las instituciones financieras internacionales**

14. El Comité de Expertos sobre Cooperación Internacional en Cuestiones de Tributación debe fortalecerse ulteriormente y hacerse más inclusivo, con una mayor representación de países de ingreso bajo, de manera que pueda actuar como foro mundial para el establecimiento de normas sobre cuestiones tributarias. También hay que proporcionarle financiación y recursos suficientes, con carácter no discrecional.

15. El FMI y el Banco Mundial deben publicar con periodicidad anual estimaciones del volumen y la composición de las corrientes financieras ilícitas con el fin de vigilar los progresos en la aplicación de la meta 16.4 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, relativa a las corrientes financieras ilícitas.
16. Los progresos en la reducción de las corrientes financieras ilícitas deben ser objeto de seguimiento en el marco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible por medio de un segundo indicador que permita supervisar por países de origen y países de destino los esfuerzos normativos por reducir esas corrientes. El Índice de Secreto Financiero puede servir de inspiración al respecto.<sup>70</sup>
17. El Banco de Pagos Internacionales debe publicar desglosados por países de origen y países de destino sus datos sobre los activos bancarios internacionales.
18. Las organizaciones multilaterales deben elaborar disposiciones modelo para la protección de las personas que denuncian prácticas fiscales abusivas, a fin de subsanar las lagunas de la legislación en ese ámbito. Ese proceso ha de contar con la participación de la sociedad civil.
19. Los mecanismos internacionales de derechos humanos deben prestar más atención a las consecuencias que las corrientes financieras ilícitas, la evasión fiscal y los abusos fiscales tienen para el disfrute de los derechos humanos. En ese contexto, debe supervisarse también la utilización de fondos públicos a la luz de las obligaciones dimanantes de las normas internacionales de derechos humanos.

<sup>70</sup>. Disponible en: [www.financialsecrecyindex.com/](http://www.financialsecrecyindex.com/).



**Recomendaciones a los actores no estatales**

20. Las empresas transnacionales deben actuar con la diligencia debida en relación con la evasión fiscal y la elusión fiscal, de conformidad con lo dispuesto al respecto en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Las empresas deben publicar los impuestos que pagan en cada uno de los Estados en los que operan, en cumplimiento de la obligación de informar que conlleva su responsabilidad social empresarial.
21. Debe fortalecerse el Pacto Mundial de las Naciones Unidas al reconocerse explícitamente la obligación de pagar impuestos en forma equitativa como elemento central de la responsabilidad social empresarial. Debe elaborarse un código internacional de conducta fiscal para las empresas transnacionales, suscripto por estas.
22. Los bancos comerciales, las instituciones financieras, los proveedores de servicios financieros, los abogados fiscalistas y los contables deben actuar con la diligencia debida en su relación con los clientes y abstenerse de participar en actividades empresariales que tengan por objetivo principal facilitar la evasión fiscal o la elusión fiscal, con el fin de socavar el disfrute de los derechos humanos. Para garantizar la observancia de esas normas de conducta, deben elaborarse directrices específicas para cada sector y profesión.
23. Las organizaciones de la sociedad civil deben seguir desempeñando un papel activo en el proceso de vigilancia y examen de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, con el fin de asegurarse de que se avance hacia la consecución de la meta 16.4 y de que se exijan responsabilidades a todos los actores pertinentes.

**“Los mecanismos internacionales de derechos humanos deben prestar más atención a las consecuencias que las corrientes financieras ilícitas, la evasión fiscal y los abusos fiscales tienen para el disfrute de los derechos humanos”**



**Informe presentado ante la  
Comisión Interamericana de  
Derechos Humanos (CIDH) para la  
elaboración del Informe: "Empresas  
y Derechos Humanos: Estándares  
Interamericanos", octubre de 2018.**

Center for Economic and Social  
Rights (CESR), Asociación Civil por la  
Igualdad y la Justicia (ACIJ), Centro de  
Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad  
(Dejusticia), Centro de Estudios Legales  
y Sociales (CELS), Conectas Derechos  
Humanos, Fundar, Centro de Análisis  
e Investigación, Instituto de Estudios  
Socioeconómicos (INESC), Ministerio  
Público de la Defensa de la Ciudad  
Autónoma de Buenos Aires.  
Con el apoyo de OXFAM.



## Prácticas Tributarias Abusivas de las Empresas y Derechos Humanos en las Américas

Octubre, 2018

*Preparado con ocasión del cuestionario de consulta formulado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para la elaboración del informe: "Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos"*

Center for Economic and Social Rights (CESR)  
Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ)  
Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia)  
Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)  
Conectas Derechos Humanos  
Fundar, Centro de Análisis e Investigación  
Instituto de Estudios Socioeconómicos (INESC)  
Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Con el apoyo de  
OXFAM

## PRÁCTICAS TRIBUTARIAS ABUSIVAS DE LAS EMPRESAS y DERECHOS HUMANOS en las AMÉRICAS

Preparado con ocasión del cuestionario de consulta formulado por la  
Comisión Interamericana de Derechos Humanos para la elaboración del informe:  
"Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos"

Center for Economic and Social Rights (CESR)  
Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ)  
Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia)  
Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)  
Conectas Derechos Humanos  
Fundar, Centro de Análisis e Investigación  
Instituto de Estudios Socioeconómicos (INESC)  
Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Con el apoyo de  
OXFAM



Con el apoyo de:



## I. INTRODUCCIÓN

Las prácticas tributarias de las empresas y el control de los Estados respecto a dichas prácticas tienen un impacto en la recaudación de los recursos fiscales y, por esta vía, en la garantía de los derechos humanos. La ingente pérdida de recursos por causa de la evasión o elusión fiscales, los privilegios tributarios corporativos injustificados, los flujos ilícitos y la impunidad en la que operan los paraísos fiscales, son todas problemáticas que son incongruentes con las normas de derechos humanos. Desarrollos normativos recientes han aclarado que es obligación de los Estados prevenir las violaciones de derechos humanos como resultado de las actividades de las empresas bajo su jurisdicción, tanto dentro como fuera de su territorio, al igual que la responsabilidad que las empresas tienen por dichas actividades. Por ello el rol que jueguen las instituciones regionales de derechos humanos es sumamente relevante para explicitar las obligaciones de los Estados de proteger los derechos humanos y la responsabilidad de las empresas de respetarlos, en particular en materia de política fiscal.

En apoyo al objetivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de fortalecer la legislación y las políticas públicas en las Américas para abordar las violaciones de los derechos humanos relacionadas con las empresas y avanzar en las normas legales pertinentes, un grupo de organizaciones de la región elaboramos un informe que fue remitido a la Relatoría de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales en junio de 2018. Con base en dicho envío, el Center for Economic and Social Rights (CESR), el Instituto de Estudios Socioeconómicos (INESC), Conectas Derechos Humanos, el Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), Fundar - Centro de Análisis e Investigación, y Oxfam hemos elaborado el presente reporte con el fin de proponer una primera sistematización de los estándares en esta materia.

## II. LAS POLÍTICAS Y PRÁCTICAS DE TRIBUTACIÓN EMPRESARIAL Y SU IMPACTO EN LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS AMÉRICAS

Los derechos humanos requieren recursos públicos. Como bien ha señalado la CIDH en su informe [Pobreza y Derechos Humanos en la Américas](#), “no es posible analizar los esfuerzos de los Estados por eliminar la pobreza sin tener en cuenta su política fiscal, entendida como la política de recaudación y asignación de los recursos públicos.”<sup>1</sup> En cuanto a la tributación, uno de los factores básicos que dificulta la capacidad de los Estados de reducir las desigualdades y realizar los derechos analizado por la CIDH es la baja recaudación de ingresos públicos. “A pesar de que los ingresos tributarios son el principal componente de los ingresos totales de la región” sostiene la CIDH, “estos han

---

<sup>1</sup> CIDH, “Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas” para. 495

sido insuficientes debido a la baja carga impositiva y también al perfil regresivo de algunos impuestos más importantes de los países. A eso se puede sumar numerosas deducciones de impuestos, exenciones y vacíos legales, así como la evasión, elusión tributaria y otras prácticas similares.”<sup>2</sup>

El potencial de la política tributaria para los derechos humanos en América Latina se manifiesta principalmente en cuatro áreas: a) la movilización de los recursos para garantizar los derechos hasta ‘el máximo de los recursos disponibles’; b) la redistribución de la riqueza para reducir las desigualdades económicas, sociales y de género; c) la protección de los bienes comunes, incluido el medio ambiente; y d) la rendición de cuentas entre el Estado y la ciudadanía.

Existen dos desafíos importantes relacionados con el sector empresarial para lograr un sistema de financiamiento público alineado con los derechos humanos en la región, que describimos a continuación.

Primero, las extendidas prácticas de **abuso tributario** por parte de las empresas multinacionales que desvían dinero público que podría ser invertido para la protección o el cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos de los Estados.<sup>3</sup> Cada año en América Latina y el Caribe, se estima que unos 31.000 millones de dólares—es decir entre un 10% y un 15% de la recaudación efectiva del impuesto a la renta corporativa y un 0.5% del PIB—se pierden por la manipulación de precios del comercio internacional, que es tan solo uno de los diferentes abusos tributarios empresariales.<sup>4</sup> Un ejemplo es el caso de Brasil, donde se estima que, entre 1960 y 2012, los flujos financiero ilícitos ha alcanzado los 400.000 millones de dólares. Las maniobras de las empresas en transacciones de comercio exterior representaron el 80% de estos flujos, entre los cuales la subfacturación entre filiales de empresas multinacionales representa una parte considerable.<sup>5</sup>

Adicionalmente, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) estimó que las maniobras de erosión de la base imponible y transferencia de beneficios estarían generando pérdidas anuales de entre 100.000 y 240.000 millones de dólares, esto es entre el 4% y el 10% de los ingresos por concepto del impuesto a la renta empresarial.<sup>6</sup> Estimativos más recientes por parte del FMI señalan que los países que no hacen parte de la OCDE son los más afectados por estas prácticas, con pérdidas que

<sup>2</sup> CIDH, ‘Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas’ para. 495-6

<sup>3</sup> Ver. Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Décimo sexta sesión, Informe de la Relatora Especial sobre Extrema Pobreza y Derechos Humanos sobre tributación y derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona, A/HRC/26/28, 22 de Mayo 2014; Informe del Experto Independiente sobre la Deuda Externa y los Derechos Humanos, “Estudio final sobre los flujos ilícitos internacionales, derechos humanos, y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible,” A/HRC/31/61

<sup>4</sup> CEPAL, 2018. ‘Panorama Fiscal de América Latina y el Caribe: Los desafíos de las políticas públicas en el marco de la Agenda 2030’ p. 61-62

<sup>5</sup> GFI (2014). Brasil: fuga de capitais, os fluxos ilícitos e as crises macroeconômicas, 1960-2012. <http://www.gfintegrity.org/wp-content/uploads/2014/09/Brasil-Fuga-de-Capitais-os-Fluxos-Il%C3%ADcitos-e-as-Crises-Macroecon%C3%B4micas-1960-2012.pdf>

<sup>6</sup> OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos) (2015), Measuring and Monitoring BEPS: Action 11-2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, París, OECD Publishing

ascienden en promedio al 1,3% del PIB.<sup>7</sup> Estas prácticas se reproducen por varias razones, desde factores domésticos como la capacidad reducida de las administraciones tributarias, hasta factores externos como la protección excesiva de los secretos financieros y falta de transparencia financiera permitida por ciertos países,<sup>8</sup> así como un sistema fallido de reglas internacionales sobre la tributación de empresas multinacionales que reproduce las posibilidades de arbitraje legal y regulatorio facilitando así la atribución artificial de utilidades a las entidades subsidiarias de dichas entidades en paraísos fiscales.<sup>9</sup>

En segundo lugar y en paralelo con los abusos tributarios, coexisten en cada país de la región un sistema de **privilegios fiscales** injustificados de los que gozan ciertos sectores privados que reducen todavía más los recursos disponibles para financiar los derechos humanos. Existe evidencia que el otorgamiento de estos privilegios tributarios ha dado como resultado que muchos países en desarrollo sacrifiquen una renta tributaria necesaria en beneficio de empresas que operan con éxito dentro de su territorio durante largos periodos, en detrimento de una recaudación justa para financiar los déficits de derechos que muchos de estos Estados tienen. Los gastos tributarios en la región (incluyendo impuestos directos e indirectos) se sitúan generalmente por encima de los dos puntos porcentuales del PIB, representando entre el 15% y el 30% de la recaudación efectiva en la mayoría de los países, pero en algunos casos superan el 5% del PIB, como en el caso de Colombia que ascienden a 7.5% de lo que la economía produce anualmente.<sup>10</sup>

Algunas de estas renunciaciones fiscales, bajo ciertas condiciones, pueden ser consideradas necesarias para el cumplimiento de los derechos humanos, por ejemplo, la exención en el impuesto al valor agregado (IVA) de productos esenciales como la comida y los medicamentos. Sin embargo, la gran mayoría de los incentivos fiscales en la región para estimular la inversión corporativa carecen de transparencia y suelen no ser efectivos ni justificados—dado que muy pocos países requieren una evaluación básica de sus costos y beneficios sociales.<sup>11</sup> En Brasil, por ejemplo, de acuerdo con el Tribunal de Cuentas, casi la mitad de los R \$ 284 mil millones previstos en renunciaciones tributarias en 2018 no tiene ningún tipo de fiscalización hecha por un órgano gestor.<sup>12</sup>

<sup>7</sup> FMI (Fondo Monetario Internacional) (2019), *Corporate Taxation in the Global Economy*, IMF Policy Paper, Washington D.C., <https://www.imf.org/~media/Files/Publications/PP/2019/PPEA2019007.ashx>

<sup>8</sup> Ver por ejemplo Institute on Taxation and Economic Policy, 'Delaware: An Onshore Tax Haven,' 2015; CESR, Global Justice Clinic, New York University School of Law, Tax Justice Network, and Public Eye, 2016. 'Switzerland: State Responsibility for the Impacts of Cross-border Tax Abuse on Women's Rights & Gender Equality: Suggestions for the List of Issues' Submission to the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, 65th Pre-Sessional Working Group

<sup>9</sup> Comisión Independiente Para la Reforma de la Fiscalidad Corporativa Internacional (ICRICT), 2015. "Declaración" y "Evaluación de la Comisión Independiente para la Reforma de la Fiscalidad Corporativa Internacional para el proyecto sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios del G-20 y la OCDE"

<sup>10</sup> CEPAL, 2018. 'Panorama Fiscal de América Latina y el Caribe: Los desafíos de las políticas públicas en el marco de la Agenda 2030' p. 58-59

<sup>11</sup> Podestá, A. (2018), 'El gasto tributario en América Latina: tendencias actuales, avances y desafíos,' Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), inédito

<sup>12</sup> Estadão Economia (2018). "Para TCU 44% dos benefícios tributários não têm controle". <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,para-tcu-44-dos-beneficios-fiscais-nao-tem-controle,70002339183>



Otro fenómeno cada vez más corriente en la región es la reducción de la tarifa del impuesto de sociedades con el único fin de atraer inversores. La evidencia empírica muestra que estas reducciones sirven muy poco económicamente<sup>13</sup>, pero sí generan el traslado de la carga tributaria del capital al consumo o las rentas del trabajo, es decir de actores generalmente bien situados económicamente hacia sectores menos privilegiados. Mientras que la alícuota promedio del impuesto a la renta corporativa cayó del 43,9% en 1985 al 26,8% en 2015 en la región, la tarifa general promedio del IVA – que recae desproporcionadamente sobre las poblaciones de menores ingresos generalmente – subió del 10,6% al 15,2% en el mismo período.<sup>14</sup> Más aún, la reducción en la tarifa en algunas economías más grandes de la región<sup>15</sup> fomenta una competencia a la baja que, en última instancia, merma la capacidad de todos los Estados de movilizar recursos.

Estos abusos y privilegios no ocurren sin dejar pérdidas significativas que afectan a la población en general, pero desproporcionadamente a quienes más requieren de los servicios del Estado y, por ende, se ven afectadas de manera desproporcionada. Las prácticas tributarias de muchas empresas y la falta de control de los Estados respecto a éstas tienen un impacto adverso significativo en la capacidad de los Estados de movilizar hasta ‘el máximo de los recursos disponibles’ para financiar sus obligaciones en derechos humanos. En muchos países de la región, estas prácticas han agravado la vulnerabilidad fiscal, resultando en una serie de medidas de austeridad por el lado del gasto.<sup>16</sup> Más aún, estos abusos y privilegios fiscales terminan aumentando la presión tributaria sobre el resto de los contribuyentes, exacerbando aún más las desigualdades económicas, geográficas, étnicas y de género.

De hecho, en algunos países de la región las personas en situación de pobreza no son beneficiarias sino pagadoras netas del sistema fiscal, es decir, es más lo que contribuyen que lo que reciben después de impuestos y transferencias.<sup>17</sup> Al mismo tiempo, dados estos dos desafíos mencionados arriba, es claro que las empresas multinacionales no contribuyen de manera justa. Por el contrario, en algunos países - si se cuentan todos los beneficios otorgados – las grandes empresas probablemente no serían pagadores sino beneficiarias netas del sistema fiscal– lo cual crea privilegios que profundizan la desconfianza de la ciudadanía, y ahondan aún más los desafíos democráticos que enfrenta

<sup>13</sup> Ver e.g. CEPAL, ‘Política tributaria para mejorar la inversión y el crecimiento en América Latina’; IDB, 2010. ‘Corporate Tax Stimulus and Investment in Colombia’; CBI, ChristianAid, ActionAid, and Oxfam, 2018. ‘Tax Incentives in the Global South: A business and civil society briefing’

<sup>14</sup> CEPAL, 2018. ‘Panorama Fiscal de América Latina y el Caribe, 2018. Los desafíos de las políticas públicas en el marco de la Agenda 2030’

<sup>15</sup> Feldstein, “The International Consequences of US Tax Reform” en <https://www.project-syndicate.org/commentary/united-states-tax-reform-international-impact-by-martin-feldstein-2017-09?barrier=accesspaylog>

<sup>16</sup> Ver e.g. CESR, Oxfam, INESC, Conectas Derechos Humanos, Plataforma DHESCA Brasil, Justiça Global, Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ACIJ, CELS, DeJusticia, Foro Salud, APRODEH, 2018. ‘Política Fiscal y Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina’

<sup>17</sup> Lustig, N, 2017. “El impacto del sistema tributario y el gasto social en la distribución del ingreso y la pobreza en América Latina: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela Una aplicación del marco metodológico del proyecto Compromiso con la Equidad (CEQ)”. El trimestre económico [online]. 2017, vol.84, n.335, pp.493-568.

la región.<sup>18</sup> Esto ocurre, entre otras razones, por la influencia desmedida sobre los procesos de toma de decisiones en materia fiscal de grupos de poder, a los que se les permite tener injerencia en la elaboración de normas a su favor a través del cabildeo, las puertas giratorias y otros mecanismos.<sup>19</sup> Como ha señalado la CEPAL:

“El sistema tributario de la región expresa esta cultura del privilegio... El magro efecto redistributivo de la fiscalidad, ya sea por la composición y la carga tributarias, por la falta de fiscalización efectiva o por las regalías vigentes, forma parte de un sistema de privilegios en el que quienes tienen más no perciben el compromiso social de aportar al bien común por la vía fiscal. Por el contrario, un claro efecto redistributivo logrado mediante la fiscalidad, que pueda ser percibido como norma de la sociedad, no solo es indispensable para promover más igualdad: es también una señal comunicativa y de formación de conciencia sobre la igualdad de derechos.”<sup>20</sup>

Un ejemplo que ilustra los retos del cumplimiento de las obligaciones de las empresas respecto a la recaudación de recursos públicos para el gasto social es el de las compañías mineras. Además de generar enormes pasivos sociales y ambientales y cargas desproporcionadas sobre grupos étnicos y poblaciones rurales, incumpliendo obligaciones de derechos humanos en otros ámbitos distintos al fiscal, varias recurren a la elusión fiscal y la gran mayoría cuenta con incentivos y privilegios fiscales muy poco transparentes y difícilmente justificables. De este modo, los ingresos que los Estados dejan de percibir debido a la elusión fiscal, unidos a los incentivos fiscales que ellos mismos otorgan a este sector, reforzados en algunos casos por fenómenos de captura corporativa,<sup>21</sup> priva a los propios Estados de percibir los recursos necesarios para cumplir con sus obligaciones de derechos humanos.<sup>22</sup>

En Brasil, por ejemplo, la minería de hierro representa el 75% de la producción minera. En un estudio sobre la subfacturación en las exportaciones de mineral de hierro se observó una fuga de 39.100 millones de dólares entre 2009 y 2015, una pérdida media de más de 5.600 millones de dólares al año. En términos fiscales, esto significó una pérdida de ingresos para las arcas públicas de 13.300 millones de dólares para el mismo período.<sup>23</sup> A las empresas mineras se les conceden otros beneficios tales como la exención del impuesto a la circulación de mercancías y servicios (ICMS) para exportaciones y transacciones interestatales, la exención del 82,5% del impuesto sobre la renta a personas jurídicas (IRPJ) en el marco de la

<sup>18</sup> Oxfam, 2015. ‘Privilegios que niegan derechos: Desigualdad extrema y secuestro de la democracia en América Latina y el Caribe’

<sup>19</sup> Ver Durand, F. 2016. Cuando el poder extractivo captura el Estado. Lobbies, puertas giratorias y paquetazo ambiental en Perú. OXFAM, en:

[http://209.177.156.169/libreria\\_cm/archivos/pdf\\_1310.pdf](http://209.177.156.169/libreria_cm/archivos/pdf_1310.pdf); Donald, K, 2017. “Exprimiendo al Estado: la influencia corporativa sobre la política fiscal y sus repercusiones en la desigualdad nacional y mundial” Informe Spotlight sobre Desarrollo Sostenible 2017, en: [http://www.socialwatch.org/sites/default/files/Spotlight2017\\_2\\_10\\_Donald\\_esp.pdf](http://www.socialwatch.org/sites/default/files/Spotlight2017_2_10_Donald_esp.pdf)

<sup>20</sup> CEPAL, 2018. ‘La ineficiencia de la desigualdad’ p. 53

<sup>21</sup> Ver Durand, F (2016). Cuando el poder extractivo captura el Estado. Lobbies, puertas giratorias y paquetazo ambiental en Perú. OXFAM, en: [http://209.177.156.169/libreria\\_cm/archivos/pdf\\_1310.pdf](http://209.177.156.169/libreria_cm/archivos/pdf_1310.pdf)

<sup>22</sup> CESR, 2017. “Política Fiscal para la Igualdad y los Derechos. Mapeo de debates, iniciativas y actores de la Región Andina” en [http://www.cesr.org/sites/default/files/Politica\\_Fiscal\\_Igualdad\\_Derechos.pdf](http://www.cesr.org/sites/default/files/Politica_Fiscal_Igualdad_Derechos.pdf)

<sup>23</sup> IJF (2017). Extração de recursos no Brasil: faturamento comercial indevido na mineração. <http://ijf.org.br/wp-content/uploads/2017/10/Extra%C3%A7%C3%A3o-de-recursos-no-Brasil-vers%C3%A3o-10-10-2017.pdf>

SUDAM (una región fiscal especial creada para impulsar proyectos económicos en la Amazonía) y un 25% adicional de exención en el flete de la marina mercante. La contribución por regalías (CFEM) está, además, entre las más bajas del mundo. El resultado de tanta exención, descuento y otros privilegios tributarios es que el valor real de lo que las mineras pagan para explotar las abundantes riquezas minerales brasileñas se vuelve un gran misterio que impide evaluar bajo una lógica de costo-beneficio los proyectos que emprende el sector.<sup>24</sup>

### **III. LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS Y LAS RESPONSABILIDADES DE LAS EMPRESAS EN MATERIA DE TRIBUTACIÓN CORPORATIVA**

Las actividades empresariales pueden tener impactos positivos y negativos en el goce de los derechos humanos. Los impactos negativos, ocurren a menudo a raíz del incumplimiento por los Estados, en el marco de sus competencias, de normas y disposiciones de derechos humanos internacionalmente reconocidas. Además de las obligaciones de los Estados en esta materia, las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos reconocidos en los principales tratados de derechos humanos, con independencia de la existencia o no de legislación interna y de su aplicación práctica.<sup>25</sup>

En el contexto de la política fiscal, la relación entre los derechos humanos y las empresas se manifiesta a través 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 a través del gasto público. Es así como las prácticas tributarias de las empresas y el control de los Estados respecto a dichas prácticas tienen un impacto en la recaudación de los recursos fiscales, en la distribución de las cargas y los beneficios, y en la transparencia y la rendición de cuentas frente a dichos procesos. Varios mecanismos que monitorean los tratados de derechos humanos han desarrollado interpretaciones normativas que aclaran las obligaciones para los Estados y las responsabilidades concretas para las empresas en materia fiscal y tributaria.

La política fiscal se ha venido sometiendo de manera creciente al escrutinio de los tribunales nacionales, organismos de supervisión de tratados de derechos humanos y los mandatos especiales de las Naciones Unidas y se ha integrado progresivamente en las agendas de derechos humanos de las organizaciones de la sociedad civil en América Latina como un campo fundamental para la justiciabilidad, exigibilidad y realización de los derechos humanos. Así, por ejemplo, el Relator Especial, de las Naciones Unidas sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos, Philip Alston ha señalado que:

---

<sup>24</sup> INESC (2015). Amazonia: paraíso extrativista e tributário das grandes mineradoras. <http://amazonia.inesc.org.br/artigos-inesc/amazonia-paraíso-extrativista-e-tributario-das-transnacionais-da-mineracao/>

<sup>25</sup> Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para "Proteger, Respetar y Remediar", principio 11 y comentario

“[...] una política tributaria es, en muchos sentidos, una política de derechos humanos. El hecho de que la estructura tributaria de un Estado sea regresiva o progresiva, así como los grupos y finalidades para los que conceden exenciones o deducciones, configuran la asignación de ingresos y activos en toda la población y, por tanto, influyen en los niveles de desigualdad y disfrute de los derechos humanos. Es preciso que las medidas adecuadas de redistribución por medio de los impuestos y otras políticas fiscales se consideren parte integrante de la determinación de garantizar el pleno respeto de los derechos humanos en toda la sociedad”<sup>26</sup>

Los principios de derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales y regionales proveen un marco normativo de referencia bajo el cual los Estados deben rendir cuentas de su política fiscal. Estos principios y obligaciones—tal como igualdad y no discriminación, las obligaciones generales de respetar proteger y garantizar, los principios de transparencia, participación y rendición de cuentas, la movilización del “máximo de los recursos disponibles” para la realización progresiva de los DESC, la garantía de los niveles mínimos esenciales de los derechos, y la cooperación internacional—proveen una serie de parámetros y directrices aplicables a la política fiscal, en todas las fases del ciclo de diseño, elaboración, implementación y evaluación de la política.<sup>27</sup> Asimismo, estos principios proveen un marco de referencia para la regulación de las actividades empresariales en materia fiscal y tributaria así como para entender las repercusiones que estas actividades pueden tener –bien sea por acción o por omisión de las empresas o los Estados- en los derechos humanos.

Este marco normativo emergente ha influido en el desarrollo de documentos de compromiso político de distinta índole. Los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos adoptados por la ONU en 2011, ha contribuido a arrojar luz sobre las obligaciones de los Estados de proteger los derechos humanos puestos en riesgo por conductas empresariales, así como las responsabilidades de las empresas de respetar derechos humanos en su esfera de influencia. En el ámbito de la política económica, las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales establecen que “una conducta responsable en materia tributaria implica que las empresas deben cumplir tanto con la letra como con el espíritu de las leyes y regulaciones impositivas de los países en los que operan.”<sup>28</sup>

En el ámbito normativo y más recientemente, el Comité DESC ha adoptado su Observación General 24 en esta materia.<sup>29</sup> Las observaciones y recomendaciones que los organismos de monitoreo de los principales tratados de derechos humanos realizan a los Estados parte, son la fuente por excelencia para entender el alcance de estas obligaciones. El marco que proveen estos documentos ayuda a delinear las obligaciones

<sup>26</sup> Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos Philip Alston (27 de mayo de 2015), UN. Doc. A/HRC/29/31, pág. 53

<sup>27</sup> CIDH, ‘Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas’ pág. 502.

<sup>28</sup> OCDE, Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, Revisión 2011, para. 100

<sup>29</sup> Comité DESC. 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. UN. Doc. E/C.12/GC/24

de los estados y las responsabilidades de las empresas en relación con los abusos fiscales y tributarios.

Del mismo modo, otros comités monitores de tratados como la CEDAW<sup>30</sup> y el Comité de los Derechos del Niño y algunos mandatos especiales de las Naciones Unidas tales como la Relatoría Especial sobre Pobreza Extrema y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas<sup>31</sup> o el Experto independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales,<sup>32</sup> han reconocido que las políticas tributarias de un país pueden tener graves consecuencias para la capacidad de otros países de movilizar los ingresos tributarios necesarios a través de la recaudación de los impuestos corporativos.

### **A. Obligaciones de derechos humanos de los estados en el contexto de la tributación empresarial**

Así como en otros campos, el derecho internacional reconoce obligaciones concretas de los Estados en relación con la tributación corporativa en tres niveles: respetar, proteger y garantizar. Esas obligaciones se aplican tanto a nivel doméstico como a situaciones fuera del territorio nacional cuando los Estados pueden ejercer un control sobre ellas. Estas últimas se abordarán en un apartado por separado.

#### *i. Obligación de respetar*

En su Observación General 24 en el contexto de las actividades empresariales, el Comité DESC ha señalado que se vulneran la obligación de respetar en relación con los DESC cuando “los Estados partes dan prioridad a los intereses de las empresas en detrimento de los derechos del Pacto sin la debida justificación o cuando aplican políticas que afectan negativamente a esos derechos.”<sup>33</sup> En tal sentido podría señalarse que las reformas tributarias que favorecen los intereses de las empresas de forma injustificada en detrimento de los derechos de la población –en la medida en que afectan la capacidad de un Estado de respetarlos- vulneran dicha obligación. De forma consistente con esta obligación el Comité ha recomendado a algunos Estados realizar evaluaciones exhaustivas, “con participación de los actores sociales, de los efectos de su política fiscal en los derechos humanos, que entre otros incluya un análisis de las consecuencias

<sup>30</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Suiza (25 de Noviembre de 2016). UN. Doc. CEDAW/C/CHE/CO/4-5, par. 40-41.

<sup>31</sup> Report of the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights, Magdalena Sepúlveda Carmona (22 de mayo de 2014). UN. Doc. A/HRC/26/28.

<sup>32</sup> Report of the Independent Expert on the effects of foreign debt and other related financial obligations of States on the full enjoyment of all human rights, particularly economic, social and cultural rights, on his visit to Switzerland (23 February 2018). UN. Doc. A/HRC/37/54/Add.3

<sup>33</sup> Comité DESC. 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. UN. Doc. E/C.12/GC/24, párr. 12.

distributivas y la carga impositiva de diferentes sectores, así como de los grupos marginados y desfavorecidos.”<sup>34</sup>

También señala el Comité que los Estados partes deben detectar cualquier posible conflicto entre las obligaciones que les incumben en virtud del Pacto y en virtud de los tratados en otras áreas—tales como comercio e inversión que pueden contener cláusulas tributarias—y abstenerse de celebrar dichos tratados cuando se compruebe la existencia de esos conflictos.<sup>35</sup> Aunque el Comité no lo menciona explícitamente, no hay razón para pensar que esta misma obligación no recaiga también sobre los tratados internacionales de tributación. En su Declaración sobre Deuda Pública y Medidas de Austeridad de 106 el Comité DESC ha señalado que “el Estado parte afectado como los demás Estados deben evaluar los efectos que tienen en los derechos enunciados en el Pacto los acuerdos internacionales que concluyen y adoptar todas las medidas posibles para reducir al mínimo las repercusiones negativas de esos acuerdos.”<sup>36</sup>

## *ii. Obligación de proteger*

La obligación de proteger significa que los Estados partes deben prevenir de manera eficaz toda conculcación de los derechos en el contexto de las actividades empresariales, incluyendo la adopción de “un marco jurídico que exija que las empresas ejerzan la diligencia debida en materia de derechos humanos a fin de identificar, prevenir y mitigar los riesgos de vulneración de los derechos” y responder por “las consecuencias negativas que hayan provocado o contribuido a provocar sus decisiones y operaciones y las de las entidades que controlan en el disfrute de los derechos.”<sup>37</sup> Como se señaló anteriormente, dado que en el ámbito fiscal la relación entre los derechos humanos y las empresas se manifiesta a través del pago de las contribuciones impositivas que las empresas realizan al erario público—lo cual determina los recursos con los que el Estado cuenta para proteger los derechos—el marco normativo adoptado por el Estado debe exigir que las empresas ejerzan la debida diligencia para identificar, prevenir y mitigar los riesgos de vulneración a derechos humanos derivados de prácticas tributarias que reducen indebidamente dichas contribuciones, así como responder por dichas prácticas. Como lo señala el Comité DESC, “los Estados vulnerarían la obligación de proteger los derechos enunciados en el Pacto, entre otros supuestos, en caso de no prevenir o contrarrestar la actuación de una empresa que dé lugar a la conculcación de esos derechos o que quepa prever que tenga ese resultado.”<sup>38</sup>

<sup>34</sup> Comité DESC. Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España (25 de abril de 2018). E/C.12/ESP/CO/6, párr. 16.1

<sup>35</sup> Comité DESC. 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. UN. Doc. E/C.12/GC/24 Ibíd., párr. 13.

<sup>36</sup> Comité DESC. Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Deuda pública, medidas de austeridad y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (22 de julio de 2016). UN. Doc. E/C.12/2016/1, párr. 4.

<sup>37</sup> Comité DESC. 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. UN. Doc. E/C.12/GC/24, párr. 16.

<sup>38</sup> Ibíd., párr. 17

El Comité DESC también ha señalado que la obligación de proteger los derechos a veces necesita de una regulación directa y que los Estados deberían considerar la posibilidad de adoptar medidas tales como “restringir la comercialización y la publicidad de ciertos bienes y servicios para proteger la salud pública [...], luchar contra los estereotipos de género y la discriminación, ejercer un control adecuado sobre los alquileres en el mercado privado de la vivienda, según sea necesario, para proteger el derecho de toda persona a una vivienda adecuada,” entre otras.<sup>39</sup> La tributación es un instrumento poderoso para establecer esta clase de regulaciones del sector privado que permiten proteger derechos como la salud, el medio ambiente o la vivienda, tal y como lo ha mostrado la experiencia de los impuestos verdes, los impuestos saludables y los impuestos de base territorial y otros instrumentos de regulación del mercado inmobiliario, los cuales se encuentran subutilizados en América Latina.<sup>40</sup>

En relación con estos últimos, en efecto, la falta de regulación del Estado sobre el accionar de las corporaciones financieras y las empresas vinculadas con el mercado de la vivienda conduce a un proceso creciente de financiarización y especulación en torno de la propiedad inmobiliaria. La consideración creciente de la vivienda como una mercancía impacta negativamente en el cumplimiento efectivo del derecho a la vivienda adecuada. La política fiscal es un instrumento privilegiado para combatir este fenómeno. Tal como afirma la relatora de vivienda adecuada, Leilani Farha, “el camino a seguir requiere un cambio para lograr que los Estados velen por que todas las inversiones en vivienda tengan en cuenta su función social y cumplan las obligaciones de derechos humanos de los Estados a ese respecto”. Entre sus recomendaciones específicas, la relatora recomienda que los Estados nacionales y gobiernos locales “incluyan toda una serie de medidas fiscales, normativas y de planificación a fin de restablecer la vivienda como un bien social, promover un sistema de vivienda inclusivo y evitar la especulación y la excesiva acumulación de la riqueza”.<sup>41</sup>

Adicionalmente, el Comité DESC ha señalado que “la corrupción constituye uno de los principales obstáculos a la promoción y la protección efectivas de los derechos humanos, en particular en lo que respecta a las actividades de las empresas” y que “socava la capacidad de un Estado para movilizar recursos para la prestación de servicios esenciales para dar efectividad a los derechos económicos, sociales y culturales.”<sup>42</sup> Como parte del deber de proteger ha señalado que “se ha de proteger a los denunciantes de irregularidades y se deben establecer mecanismos especializados de lucha contra la corrupción, velar por su independencia y dotarlos de recursos suficientes.” Esto resulta

---

<sup>39</sup> *Ibíd.*, párr. 19.

<sup>40</sup> Ver CESR, Oxfam, INESC, Conectas Derechos Humanos, Plataforma DHESCA Brasil, Justiça Global, Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ACIJ, CELS, Dejusticia, Foro Salud, APRODEH, “Política Fiscal y Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina 2018.” Informe elaborado con ocasión de la audiencia temática “Control del gasto público, políticas fiscales y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina” en el marco del 168º período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos República Dominicana, Mayo de 2018.

<sup>41</sup> Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto. UN. Doc. A/HRC/34/51, párr. 77.

<sup>42</sup> Comité DESC. 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. UN. Doc. E/C.12/GC/24 *Ibíd.*, párr. 20.

particularmente relevante para el caso de los denunciantes de las prácticas corporativas de evasión de impuestos u otras formas de corrupción,<sup>43</sup> o en el combate a los esquemas de corrupción que están detrás de la defraudación tributaria a gran escala.<sup>44</sup>

### iii. Obligación de garantizar

De conformidad con lo señalado por el Comité DESC la obligación de garantizar o de dar efectividad requiere que los Estados partes adopten las medidas necesarias, hasta el máximo de sus recursos disponibles, para facilitar y promover el disfrute de los DESC y, en algunos casos, proporcionar directamente los bienes y los servicios esenciales para ese disfrute. Es en relación con esta obligación que se ha desarrollado con mayor detalle obligaciones específicas en materia fiscal en relación con actividades empresariales. Así, por ejemplo, el Comité DESC ha señalado que el cumplimiento de esta obligación puede exigir la movilización de recursos por el Estado, entre otras cosas, mediante la aplicación de sistemas de fiscalidad progresiva.<sup>45</sup>

Al interpretar el contenido del mandato del Artículo 2.1 del Pacto Internacional sobre derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) sobre la obligación de los Estados de adoptar medidas hasta el **máximo de los recursos** de que disponga el Comité DESC ha indicado que “en esencia, la obligación consiste en demostrar que, en conjunto, las medidas que se están tomando son suficientes para realizar el derecho de cada individuo en el tiempo más breve posible de conformidad con el máximo de los recursos disponibles.”<sup>46</sup> En el ámbito regional, la Convención Americana en su artículo 26 establece una variación en la redacción al referirse al desarrollo progresivo de los DESC “en la medida de los recursos disponibles.” El Protocolo de San Salvador, sin embargo, en su Art. 1 ha desarrollado el principio de modo similar al Art. 2.1 del PIDESC.<sup>47</sup> En relación con la aplicación concreta a particulares, el sistema interamericano cuenta con una norma *sui generis* sobre el deber que tiene toda persona de pagar los impuestos establecidos por la Ley para el sostenimiento de los servicios públicos.<sup>48</sup>

En el contexto de las políticas fiscales, con el fin de generar el máximo de los recursos disponibles para el cumplimiento de los derechos, los Estados no sólo deben adoptar marcos de regulación normativa adecuados sino que deben activar su maquinaria

<sup>43</sup> Comité DESC, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de la Federación de Rusia (16 de octubre de 2017). UN. Doc. E/C.12/RUS/CO/6, párr. 19.

<sup>44</sup> Comité DESC, Observaciones Finales sobre Honduras (Julio 11 de 2016). UN. Doc. E/C.12/HND/CO/2 (Julio 11 de 2016), párr. 20

<sup>45</sup> Comité DESC, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de la Federación de Rusia (16 de octubre de 2017). UN. Doc. E/C.12/RUS/CO/6, párr. 23.

<sup>46</sup> Comité DESC, Observación General Nro. 4 relativa al derecho a una vivienda adecuada

<sup>47</sup> “Obligación de Adoptar Medidas: Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo” (art.1). Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”.

<sup>48</sup> Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XXXVI



institucional administrativa para prevenir y mitigar la elusión y evasión fiscal,<sup>49</sup> diseñar una estructura fiscal progresiva que contribuya a reducir las desigualdades,<sup>50</sup> revisar los privilegios fiscales que favorecen a algunos grupos en detrimento de otros, principalmente a las grandes corporaciones.<sup>51</sup> Más concretamente para cumplir con esta obligación, es imprescindible que los Estados toman medidas pertinentes para un análisis integral de las políticas fiscales, y en particular el rol de la tributación empresarial. Por ejemplo, una evaluación sistemática *ex ante* sobre los costos y beneficios en términos de derechos humanos de los privilegios fiscales u otras modalidades de beneficios tributarios otorgados a las empresas sería necesario. Esta obligación también implica una evaluación de las consecuencias de las pérdidas causadas por los abusos tributarios transfronterizos.

#### *iv. No-discriminación e igualdad substantiva*

Por su parte, el principio de igualdad y no discriminación es uno de los principios centrales del derecho internacional e interamericano de los derechos humanos. El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) regula el principio de no-discriminación en su Artículo 2.2 y el Comité DESC lo desarrolla en su Comentario General 20. En este último, el Comité establece que “Los Estados partes deben asegurarse de que existan, y se apliquen, planes de acción, políticas y estrategias para combatir la discriminación formal y sustantiva en relación con los derechos recogidos en el Pacto, tanto en el sector público como en el privado (...). Las políticas económicas, como las asignaciones presupuestarias y las medidas destinadas a estimular el crecimiento económico, deben prestar atención a la necesidad de garantizar el goce efectivo de los derechos sin discriminación alguna.”<sup>52</sup> En el ámbito regional, el derecho a igual protección de la ley sin discriminaciones está establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 24. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico.

Como ha dicho la Relatoría Especial sobre Pobreza Extrema y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas al respecto, “la recaudación de ingresos es una herramienta fundamental para que los Estados aborden y corrijan la discriminación sistémica y garanticen la igualdad de acceso a los derechos económicos, sociales y culturales...Por ejemplo...un Estado con una base impositiva muy reducida o que no aborda la evasión fiscal puede resultar en su incapacidad para financiar la protección social o servicios

<sup>49</sup> Comité DESC. Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España (25 de abril de 2018). E/C.12/ESP/CO/6, párr. 16.1

<sup>50</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales sobre el cuarto informe de Paraguay, E/C.12/PRY/CO/4 (19 Mar 2015), párr. 10, CESCR, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales sobre, E/C.12/NAM/CO/1 (23 de mayo de 2016). Párr. 24.

<sup>51</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales sobre el informe inicial de Burundi, E/C.12/BDI/CO/1 (15 Octubre de 2015), párr. 14; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Guatemala, E/C.12/GTM/CO/3 (8 de diciembre de 2014), párr. 8.

<sup>52</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 20, párr.38

públicos adecuados y accesibles, una situación que probablemente creará o afianzará las desigualdades.”<sup>53</sup>

Para mitigar las desigualdades estructurales, incluidas las desigualdades étnicas y de género, los Estados—en su análisis integral de sus políticas fiscales—deberían evaluar el impacto diferencial que sus políticas de tributación corporativa imponen sobre los diferentes grupos, en particular los que sufren discriminación estructural. El Comité DESC ha considerado los instrumentos de política tributaria como herramientas que pueden afectar o promover derechos de grupos específicos a través de la regulación de las actividades empresariales. Por ejemplo, en el examen de Mongolia de 2015, sugirió que el Estado parte debería considerar la reducción de los impuestos, según sea necesario, para legalizar las actividades de los mineros en pequeña escala.<sup>54</sup> Y en el examen de Uganda de 2015, se recomendó al Estado reintroducir beneficios fiscales como incentivos para contratar personas con discapacidad.<sup>55</sup>

#### v. *Transparencia, participación y rendición de cuentas*

La naturaleza de los derechos implica la existencia de mecanismos para hacerlos exigibles, la transparencia en la información sobre las políticas<sup>56</sup> y la participación informada de las personas en las decisiones que pueden afectar sus derechos.<sup>57</sup> En su informe sobre Pobreza y Derechos Humanos, la CIDH ha enfatizado que los derechos de participación, rendición de cuentas, transparencia y acceso a la información, “son principios fundamentales plenamente aplicables a las políticas fiscales. De ese modo, deben implementarse en todo el ciclo de las políticas, desde la elaboración de los presupuestos y los códigos tributarios o la asignación de gastos hasta la supervisión y evaluación de las consecuencias.”<sup>58</sup>

Como lo ha señalado la Relatoría Especial sobre Pobreza Extrema y los Derechos Humanos, el acceso a la información es particularmente relevante en el ámbito de la movilización de los recursos financieros públicos y las responsabilidades corporativas. Las políticas fiscales deben ser sometidas al escrutinio de la población durante las etapas de diseño, implementación y evaluación, y teniendo en consideración las asimetrías de

<sup>53</sup> Report of the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights, Magdalena Sepúlveda Carmona (22 de mayo de 2014). UN. Doc. A/HRC/26/28, par. 22 (traducción propia)

<sup>54</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales sobre el quinto informe de Mongolia, E/C.12/MNG/CO/4 (7 de julio de 2015). Párr. 16.

<sup>55</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales sobre el reporte inicial de Uganda, E/C.12/UGA/CO/1 (8 de Julio de 2015). Párr. 19.

<sup>56</sup> El Artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece que el derecho a la libertad de expresión comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información. De manera similar, el Artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos protege el derecho y la libertad de buscar y recibir información. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) reconoce que el acceso a la información es un derecho universal y expresamente estableció el derecho de “buscar y recibir información” del gobierno. Ver. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006.

<sup>57</sup> Los Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales determinan que “para avanzar en la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, es indispensable unir todos los esfuerzos a nivel nacional con el fin de convocar la participación de todos los sectores de la sociedad. La participación popular es necesaria en cada etapa del proceso, incluyendo la formulación, aplicación y revisión de políticas nacionales.” Principios de Limburgo, No. 11.

<sup>58</sup> CIDH, ‘Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas’ pág. 502.

poder frente a actores corporativos, sobre todo de las personas que pueden ser directamente afectadas por estas políticas, incluyendo las personas viviendo en la pobreza. En palabras de la Relatoría, “la población debería tener acceso a toda la información relevante en un formato accesible y comprensible, y deberían ponerse en marcha mecanismos inclusivos que aseguren su participación activa en las decisiones relevantes frente a estas políticas”.<sup>59</sup>

Finalmente, la Relatoría antes citada ha señalado que “para garantizar la rendición de cuentas, las políticas fiscales, incluidas, por ejemplo, aquellas que otorgan incentivos fiscales a inversores extranjeros, deben estar abiertas a la supervisión judicial y los funcionarios públicos deben ser responsables de decisiones que pueden poner en riesgo el disfrute de los derechos humanos. También deberían establecerse mecanismos accesibles de quejas y reparaciones.”<sup>60</sup>

#### *vi. Obligaciones extraterritoriales en el contexto de la tributación corporativa*

Como ha clarificado el Comité DESC y varios otros órganos en varias ocasiones, es obligación de los Estados prevenir y proteger contra los abusos de derechos humanos que resultan de conductas empresariales bajo su jurisdicción, tanto dentro como fuera de su territorio. Esta **obligación de cooperación internacional** se ha expresado más específicamente en el contexto de la tributación corporativa cuando tanto el Comité DESC, como el Comité CEDAW y el Comité de Derechos del Niño han reconocido que las políticas tributarias de un país pueden tener graves consecuencias para la capacidad de otros países de movilizar los ingresos tributarios necesarios a través de la recaudación de los impuestos corporativos.<sup>61</sup>

En su Observación General 24 en el contexto de las actividades empresariales, el Comité DESC refinó aún más su posición sobre las obligaciones de los Estados de cooperación internacional en materia de la tributación corporativa:

“Para luchar contra las prácticas fiscales abusivas de las empresas transnacionales, los Estados deben combatir las prácticas de fijación de precios de transferencia e intensificar la cooperación internacional en cuestiones de tributación, así como estudiar la posibilidad de hacer tributar a las multinacionales como empresas individuales y que los países desarrollados impongan una tasa mínima de impuesto de sociedades durante un período de transición. La reducción del impuesto de sociedades con el único fin de atraer inversores fomenta una competencia a la baja que, en última instancia, merma la capacidad de todos los Estados de movilizar recursos a escala nacional para hacer efectivos los derechos

<sup>59</sup> Report of the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights, Magdalena Sepúlveda Carmona (22 de mayo de 2014). UN. Doc. A/HRC/26/28, par. 22 (traducción propia)

<sup>60</sup> Report of the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights, Magdalena Sepúlveda Carmona (22 de mayo de 2014). UN. Doc. A/HRC/26/28, par. 23 (traducción propia)

<sup>61</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Suiza (25 de Noviembre de 2016). UN. Doc. CEDAW/C/CHE/CO/4-5, par. 40-41.

del Pacto. Como tal, esa práctica es incompatible con las obligaciones que incumben a los Estados partes en virtud del Pacto. Una protección excesiva del secreto bancario y unas normas permisivas en materia de impuestos de sociedades pueden afectar a la capacidad de los Estados en que se están llevando a cabo actividades económicas para cumplir su obligación de movilizar el mayor número posible de recursos disponibles con miras a aplicar los derechos económicos, sociales y culturales.”<sup>62</sup>

El Fondo Monetario Internacional ha reconocido que estos ‘derrames tributarios’ son económicamente significativos, especialmente en países en vías de desarrollo.<sup>63</sup> “En este sentido,” el informe de la Relatoría Especial sobre Pobreza Extrema y los Derechos Humanos antes citado sostiene que , “proporcionar una vía para que ... las empresas transnacionales eludan sus obligaciones tributarias (por ejemplo, mediante el establecimiento de paraísos fiscales) podría ser contrario a las obligaciones de asistencia y cooperación internacional, ya que puede socavar directamente la capacidad de otro Estado para movilizar los recursos máximos disponibles para la realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales. Esto podría obstaculizar a los residentes de ese Estado para disfrutar, por ejemplo, de sus derechos a la salud, la educación o la seguridad social.”<sup>64</sup>

En consecuencia, los Estados de la región deben llevar a cabo evaluaciones de impacto sobre los derechos humanos ex ante y post-facto en otros países de los derrames fiscales atribuidos a sus políticas, acuerdos y prácticas tributarias. Estas evaluaciones deben ser periódicas e independientes, con participación ciudadana en la definición los riesgos y los impactos extraterritoriales potenciales. Si los resultados de estas evaluaciones de impacto son negativas el estado debe proponer recomendaciones explícitas y de haberse producido violaciones de derechos humanos, proveer mecanismos de acceso a justicia y reparación, así como garantías de no repetición de dicha conducta. Más allá de las evaluaciones del impacto, la obligación de cooperación internacional, en el marco de la política fiscal, implica que los Estados contribuyan en la construcción de un sistema de reglas internacionales sobre la tributación de empresas multinacionales que cierren las brechas legales que permite los abusos tributarios transfronterizos.<sup>65</sup>

## **B. Responsabilidades de las empresas en materia de la política tributaria**

<sup>62</sup> Comité DESC. 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. UN. Doc. E/C.12/GC/24 Ibid., párr. 20. Véase Comité DESC. Observaciones finales al sexto informe periódico del Reino Unido. E/C.12/GBR/CO/6, párr. 16 y 17, y relacionado también CEDAW/C/CHE/CO/4-5, párr. 41.

<sup>63</sup> IMF Policy Paper, 2014. ‘Spillovers in International Corporate Taxation’ en <http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2014/050914.pdf>

<sup>64</sup> A/HRC/26/28, para. 32

<sup>65</sup> Ver e.g. ICRICT, 2018. “Una hoja de ruta para mejorar las reglas de tributación de las multinacionales

El Marco de Empresas y Derechos Humanos de la ONU establece como uno de sus principios fundacionales que las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos. Eso significa que “deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación”.<sup>66</sup> Adicionalmente, la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos implica que “las empresas no deben menoscabar la capacidad de los Estados para cumplir sus propias obligaciones en materia de derechos humanos.”<sup>67</sup> Como se ha dicho antes la disponibilidad de recursos es un elemento esencial para garantizar los derechos humanos, en particular los derechos económicos y sociales. Cuando las empresas eluden sus obligaciones en materia tributaria son responsables de la reducción de los recursos para la protección y garantía de los derechos humanos. En otras palabras, la obligación de pagar impuestos es una responsabilidad de las empresas con la sociedad y una obligación jurídica como contribuyentes del erario público.

Se ha desarrollado desde la sociedad civil una serie de propuestas sobre las medidas que deberían tomar las empresas para respetar los derechos humanos en sus prácticas tributarias.<sup>68</sup> Por ejemplo, en su planificación fiscal, las empresas deberían tomar medidas para mostrar públicamente que paga impuestos en el lugar donde sus operaciones comerciales realmente suceden, y que no solo registran sus ganancias a través de entidades legales ubicadas en jurisdicciones con impuestos bajos o nulos. Un grupo corporativo responsable será transparente si publica la información que permite a las personas interesadas en cada jurisdicción donde tiene una filial o residencia fiscal, comprobar su renta gravable, y obtener información sobre cómo se calculan y distribuyen sus beneficios y ganancias internacionalmente. Además, como parte de su debida diligencia, una empresa responsable debe trabajar para diseñar y construir sistemas internos de evaluación que prevengan o mitiguen el impacto en los derechos humanos de cualquier estructura o transacción tributaria.

Finalmente, en su relación con el estado, las empresas también deben cesar de buscar tener injerencia o acceso especial en la formulación de políticas fiscales, o la elaboración de leyes que no se otorgan a otros grupos de contribuyentes. Las empresas deberían cesar de hacer lobby para obtener beneficios, incentivos y tarifas fiscales especiales que son innecesarias o que tienen un impacto negativo para los derechos humanos, y deberían apoyar aquellas medidas de los Estados dirigidas a combatir los abusos tributarios transfronterizos.

---

<sup>66</sup> Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar” UN. Doc. HR/PUB/11/04, principio 11.

<sup>67</sup> *Ibíd.*, principio 11, comentario

<sup>68</sup> Ver ActionAid, ChristianAid, Oxfam, 2015. “Getting to Good: Toward Responsible Corporate Tax Behaviour”

#### **4. CONCLUSIONES**

Como ha quedado reflejado en el presente documento, las malas prácticas corporativas en materia fiscal son un obstáculo estructural para la garantía de los derechos humanos en las Américas. Las normas de derechos humanos proveen un marco de referencia para guiar tanto las prácticas corporativas en materia tributaria como las respuestas de política de los Estados frente a estas. Es por ello que resulta fundamental que se avance en la clarificación y sistematización de los estándares normativos regionales sobre las políticas fiscales y se formulen directrices y recomendaciones orientadas a que los Estados de la región cumplan sus obligaciones en esta materia.





# **CAPÍTULO 7**

# **EMPRESAS**

# **SOSTENIBLES**



# El círculo virtuoso entre el respeto a los derechos humanos y los negocios sostenibles



**Laura Belfiore**

Lic. en Recursos Humanos de la Universidad del Salvador (USAL). Posgrado en Desarrollo Internacional de la University of British Columbia, Canadá. Responsabilidad Social Empresaria de la Universidad Católica de Córdoba, Argentina, y Derechos Humanos de la Curtin University, Australia.

**1. Evolución histórica del rol de la empresa en la sociedad**

---

En términos simples, la sostenibilidad corporativa puede entenderse como una nueva forma de gestionar los negocios que busca equilibrar la generación de lucro con el respeto a las personas y al medioambiente, en un marco de ética y transparencia. Sin dudas, la sostenibilidad se inscribe en un proceso de profunda reflexión acerca del rol que las empresas tienen en las sociedades que las acogen, el cual ha sufrido importantes transformaciones a lo largo de la historia moderna.

Durante la segunda mitad del siglo XIX, el proceso de industrialización se caracterizó por una marcada desprotección de la clase obrera en los ambientes fabriles, sujeta a magros salarios, largas jornadas, escasas medidas de higiene y seguridad, y hacinamiento. En este contexto, surgen las primeras preocupaciones de empresarios británicos con conciencia social que abogaban por una conducta responsable hacia los trabajadores, como Robert Owen y los hermanos Cadbury.

Hacia inicios del siglo XX en los Estados Unidos, los filántropos corporativos como John Rockefeller y Andrew Carnegie realizan significativas donaciones para asistencia social e investigación académica, entendiendo que los hombres de negocios de la época debían redistribuir los beneficios en función del interés público. Paralelamente, en 1919 se funda la Organización Internacional del Trabajo (OIT), con una composición tripartita integrada por representantes de los gobiernos,

de los sindicatos y de los empleadores; ello sentó las bases del trabajo digno y se consideró la generación de empleo de calidad como una contribución fundamental de las empresas para el progreso de la sociedad.

Durante las décadas de 1960 y 1970, se alza la influyente voz de Milton Friedman, economista de la Escuela de Chicago, quien defiende la idea de que la principal responsabilidad social de la empresa consiste en la actividad económica y en maximizar el beneficio de los accionistas. Es decir, una visión de empresa encerrada en sí misma.<sup>1</sup>

Las décadas de 1980 y 1990 abren el debate social sobre la ética empresarial ante la consolidación del poder económico y la capacidad de *lobby* de las empresas multinacionales, así como por el aumento de la cobertura en la prensa internacional de abusos de derechos humanos en las cadenas de suministro, desastres ambientales y fraudes contables de grandes proporciones cometidos por reconocidas empresas. La especulación bursátil, la cultura de lucro cortoplacista, la utilización de información privilegiada, la falta de transparencia y las abultadas compensaciones ejecutivas, entre otros factores, generaron una pérdida de legitimidad y una crisis de confianza social hacia el sector privado.

Con la llegada del 2000, se hace palpable la necesidad de una globalización más inclusiva y de una reconfiguración de las relaciones entre las comunidades y las empresas. Ante la presión de la sociedad global hiperconectada y empoderada, se multiplican estándares e iniciativas internacionales de sostenibilidad que orientan a las empresas sobre la forma idónea de gestionar los negocios responsables y rendir cuentas públicas. Se destacan el Pacto Global de las Naciones Unidas, la ISO 26000 sobre Responsabilidad Social, las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, los Principios para la Inversión Responsable, el *World Business Council for Sustainable Development*, Sistema B, y el *Global Reporting Initiative*, entre otros.

## 2. La sostenibilidad como modelo de negocios

La sostenibilidad corporativa representa un cambio de paradigma hacia una empresa abierta, que dialoga con la sociedad, que crea valor para los diferentes grupos con los cuales se relaciona, y que informa de manera transparente los impactos positivos y negativos de su gestión.

La sostenibilidad escapa a la lógica cortoplacista. En la medida en que los mercados maduran, las empresas se orientan a la construcción de reputación y confianza con sus grupos de interés en el largo plazo. Entre los beneficios de adoptar una gestión sostenible, encontramos el acceso a fuentes de crédito, la reducción de riesgos operativos y reputacionales, menor litigiosidad, la atracción y retención del talento y la fidelización de los consumidores y clientes.

Los negocios sostenibles generan ámbitos laborales estables, saludables e inclusivos, mejoran la eficiencia de sus operaciones, adoptan tecnologías respetuosas con el medioambiente, apuestan a la circularidad y a la reducción de residuos, desarrollan productos y servicios seguros y asequibles, monitorean sus impactos en la cadena de valor, establecen relaciones de confianza con las comunidades aledañas, abogan por reglas de mercado claras y fortalecen su gobierno corporativo.

La Agenda 2030, la nueva agenda de desarrollo que enmarca los esfuerzos globales entre 2015 y 2030, explicita las expectativas de las Naciones Unidas hacia el sector privado en el Objetivo 12 sobre "Modelos de producción y consumo responsable", se identifican allí las prácticas de gestión sostenible y los informes de sostenibilidad como vías de implementación de la Agenda. En la Resolución de la Asamblea General del 25 de septiembre de 2015, las Naciones Unidas hacen una invitación a las empresas en tanto actores clave del desarrollo que pueden contribuir a la construcción de sociedades más prósperas, equitativas y pacíficas:

La actividad empresarial, la inversión y la innovación privadas son los grandes motores de la productividad, el crecimiento económico inclusivo y la creación de empleo. Reconocemos la diversidad del sector privado, que incluye tanto a

1. KLIKSBERG, B., *Ética para empresarios*, Ediciones Ética y Economía, Buenos Aires, 2013.

las microempresas como a las cooperativas y las multinacionales. Exhortamos a todas las empresas a que aprovechen su creatividad e innovación para resolver los problemas relacionados con el desarrollo sostenible. Fomentaremos un sector empresarial dinámico y eficiente, protegiendo al mismo tiempo los derechos laborales y los requisitos sanitarios y ambientales de conformidad con las normas y los acuerdos internacionales pertinentes y otras iniciativas que se estén llevando a cabo en esta esfera, como los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos y las normas laborales de la Organización Internacional del Trabajo, la Convención sobre los Derechos del Niño y los principales acuerdos ambientales multilaterales, para quienes sean parte en ellos.<sup>2</sup>

**“La sostenibilidad corporativa representa un cambio de paradigma hacia una empresa abierta, que dialoga con la sociedad, que crea valor para los diferentes grupos con los cuales se relaciona, y que informa de manera transparente los impactos positivos y negativos de su gestión”**

### 3. La agenda de derechos humanos de las empresas sostenibles

Los derechos humanos se relacionan con la justicia social, con la dignidad y con la igualdad de oportunidades, con garantizar que todas las personas tengamos acceso a las condiciones materiales e inmateriales que nos garanticen una vida plena.<sup>3</sup>

2. Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/70/1. “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, septiembre de 2015, p. 33.

3. Red Argentina del Pacto Global de Naciones Unidas, “Guía de derechos humanos para empresas. Proteger, Respetar y Remediar. Todos

En el contexto de sus operaciones, las empresas pueden generar tanto impactos positivos como negativos, y afectar los derechos humanos de los diversos actores con los cuales se relacionan, entre ellos, los colaboradores, los proveedores, los consumidores y las comunidades.

En 2011, la responsabilidad de las empresas por respetar los derechos humanos se formalizó en los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, los cuales establecen la importancia de contar con un compromiso político al más alto nivel de la organización, un proceso de debida diligencia para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo aborda la empresa su impacto negativo sobre los derechos humanos y, por último, habilitar instancias que permitan remediar las consecuencias negativas de vulneraciones a los derechos humanos, que hayan provocado o contribuido a provocar.

De forma complementaria al respeto a los derechos humanos, las empresas pueden apoyar

la promoción de los derechos humanos de grupos vulnerables mediante acciones voluntarias, ya sea a través de su portfolio de productos y servicios, la inversión social privada, la filantropía, el voluntariado, la incidencia pública, las alianzas público-privadas y las acciones colectivas. Las iniciativas en apoyo de los derechos humanos no deben ser un sustituto de la obligación primaria y fundamental de respetar los derechos humanos en su ámbito de influencia. Las organizaciones socialmente responsables tendrán mayor capacidad y voluntad para

Ganamos”, octubre de 2012. Disponible en: <http://pactoglobal.org.ar/recursos/guia-de-derechos-humanos-para-empresas-proteger-respetar-y-remediar-todos-ganamos/>

apoyar la promoción de los derechos humanos, alineando sus acciones de forma estratégica con el *core* de su negocio.

La Agenda 2030 se encuentra atravesada por los derechos humanos, cuyo objetivo último es "no dejar a nadie atrás". Detrás de cada Objetivo de Desarrollo Sostenible, se encuentran derechos humanos fundamentales. Las empresas pueden aportar su escala, recursos, innovación y eficiencia productiva a causas sociales y ambientales, tales como la erradicación de la pobreza, la equidad de género, la acción contra el cambio climático, la protección de los ecosistemas, la lucha contra la corrupción, entre otros.

#### 4. La sostenibilidad, una inteligente decisión de negocio

##### 4.1 Resiliencia

En los últimos diez años, el *Global Risks Report*<sup>4</sup> producido por el Foro Económico Mundial ha señalado el progresivo cambio en la naturaleza de los riesgos a los cuales se enfrentan las empresas, migrando de económicos y financieros (precio del petróleo, precio de la energía, presión fiscal, etc.) a sociales y ambientales (cambio climático, pérdida de biodiversidad, episodios climáticos extremos, acceso al agua, migración forzada, inestabilidad social, etc.).

En 2020, hemos sido testigos de la disrupción global causada por la pandemia del COVID-19, un desafío de salud pública que impactó al mundo de los negocios y a la organización del trabajo. En la Argentina, un estudio<sup>5</sup> reciente elaborado por la red local del Pacto Global de las Naciones Unidas para indagar acerca de la respuesta del sector privado a la crisis sanitaria evidenció que aquellas organizaciones que contaban con prácticas

de sostenibilidad afianzadas (alineación a principios fundamentales de derechos humanos, trabajo decente, medioambiente y anticorrupción) se encontraron mejor preparadas para dar una respuesta integral, con un enfoque de riesgos ambiental, social y económico. Tales empresas contaron con más protocolos sanitarios, realizaron mayores compras de materiales de protección para sus colaboradores, implementaron más acciones de sensibilización a sus grupos de interés y condiciones de teletrabajo, y experimentaron una menor disrupción a la operación.

A nivel global, empresas líderes en sostenibilidad corporativa como Unilever y Natura dieron el ejemplo al adoptar una perspectiva de derechos a su respuesta a la crisis sanitaria. Estas empresas colocaron a las personas en el centro de la gestión de la emergencia, pusieron el foco en sus colaboradores, proveedores, consumidores y la comunidad en general. Unilever<sup>6</sup> readaptó su portfolio y procesos internos para incrementar la oferta de productos de higiene personal y reducir la elaboración y distribución de golosinas, apoyó a sus proveedores *pymes* con créditos flexibles y pagos adelantados, y realizó grandes donaciones para reforzar la infraestructura de la salud pública en países con bajos niveles de desarrollo. Natura,<sup>7</sup> por su parte, garantizó las fuentes de empleo por un período de sesenta días, redujo la producción de maquillaje y perfumería en favor de productos de higiene personal y alcohol en gel, y lanzó una campaña para visibilizar la violencia de género,<sup>8</sup> un flagelo que cobró fuerza global de la mano de la mayor convivencia doméstica.

##### 4.2 Mercados de capitales

###### 4.2.1 Sostenibilidad y desempeño financiero

La inversión responsable se entiende como la integración de criterios ambientales, sociales y de

4. WORLD ECONOMIC FORUM, "The Global Risks Report 2020", Ginebra, 2020. Disponible en: [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_Global\\_Risk\\_Report\\_2020.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_Global_Risk_Report_2020.pdf)

5. RED ARGENTINA DEL PACTO GLOBAL DE LAS NACIONES UNIDAS, "Respuestas de las empresas argentinas ante el impacto de la cuarentena general en sus operaciones", marzo de 2020. Disponible en: <http://pactoglobal.org.ar/recursos/respuestas-de-las-empresas-argentinas-ante-el-impacto-de-la-cuarentena-social-y-obligatoria-en-sus-operaciones/>

6. Disponible en: <https://unglobalcompact.org/academy/new-leadership-for-a%20global-crisis-covid-19>

7. Disponible en: <https://valor-compartido.com/natura-america-latina-producira-items-esenciales-y-alcohol-en-gel/>

8. Disponible en: <https://www.responsabilidadsocial.net/natura-y-avon-unidas-en-un-movimiento-para-prevenir-y-combatir-la-violencia-domestica/>

gobernanza (ASG) en el análisis y la toma de decisión de inversión. Los factores ASG cubren un amplio espectro de asuntos que tradicionalmente no forman parte del análisis financiero, pero que pueden tener relevancia financiera.

Actualmente, la inversión responsable basada en criterios de sostenibilidad se estima en más de 20 trillones de dólares, equivalente a la cuarta parte de todos los activos administrados profesionalmente en todo el mundo.<sup>9</sup> Otro dato revelador es que el 90% de las empresas listadas en el S&P 500 reportan sobre su desempeño en sostenibilidad.<sup>10</sup>

En los últimos diez años, la evidencia de más de doscientos estudios ha establecido que las empresas sostenibles están asociadas con un desempeño financiero superior, medido en menor costo de acceso al capital, mejor desempeño operacional, mejor gestión de riesgos y mejores rendimientos de inversión.<sup>11</sup> Esta tesis podría verse reforzada por el desempeño bursátil de las empresas listadas en el S&P500 durante el período inicial de la pandemia, marcada por una altísima volatilidad. Los fondos ASG continuaron atrayendo flujos de inversión, aun cuando

se registraron retiros masivos por más de 8,2 billones de dólares en acciones ETF.<sup>12</sup>

**“Las empresas pueden aportar su escala, recursos, innovación y eficiencia productiva a causas sociales y ambientales, tales como la erradicación de la pobreza, la equidad de género, la acción contra el cambio climático, la protección de los ecosistemas y la lucha contra la corrupción”**

El *Dow Jones Sustainability Index (DJSI)*, que por veinte años ha brindado a los inversionistas una guía para invertir en un subconjunto de empresas globales que lideran las prácticas de sostenibilidad en sus respectivas industrias, ha concluido que la eliminación o adición de una empresa al índice tiene un impacto estadísticamente significativo en el precio de sus acciones, ya sea de manera negativa o positiva, respectivamente.<sup>13</sup>

#### 4.2.2 Una aproximación a la región latinoamericana

Ante el creciente interés de los inversionistas sobre el desempeño no financiero de las empresas, cada vez más los reguladores de los mercados financieros y las bolsas de valores emiten disposiciones sobre el reporte y la divulgación de información ASG.

En América Latina hispanohablante, los cinco mercados de capitales con una capitalización bursátil doméstica

superior a los 30.000 millones de dólares (la Argentina, Chile, Colombia, México y Perú) rinden cuentas sobre su desempeño en sostenibilidad. Cuatro de ellas han desarrollado un índice de sostenibilidad propio y participan del *Dow Jones Sustainability Index (DJSI)*, el cual mide el

9. Disponible en: <https://www.forbes.com/sites/georgkell/2018/07/11/the-remarkable-rise-of-esg/>

10. Disponible en: <https://www.globenewswire.com/news-release/2020/07/16/2063434/0/en/90-of-S-P-500-Index-Companies-Publish-Sustainability-Reports-in-2019-G-A-Announces-in-its-Latest-Annual-2020-Flash-Report.html>

11. CLARK, G., FEINER, A. Y VIEHS, M., "From the Stockholder to the Stakeholder: How Sustainability Can Drive Financial Outperformance", University of Oxford y Arabesque Partners, marzo de 2015. Disponible en: [https://arabesque.com/research/From\\_the\\_stockholder\\_to\\_the\\_stakeholder\\_web.pdf](https://arabesque.com/research/From_the_stockholder_to_the_stakeholder_web.pdf)

12. SUBRAMANIAN, S., "The Growing Role of ESG", Bank of America, agosto de 2020. Disponible en: <https://about.bankofamerica.com/en-us/what-guides-us/savita-subramanian-focus-esg-factors-resiliency.html#fbid=b0oLBq7H0Hd>

13. Disponible en: <https://www.spglobal.com/en/research-insights/featured/the-benchmark-that-changed-the-world-celebrating-20-years-of-the-dow-jones-sustainabilitytm-indices>

desempeño de las empresas líderes en sostenibilidad, como resultado de la metodología de puntuación *Corporate Sustainability Assessment* (CSA) de RobecoSAM.<sup>14</sup> De las 762 empresas con oferta pública de acciones en las bolsas de valores priorizadas, el 37,5% cuenta con por lo menos un reporte de sostenibilidad publicado (predominantemente bajo los lineamientos del *Global Reporting Initiative*) y el 62,2% es firmante del Pacto Global de las Naciones Unidas. Cuando se analiza el contenido de los temas sociales cubiertos en los informes de sostenibilidad, se evidencia que una alta proporción (el 72%) de empresas reportan su desempeño en Diversidad e Igualdad de Oportunidades, y priorizan la lucha por la equidad de género y la participación y empoderamiento femenino en sus estrategias corporativas. La Evaluación Social de los Proveedores constituye el tema menos frecuente en los informes, lo que sugiere una falta de madurez organizacional para trasladar las políticas, prácticas y evaluaciones de sostenibilidad a la cadena de suministro.

Otro importante estudio regional, el Segundo Informe de Progreso Latinoamericano que se basa en los resultados de la evaluación CSA realizada en 2019, muestra que las empresas de la región están avanzando gradualmente en la integración de los factores ASG en su gestión básica, con destaque para los indicadores de prácticas laborales sobre diversidad, igualdad de remuneraciones y libertad de asociación, cuyas puntuaciones son superiores al promedio mundial.<sup>15</sup>

#### 4.2.3 Inversión responsable y derechos humanos

Cabe destacar que los inversionistas institucionales, en tanto actores empresariales, están llamados a respetar los derechos humanos, en línea con las orientaciones previstas en los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos.

Los inversionistas institucionales deben evaluar detenidamente el desempeño de las empresas que integran sus portafolios de inversiones, ya sean estas empresas privadas o de propiedad estatal. La perspectiva de derechos humanos debe transversalizar el ciclo de las inversiones:<sup>16</sup> comunicando sus expectativas sobre el respeto a los derechos humanos en sus páginas web y foros públicos a sus grupos de interés y a las empresas que integran sus carteras, con el fin de redoblar los controles en sectores económicos, industrias, o entornos geográficos de alto riesgo de vulneraciones a los derechos humanos, y emplear su influencia para inducir al cambio de comportamiento de empresas de su cartera que hayan generado daños.

Los inversores deben conocer los riesgos relacionados con sus actividades de inversión en personas, colectivos y comunidades, y transparentar la forma en que gestionan tales riesgos. La desinversión debería ser el último recurso por emplearse, y reservarse para los casos de impactos adversos más graves, tentativas fallidas de mitigación o cuando la mitigación es inviable. La decisión de la desinversión debería ser comunicada formalmente para ejercer mayor presión sobre la empresa cuestionada.

### 4.3 Construcción de confianza y reputación

La sociedad global se encuentra atravesada por una crisis de confianza. Los ciudadanos creen haber perdido la dignidad y el respeto que gozaban en sus países, las creencias arraigadas en la meritocracia y la esperanza en un futuro mejor se diluyen, se teme a las *fake news* y al ritmo desenfadado de las nuevas tecnologías y a su impacto en el mundo del trabajo. El modelo capitalista de desarrollo está en tela de juicio, con un 56% de ciudadanos opinando que genera más daños que beneficios<sup>17</sup>.

La academia, los centros de investigación y los movimientos sociales liderados por ciudadanos son vistos hoy como los actores principales en el liderazgo

14. GLOBAL REPORTING INITIATIVE Y AG SUSTENTABLE: "Divulgación ASG y de sostenibilidad en mercados de capitales: una mirada a América Latina", diciembre de 2020.

15. ROBECOSAM Y CENTRO VINCULAR: "SAM Corporate Sustainability Assessment. Informe de progreso de América Latina 2019", diciembre de 2019. Disponible en: [https://www.spglobal.com/esg/csa/static/docs/Informe\\_de\\_progreso\\_de\\_America\\_Latina\\_2019.pdf](https://www.spglobal.com/esg/csa/static/docs/Informe_de_progreso_de_America_Latina_2019.pdf)

16. INVESTOR ALLIANCE FOR HUMAN RIGHTS, "Investor Toolkit on Human Rights", Nueva York, mayo de 2020. Disponible en: <https://investors-forhumanrights.org/investor-toolkit-human-rights>

17. EDELMAN, "Edelman Trust Barometer 2020", enero de 2020. Disponible en: <https://www.edelman.com/trustbarometer>

de la agenda del desarrollo sostenible, en oposición a los gobiernos nacionales, los inversionistas institucionales y el sector privado.<sup>18</sup> En términos de confianza, medida por las variables "competencia técnica" (ser hábil en su actividad) y "conducta ética" (integridad, transparencia, confiabilidad y propósito), las empresas son evaluadas como competentes, pero poco éticas, en tanto la ética es considerada tres veces más importante que la competencia técnica por parte de los ciudadanos globales. Por ende, la competencia técnica por sí sola no es un atributo que genera confianza social, sino que las empresas deben redoblar sus esfuerzos por ser y demostrar ética, así como transparencia en su accionar.

A medida que se fortalece la comprensión e implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, se multiplica el uso de indicadores, índices y *benchmarks* impulsados por las organizaciones de la sociedad civil que tienen por función el escrutinio de los compromisos y acciones de las empresas en torno de los derechos humanos. Entre las iniciativas internacionales más reconocidas, podemos citar la campaña *Behind the Brands* de Oxfam, el *Corporate Human Rights Benchmark (CHRB)* de la *World Benchmarking Alliance* y el *Business and Human Rights Resource Centre*, así como iniciativas orientadas a la cadena de suministro como *Know the Chain* y sectoriales, como la *Responsible Mining Index*.

La mayor parte de las mencionadas iniciativas coinciden en que el escrutinio público es una herramienta efectiva para impulsar cambios positivos en

el desempeño de las empresas en materia de respeto a los derechos humanos. En su edición 2019, el *Corporate Human Rights Benchmarking* indica que el 75% de las empresas listadas en el ranking mejoró su desempeño durante un período de tres años, al estar sujetas a una presión del tipo *race to the top*. Otro hallazgo interesante del CHRB es que las empresas que son participantes de iniciativas sectoriales o de sostenibilidad como, por ejemplo, el Pacto Global de las Naciones Unidas, el *World Business Council for Sustainable Development* o el *Fair Labour Association*, doblaron el desempeño de aquellas que no lo son. El compromiso requerido por el liderazgo de la organización es determinante para impulsar planes más ambiciosos.

*Behind the Brands* consistió en un monitoreo del impacto social y ambiental de las diez mayores empresas de alimentos

y bebidas del mundo a partir de información pública, entre 2013 y 2016. El *scorecard* empleado por Oxfam se basaba en indicadores ASG, con énfasis en las condiciones de trabajo de la cadena de suministro y el uso de recursos naturales. En el informe de cierre del proyecto,<sup>19</sup> Oxfam concluye que todas las empresas mejoraron su desempeño, profundizaron su conocimiento sobre su respectiva cadena de valor y realizaron mayores compromisos públicos y revisión de políticas y programas, sobre todo vinculados a la igualdad de género, los derechos a la tierra y el cambio climático.

Finalmente, el *Business and Human Rights Resource Centre* apela al recurso del *shame and name* a través de su *newsletter* semanal, el cual detalla las novedades en la agenda internacional de derechos humanos y empresas,

**“La competencia técnica por sí sola no es un atributo que genera confianza social, sino que las empresas deben redoblar sus esfuerzos por demostrar ética, así como transparencia en su accionar”**

18. GLOBESCAN, "The GlobeScan-Sustainability Survey. 2020 Sustainability Leaders". Disponible en: <https://globescan.com/2020-sustainability-leaders-report/>

19. Disponible en: <https://www.oxfam.org/en/research/journey-sustainable-food>



y presenta las alegaciones sobre vulneraciones a los derechos humanos efectuadas por personas y colectivos hacia las empresas. Las empresas aludidas tienen la posibilidad de presentar sus descargos, los cuales son incluidos en el *newsletter*. Igualmente, aquellas empresas que no responden a la invitación de comentar por parte del *Centre* son mencionadas como "respuesta no presentada". Desde la implementación de este recurso, el *Centre* ha efectuado 4000 acercamientos a empresas, con una tasa de respuesta del 75%.<sup>20</sup>

## 5. Conclusión

Hemos entrado en la "Década para la Acción", los diez años cruciales para acelerar las respuestas a los desafíos ambientales y sociales planteados por las Naciones Unidas en la Agenda 2030. En su informe de septiembre pasado,<sup>21</sup> este organismo internacional advierte que los esfuerzos globales realizados hasta el momento han sido insuficientes y que la pandemia del COVID-19 ha exacerbado desigualdades e injusticias existentes, en tanto los grupos vulnerables como las mujeres, los niños y las niñas, los migrantes y las personas con discapacidad son los más afectados.

La agenda de derechos humanos y empresas continuará evolucionando y madurando, tomando un nuevo impulso en 2021 de la mano de la nueva hoja de ruta<sup>22</sup> por ser diseñada por el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, sobre la base del proceso de consulta global actualmente en curso. Veremos un movimiento creciente del *soft* al *hard law*, en el que los Planes de Acción Nacionales en Derechos Humanos y Empresas implementados por casi treinta Estados alrededor del mundo, se verán complementados por regulaciones más rígidas como aquella sobre debida diligencia social y ambiental en las cadenas de suministro, actualmente en discusión en el seno de la Unión Europea.

Las voces de los organismos internacionales, la sociedad civil y la academia coinciden en que la colaboración y la acción colectiva son las bases para la recuperación y la reconstrucción de la confianza. La humanidad está interconectada, y sin solidaridad, todos perdemos. La solución es la respuesta coordinada, de todos los sectores, público y privado, actuando bajo los mismos valores y con sentido de urgencia.<sup>23</sup> Hoy más que nunca, el mundo precisa más, no menos, sostenibilidad.

**“La solución es la respuesta coordinada, de todos los sectores, público y privado, actuando bajo los mismos valores y con sentido de urgencia”**

20. Disponible en: <https://www.business-humanrights.org/en/about-us/>

21. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, "Informe de los Objetivos de Desarrollo 2020", septiembre de 2020. Disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/progress-report/>

22. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Business/Pages/UNGPsBizHRsnext10.aspx>

23. PACTO GLOBAL DE LAS NACIONES UNIDAS, "UN Global Compact Progress Report 2020". Disponible en: <https://www.unglobalcompact.org/library/5747>



# La búsqueda de la justicia por la participación de actores empresariales y la comisión de delitos de lesa humanidad en la Argentina



**Gabriel Pereira**

Abogado (Universidad Nacional de Tucumán), Magíster en Ciencias Sociales con Especialización en Democracia y Democratización en la University College London (Reino Unido), Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnica (CONICET) y presidente de Abogadas y Abogados del Noroeste Argentino en Derechos Humanos y Estudios Sociales (ANDHES).

**Josefina Doz Costa**

Socióloga (UBA). Diplomada en Diseño, Monitoreo y Evaluación de Proyectos de Inversión Pública y Consejera Directiva de ANDHES.

**Pablo Gargiulo**

Abogado de la Universidad Nacional de Tucumán (UNT) y coordinador del Área de Empresas y Derechos Humanos de ANDHES.

**Cynthia Ovejero**

Coordinadora del Área de Pueblos Originarios de ANDHES.

**Rodrigo Scrocchi**

Abogado de la Universidad Nacional de Tucumán (UNT) y miembro del Área Empresa y Derechos Humanos de ANDHES.

\*El presente trabajo reúne informes y análisis publicados en diferentes estudios realizados por miembros de la *Advancing Human Rights Initiative* de la Universidad de Oxford y de la Fundación ANDHES. Esos trabajos fueron parte de proyectos interdisciplinarios y buscan dialogar con audiencias que incluyen, pero no se limitan, al ámbito jurídico. El lenguaje usado en ellos, y por lo tanto en este trabajo, simplifica la terminología técnico-jurídica que tradicionalmente se utiliza en trabajos propios del ámbito del derecho. Asimismo, el estilo de citas se acomoda a este tipo de convencionalidades.

---

**1. Introducción**


---

Víctimas, familiares y organizaciones de derechos humanos han denunciado la complicidad económica en todo el mundo.<sup>1</sup> El lema "Democracia o Corporaciones" sostenido por la movilización popular en conmemoraciones del Día Nacional por la Memoria, Verdad y Justicia a partir de la segunda década del siglo XXI simboliza el creciente activismo detrás de este reclamo en la Argentina. Asimismo, la participación de actores económicos en la implementación del terrorismo de Estado en América Latina ha sido largamente documentada. Comisiones de la verdad y un largo recorrido académico muestran que empresas nacionales y transnacionales, privadas y mixtas, medianas y de gran tamaño, se han visto involucradas en diferentes formas de complicidad económica.

Sin embargo, los procesos de Memoria, Verdad y Justicia (MVJ) en la región, también llamados "procesos

---

1. Estos esfuerzos han sido recopilados en la base de datos "Rendición de Cuentas Empresarial en Justicia Transicional" [CATJ (por sus siglas en inglés), una base de datos creada por un equipo de investigación de la Universidad de Oxford liderado por la profesora Leigh Payne; Gabriel Pereira forma parte del mencionado equipo]. La CATJ identifica 1273 actores económicos mencionados como cómplices económicos en 62 países. Contiene cuatro categorías de datos sobre mecanismos de JT: datos "históricos" de juicios sobre el Holocausto; información sobre comisiones de la verdad; acciones judiciales contra actores económicos (desde la década de 1960 hasta el presente); y alegaciones de complicidad empresarial en el conflicto armado de Colombia encontradas en treinta y cinco fallos emitidos por los tribunales de Justicia y Paz, entre 2011 y 2015.

de justicia transicional”, se ocuparon marginalmente de la complicidad económica. Como resultado, tal cual lo destaca la Comisión Interamericana, existe una brecha de impunidad respecto de la rendición de cuentas de estos actores en el continente americano (Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, 2019).

En este contexto, la Argentina, ya considerada uno de los protagonistas en la escena global por sus innovaciones en materia de justicia transicional (Payne, Lessa y Pereira, 2015), añadió una nueva dimensión a sus herramientas en materia de lucha contra la impunidad. Con más de veinte casos judiciales contra actores económicos iniciados en los últimos quince años, se ha convertido en un líder mundial en materia de responsabilidad corporativa en contextos de justicia transicional (Payne, Pereira y Bernal-Bermúdez, 2020; en prensa).

El protagonismo argentino no está dado por la obtención de un gran número de condenas de actores económicos, sino, más que nada, por iniciar y sostener un proceso continuo en el que se observa una persistente y creciente movilización de organizaciones de sobrevivientes y familiares como de otras organizaciones de derechos humanos, y el despliegue de innovaciones jurídicas e institucionales para superar la impunidad corporativa. La experiencia en nuestro país incluye destacados ejemplos de superación de la impunidad incluso en relación con corporaciones multinacionales, como la condena en marzo de 2019 de dos altos funcionarios de la Ford Motor Company. Pero a la vez, hubo casos de impunidad, como el relacionado con la empresa Techint. En esa oportunidad, la Corte Suprema anuló una decisión de un tribunal inferior, tras argumentar que los plazos de prescripción se aplican a las demandas laborales contra las empresas, incluso cuando están relacionadas con crímenes de lesa humanidad. Entre estos dos extremos, existe todavía un grupo de casos que se encuentran abiertos.

Este artículo se propone discutir cómo sucede ese proceso innovador. En primer lugar, se revisa rápidamente cómo se ha abordado la búsqueda de justicia contra actores económicos, para lo cual se destacan los avances y retrocesos de los casos identificados para este trabajo. Nos interesa aquí llamar la atención sobre una práctica judicial, denominada *stop-motion*,<sup>2</sup> que ralentiza el normal desarrollo de estas causas. Ilustramos esta práctica a través de la causa denominada “La Fronterita”, de la provincia de Tucumán. En segundo lugar, más allá de estos obstáculos, el trabajo se propone identificar algunas de las innovaciones que han posibilitado empujar los casos y, en ocasiones, sortear estos impedimentos.

Este estudio contribuye a una incipiente literatura sobre complicidad empresarial. Desde el trabajo fundacional de la Comisión Internacional de Juristas (2009) y el volumen editado de Michalowski (2014), estudios de diferentes disciplinas se han centrado principalmente en dos elementos interrelacionados: cómo se ha producido la complicidad empresarial (Bohoslavsky y Torelly, 2014; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación *et al.*, 2016; Basualdo, Berghoff y Bucheli, 2020), y cómo los perpetradores económicos han sido o podrían estar sujetos a mecanismos de justicia transicional (Sharp, 2014; Grosecu, 2019; Payne, Pereira y Bernal-Bermúdez, 2020). Estos dos componentes han sido abordados simultáneamente, sobre todo, en estudios de casos de países como la Argentina (Verbitsky y Bohoslavsky, 2015), Chile (Bohoslavsky, Fernández y Smart, 2019), Colombia (Sánchez León *et al.*, 2018) y Uruguay (Bohoslavsky, 2016).

2. Tomamos prestada la metáfora del periodista Alejandro Jasinski (2020), quien usó la idea del *stop-motion* para graficar la resistencia del Poder Judicial a las que se enfrentan víctimas, familiares, organizaciones de derechos humanos y fiscales a la hora de buscar justicia en este campo.

## “Argentina se ha convertido en un líder mundial en materia de responsabilidad corporativa en contextos de justicia transicional”

A su vez, esta literatura tiende puentes entre dos ámbitos de la academia y la práctica de los derechos humanos. El primero, circunscripto a lo que denominamos *Empresas y Derechos Humanos*, investiga los patrones de abusos actuales o cómo prevenirlos, qué sectores de la industria, países o regiones tienen más probabilidades de perpetrar estas violaciones; y qué políticas o prácticas corporativas, estatales o globales tienen más probabilidades de prevenirlas o reducirlas. Estos estudios no analizan los orígenes y patrones de la violencia corporativa durante tiempos no democráticos y proponen el litigio transnacional en los tribunales del Norte Global como las vías más efectivas para hacer que las empresas rindan cuentas por su participación en las actuales violaciones de derechos humanos (Payne y Pereira, 2016). Mientras tanto, la literatura sobre justicia transicional (JT) se ha centrado casi exclusivamente en la violencia llevada a cabo por las fuerzas estatales y sus aliados paramilitares.

Antes de avanzar con el contenido de este trabajo, es conveniente hacer una breve referencia acerca del uso de determinados conceptos. El movimiento internacional de derechos humanos suele referir, en términos generales, a "**empresas**"; sin embargo, en este documento, seguimos a un grupo de autores y autoras (Payne, Pereira y Laura Bernal-Bermúdez, 2020) que proponen la utilización del término "**actores económicos**", en cuanto el concepto de "empresas" limita la capacidad de captar el fenómeno de manera completa, ya que deja de lado a otros actores que, también definidos por su actividad económica, aunque no formalmente constituidos como empresas, participaron en delitos de lesa humanidad en Latinoamérica. Por otro lado, se utiliza el término "**complicidad**"

para referirnos a la variedad de formas posibles de participación de actores económicos en estos crímenes. Este sentido del término, ya propuesto tanto en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos (Comisión Internacional de Juristas, 2008), como en el de los estudios sociolegales, busca dar cuenta de que los actores económicos individuales no están actuando por su cuenta. En cambio, forman parte —no como ciudadanos individuales, sino como actores económicos— de la estructura violenta en la que se producen violaciones a derechos humanos en el marco de regímenes autoritarios, y están directa o indirectamente involucrados en las violaciones a los derechos humanos que en ese contexto se producen. El uso que hacemos del concepto "complicidad" no tiene, ni pretende tener, la acepción que se le atribuye en la técnica jurídica. Esta licencia nos permite referirnos al fenómeno de forma interdisciplinaria, y no necesariamente circunscripta al ámbito jurídico.<sup>3</sup>

## “El protagonismo argentino está dado por iniciar y sostener un proceso continuo en el que se observa una persistente y creciente movilización de organizaciones de sobrevivientes y familiares como de otras organizaciones de derechos humanos”

### 2. Vaivenes en el establecimiento de la responsabilidad legal de actores económicos por crímenes de lesa humanidad en la Argentina

El Estado argentino adoptó una actitud ambivalente frente al reclamo de rendición de cuentas de actores económicos involucrados en la perpetración de delitos de lesa humanidad. Hacia principios de la segunda década de este milenio, parecía ubicarse a la vanguardia de los intentos por reconfigurar su sistema institucional a fin de cumplir con las

3. La decisión de utilizar el concepto de "complicidad" escapa, por lo tanto, a los criterios que se imponen como límite para una imputación penal y se vincula con un uso mucho más político que jurídico del término.

obligaciones internacionales de satisfacer el derecho al acceso a la justicia, a la verdad y a la reparación de las víctimas y sus familiares. Sin embargo, como un *déjà-vu* de las primeras dos décadas de la lucha por la MVJ, cuando se observaron profundos avances y retrocesos, estas primeras iniciativas fueron interrumpidas y varias de ellas desechadas entre 2015 y 2020. Luego, particularmente en relación con algunas causas judiciales, se observaron nuevos impulsos.

En un contexto donde el derecho internacional de los derechos humanos avanza todavía lentamente (Payne, Pereira, y Bernal Bermúdez, en prensa), el Estado argentino se adelantó con ímpetu para abordar estos reclamos, pero la iniciativa estatal no logró sobrevivir el cambio de gobierno en 2015.

En cuanto a reformas institucionales, el Congreso de la Nación Argentina tuvo la oportunidad de implementar medidas trascendentales para facilitar el acceso a la justicia y establecimiento de la verdad respecto del involucramiento en crímenes de lesa humanidad tanto de personas físicas como de personas jurídicas. La primera de ellas, puesta en vigor en agosto de 2015 como parte de una reforma más amplia del Código Civil Argentino, estableció la imprescriptibilidad de acciones civiles causantes de daños derivados de delitos de lesa humanidad, entabladas tanto contra personas físicas como jurídicas. No obstante, el uso de este tipo de reclamos se encuentra gravemente limitado por la jurisprudencia de la Corte Suprema, que, como veremos más adelante, rechaza este tipo de reclamos. Además de esta jurisprudencia adversa, el reclamo civil encuentra un dique en el riesgo de que los demandantes deban cubrir los gastos profesionales de quienes defienden a los acusados ante una sentencia adversa.

Otras dos iniciativas encontraron un punto muerto en manos del mismo Congreso. En diciembre de 2015, este cuerpo creó la "Comisión Bicameral de la Verdad, la Justicia, la Reparación y el Fortalecimiento de las Instituciones de la Democracia" con el fin de identificar las complicidades económicas y financieras durante la última dictadura militar. Más allá de algunos aspectos discutibles del diseño de esta Comisión, como el hecho de estar constituida solo por representantes del Congreso y con nula participación de la sociedad civil, su creación permitió la incorporación de una

perspectiva integral a la cuestión de actores económicos y delitos de lesa humanidad, y resaltó la necesidad de establecer la verdad más allá de las respuestas judiciales. Lamentablemente, esta Comisión nunca fue puesta en funcionamiento.

El segundo intento fallido de facilitar la rendición de cuentas judicial fue la reforma del Código Penal. Ante la iniciativa del Poder Ejecutivo, la Cámara de Diputados de la Nación aprobó un proyecto vanguardista en esta temática, que consistió en establecer sanciones para personas jurídicas que cometieran diferentes tipos de delitos, entre ellos, delitos de lesa humanidad. Sin embargo, en 2017, el Senado de la Nación reformó la propuesta aprobada por la Cámara baja, y limitó sustantivamente el marco de responsabilidad penal, por lo que dejó fuera a estos delitos.

Recién en 2020, se tomó una nueva decisión institucional de apoyar el proceso de justicia en este campo. La Secretaría de Derechos Humanos de la Nación creó la Unidad Especial de Investigación de los Delitos de Lesa Humanidad Cometidos con Motivación Económica. Esta unidad puede cumplir un rol determinante en reforzar y coordinar las iniciativas implementadas en el pasado, aunque discontinuadas entre 2015 y 2019, que se tradujeron, entre otras, en la presentación de querrelas institucionales en juicios penales y el desarrollo de investigaciones en conjuntos con actores de la academia y la sociedad civil (punto al que regresamos en la tercera sección de este trabajo).

La respuesta del Poder Judicial siguió un similar derrotero en el ámbito de las reformas institucionales, tal cual se discute en el próximo apartado.

### **a. La búsqueda de la justicia respecto de la complicidad de actores económicos**

Víctimas, familiares y organizaciones de derechos humanos impulsaron por lo menos 24 casos de complicidad económica desde que se reabrió la vía judicial del proceso de MVJ argentino entre 2003 y 2005.

Inicialmente, diferentes juzgados adoptaron un enfoque innovador y vanguardista respecto de la responsabilidad legal tanto de personas jurídicas como físicas. La Argentina es uno de los países con mayor

actividad judicial en casos de complicidad empresarial del mundo (Payne, Pereira y Bernal-Bermúdez, 2020). De acuerdo con la base de datos CATJ (mencionada anteriormente), de las 55 causas judiciales identificadas a nivel mundial, 24 se llevaron o se llevan a cabo en nuestro país.<sup>4</sup> El litigio se concentra mayoritariamente en la responsabilidad penal individual de funcionarios de alto rango, directivos, accionistas y propietarios de empresas (21 casos). Sin embargo, también se iniciaron casos en los que se busca la responsabilidad legal de las empresas como personas jurídicas en el fuero Laboral (dos casos) y en el Contencioso Administrativo (dos casos). Por otro lado, estos procesos no solo se han concentrado en la responsabilidad civil o penal por la participación en la comisión de delitos de "sangre", sino que, además, se ha buscado establecer la responsabilidad por delitos como el lavado de dinero (un caso) y financiamiento al terrorismo de Estado (dos casos). (Payne, Pereira y Bernal-Bermúdez, 2020).

En términos de resultados, otro estudio, aún en elaboración, de la *Advancing Human Rights Initiative* observa **pocos avances en términos de justicia**. Hasta el momento, se ha llegado a la condena firme de un solo actor económico, la empresa SIDERCA. En el ámbito penal, dos condenas se encuentran pendientes de revisión: en la causa conocida como "La Veloz", la condena al dueño de la empresa fue revocada por la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal el 4 de octubre de 2017. Esta decisión, a su vez, fue apelada ante la Corte Suprema, que actualmente tiene que decidir sobre el caso. Mientras tanto, en el caso "Ford", la condena dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 de San Martín, se encuentra pendiente de apelación ante la Cámara Federal de Casación Penal.

4. Este documento se basa solo en los casos incorporados en la mencionada base de datos, por lo que no es un análisis exhaustivo de la totalidad de casos contra actores económicos en nuestro país. Por razones metodológicas, los casos incorporados en esta base de datos son aquellos que han sido identificados en informes de organizaciones de derechos humanos, organismos internacionales o en medios de prensa digital. Asimismo, se incorporaron a esta base de datos los casos en cualquiera de sus instancias procesales, incluso desde el momento de la denuncia. Teniendo en cuenta estos criterios, es posible que existan otros casos no incluidos en este trabajo. Agradecemos a la profesora Leigh Payne, la Dra. Laura Bernal-Bermúdez y al Dr. Gabriel Pereira por facilitarnos los datos relacionados con los casos que se discuten en este documento.

Por otro lado, el mismo trabajo observa que **los actores económicos tampoco han logrado obtener un alto número de absoluciones y sobreseimientos**. Existe en la actualidad solo una sentencia absoluta firme, dictada por la Corte Suprema en favor de la empresa Techint en un caso laboral. Por otro lado, hay solo un sobreseimiento firme en favor de individuos, en la causa "Las Marías (I)" y un archivo de la causa en contra de un grupo de bancos en el caso conocido como "Financistas". Asimismo, hay solo una sentencia absoluta en el ámbito penal, dictada en el caso "Las Marías (III) - Héctor María Torres Queirel" en fecha 24 de agosto de 2018, por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Corrientes, la cual se encuentra actualmente bajo apelación ante la Cámara Federal de Casación Penal (Payne, Pereira y Bernal-Bermúdez, 2020).

El resto de las causas se encuentra en procesos de investigación, en instancias previas al inicio del juicio en causas penales o sin finalizar la instancia probatoria en casos de otras jurisdicciones. El retraso de esas causas es significativo (15 de ellas se iniciaron antes de diciembre de 2015), a pesar de que muchas de ellas han sido intensamente impulsadas por miembros del Ministerio Público y las querellas particulares.

Los cambios de gobierno sucedidos en los últimos años sirven para analizar la evolución del proceso de litigio en su conjunto. Desde la reapertura del proceso de justicia entre 2003 y 2005 hasta fines de 2015, se consolidó el incipiente movimiento hacia la investigación y sanción de aquellos actores económicos involucrados en la comisión de crímenes de lesa humanidad. Los estudios académicos mencionados en esta sección advierten que, a partir de diciembre de 2015, con el gobierno de Mauricio Macri, el proceso de justicia se debilitó, tal cual lo sucedido respecto del proceso de Memoria, Verdad y Justicia en general.

Durante este período, los 15 casos que se encontraban en la etapa previa al juicio no tuvieron avances sustanciales. Es más, los jueces de Primera Instancia, tribunales de Apelación y la propia Corte Suprema dictaron (o confirmaron, de acuerdo con el caso) la "falta de mérito" en seis procesos. Por otro lado, la absolución a Torres Queirel en la causa "Las Marías II" ocurre durante este período, así como también se revocó la condena en contra de Marcos Levin en la causa "La Veloz I". Asimismo,



la Corte Suprema revocó la sentencia de Segunda Instancia que condenaba a la empresa Techint en el fuero Laboral (Payne, Pereira y Bernal-Bermúdez, 2020).

Este debilitamiento, sin embargo, no se ha traducido en un cierre total de la vía judicial. Por el contrario, observamos que el 85% de las causas contra actores económicos se encuentra en trámite. Si bien esto puede tomarse como un dato desalentador en función de la demora de estos procesos, para los fines de este documento, encontramos también en este escenario una oportunidad para la intervención efectiva de diferentes instituciones estatales que apoyen el reclamo de las víctimas y sus familiares en contra de actores económicos. En la última sección de este trabajo, volvemos con algunas reflexiones en este sentido. Ahora, el trabajo se detendrá en el modo *stop-motion* por el que atraviesan varias de estas causas aún pendientes.

## **b. El efecto *stop-motion* en la búsqueda de la justicia**

Como se destacó más arriba, una gran proporción de causas se encuentran abiertas. De las causas penales, por lo menos 14 se encuentran en etapas previas a juicio. Por un lado, es posible afirmar que se advierte cierto movimiento, pero el movimiento es lento y muchas veces casi imperceptible si consideramos que varias de ellas permanecen en esas instancias desde 2015. En otras palabras, el movimiento de estas causas se produce en un modo *stop-motion*. La lentitud de estos procesos es un valioso recurso para los acusados entrados en edad, quienes podrían evadir una condena debido a enfermedades propias de la vejez o por su fallecimiento. Este paso del tiempo, que ha sido denunciado como el "punto final biológico" por organismos de derechos humanos, es a la vez una herramienta para jueces que no quieren avanzar en estos procesos, pero que, a la vez, no desean exponerse a la crítica pública por cerrar causas de estas características.

Este lento tránsito se produce a partir de un conjunto de situaciones, bien conocido en causas de lesa humanidad, que se subsumen en dos aspectos: la estrategia dilatoria de las defensas y la actitud evasiva de algunos fiscales, jueces y tribunales de Apelación; esto permite que las causas queden enredadas en una maraña de cuestiones procesales que dilatan el normal desarrollo de las investigaciones.

En concreto, el tránsito en modo *stop-motion* se activa, o resulta aún más visible, cuando los fiscales requieren el procesamiento de los acusados. Aquí, en varias de las causas aún en proceso de investigación, la respuesta de jueces y tribunales es el dictado de polémicas decisiones de "falta de mérito" que dan lugar a una espiral recursiva que empantana la investigación de diversos actores económicos. La causa "La Fronterita" es un ejemplo de esta situación.

## **La causa "La Fronterita"<sup>5</sup>**

En 2015, el fiscal federal Pablo Camuña inició una investigación. La evidencia probatoria del caso sugiere que el ingenio La Fronterita, y el grupo Minetti, al cual pertenecía al momento de cometerse los hechos, habrían contribuido sustancialmente a la implementación del terrorismo de Estado que, desde 1975, tuvo entre sus objetivos el aniquilamiento del movimiento obrero y de su dirigencia sindical en la provincia de Tucumán a partir del llamado "Operativo Independencia", que consistió en la primera intervención masiva de las fuerzas armadas y de seguridad en el país, en contexto de un plan sistemático de exterminio.<sup>6</sup>

Este operativo incluyó un esquema de ocupación territorial de los pueblos del suroeste de Tucumán que pasaron a ser puntos rojos en la topografía del terror hasta, por lo menos, 1979 (Camuña, 2016).<sup>7</sup> Esa ocupación no fue casual. Tal cual lo describe Nassif (2016), para esa época la agroindustria azucarera se había constituido

5. Es importante destacar que esta causa tiene su antecedente inmediato en la llamada causa "Operativo Independencia", mencionada más adelante en este trabajo. En ella ya se plantean varios aspectos presentes en "La Fronterita" y que se mencionan aquí, principalmente respecto tanto de la necesidad de dejar de lado la periodización tradicional que propone la convergencia de los fenómenos de terrorismo de Estado y dictadura, como de la identificación de la clase obrera como objetivo del terrorismo de Estado. Un excelente análisis de estos y de otros aspectos novedosos de la causa "Operativo Independencia" se pueden consultar en Jemio y Vitar (en prensa).

6. A pesar de las denuncias de sobrevivientes y familiares de obreros realizadas en los primeros años de la transición (Jemio y Vitar, en prensa), los crímenes ocurridos durante el "Operativo Independencia" se juzgaron en un juicio que empezó recién en 2016. En septiembre de 2017, se condenó a diez imputados por la comisión de crímenes de lesa humanidad en contra de 270 víctimas.

7. Para un análisis detallado del esquema represivo del "Operativo Independencia", consultar Jemio y Vitar (*ibidem*).

en la principal actividad económica en esa zona de la provincia. Esos pueblos albergaban un movimiento obrero activo, protagonista de la resistencia obrera y de valiosas conquistas laborales en la provincia durante la segunda mitad del siglo XX.

La tensión entre dueños de ingenios, productores cañeros y obreros industriales y rurales fue un rasgo permanente de la política provincial (Nassif, 2015; 2016; 2018a). El movimiento obrero se potenció con la conformación de la Federación Obrera Tucumana de la Industria Azucarera (FOTIA) en 1944 y con el fortalecimiento de los sindicatos de base en los ingenios y en las fincas cañeras. La FOTIA se convirtió, desde entonces, en un actor destacado de la política tucumana y del sindicalismo nacional (Nassif, 2015). Como se destaca en el informe "Responsabilidad empresarial en delitos de lesa humanidad: Represión a trabajadores durante el terrorismo de Estado" (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación *et al.*, 2016). Sin dudas, la movilización obrera del azúcar alcanzó un alto protagonismo por su resistencia contra las políticas de la dictadura de Onganía en 1966. Durante este gobierno de facto, se dispuso

el cierre de 11 de los 27 ingenios azucareros existentes en Tucumán, la eliminación de entre 40.000 a 50.000 puestos de trabajo solo en la agroindustria azucarera, la emigración de la provincia de más de 200.000 personas y la profundización del proceso de concentración monopolista de la industria azucarera. En el período democrático subsiguiente, la conflictividad en el sector no se apaciguó, y la resistencia obrera se mantuvo firme, tal cual lo ilustra una de las huelgas más importantes de esa década, llevada a cabo por La FOTIA en 1974 y que implicó

la paralización de la zafra en plena molienda (*ibídem*). En ese contexto, el sindicato de obreros de fábrica y de surco del ingenio La Fronterita se consolidó como un actor clave al enfrentar a la empresa en diversos conflictos por mejores condiciones de trabajo y participar en las huelgas del sector (*ibídem*).

En este contexto, se produce la ocupación militar de los pueblos que albergaban a gran parte del movimiento obrero azucarero de la provincia, lo cual implicó la ocupación física del espacio público, incluidos lugares con gran carga simbólica como ingenios, exingenios y escuelas rurales, y la intervención militar de todas las actividades sociales. Como lo sostiene Camuña, el fiscal de la causa, esos espacios ocupados se convirtieron en grandes campos de concentración a cielo abierto, en donde todos eran cautivos (Camuña, *ibídem*). Esa ocupación limitó drásticamente el accionar político y laboral del movimiento obrero (Nassif, 2018a).

En estas circunstancias, un cierto sector del empresariado local se convirtió en partícipe de la comisión de delitos de lesa humanidad, particularmente en contra de obreros y líderes sindicales. La prueba, sobre todo

testimonial, recolectada en 11 juicios seguidos principalmente contra actores estatales, sugiere que por lo menos 22 actores empresariales participaron en violaciones de derechos humanos entre 1975 y 1983. Justamente, 14 de esas firmas están vinculadas a la industria azucarera. (Doz Costa *et al.*, 2016).

La cantidad de víctimas relacionadas con la complejidad económica asciende a trescientas doce personas, de acuerdo con un estudio preliminar de la organización de derechos humanos ANDHES. Alrededor de un 55% de

**“El ingenio La Fronterita, y el grupo Minetti habrían contribuido sustancialmente a la implementación del terrorismo de Estado que, desde 1975, tuvo entre sus objetivos el aniquilamiento del movimiento obrero y de su dirigencia sindical en la provincia de Tucumán”**

las víctimas eran trabajadores de las mismas empresas que participaron en delitos de lesa humanidad. Además, alrededor del 70% (60) de esas personas desarrollaba algún tipo de actividad gremial. Asimismo, la comisión de delitos de lesa humanidad contra 125 víctimas (el 37% de los casos relevados) tuvo lugar antes de marzo de 1976, y la mayoría (117), durante el "Operativo Independencia". (Doz Costa *et al*, *ibídem*).

Por su parte, la causa iniciada en contra de los propietarios y directivos del ingenio "La Fronterita" sugiere que estos tuvieron una participación relevante en este proceso. Ellos habrían realizado aportes sustanciales para que las violaciones a los derechos humanos tuvieran lugar en la forma y gravedad en la que sucedieron, pero no habrían participado materialmente en la comisión de los delitos (Camuña, *ibídem*).

En primer lugar, la empresa cedió voluntariamente distintos sectores de su predio y edificios a las Fuerzas Armadas para que asentaran una base militar que funcionó también como centro clandestino de detención.<sup>8</sup> Esta cesión, que duró por lo menos cuatro años, incluyó la colaboración con el mantenimiento y logística de la base y el centro clandestino, así como también la construcción de nuevos edificios para uso militar.<sup>9</sup> Desde allí, los militares llevaron a cabo operaciones permanentes de patrullaje, seguridad y control de la población de las localidades circundantes y de las colonias del propio ingenio, y cometieron todo tipo de atropellos, como secuestros de personas de sus viviendas o lugares de trabajo, cautiverio en el centro clandestino, torturas y abusos sexuales (*ibídem*).

8. Además de la fábrica y refinería de azúcar, la firma José Minetti y Cía. poseía grandes extensiones de tierra cultivada con caña de azúcar. En su territorio también se encontraban las "colonias", grupos de casas donde vivían obreros y sus familiares. Según releva el informe "Responsabilidad empresarial en delitos de lesa humanidad: represión a trabajadores durante el terrorismo de Estado" (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación *et al.*, 2016), había siete colonias, unas eran arrendadas y otras eran directamente administradas por el ingenio. Estas constituían una parcela de tierra de caña sembrada y un conglomerado de casas donde vivían obreros de surco y algunos de fábrica.

9. Por ejemplo, a la llegada de las FF.AA., la empresa relocalizó a obreros alojados en edificios que ocuparía el personal militar, acondicionó otros y hasta construyó nuevas edificaciones para asegurar la instalación militar.

El segundo aporte consistió en la autorización para que los militares se desplazaran libremente por el predio y ejercieran un férreo y público control sobre él. Los militares circulaban y controlaban los caminos internos de la propiedad de la empresa, verificaban la identidad de los que circulaban por allí, los requisaban y los privaban de la libertad. Por ejemplo, en un retén instalado enfrente de la base militar fueron privadas ilegalmente de su libertad 12 personas. Asimismo, esta autorización también les permitió ingresar ilegalmente en más de 20 viviendas de empleados y obreros localizadas en las colonias. Finalmente, les permitió controlar la propia planta del ingenio, donde prestaban servicio los obreros de fábrica y empleados. Por lo menos dos obreros fueron secuestrados directamente de esas instalaciones.

En tercer lugar, la empresa aportó sus propios vehículos para el desarrollo de las tareas de represión clandestina, particularmente para el secuestro y traslado de obreros. Algunos de esos vehículos fueron tomados del propio gremio, cuyos líderes serían luego secuestrados y desaparecidos, y cedidos al poder militar.

El fiscal destaca como cuarto aporte la entrega de información sobre obreros y familiares que la empresa tenía o que produjo específicamente para los militares, en particular de quienes tenían participación sindical. Pusieron, así, a disposición de los militares la estructura empresarial bajo sus órdenes y cooperaron en la tarea de reunir información e identificar *blancos* de las actividades de represión ilegal. Por ejemplo, la empresa realizó un censo de la población que vivía en las colonias o que trabajaba en la planta, y puso esa información recolectada a disposición del personal militar.

El silencio de la empresa frente a los delitos de lesa humanidad se entiende en la investigación como un quinto aporte sustancial. Sus funcionarios y propietarios callaron los hechos que se sucedieron frente a sus ojos, sin asentar denuncia o reclamo. Esta conducta omisiva sugiere que los representantes de la empresa no deseaban obstaculizar el trabajo criminal de los militares.

Estos aportes habrían permitido la comisión de delitos de lesa humanidad contra, por lo menos, 68 personas, de las cuales 44 fueron trabajadores del propio ingenio, 34 vivían en las "colonias", casi todas eran parte del sindicato de la empresa y 51 fueron alojadas en el centro clandestino instalado en la propia empresa (Camuña, *ibídem*).

Entre ellas, se encuentra Jacobo Fidel Ortiz, obrero de surco de la empresa y reconocido líder sindical. En el contexto de esa violencia estatal, cobró protagonismo por su activa participación en la defensa de quienes fueron víctimas del terrorismo de Estado; presentó, como miembro de la comisión directiva el sindicato de obreros del ingenio, recursos legales en defensa de los trabajadores secuestrados, quienes, durante su cautiverio, fueron despedidos por la empresa. Ortiz se presentaba ante la propia empresa y ante las autoridades locales para evitar los despidos indebidos y exigir la liberación de los cautivos. Aun antes de estos sucesos, Ortiz ya era un reconocido líder sindical, que había encabezado como secretario general la recomposición de su sindicato en los años previos al terrorismo de Estado (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación *et al.*, 2016).

En abril de 1976, fue secuestrado por primera vez de su vivienda en las colonias y transportado en un vehículo de la empresa al centro clandestino de detención que operaba en el ingenio. Fue liberado, pero secuestrado nuevamente en junio de ese año. Durante el transcurso de su primer secuestro, la empresa notificó al organismo estatal correspondiente el fin del contrato laboral, debido a la renuncia de Ortiz, la cual habría sucedido, según la empresa, durante el período en que se extendió el primer secuestro.

### **El modo *stop-motion***

En 2015, el fiscal Camuña inició una investigación en contra de cinco acusados, entre los cuales se encuentran directivos, funcionarios y propietarios del ingenio.

Por su parte, la organización de derechos humanos Abogados y Abogadas del Noroeste Argentino en Derechos Humanos y Estudios Sociales (ANDHES) presentó una querrela penal en representación de la familia de Ortiz.

El fiscal pidió la declaración indagatoria y el procesamiento de los acusados en abril de 2018. Antes de pronunciarse sobre la solicitud, el juez interviniente convocó a rendir testimonio entre mayo y julio de 2018. El pedido de declaración indagatoria activó el modo *stop-motion* en la causa.

No fue sino hasta mayo de 2019, casi un año después, cuando el juez tomó una decisión: declaró que no existían pruebas suficientes para procesar a los imputados y ordenó que la investigación se reorientara hacia los delitos cometidos por el Estado y no por actores económicos.

La decisión fue controvertida, tal como indican los escritos de apelación presentados por el Ministerio Público y ANDHES. En primer lugar, presenta una perspectiva sesgada sobre el período de terrorismo de Estado al determinar que los actores estatales actuaron solos en la perpetración de crímenes de lesa humanidad. Y no reconoce que los actores económicos pudieron haber participado en tales delitos. De acuerdo con esta opinión, el juez declaró que los empresarios "fueron víctimas del terrorismo de Estado", junto con los trabajadores del ingenio azucarero y vecinos de la comunidad.

En segundo lugar, esta visión de los acusados como víctimas carecía de pruebas. Los imputados no habían presentado denuncia alguna que acreditara su victimización. No habían proporcionado información a las entidades de la Comisión de la Verdad ni a los tribunales nacionales y locales para que se les confiriera esta condición.

**“El fiscal destaca como cuarto aporte la entrega de información sobre obreros y familiares que la empresa tenía o que produjo específicamente para los militares, en particular de quienes tenían participación sindical”**

Además, a pesar de su vasta experiencia en casos de crímenes de lesa humanidad, el juez se apartó de la jurisprudencia nacional y comparada consolidada sobre el valor probatorio de los testimonios en casos de crímenes de lesa humanidad. Sostuvo que los cientos de testimonios que utilizó el Ministerio Público para acusar a los actores económicos no fueron suficientes para construir una hipótesis de acusación. En ese sentido, devaluó los testimonios de las víctimas y los familiares ofrecidos por la Fiscalía.

Además, el juez concluyó que los imputados no habían obtenido beneficios económicos durante el terrorismo de Estado. Esta conclusión se basó en la interpretación del juez de un informe contable ofrecido por los acusados, que no consideraba las pericias contables aportadas por el fiscal y que demostraban que el Grupo Minetti se había beneficiado del desmantelamiento del sindicato de la empresa.

Esta decisión desencadenó una espiral de apelaciones. Los acusadores apelaron ante un tribunal superior que, en junio de 2020, dos años después de la solicitud de acusación, denegó las apelaciones. Este Tribunal confirmó la "falta de mérito" del juez de Primera Instancia en todos sus fundamentos, incluida la recomendación de desviar la investigación hacia actores económicos.

Los fiscales y ANDHES insistieron en sus recursos, esta vez ante la Cámara de Casación. Este tribunal anuló la decisión de falta de mérito en diciembre de 2020. Solicitó al tribunal inferior, no al juez de Primera Instancia, que dictara una nueva decisión. Hasta el momento, el Tribunal no ha dictado su nueva resolución (Casación, 2020).

Es importante destacar que la decisión del Tribunal de Casación afirmó que las decisiones del primer juez y del Tribunal de Apelaciones constituyeron una desviación del criterio de interpretación y análisis probatorio que la jurisprudencia acepta como consolidada en las investigaciones por crímenes de lesa humanidad.

Por un lado, destacó que en la causa se realizó un análisis probatorio incompleto que no tuvo en cuenta todas las cuestiones planteadas por los acusadores, y, por lo tanto, dejaron de lado aspectos sustanciales del pedido del fiscal y la posición de la querrela. Asimismo, destacó que esas decisiones se basaron en un análisis probatorio fragmentado. Sostuvo que cada pieza de prueba

debe evaluarse como parte integral de una acusación completa y no como piezas fragmentadas. Al respecto, la Sala destacó que la prueba debe ser evaluada de acuerdo con el contexto en el que se desarrollaron los hechos del caso. Además, la decisión enfatizó que tales decisiones socavan los valores de los testimonios, un tipo de prueba crucial en los casos de crímenes de lesa humanidad. En la misma línea, cuestionó esas decisiones por negar el valor de la prueba indirecta en casos de crímenes de lesa humanidad.

Además, la Cámara de Casación alertó sobre el riesgo que decisiones como estas congelen el proceso judicial. Así, señaló que esas decisiones deberían haber incluido pautas específicas e hipótesis de investigación para indagar más a fondo la posible responsabilidad del acusado en lugar de desviar la investigación fiscal a otros posibles perpetradores. En ese sentido, la Cámara concluyó que una decisión de "falta de mérito" basada en una valoración errónea de la prueba y en la falta de lineamientos específicos podría constituir un "sobresimiento" encubierto de las solicitudes de acusación, lo que dejaría el caso en un limbo.

Como resultado del trámite lento que el juez de Instrucción y el Tribunal de Apelaciones le han dado a la causa, la controversial resolución que establece la "falta de mérito" dictada por la Primera y Segunda Instancia, y la espiral de apelaciones que se disparó, la causa "La Fronterita" avanza casi imperceptible, en un modo *stop-motion*. El caso se inició ya hace cinco años y no está cerca de emitirse una decisión final sobre el original pedido de la Fiscalía. Se prevén nuevos recursos, independientemente de lo que decida el Tribunal.

### **3. Innovaciones judiciales e institucionales para el logro de la justicia respecto de la complicidad empresarial**

La incorporación de la dimensión económica en la lucha por la justicia presenta desafíos procesales, probatorios, dogmáticos y políticos de gran envergadura. En el apartado anterior, destacamos solo uno de esos obstáculos. En esta sección, buscamos cambiar la óptica, ya no hacia los obstáculos, sino hacia los

avances y oportunidades que la experiencia de nuestro país brinda para el avance de la justicia en este ámbito.

Sin dudas, fiscales/as, jueces/zas y abogados/as de derechos humanos recurren a estrategias innovadoras para llevar adelante estos litigios. Justamente, como lo marcan estudios académicos (Payne y Pereira, 2017), nuestro país se ha caracterizado por la implementación de nuevas estrategias para alcanzar la justicia. En esta sección, destacamos algunas iniciativas institucionales innovadoras en las que se vieron involucradas diferentes instituciones del Estado y organizaciones de derechos humanos.

### **Mirada innovadora al fenómeno del terrorismo de Estado**

Incluir a los actores económicos en el marco de la lucha por la justicia ha requerido una mirada innovadora que supere los límites tradicionales que dan contorno al terrorismo de Estado, los tipos de delitos que se cometieron y quiénes lo cometieron. Estas visiones determinan también el tipo de procesos judiciales que se han entablado.

En ese sentido, el proceso de justicia en este ámbito ha incluido una mirada que excede las conductas y los delitos que tradicionalmente se asocian al terrorismo de Estado. Por ejemplo, en los casos "Prestamistas de la muerte" (I y II), el eje de las denuncias se centró en los préstamos económicos que algunas entidades financieras realizaron a la última dictadura. Asimismo, en la causa "Lavado de activos", se investiga un delito de naturaleza económica que se habría llevado a cabo a partir del robo de bienes de detenidos/as desaparecidos/as. En las causas "Siderca" y "Techint", se intentó establecer que las empresas demandadas faltaron a sus deberes de protección que como empleadores debieron haber cumplido frente a sus empleados, y que esa falta constituyó un elemento crucial en la cadena de hechos que contribuyeron, en su conjunto, a la desaparición forzada de algunos de sus empleados.

En ese sentido, una importante innovación se dio en el fuero Laboral. Así, la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires estableció en la causa "Cebrynski", contra la empresa Siderca, la imprescriptibilidad de las

acciones por indemnizaciones laborales que surgen de delitos de lesa humanidad. El criterio de la Corte fue que la empresa Siderca no cumplió con deberes específicos de protección respecto de uno de sus empleados secuestrados en un operativo militar y que esa falta constituyó un elemento necesario de la cadena de hechos que posibilitaron la desaparición forzada de la víctima. Este innovador precedente fue retomado por otro tribunal en la causa "Ingenieros" y por la Procuración General de la Nación cuando ese caso alcanzó la instancia de revisión de la Corte Suprema de la Nación. Lamentablemente, la Corte Suprema de la Nación desandó el recorrido de tribunales inferiores al establecer que el reclamo de reparaciones e indemnizaciones por crímenes de lesa humanidad quedaba satisfecho por la política de reparaciones brindada a las víctimas del terrorismo de Estado.<sup>10</sup>

Asimismo, el avance de estas causas ha implicado romper con la lógica del Estado centrista que ubica solo a los actores estatales y paraestatales en el centro de los procesos de justicia por delitos de lesa humanidad. La Argentina ha dado un paso adelante, ubicándose en la vanguardia del movimiento de derechos humanos, al llevar a los tribunales no solo a los individuos, sino también a las empresas.

Si bien la presentación de demandas no penales acarrea ciertos niveles de polémica, dado que estas tienen por objeto cobrar una indemnización, se presentan como una alternativa al potencial punto final biológico al que se enfrentan las causas de lesa humanidad en general. En este sentido, y ante la inminente clausura de la vía penal por enfermedad o fallecimiento de los perpetradores, las vías no penales adquieren particular relevancia, como una forma de posibilitar el acceso a la justicia de las víctimas frente a los perpetradores, como

10. Entre otros aspectos, la sentencia deja de lado un argumento fundamental respecto del acceso a la justicia en casos en los que se acusa a personas privadas de su libertad. El reclamo en causas civiles o laborales no es solo un reclamo reparatorio, sino más bien la única vía judicial existente en el ordenamiento jurídico argentino para establecer la responsabilidad legal de personas jurídicas por estos crímenes. Al no existir vías penales para establecer tales responsabilidades, las demandas laborales y civiles se convierten en la única vía judicial de acceso a la justicia para lograr que se investiguen y sancionen a las empresas involucradas en delitos de lesa humanidad.

fue el caso de la causa "Minera Aguilar" en la que no fue posible continuar con la investigación contra los actores económicos porque uno falleció y el otro padece una enfermedad mental que impide que sea sometido a juicio. Así las cosas, el proceso seguido por la Argentina se posiciona en el marco del esfuerzo internacional por generar las condiciones necesarias para la rendición de cuentas de los actores económicos, por graves violaciones a los derechos humanos. Sin duda, los nuevos desarrollos en el derecho internacional de los derechos humanos establecen obligaciones estatales de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en las que participan actores corporativos.

En este escenario internacional, cabe destacar, por su relevancia, la formulación de los llamados "Principios Rectores sobre Empresas y DD.HH.", que constituyen un instrumento no vinculante, adoptado unánimemente por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en 2011, que recoge las obligaciones existentes de los Estados en materia de empresas y derechos humanos, y articula responsabilidades de las entidades empresariales (ya sean estatales o privadas).<sup>11</sup>

Incluso, recientemente, se han sentado las bases para avanzar en la sanción de un instrumento internacional de carácter vinculante (tratado) en el que se reflejen las responsabilidades de los Estados en materia de Empresas y DD.HH. Así, el 26 de junio de 2014, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas dio un importante paso preliminar como respuesta a las propuestas coordinadas de unos noventa Estados y de más de quinientas organizaciones de la sociedad civil:

## “Incluir a los actores económicos en el marco de la lucha por la justicia ha requerido una mirada innovadora que supere los límites tradicionales que dan contorno al terrorismo de Estado”

el Consejo estuvo de acuerdo en establecer un Grupo de Trabajo Intergubernamental de composición abierta que estudiara los elementos de un tratado internacional sobre empresas y derechos humanos.<sup>12</sup>

En el ámbito interamericano, el reciente informe "Empresas y derechos humanos: estándares interamericanos", de la Comisión Interamericana, clarifica las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos en supuestos en los que las empresas se encuentran de alguna manera involucradas con la realización o vulneración de estos derechos. Específicamente, resalta la brecha de impunidad y la falta de acceso a la justicia que existe en nuestra región respecto de crímenes de lesa humanidad cometidos con participación de estos actores. El "Informe", a su vez, destaca como un avance la calificación de imprescriptibilidad de las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad establecidas

por el art. 2561 del nuevo Código Civil y Comercial argentino, ya que permite demandar civilmente a empresas, como entes colectivos, sin límites de tiempo y reclamar el pago de daños. Finalmente, el "Informe" también señala como una buena práctica la creación de la Comisión Bicameral de Identificación de las Complicidades Económicas y Financieras durante la última dictadura cívico-militar en la Argentina, sobre la cual nos referiremos más adelante (REDESCA, 2019).

### **Coordinación institucional horizontal**

La perspectiva amplia respecto de los actores y delitos incluidos dentro de la dimensión económica de la

11. Ver documento A/73/163 - Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, ONU, 16 de julio de 2018.

12. RODRÍGUEZ GARAVITO, C., *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI*, RODRÍGUEZ GARAVITO, César (editor), 1ª ed., Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2018.

lucha por la justicia requiere miradas interdisciplinarias para abordar el fenómeno criminal en toda su magnitud y desarrollar estrategias de recolección y análisis de la prueba, conducentes a los fines del establecimiento de la responsabilidad legal. En este sentido, quizás en mayor medida que en el proceso de MVJ tradicional, se requiere la participación de diferentes actores estatales para estos fines.

Uno de los trabajos académicos citados anteriormente (Payne, Pereira, y Bernal-Bermúdez) destaca que en el proceso de justicia respecto de actores económicos se observan interesantes, pero aún limitadas, instancias de coordinación institucional horizontal o coordinación "interinstitucional", como se denomina a la participación coordinada de diferentes agencias estatales de diversos ministerios en la implementación de una política pública. Concretamente, algunas agencias públicas han aportado activamente al trabajo realizado por las querrelas y por el Ministerio Público Fiscal en diferentes causas que involucran a actores económicos en delitos de lesa humanidad. Lamentablemente, varias de estas agencias dejaron de ocuparse de la temática durante el gobierno del expresidente Macri.

La **Unidad de Información Financiera** (UIF), que opera en la órbita del Ministerio de Hacienda (art. 92, inc. c de la Ley N° 27260), utilizó la ley argentina de lavado de dinero del año 2000 (Ley N° 25246), recolectó información y apoyó el litigio de algunos casos en los que se investigan los modos en que ciertos actores económicos se beneficiaron de la apropiación de bienes de detenidos/desaparecidos. La propia UIF se presentó como querellante en la causa que denominamos "Lavado de activos". En el mismo caso, participaron también la **Procuraduría de Criminalidad Económica y**

**Lavado de Activos** (PROCELAC) y la Procuraduría de **Crímenes contra la Humanidad** (PCCH – PROCULESA).

Por otro lado, el **Banco Central de la Nación Argentina** creó, en diciembre de 2014, una oficina de Derechos Humanos dentro de su estructura organizativa, destinada a la recolección y clasificación de archivos internos relacionados con actores económicos involucrados en delitos de lesa humanidad. Esta unidad aportó información en varios procesos judiciales, incluida la causa "Papel Prensa".

La propia **Secretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural de la Nación** ha participado como querellante en alrededor de 13 causas. En estos casos, el aporte de la Secretaría ha sido el de impulsar las causas aportando información y apoyando la acusación fiscal. Como mencionamos anteriormente, en 2020, esta Secretaría ha dado un importante paso al crear una unidad especializada en esta temática. En esa línea, ha retomado la senda de apoyar los procesos

que buscan justicia por la complicidad económica, al presentarse como querellante, por ejemplo, en la causa "La Fronterita" que mencionamos en la sección anterior.

En estas causas, se observa una incipiente coordinación horizontal intrainstitucional entre dependencias del Ministerio Público Fiscal. La **PROCULESA** ha trabajado en conjunto con otras oficinas de la Procuración General de la Nación para apoyar las investigaciones llevadas a cabo por diferentes Fiscalías. Por ejemplo, con la **Oficina de Investigación Económica y Análisis Financiero** (OFINEC), elaboró un protocolo para sistematizar las principales medidas procesales tendientes a investigar el aspecto económico de los crímenes de lesa humanidad. El protocolo, único en su tipo según nuestros registros, sugiere que el trabajo de investigación

**“La Argentina  
ha dado un paso  
adelante, ubicándose  
en la vanguardia  
del movimiento de  
derechos humanos,  
al llevar a los  
tribunales no solo  
a los individuos,  
sino también a las  
empresas”**



debe estar dirigido a encontrar evidencia que pruebe la colaboración mutua entre la compañía y las fuerzas represivas; conexiones de naturaleza personal o financiera entre los CEO y el régimen represivo; una correlación entre el secuestro y las desapariciones con las actividades sindicales de las víctimas que se contraponen a los intereses corporativos; el uso de medios logísticos, personales o ideológicos para facilitar o colaborar en la comisión de estos delitos y la obtención de beneficios adicionales a través de una reducción en los derechos y salarios de los trabajadores.<sup>13</sup> Además, las dos unidades también organizaron talleres para su personal sobre cómo delinear y desarrollar investigaciones procesales contra actores económicos.<sup>14</sup> Finalmente, coordinaron esfuerzos con fiscales y participaron en la investigación de varios casos, como "Las Marías I", "Las Marías II" y "Las Marías III";<sup>15</sup> "La Nueva Provincia"; "Loma Negra";<sup>16</sup> "Mercedes-Benz";<sup>17</sup> "Siderca" y "Techint".<sup>18</sup>

### Nuevos actores

Las complejidades y desafíos a los que se enfrenta el proceso de justicia por la responsabilidad de actores económicos han sido también abordados por actores de la sociedad que generalmente no se encuentran directamente involucrados en el litigio de causas de lesa humanidad.

Sin duda, la clase obrera organizada y el pujante sindicalismo que participó en luchas sociales durante las décadas de 1960 y 1970 han sido uno de los objetivos del plan sistemático del terror. En este sentido, en algunas

causas, las **agrupaciones de trabajadores, comisiones directivas y gremios** han decidido participar activamente en el proceso de justicia, por lo que en algunos casos llegaron a constituirse en actores clave. Tal es el caso, por ejemplo, del sindicato del ingenio Ledesma, el gremio de los aceiteros, las comisiones de trabajadores en Techint y Siderca y el colectivo de extrabajadores de la empresa Ford.

Por otra parte, en el proceso se observa también la activa participación de actores académicos que, en alianza con organizaciones de derechos humanos, han realizado aportes técnicos para la elaboración de estrategias legales, como de recolección y análisis de pruebas. Por ejemplo, la **Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO - Sede Argentina)**, a través de su equipo, ha realizado un valioso aporte a la causa "Ford". Además, junto con el **Centro de Estudios Legales y Sociales**, la **Secretaría de Derechos Humanos de la Nación**, el **Programa Verdad y Justicia e INFOJUS**, produjo y editó una investigación que abarca a unas 25 empresas y que incluyó la causa "Ford". Esa investigación tuvo como objetivo visibilizar la participación empresarial en delitos de lesa humanidad durante el terrorismo de Estado y brindar elementos de análisis que pudieran resultar útiles a la hora de promover la rendición de cuentas de esas empresas.<sup>19</sup>

19. En esta misma línea, resulta importante destacar también que existen grupos interdisciplinarios constituidos por investigadores académicos y de la sociedad civil que han venido discutiendo e intercambiando metodologías y experiencias de investigación en la materia. La **Red de estudios sobre "Procesos represivos, empresas, trabajadores/as y sindicatos en América Latina"** ha avanzado en la consolidación de vínculos, intercambios y discusiones entre diversos núcleos de producción académica de distintos países, sobre los impactos económicos, sociales y laborales de las dictaduras en la región. La Red fue conformada en marzo de 2018 en el marco de su primer encuentro en la sede de FLACSO Argentina y tuvo su segundo encuentro en 2019, en la Facultad de Humanidades de la Universidad Nacional de La Plata. El tercer encuentro, planeado para agosto de 2020 en la Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro (Brasil), fue postergado para 2021 a causa de la pandemia por COVID-19. Paralelamente, a la iniciativa de los miembros de esta Red que trabajan sobre la provincia de Tucumán, en noviembre de 2018, ANDHES, FLACSO y el Grupo Interdisciplinario de Arqueología y Antropología de Tucumán (LIGIAAT) llevaron adelante el **"Encuentro de Investigadoras/es sobre Procesos Represivos, Empresas, Trabajadores y Sectores Populares en Tucumán"**, con el objetivo de promover el intercambio entre investigadores y núcleos de producción académica que trabajan sobre procesos represivos en Tucumán, su vinculación con los actores económicos y sus impactos en los trabajadores y sectores

13. Disponible en: <https://www.mpf.gob.ar/dafi/files/2017/10/Lesa-Protocolo-1.pdf>

14. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-256497-2014-10-01.html>; <https://www.fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/avances-en-la-investigacion-de-la-complicidad-empresarial-durante-la-dictadura/>;

15. Disponible en: <http://www.telam.com.ar/notas/201507/111069-alla-namiento-las-marias-documentacion-lesa-humanidad.html>

16. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-256497-2014-10-01.html>

17. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-256497-2014-10-01.html#molinos>;

18. Disponible en: <http://www.infojusnoticias.gov.ar/nacionales/anализan-documentos-de-tenaris-para-determinar-su-rol-en-delitos-de-lesa-10263.html>.

Lo investigado respecto de la empresa Ford fue aportado como prueba documental durante el debate del caso. Asimismo, académicos/as de diferentes campos prestaron testimonio durante las audiencias de juicio. Por ejemplo, el economista e historiador Eduardo Basualdo explicó aspectos clave de las políticas económicas de la dictadura destinadas a beneficiar a industrias particulares e informó cuánto se benefició Ford con ellas; el sociólogo Federico Vocos describió la dinámica de las relaciones laborales en los años 70 y la medida en que los empleadores ejercían un control severo sobre sus empleados y su información personal, un valioso activo de inteligencia utilizado por la compañía para debilitar el movimiento sindical e identificar objetivos para la represión ilegal. También Victoria Basualdo, destacada académica en historia, proporcionó documentos y evidencia utilizada para el informe mencionado anteriormente.<sup>20</sup>

En la misma línea, la organización de derechos humanos **ANDHES** y la **Universidad de Oxford** desarrollaron una alianza tendiente, entre otros objetivos, a recolectar y sistematizar evidencia útil para el litigio de causas en contra de actores económicos. El proyecto conjunto consistió en recopilar y codificar, en una base de datos, las alegaciones de complicidad corporativa durante el período de terror estatal que se encuentran en los archivos judiciales. La metodología desarrollada nos permitió reconocer patrones y configurar perfiles de tipo de víctimas. A partir del análisis de los datos, tomamos el caso de Jacobo Fidel Ortiz, obrero del Surco del ingenio La Fronterita, por considerarlo un caso testigo, con la evidencia más confiable para el litigio estratégico. ANDHES se ha constituido como querellante en la causa "La Fronterita", en representación de la familia Ortiz.

En el marco de la misma alianza, ambas instituciones han iniciado un proceso de reflexión participativa, con el aporte de diversos actores, sobre los aspectos más

salientes, principales obstáculos y desafíos en torno a las investigaciones fiscales en las causas que involucran actores económicos en Latinoamérica y en el país. Aportes y recomendaciones al respecto fueron oportunamente compartidos con el Ministerio Público Fiscal con el propósito de favorecer el avance de las investigaciones fiscales en este tipo de causas.

### **Perspectiva federal**

Alrededor del 50% de los casos mencionados en este documento ha tenido lugar en diferentes provincias más allá de la provincia de Buenos Aires. Estas causas demuestran que el activismo tanto de actores institucionales como de la sociedad civil también se encuentra fuera del centro. La primera condena penal contra actores económicos se dio en la causa "La Veloz del Norte", en la provincia de Salta.

Estas causas, sobre todo las que se tramitan en las provincias del norte del país, sugieren que las características propias de las economías locales influyen sobre los patrones de complicidad empresarial y las estrategias de impunidad llevadas a cabo por diferentes actores locales. En este sentido, por ejemplo, el escenario de ruralidad, donde las empresas se asientan sobre grandes extensiones de territorio, y ejercen un poder cuasi-feudal sobre sus obreros, es completamente diferente a las dinámicas del terror observadas en los polos industriales del centro del país. En el ámbito de la ruralidad, se despliega un tipo de poder particular por parte de los propietarios de la empresa. Muchas veces, como en los casos de los establecimientos manufactureros azucareros, la empresa es propietaria de todo lo que se relaciona con la vida de su trabajador. De su tierra, de su casa, de la escuela donde lleva a sus hijos, del dispensario donde acude cuando está enfermo. El poder de la empresa resulta así absoluto y de características feudales. En estos ámbitos, el trabajador no simplemente "trabaja" para la empresa, sino que le "pertenece" a la empresa. Por otra parte, todas estas relaciones tienen lugar en una especie de "medio ambiente" cerrado, apartado, que tiende a regirse por reglas propias, ajenas a las que regulan las relaciones urbanas.

populares. La iniciativa reunió y puso en diálogo a investigadores/as, equipos e instituciones que trabajan desde distintas perspectivas teóricas, disciplinares y metodológicas en torno al tema particular en la provincia de Tucumán.

20. Disponible en: <https://www.elcoheteealaluna.com/la-clase/>. Para una discusión más detallada de la participación de académicos y académicas en la causa "Ford", ver PAYNE, L.A.; PEREIRA, G. y BERNALBERMÚDEZ, L., 2020.

Esta situación de total sujeción y control, basada en la enorme vulnerabilidad del proletariado rural y en su entera dependencia al orden económico y relacional impuesto por los empresarios, hace que resulte muy difícil, aún hoy, que los miembros de esas comunidades rurales se atrevan a denunciar a los propietarios o administradores de tales establecimientos, máxime cuando ellos mismos, o sus hijos o nietos, todavía mantienen vínculos laborales con las empresas, situación también muy extendida.

Por esta razón, estos escenarios de ruralidad agregan un desafío extra a la tarea de recolectar evidencia para estas causas. Efectivamente, al estar lejos de los centros urbanos, los habitantes rurales muchas veces no han podido aprovechar las iniciativas que, desde el retorno de la democracia en el año 1983, se han sucedido con el propósito de relevar los testimonios de las víctimas del terrorismo de Estado. El habitante rural, por lo general, carece de las herramientas necesarias para gestionar su situación, no sabe a dónde acudir ni con quién hablar en búsqueda de justicia. Sus opciones aparecen como muy limitadas, muchas veces se reducen exclusivamente a la comisaría del pueblo o al delegado político de turno (quienes habitualmente son parte del mismo circuito de dependencia económica con los poderosos actores económicos asentados en el territorio); en consecuencia, no denuncia; su testimonio no se formaliza en ninguna parte, queda así aislado y al margen del movimiento estatal de juicios y reparaciones administrativas.

Finalmente, el hecho de que algunos casos hayan sucedido antes del 24 de marzo de 1976 implica un esfuerzo extra a la hora de conectar a los actores económicos a la cadena de responsabilidades. Efectivamente, además de acreditar los extremos característicos de esta clase de procesos (colaboración material por parte de la empresa con las fuerzas represivas, a través de instalaciones, vehículos, etc.; otorgamiento de información relevante para identificar blancos, realizar acciones tendientes a asegurar la impunidad de los perpetradores, etc.), resulta necesario acreditar la relación existente entre la empresa y los militares o las fuerzas de seguridad, y su grado de participación con ellas, todo en el marco de un plan sistemático de aniquilamiento de adversarios políticos.

## Consideraciones finales

El proceso de justicia en la Argentina se encuentra en una etapa crítica. Los sobrevivientes, familiares de víctimas y organizaciones de derechos humanos han sido el motor del proceso de MVJ de nuestro país, pues lograron orientar los esfuerzos institucionales a fin de determinar la responsabilidad legal de actores económicos. Sin su activismo, permanente e innovador, el proceso de justicia en nuestro país no habría llegado a ser un modelo en el mundo.

Sin embargo, el paso del tiempo es un factor adverso frente a las pretensiones de avanzar en determinar la responsabilidad legal de los perpetradores, particularmente respecto de actores económicos. Ampliar los anillos de responsabilidad a estos actores presenta desafíos enormes, tanto en lo procedimental y probatorio como en lo dogmático. Nuestro país, a pesar de sobresalir en el escenario internacional, no cuenta aún con una práctica institucional aceitada y dinámica para enfrentar estos delitos. El efecto *stop-motion* que empantana las causas, tal como sucede en el caso "La Fronterita", es un ejemplo de cómo las demandas por justicia pueden frustrarse, aun de forma solapada.

No obstante, en este trabajo, sostenemos que la experiencia hasta aquí recorrida es significativa y ofrece ciertos aprendizajes que deben ser recogidos y tenidos en cuenta por las agencias estatales comprometidas con terminar con la impunidad en este ámbito. Una política pública explícita se hace necesaria e imprescindible para romper con los patrones de impunidad. En ese marco, el trabajo mancomunado de actores del ámbito de derechos humanos, la academia, el Poder Judicial, el Ministerio Público Fiscal y el propio Poder Ejecutivo pueden lograr vencer las barreras a las que se enfrenta el proceso de MVJ en la actualidad. Estas fuerzas operan como verdaderas innovaciones institucionales, capaces de vencer la impunidad.

## Bibliografía

ANDHES, *Hacia una política de verdad y justicia sobre la complicidad de actores económicos en delitos de lesa humanidad en el marco del terrorismo de Estado, en la Argentina: Aportes desde la sociedad civil*, San Miguel de Tucumán, 2020. Disponible en: [www.andhes.org.ar](http://www.andhes.org.ar).

BASUALDO, V.; BERGHOFF, H. y BUCHELI, M., *Big Business and Dictatorships in Latin America: A Transnational History of Profits and Repression*, Springer Nature.

CASTAGNOLA, A., *Manipulating Courts in New Democracies: Forcing Judges Off the Bench in Argentina*, Routledge, 2017.

CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, Sala 4, FTU 7282/2016/6/CFC1.

CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES, "Derechos humanos en la Argentina: Informe 2017", 2017.

CRENZEL, E., "Los desafíos de juzgar y castigar violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos", *Tucumán: será justicia. Ensayo sobre los juicios por lesa humanidad*, Gabriel Eduardo Casas, Editorial de la Universidad Nacional de Tucumán, San Miguel de Tucumán, 2018.

DOZ COSTA, J.; PEREIRA, G.; OVEJERO, C. y PAYNE, L.A., "Terrorismo de Estado y complicidad empresarial. Aportes a la justicia transicional. Entre el escenario internacional y el Noroeste argentino", en IX Seminario Internacional Políticas de la Memoria, 2016.

ENGSTROM, P. y PEREIRA, G., "From Amnesty to Accountability: The Ebbs and Flows in the Search for Justice in Argentina", *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability: Comparative and International Perspectives*, LESSA, F. y PAYNE, L.A.(Eds.), Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

FISCALES, "Avances en la investigación de la complicidad empresarial durante la dictadura", 13 de enero de 2015. Disponible en: <https://www.fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/avances-en-la-investigacion-de-la-complicidad-empresarial-durante-la-dictadura/>.

INFOJUS, "La UIF pide ser querellante en la causa por apropiación de bienes", 7 de enero de 2014. Disponible en: <http://www.infojusnoticias.gov.ar/nacionales/lesa-la-uif-pide-ser-querellante-en-causa-por-apropiacion-de-bienes-2835.html>.

JASINSKI, A., "La lista de La Ford | El Cohete a La Luna", *El Cohete a La Luna*, 3 de junio de 2018. Disponible en: <https://www.elcohetealaluna.com/la-lista-de-la-ford/>.

----- "Stop-motion. Resistencia del Poder Judicial a juzgar a empresarios por delitos de lesa humanidad", *El Cohete a la Luna*, 11 de octubre de 2020. Disponible en: <https://www.elcohetelaluna.com/stop-motion/>

JEMIO, A.S. y VITAR, J., "La causa 'Operativo Independencia'. Reflexiones sobre el vínculo entre el acceso a la justicia, acción colectiva y clase social en el proceso de justicia en Tucumán", THUS, V. y SILVEYRA, M. (Eds.), *El proceso de juzgamiento por crímenes de Estado en la Argentina. Reflexiones a 15 años de la reapertura de las causas*, EUDEBA, (en prensa).

KECK, M.; SIKKINK, K. y MURILLO, L.S., "Redes transnacionales de Cabildeo e Influencia", *Foro Internacional* 39 (4) (158), 404-28, 1999.

LESSA, F.; OLSEN, T.D.; PAYNE, L.A.; PEREIRA, G. y REITER, A.G., "Overcoming Impunity: Pathways to Accountability in Latin America", *International Journal of Transitional Justice* 8 (1), (2014a). Disponible en: <https://doi.org/10.1093/ijtj/ijt031>.

LESSA, F., "Investigating Crimes against Humanity in South America: Present and Future Challenges", 2018.

PITA, M.V. y PEREYRA, S., "La centralidad de las víctimas en la movilización social contemporánea", *Movilización de víctimas y demandas de justicia en la Argentina contemporánea*, PITA, M.V. y PEREYRA, S. (Eds.), 1ª Ed., Teseo, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2020, pp. 19-66.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, *Responsabilidad empresarial en delitos de lesa humanidad: represión a trabajadores durante el terrorismo de Estado*, tomo I, FLACSO, Centro de Estudios Legales y Sociales, y Sistema Argentino de Información Jurídica, Buenos Aires, 2016.

NASSIF, S., "Protagonistas olvidados: las luchas obreras en Tucumán en los años 60 y principios de los 70", *Estudios* N° 34, julio-diciembre, 2015, pp. 159-76.

-----Tucumán en llamas. El cierre de los Ingenios y la lucha obrera contra la dictadura (1966-1973), Universidad Nacional de Tucumán (UNT), Tucumán, Argentina, 2016.

----- "Terrorismo de Estado en la Argentina: Tucumán y la ofensiva contra los obreros de la agroindustria azucarera", *Revista Interdisciplinaria de Estudios Agrarios*, N° 48 (1er semestre), (2018a).

CAMUÑA, P., "Requerimiento de Instrucción - Causa 'Ingenio La Fronterita s/averiguación de delito (lesa humanidad)", Expte. FTU 7282/2016. Copia en poder del autor, Argentina, 2016.

PAYNE, L.A.; LESSA, F. y PEREIRA, G., "Overcoming Barriers to Justice in the Age of Human Rights Accountability", *Human Rights Quarterly* 37 (3), 2015. Disponible en: <https://doi.org/10.1353/hrq.2015.0040>.

PAYNE, L.; PEREIRA, G.; BERNAL-BERMÚDEZ, L. y DOZ COSTAS, J., "Can a Treaty on Business and Human Rights Help Achieve Transitional Justice Goals?", *Homa Publica-International Journal on Human Rights and Business* 1 (2), 2017.

PAYNE, L.A., PEREIRA, G. y BERNAL-BERMÚDEZ, L., *Transitional Justice and Corporate Accountability from Below: Deploying Archimedes' Lever*, Cambridge University Press, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/9781108564564>.

PEREIRA, G.; PAYNE, L.A. y BERNAL-BERMÚDEZ, L., "Justice from Below: Corporate Accountability in Argentina", manuscrito cedido por los autores, Oxford, 2020.

PEREIRA, G., "Judicial Decision in Hostile Environments : Judges, Executives, and the Public in Argentina (2004-2010)", *Thesis (D.Phil.)*, Social Sciences Division, University of Oxford, 2014.

PEREIRA, G., "Business collaborators on trial: the stop-motion transit to accountability in Argentina", *Comprehending Collaboration in Authoritarian and Armed Conflict Settings*,

PAYNE, L.A. y ESPÍNDOLA-MATA, L. (Eds.), Oxford University Press, (en prensa).

PROCURADURÍA DE CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD, "Informe estadístico sobre el estado de las causas por delitos de lesa humanidad en la Argentina. Diagnóstico 2018" 2018. Disponible en: [https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2018/12/LESA\\_informe-estadistico-anual-2018.pdf](https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2018/12/LESA_informe-estadistico-anual-2018.pdf).

VERBITSKY, H. y BOHOSLAVSKY, J.P., *Cuentas pendientes: Los cómplices económicos de la dictadura*, 2013.

# La debida diligencia empresarial y la defensa de los DESC en México



**Alejandra Ancheita**

Abogada de la Universidad Autónoma de Madrid (UAM). Máster en Derecho internacional y Justicia Global. Directora ejecutiva, PRODESC.

**Jesús Guarneros**

Abogado y especialista en Derechos Humanos. Diplomado en Derechos Humanos y gestión de la paz. Integrante de Análisis e Incidencia, PRODESC. Proyecto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales A.C. (PRODESC), México. Para más información, información disponible en: <https://prodesc.org.mx/>

**Introducción. Mecanismos de debida diligencia obligatoria en materia de derechos humanos**

En la actualidad, las leyes de debida diligencia son concebidas cada vez más como una respuesta ante varias problemáticas recurrentes en materia de derechos humanos. La pregunta que se trata de responder es si la debida diligencia bien aplicada es suficiente para prevenir mayores violaciones a los derechos humanos; de manera particular, a los derechos económicos, sociales y culturales.

Por un lado, está la deficiente diligencia de empresas en materia de derechos humanos. De acuerdo con el Índice Empresarial de Derechos Humanos 2019, el 49%<sup>1</sup> de las empresas evaluadas obtuvieron una puntuación de 0 (cero) en los indicadores de debida diligencia. Por otro lado, se ha comprobado en varias ocasiones el fracaso de las medidas voluntarias de debida diligencia propuestas a nivel internacional. Las leyes sobre debida diligencia son la oportunidad de abrir mecanismos de justicia obligatoria, con consecuencias claras para las empresas.

En América Latina y el Caribe, no contamos con mecanismos explícitamente diseñados para velar por la debida diligencia empresarial en materia de derechos

1. WILKS, S., "La diligencia debida en materia de derechos humanos despierta grandes esperanzas para 2020", Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos, 2019. Disponible en: <https://www.business-humanrights.org/es/blog/la-diligencia-debida-en-materia-de-derechos-humanos-despierta-grandes-esperanzas-para-el-2020/>



humanos. Por ejemplo, en México tenemos el juicio de amparo como procedimiento jurisdiccional de defensa ante violaciones a derechos humanos cometidos por el Estado, pero no hay un mecanismo claro de rendición de cuentas empresarial.

Aunado a ello, las resoluciones de estos procedimientos toman tiempo y pueden ser manipulables por intereses de los actores de poder económico; esto está íntimamente relacionado con el fenómeno de la captura corporativa del Estado, entendido como "(...) las maneras en que una élite económica socava la realización de los derechos humanos y perjudica el medio ambiente mediante el ejercicio de una influencia indebida sobre los encargados de tomar las decisiones en el ámbito nacional e internacional, y sobre las instituciones".<sup>2</sup>

Uno de los casos presentados en este texto, sobre la defensa del derecho a la tierra y al territorio de la comunidad indígena de Unión Hidalgo en el estado de Oaxaca, México, hace evidente que los avances que se han logrado se han dado por el trabajo conjunto con la comunidad y el ProDESC más que solamente por las resoluciones legales, ya que las demandas por contratos desventajosos que interpusimos en 2013 no cuentan aún con una resolución.

Otro elemento que nos interesa resaltar es el alcance de las leyes de debida diligencia a nivel nacional con las obligaciones extraterritoriales de los Estados y de las empresas. En este contexto de globalización, las empresas que acaban involucradas en casos de violaciones a derechos humanos son mayoritariamente del Norte Global en países del Sur Global, lo que limita mucho los procedimientos para los efectos extraterritoriales que generan.

Cada vez más países han discutido el establecimiento de leyes y mecanismos para asegurar la debida diligencia. Entre algunas iniciativas de responsabilizar a las empresas por sus impactos puntuales, se encuentran la Ley de Esclavitud Moderna del Reino Unido (2015), la Ley de Debida Diligencia del Trabajo Infantil de los Países Bajos y la Ley de Transparencia en la Cadena de

Valor de California (2010).<sup>3</sup> Sin embargo, estas leyes no son específicas en la obligatoriedad en materia de derechos humanos.

La Ley del Deber de Vigilancia de Francia de 2017 es una propuesta pionera en la debida diligencia enfocada a los derechos humanos en su totalidad. Esta fue el resultado de un trabajo importante entre sindicatos, sociedad civil y parlamentarios y parlamentarias. Combina *hard law* y *soft law*, e introduce por primera vez la responsabilidad de vigilancia en la normativa de responsabilidad civil francesa. La ley crea una obligación general para las empresas francesas de gran tamaño de identificar y prevenir los riesgos de abusos graves a los derechos humanos, la salud y la seguridad y el medioambiente. Incluso se ha vuelto una ley de referencia en Europa. Noruega,<sup>4</sup> Finlandia<sup>5</sup> y Suiza<sup>6</sup> son otros países que han puesto sobre la mesa la creación de leyes de debida diligencia empresarial.

La discusión de debida diligencia empresarial se ha trasladado al ámbito regional. En abril de 2020, la Unión Europea anunció la iniciativa legislativa para principios de 2021, y propuso la obligatoriedad de la debida diligencia en derechos humanos y el medioambiente.<sup>7</sup> Una legislación de este alcance obligaría a las empresas a identificar los riesgos que implican sus operaciones en los derechos humanos y, así, tomar medidas

2. RED DESC, "Acerca de la captura corporativa", s/a. Disponible en: <https://www.escri-net.org/es/derechoshumanosyempresas/captura-corporativa/acerca-captura-corporativa#:~:text=Conceptualmente%2C%20la%20captura%20corporativa%20se,e%20internacional%2C%20y%20sobre%20las>

3. VERA, J.M., Foro de Empresas y Derechos Humanos 2019, Oxfam-México, 2019. Disponible en: <https://www.oxfam-mexico.org/historias/foro-de-empresas-y-derechos-humanos-2019>

4. S/D, "Weekly Update 4 December 2019", Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos, 2019. Disponible en: <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/weekly-update-4-december-2019-momentum-on-due-diligence-legislation-as-norway-releases-draft-law/>

5. S/D, "Finland to pursue EU human rights due diligence regulation", Stichting Fern, 2019. Disponible en: <https://www.fern.org/news-resources/finland-to-pursue-eu-human-rights-due-diligence-regulation-1993/>

6. RYBI, U., "What does Switzerland's vote on mandatory due diligence mean - and what happens next?", Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos, 2019. Disponible en: <https://www.business-humanrights.org/en/blog/what-does-switzerlands-vote-on-mandatory-due-diligence-mean-and-what-happens-next/>

7. S/D, "European Commission promises mandatory human rights due diligence legislation in 2021", European Parliament Working Group on Responsible Business Conduct, 2020. Disponible en: <https://responsiblebusinessconduct.eu/wp/2020/04/30/european-commission-promises-mandatory-due-diligence-legislation-in-2021/>

claras para subsanarlas, incluso dentro de sus cadenas de suministro.

En América Latina, la necesidad de abordar la debida diligencia empresarial se ha impulsado principalmente desde la sociedad civil. Por ejemplo, en Brasil, organizaciones de derechos humanos como Conectas han iniciado debates sobre la debida diligencia obligatoria en materia de derechos humanos. Igualmente, en México, desde el ProDESC, como integrante de las organizaciones de la sociedad civil, se ha planteado en diferentes espacios la necesidad de contar con esta normativa. Para ello, una de nuestras estrategias fue contribuir en la construcción del Programa Nacional de Derechos Humanos 2019-2024 para incluir esta temática. El Programa, publicado finalmente en diciembre de 2020, cuenta con una línea estratégica relacionada con la debida diligencia; el reto estará en la implementación de esa línea estratégica.

Por otro lado, comunidades de países africanos han sido pioneras en buscar justicia por violaciones a derechos humanos en legislaciones extranjeras. Entre otros, se encuentra el caso de una comunidad local de Zambia que demandó a la empresa matriz de los subsidiarios zambianos ante la Suprema Corte del Reino Unido en abril de 2020 por la contaminación de sus tierras provocada por las actividades extractivas. De forma similar, en mayo del mismo año, una corte holandesa determinó tener jurisdicción para atender un caso presentado por activistas de medioambiente en contra del Royal Dutch Shell y del gobierno nigeriano.<sup>8</sup> Sin

embargo, uno de los casos más emblemáticos de aplicación de una legislación de debida diligencia para contrarrestar las violaciones a derechos humanos ha sido la interposición, en octubre de 2019, de una demanda en contra de Total, por seis ONG ugandesas y francesas en relación con el proyecto de yacimiento petrolífero en Uganda.

Contexto:

El Proyecto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, A.C. (ProDESC) acompaña desde 2005 a colectivos de trabajadores y trabajadoras migrantes y comunidades indígenas y campesinas en procesos de exigibilidad y justiciabilidad de sus derechos, para así contribuir a la construcción de una sociedad menos desigual.

A lo largo de estos años, a través de estos acompañamientos y de la defensa integral ProDESC, se ha podido identificar con claridad tanto retos para la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos, como actores cuya participación y compromiso con los derechos humanos, en específico los derechos económicos, sociales y culturales, es primordial para disminuir las brechas de la desigualdad y atender a las crecientes crisis (ambientales y sociales) que ponen en riesgo la

seguridad y la vida de las personas.

Si bien el papel del Estado sigue siendo el protagónico, los agentes económicos han aumentado significativamente su poder en las últimas décadas, por lo que incluir su análisis en las acciones para el avance de las democracias y la mitigación de la crisis ambiental es primordial. Las empresas, sobre todo las grandes

**“En este contexto de globalización, las empresas que acaban involucradas en casos de violaciones a DD.HH son mayoritariamente del Norte Global en países del Sur Global, lo que limita mucho los procedimientos para los efectos extraterritoriales que generan”**

8. KIBUGU, J., “Is it time for African countries to introduce mandatory due diligence on human rights?”, Centro de Información sobre

Empresas y Derechos Humanos, 2019. Disponible en: <https://www.business-humanrights.org/en/blog/is-it-time-for-african-countries-to-introduce-mandatory-due-diligence-on-human-rights/>

multinacionales, impactan en la vida de sus trabajadores y trabajadoras y en la dinámica de las comunidades donde están asentadas. Sus actividades pueden contribuir positivamente al desarrollo sustentable y respeto de los derechos humanos, o bien, en su detrimento.

Por ello, en 2005, las Naciones Unidas crearon un mandato especial con el fin de clarificar la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas, frente a los efectos de sus actividades en los derechos humanos. Consecuentemente, en 2008, se aprobó el marco "Promover, respetar y remediar", de donde se desprenden los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar (PRNU), que finalmente fueron adoptados unánimemente por el Consejo de Derechos Humanos en la Resolución N° 17/4 del 16 de junio de 2011.<sup>9</sup>

De acuerdo con estos principios, las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos y de asegurar que tanto sus actividades como las de las empresas en su cadena de suministro y otras relaciones comerciales respeten los derechos humanos. Para ello, es necesario que las empresas desarrollen un proceso que les permita conocer el impacto de sus actividades en la vida de las personas y comunidades, así como establecer mecanismos de prevención, mitigación y reparación en casos de efectos negativos. Este proceso es al que se denomina "debida diligencia corporativa en derechos humanos".

Otros organismos internacionales como la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) han aportado al robustecimiento de un marco de responsabilidades empresariales en materia de derechos humanos; publicaron directrices, establecieron mecanismos de prevención o de queja y, aunque incipientemente, también dibujaron posibles rutas para la construcción de una verdadera rendición de cuentas empresarial que contemple además la reparación integral y la garantía de los derechos humanos.

9. OACNUDH, Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar", *Antecedentes*. Disponible en: [https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciples\\_businesshr\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciples_businesshr_sp.pdf)

Los esfuerzos de las comunidades afectadas por las actividades empresariales y la omisión de los Estados también han empujado a la creación de normas que contemplen la responsabilidad de estos actores en la agenda de derechos fundamentales. A nivel hemisférico, en el sistema regional de protección a los derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en casos como los de los pueblos de Saramaka y Sarayaku contra Surinam y Ecuador, ha podido establecer estándares sobre la necesidad de evaluar anticipadamente los impactos de un proyecto determinado en los derechos humanos de los pueblos y sus recursos naturales. Ambas sentencias abrieron la discusión sobre la posibilidad de imponer también a las empresas un deber de vigilancia y cuidado.

A pesar de que estos esfuerzos han sido acogidos favorablemente tanto por gobiernos como por organismos internacionales, el empuje de sus compromisos permanece como un reto. El impacto negativo de actividades empresariales en los derechos humanos ha obligado a personas defensoras y comunidades a organizarse para ejercer sus derechos a defender los derechos humanos y a oponerse a iniciativas de negocios que les afectan. Si a ello sumamos que las libertades cívicas y las personas defensoras son objeto de ataques cada vez más frecuentes, no solo en países con gobiernos autocráticos, sino también en las democracias consolidadas,<sup>10</sup> se ve que una agenda global en la materia es urgente.

Por ello, desde el ProDESC buscamos, a través del litigio estratégico, la incidencia en políticas públicas, el fortalecimiento de colectivos, la denuncia de los abusos y la participación en las discusiones públicas, sentar las bases para cambios normativos que protejan los derechos de las personas en este nuevo escenario global, en crisis, con Estados debilitados y bajo la captura de grandes corporaciones.

En este texto, pretendemos dar cuenta, a través de los procesos acompañados por el ProDESC, de las problemáticas multifactoriales que no pueden ser soslayadas para el avance de los derechos humanos en el contexto de las empresas.

10. COMISIÓN INTERAMERICANA, "Report on the Situation of Human Rights Defenders in the Americas", 2006. Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/defenders/defenderstoc.htm>

## **i. La defensa del territorio, el consentimiento libre previo informado y la protección de las personas defensoras**

### **A. Tensiones entre el modelo de producción de energía eólica en México y la autodeterminación de la comunidad indígena de Unión Hidalgo**

El caso de la defensa del territorio de la comunidad zapoteca de Unión Hidalgo en la región del istmo de Tehuantepec en México es emblemático de un patrón de violencia contra las comunidades rurales e indígenas en favor del llamado "desarrollo sustentable" para enfrentar la crisis ambiental.

La energía renovable se ha convertido en la piedra angular de los gobiernos para la transición hacia una economía de carbono cero. Sin dudas el éxito de estas fuentes de energía repercutirá en las posibilidades que mundialmente se tienen para hacer frente a la amenaza que representa el cambio climático. Sin embargo, esta transición a un modelo más verde de generación de energía no debería perjudicar a comunidades o poblaciones, ni mucho menos debería incentivarse en detrimento de los derechos humanos de las personas. A pesar de ello, son cada día más evidentes las tendencias mundiales de violaciones a los derechos humanos vinculadas con proyectos de energía renovable.

En este contexto, las discusiones entrecruzan tanto la obligación de los Estados de garantizar,

proteger, respetar y promover los derechos humanos,<sup>11</sup> y la responsabilidad de inversionistas y empresas multinacionales de trabajar proactivamente en el avance de los derechos humanos y de los estándares internacionales en la materia.

En conjunto, la industria energética todavía tiene un significativo rezago en términos de aplicación del marco normativo sobre derechos humanos y debida diligencia para responder a los riesgos que son particularmente pertinentes para el sector. Recientemente, el Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos (CIEDH) publicó un análisis de las políticas y prácticas de derechos humanos de 16 de las mayores empresas de energía eólica y solar del mundo que cotizan en Bolsa, y reveló que ninguna de las empresas se encuentra actualmente en pleno cumplimiento de su responsabilidad de respetar los derechos humanos, como indican los estándares internacionales para el sector.<sup>12</sup>

A nivel local, en México, la Secretaría de Energía (SENER) publicó recién en mayo de 2020 una nueva política en materia energética, fundada en la intermitencia de las energías renovables.<sup>13</sup> La política introduce

**“El caso de la defensa del Territorio de la comunidad zapoteca de Unión Hidalgo en México es emblemático de un patrón de violencia contra las comunidades rurales e indígenas en favor del llamado ‘desarrollo sustentable’ para enfrentar la crisis ambiental”**

11. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Convención Americana sobre Derechos Humanos, (particularmente, el art. 1º), Costa Rica, 1969. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/basicos/spanish/basicos2.htm>

12. CENTRO DE INFORMACIÓN SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS, "Renewable Energy & Human Rights Benchmark. Key Findings from the Wind & Solar Sectors", 2020. Disponible en: <https://tinyurl.com/y2lxawsb>

13. SECRETARÍA DE ENERGÍA, "El gobierno de México fortalece el sistema eléctrico nacional", 2020. Disponible en: <https://tinyurl.com/yxuwgecw>

controles para garantizar el suministro de energía eléctrica, pero también generó críticas fuertes de parte de expertos. Desde la reflexión del ProDESC, hemos subrayado que la discusión ha integrado a actores diversos, tales como representaciones diplomáticas, cámaras empresariales, la academia, ambientalistas y personas expertas en economía, pero nunca a las personas ni a las comunidades afectadas por la construcción de megaproyectos. Esta invisibilización de las voces protagonistas, las comunidades cuyas exigencias son deslegitimadas, ha dado lugar a narrativas enfrentadas.<sup>14</sup>

Por un lado, las corporaciones extienden la narrativa dominante sobre el "desarrollo" y el combate al cambio climático, usando su poder económico para influir en la opinión pública a favor de sus proyectos e inversiones y para estigmatizar a las comunidades afectadas que tratan de denunciar el despojo de sus tierras, las afectaciones a la vida comunitaria, la imposición de contratos de arrendamiento injustos y la persecución de los y las líderes y personas defensoras.

Por otro lado, en el acompañamiento del ProDESC a las comunidades del istmo de Tehuantepec en Oaxaca, hemos atestiguado tendencias comunes: proyectos de empresas transnacionales que llegan a territorios de pueblos indígenas, con permisos y autorizaciones otorgados previamente por las autoridades y en las que las comunidades nunca fueron consultadas y mucho menos participaron del diseño de los proyectos. Por el contrario, se crean incentivos económicos al interior de los grupos para dividir a la población y, con el discurso de desarrollo que los proyectos replican, legitiman los ataques a defensoras y defensores comunitarios, muchas de ellas mujeres, a quienes tildan de "antieólicas" y opositoras al desarrollo.

Estas comunidades alzan la voz para señalar que una transición energética a costa de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas no es un modelo justo ni sostenible de desarrollo. Por ello, desde el ProDESC impulsamos la construcción de un nuevo discurso de desarrollo en el que se reivindicuen los derechos de comunidades agrarias, pueblos indígenas y mujeres defensoras, entre muchos otros. Es decir, una

narrativa integral de desarrollo con perspectiva de derechos humanos y género, que reconozca los derechos económicos, sociales y culturales de las comunidades y colectivos.<sup>15</sup>

## **B. Estrategias de contrainsurgencia para la consolidación de proyectos empresariales de energía eólica en el istmo de Tehuantepec**

Las condiciones geográficas y atmosféricas del istmo de Tehuantepec ubican a la región como una de las más privilegiadas del planeta para el aprovechamiento de la energía del viento. Su potencial eólico es superior a los 10.000 MW y la velocidad media anual del viento es de 9 a 11 metros por segundo por encima de los 50 metros de altura. En la zona, se pretende instalar un total de 5.000 aerogeneradores (Vásquez, v. *et al.*). Al día de hoy ya están en operación 31 parques eólicos.<sup>16</sup>

Para la instalación de esos eólicos en la región del istmo en Oaxaca no solo se ha hecho uso de una narrativa que esconde los abusos a las poblaciones indígenas y rurales, sino que también se han usado tácticas de contrainsurgencia, lo que generó divisiones sociales y conflictos violentos que han dañado gravemente la vida cultural de las comunidades indígenas istmeñas.

En 2018, Alexander Dunlap, después de un estudio sobre la región, describió que las violaciones a los derechos humanos cometidas en el contexto de la imposición de proyectos de energías limpias responden a estrategias usadas en escenarios de guerra de baja intensidad orquestadas por los gobiernos local, estatal y federal, y corporaciones para la ruptura de los tejidos comunitarios y el desmantelamiento del marco normativo que protege la propiedad comunal de la tierra y los derechos de los pueblos indígenas en Oaxaca (Dunlap, 2018).

Dunlap explica cómo las fuerzas armadas, la policía y los grupos de mercenarios mexicanos adoptan tácticas de contrainsurgencia "dura". Es decir, estrategias desde la lógica de la represión violenta, con el fin de sembrar divisiones sociales. Al mismo tiempo que las corporaciones

14. ANCHEITA, A. y TORRES, G., "Deconstruyamos las narrativas de las energías renovables", 2020. Disponible en: <https://tinyurl.com/lyzcxknu>

15. ANCHEITA, A., "Por una narrativa diferente de desarrollo", *Aristegui Noticias*, 2019. Disponible en: <https://aristeguinoticias.com/2310/mexico/por-una-narrativa-diferente-de-desarrollo-articulo/>

16. Información disponible en: <https://tinyurl.com/y2bqhfje>

y los gobiernos local y federal implementan estrategias "blandas" como acciones de asistencialismo, implementación de programas sociales o desarrollo regional para "ganar los corazones y mentes". Estas estrategias están diseñadas para adaptarse y fusionarse con los intereses locales, que a menudo tratan de ampliar las divisiones sociales y políticas como medio para fragmentar, romper y aislar a los grupos de resistencia, y desvanecer intencionadamente la línea entre la insurgencia y la lucha por la garantía de los derechos humanos.

Si sumamos la situación histórica y estructural de discriminación y pobreza de los pueblos indígenas del istmo de Tehuantepec tenemos como resultado que la tensión entre los proyectos empresariales de energía y las comunidades indígenas en defensa de sus derechos se ha incrementado a un estado muy preocupante.

La región registra las tasas más altas de violencia en México y numerosas agresiones contra personas defensoras del territorio. Tan solo en 2018 se registraron cinco asesinatos de líderes de la región y, más recientemente, el 21 de junio de 2020, en una de las comunidades cercanas a Unión Hidalgo, fueron asesinadas 15 personas en un contexto de tensiones por intereses económicos encontrados, entre los que se encuentra el de la energía eólica.<sup>17</sup>

17. ProDESC, "Energías renovables y captura corporativa del Estado: el caso de Electricité de France en el istmo de Tehuantepec, Oaxaca", 2018. Disponible en: <https://prodesc.org.mx/wp-content/uploads/2019/11/prodesc-investigacion-corporativa-edf-web-comprimido.pdf>

### c. La travesía de Unión Hidalgo y los impactos en la comunidad

En las tierras de Unión Hidalgo, recientemente, se ha previsto la instalación de proyectos eólicos por parte de empresas multinacionales. En 2006, la compañía española Renovalia Energy firmó contratos ilegales para la instalación de los parques Piedra Larga I y II sin obtener el consentimiento previo, libre e informado de la comunidad. En 2017, la empresa francesa Électricité de France, a través de su filial Eólica de Oaxaca, inició trámites administrativos para la instalación del parque eólico Gunaa Sicarú, nuevamente sin la obtención del consentimiento de las comunidades y violando los derechos humanos a la tierra, al territorio y a los recursos naturales de la comunidad.<sup>18</sup>

El proyecto de parque eólico Gunaa Sicarú tiene una inversión de 353 millones de dólares para instalar 115 aerogeneradores, con capacidad total de 300 MW, una subestación eléctrica, una línea de transmisión de 230 KV y vialidades internas

en 79 hectáreas de tierra, lo que representa más de la mitad del territorio de la comunidad.<sup>19</sup>

Frente a la violación a sus derechos, en 2018, la comunidad interpuso diversos juicios de amparo y logró suspender la instalación del proyecto. La autoridad

**“Las comunidades  
alzan la voz para  
señalar que una  
transición energética  
a costa de los  
derechos humanos  
de los pueblos  
y comunidades  
indígenas no es  
un modelo justo  
ni sostenible de  
desarrollo”**

18. FERRI, P., "Todas las violencias de México en la matanza de San Mateo del Mar", *El País*, 25 de junio de 2020. Disponible en: <https://tinyurl.com/y6k3yaua>

19. ProDESC, "Memorandum del caso de 'Acompañamiento integral a la comunidad indígena de Unión Hidalgo, Oaxaca en defensa de sus derechos a la tierra, territorio y bienes naturales. Acciones legales respecto del proyecto central eólica Gunaa Sicarú", (documento interno), 2020.

judicial mexicana ordenó llevar a cabo un procedimiento de consulta apegado a los más altos estándares para garantizar los derechos de los pueblos indígenas en materia de consentimiento previo, libre e informado y derecho a la consulta.<sup>20</sup> Se resalta que las sentencias destacan que tanto el gobierno como la empresa deberán prever la posibilidad de cancelar el proyecto, de acuerdo con los resultados de la consulta, y que la comunidad puede abstenerse de otorgar su consentimiento.

A pesar de la resolución judicial, el ProDESC y la comunidad han documentado que la información difundida sobre el proyecto y sus impactos en el nuevo proceso fue insuficiente, altamente técnica, difundida de forma arbitraria y poco objetiva. Además, las asambleas organizadas para ese fin no contaron con garantías de seguridad para los participantes, e incluso algunas de ellas se llevaron a cabo sin traducción al idioma zapoteco y de manera apresurada. A pesar de estas irregularidades, la fase informativa del procedimiento se declaró cerrada. La emergencia sanitaria por COVID-19 obligó a detener las siguientes fases del procedimiento de consulta hasta la fecha.

El caso de Unión Hidalgo también deja en evidencia la importancia de que las empresas multinacionales realicen procesos rigurosos de debida diligencia en derechos humanos y tomen las providencias necesarias para incluir mecanismos de rendición de cuentas y de remediación efectiva para las comunidades y personas afectadas por los proyectos de negocios. La exigencia de justicia en el caso aquí relatado ha tomado una dimensión transnacional.

En septiembre de 2019, la comunidad de Unión Hidalgo, el ProDESC y el European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR, por sus siglas en inglés y con sede en Alemania) enviaron una carta de notificación a la empresa EDF al amparo de la ley francesa sobre el deber de vigilancia de empresas matrices y compañías contratistas (LDV).<sup>21</sup> A pesar de la evidencia de las viola-

ciones a los derechos humanos, la empresa respondió en diciembre del mismo año que tanto el plan de vigilancia como las precauciones para mitigar los riesgos se habían tomado adecuadamente, por lo que las peticiones de la comunidad no quedaban fundamentadas. Por ello, la comunidad y sus representantes, el 13 de octubre de 2020, presentaron el caso ante las autoridades judiciales francesas para la suspensión del proyecto hasta que la empresa cumpla con sus responsabilidades en materia de derechos humanos.<sup>22</sup>

A través de este litigio, se abre la oportunidad de aclarar las obligaciones de las empresas francesas y sus filiales o las que estén en su cadena de suministro en el marco de su deber de vigilancia de respetar los derechos humanos de los pueblos indígenas; en particular, su derecho al consentimiento libre, informado y previo; también brinda la oportunidad de que las autoridades francesas se pronuncien sobre las medidas de debida diligencia en materia de derechos humanos que las empresas deben adoptar para no contribuir a la violencia ni a los ataques contra las personas defensoras de los derechos humanos que se derivan de sus proyectos; y, finalmente, el caso permitirá aclarar la aplicación del mecanismo de responsabilidad civil en virtud de la ley de vigilancia francesa, cuando exista un daño que el ejercicio adecuado del deber de vigilancia pudo haber impedido, y se justifique la reparación del daño.

También, por tratarse de un caso pionero en la agenda de empresas y derechos humanos, podría ser referenciado en los actuales debates en el Parlamento Europeo para la adopción de una Directiva de la Unión Europea sobre la debida diligencia obligatoria en materia de derechos humanos, así como las negociaciones en curso en las Naciones Unidas para la adopción de un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos. Ambos procesos podrían fortalecer los mecanismos jurídicos que garantizan a las personas y comunidades afectadas el derecho a exigir a las empresas que respeten sus derechos humanos y que rindan cuentas

20. Para un análisis integral sobre las políticas de despojo en materia de tierra y territorio, se recomienda LÓPEZ BÁRCENAS, F., "¡La tierra no se vende!: Las tierras y los territorios de los pueblos indígenas en México", CLACSO, EDUCA A.C., ProDESC, COAPI & CIO, México, 2017. Disponible en: <http://educaoaxaca.org/images/2018/Libro-LA-TIERRA-NO-SE-VENDE.pdf>

21. CENTRO DE INFORMACIÓN SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS, "Francia: Parlamento adopta nueva ley que impone obligaciones de

debida diligencia en derechos humanos sobre cadenas de suministro de grandes empresas", 2017. Disponible en: <https://tinyurl.com/yyobuyqb>

22. ProDESC et al., "Comunidad indígena de Unión Hidalgo demanda en París al gigante EDF por violaciones a sus derechos humanos", 2020. Disponible en: <https://tinyurl.com/yy4tt9o8>

cuando no lo hagan, retomando la experiencia de litigio de la comunidad de Unión Hidalgo.

Sin embargo, para las personas defensoras del territorio y para la comunidad, esta lucha por sus derechos ha repercutido con fuerza en la seguridad de sus miembros y ha debilitado su tejido social.

En la localidad, se ha generado una situación de polarización, ya que las élites locales y las personas representantes de la empresa han creado intereses económicos y políticos entre actores locales y regionales que se están beneficiando o se beneficiarán con la instalación del proyecto, al recibir cantidades monetarias por concepto de arrendamiento de tierras, pagos por distribución de bienes o servicios (materiales, transporte, arrendamiento de maquinaria), empleos temporales de baja remuneración o promesas de apoyos económicos para el desarrollo de obras de infraestructura.

Por otro lado, tras la resolución que suspendía el proyecto y ordenaba la consulta en noviembre de 2018, se organizaron asambleas con la población en las que se comenzó a estigmatizar a los críticos del parque eólico, tildándolos de "enemigos del desarrollo" y "activistas contra la energía eólica". En una radiodifusora local, incluso, se publicó información personal de las personas defensoras y se incitó a otros miembros de la comunidad a disuadirlos de su oposición. Después comenzaron las amenazas directas contra la integridad física de los defensores y sus familias.

Se han documentado casos de intento de secuestro a defensoras de derechos humanos, incidentes de tránsito supuestamente intencionados y amenazas directas para que no asistan a las asambleas. Debido a la situación de riesgo para la comunidad, un grupo de organismos internacionales de derechos humanos, en junio de 2019, realizó un llamado urgente al Estado mexicano para exigir que atienda la delicada situación de seguridad de las personas defensoras de Unión Hidalgo.<sup>23</sup>

Los impactos de la defensa del territorio se exacerbaban en los casos de las mujeres defensoras, quienes son estigmatizadas con mayor severidad, y enfrentan obstáculos adicionales para la participación en los procesos de toma de decisiones y marginación dentro de sus propios

movimientos. Además de que los procedimientos de consulta no son neutrales a los estereotipos de género y no toman en cuenta la situación de discriminación histórica de las mujeres indígenas ni resguardan sus derechos a la igualdad, a la tierra, al territorio y a los bienes naturales.<sup>24</sup>

### ¿A quién beneficia la instalación de los parques eólicos?

Una última pregunta que vale la pena plantearse es el destino de la energía producida en este contexto de violencia en los territorios y violación a los derechos humanos de las comunidades indígenas. Según investigaciones, en el caso del istmo, la producción de energía beneficiaría directamente al abastecimiento de empresas transnacionales como CEMEX, Walmart, Bimbo, Coca-Cola y Femsa (Vásquez, v. *et al.*). Así pues, el 92% de la energía que se produce en el istmo obedece a esta tendencia de usar la infraestructura pública para que empresas privadas abastezcan a otras empresas privadas (Flores Cruz, 2015).

Es imprescindible apuntar que los modelos de transición energética implementados en los países del Sur Global, como se muestra en el caso del istmo de Tehuantepec, no son procesos que benefician a las comunidades locales. Por el contrario, a pesar de la invasión a sus territorios ancestrales para la producción de energía, no queda garantizado su acceso a ella, ni a empleos, ni a recursos por el uso de sus tierras, sino que plantean desafíos a los ecosistemas y medios de vida de las poblaciones pero, sobre todo, los pone en una situación de riesgo cuando tratan de hacer escuchar sus voces.

Lamentablemente, la imposición del parque Gunaa Sicarú de Unión Hidalgo no es un caso aislado en México ni en América Latina, sino uno de los muchos ejemplos de despojo y usura de la tierra, territorio y bienes naturales de los pueblos indígenas. A través de su experiencia, podemos ver los efectos de una apuesta al "desarrollo" sin la voz ni consentimiento de los pueblos indígenas y campesinos. Lo cierto es que también es uno de los muchos ejemplos de lucha por el acceso a la justicia y la

23. OMCT y FIDH, "México: Amenazas, señalamientos y estigmatización en contra de miembros de la comunidad indígena de Unión Hidalgo (Oaxaca)", 2019. Disponible en: <https://tinyurl.com/y6shrh8y>

24. VIDAL, v., "Por una transición energética feminista y popular: algunas claves para imaginar el futuro", ProDESC, 2020. Disponible en: <https://prodesc.org.mx/por-una-transicion-energetica-feminista-y-popular-algunas-claves-para-imaginar-el-futuro/>



dignidad de una comunidad. Unión Hidalgo y las comunidades del istmo de Tehuantepec, hay que decirlo, se han vuelto referentes en la búsqueda de justicia energética y ambiental.<sup>25</sup>

La responsabilidad de las empresas no se limita exclusivamente a respetar la tierra, el territorio y los bienes naturales de comunidades agrarias o indígenas, así como el derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado; también esta es fundamental en lo relacionado con los derechos humanos laborales. En ese sentido, el ProDESC trabaja para defender los derechos humanos laborales de personas en situación de vulnerabilidad.

## II. Las violaciones a los derechos laborales en cadenas internacionales de reclutamiento

En América Latina, la migración temporal por trabajo es un fenómeno creciente desde principios del siglo XX y, en cuyas dinámicas, las empresas que importan fuerza laboral y las de reclutamiento mantienen dinámicas de abuso a los derechos de los trabajadores y trabajadoras migrantes.

El contexto global y la economía de mercado actual permiten que las empresas reduzcan sus costos de producción a través de dinámicas que desdibujan su responsabilidad con las personas trabajadoras; una de ellas es la subcontratación laboral, que consiste en la contratación de una o varias empresas por parte de otra para que realicen parte de su proceso productivo.

25. Como ejemplos, pueden mencionarse PICHARD, A., "Mexique: des Zapotèques vent debout contre EDF", *Libération*. Disponible en: [https://www.liberation.fr/planete/2020/10/13/mexique-des-zapotèques-vent-debout-contre-edf\\_1802262](https://www.liberation.fr/planete/2020/10/13/mexique-des-zapotèques-vent-debout-contre-edf_1802262) También, EDWARDS, S., "Sector eólico mexicano: ¿tan destructivo como los combustibles fósiles?", *Deutsche Welle*, 2020. Disponible en: <https://p.dw.com/p/3cW3y>

Jennifer Gordon (2015) ha señalado que el proceso de reclutamiento laboral presenta dificultades en su regulación por la forma en la que están estructuradas las industrias y las cadenas de suministro, tanto de los productos como las laborales. Las grandes empresas cuentan con una cadena de producción transnacional deslocalizada

que facilita la poca responsabilidad respecto de la garantía de los derechos laborales de los trabajadores y trabajadoras.

En este contexto, tras las presiones que ha ejercido el sector empresarial sobre los distintos gobiernos de la región para que estos últimos impulsen la creación de políticas migratorias adaptadas a la importación temporal de mano de obra, se creó el Programa de Visas Temporales H2 para que trabajadores y trabajadoras migrantes temporales lleguen a los Estados Unidos a trabajar en diferentes industrias, pero sin herramientas políticas o jurídicas para exigir sus derechos (por ejemplo, el poder integrarse a algún sindicato o el poder acceder a otros derechos como gozar

de prestaciones sociales). Cabe señalar que en varios países de América Latina se reproduce la misma dinámica de trabajo temporal y casi los mismos patrones de violaciones a los derechos de los trabajadores y las trabajadoras.<sup>26</sup>

Además, los trabajadores y las trabajadoras migrantes temporales enfrentan también abusos por parte de las empresas y personas encargadas del reclutamiento en sus países de origen. Con frecuencia, estas incurrir en prácticas fraudulentas y cobros indebidos de cuotas como moneda de cambio para acceder a puestos de

26. Para más información, se puede consultar ANCHEITA, A. & BONNICI, G., "¿Quo vadis? Reclutamiento y contratación de trabajadores migrantes y su acceso a la seguridad social", Documento de trabajo N° 4, INEDIM, 2013. Disponible en: <http://bibliotecasibe.ecosur.mx/sibe/book/000058737>

**“Los modelos de transición energética plantean desafíos a los ecosistemas y medios de vida de las poblaciones y las ponen en una situación de riesgo cuando tratan de hacer escuchar sus voces”**

trabajo que, a pesar de ser precarios, representan una alternativa a las pocas o nulas oportunidades laborales en sus comunidades.

En el caso específico del Programa de Visas Temporales H2, no existe una intervención directa del gobierno mexicano o del estadounidense para garantizar que los derechos humanos laborales no se violen durante el proceso de reclutamiento y, posteriormente, en los centros de trabajo. Sin embargo, el marco legal estadounidense prevé, aunque escasos, mecanismos de protección de los derechos laborales de las personas trabajadoras migrantes y sanciones tanto para las empresas y personas reclutadoras como para las empresas empleadoras en caso de existir estos cobros indebidos durante el reclutamiento.

En este panorama, el ProDESC ha diseñado el programa RADAR<sup>27</sup> que, mediante el acercamiento a colectivos de personas trabajadoras migrantes, identifica cobros indebidos durante el reclutamiento a trabajadores y trabajadoras por medio del Programa de Visas Temporales H2 realizadas por agencias o intermediarios en el proceso de reclutamiento. A través del programa, el ProDESC envía una notificación al empleador con el fin de recordarle que, de acuerdo con el código federal estadounidense, estas prácticas están prohibidas, y que ellos también son responsables ante la legislación estadounidense.

En caso de que los cobros indebidos durante el reclutamiento se mantengan, la carta de notificación abre la posibilidad de iniciar un proceso de litigio contra el empleador, pues estipula que la empresa tenía conocimiento sobre las violaciones durante el proceso de reclutamiento para así establecer la responsabilidad solidaria y, de ese modo, comenzar a construir el camino para la rendición de cuentas no solo de los empleadores y empleadoras, sino también de las marcas que en la cadena de suministro se benefician del trabajo temporal en condiciones de precariedad, es decir, el camino a la rendición de cuentas empresarial.

27. Más información, disponible en el siguiente video: "Programa RADAR", ProDESC, 2017. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=yMtwpSygna8>

### III. Conclusiones

Los mecanismos de debida diligencia obligatoria en materia de derechos humanos son los métodos más innovadores para que comunidades y grupos en el Sur Global puedan hacer exigibles sus derechos humanos y puedan acceder a la reparación del daño, en caso extremo. Las discusiones que están sucediendo en el seno de la Unión Europea son interesantes y prometedoras; sin embargo, algunos retos persisten. **Las leyes de debida diligencia deben tener características claras:** vemos que las leyes de debida diligencia empresarial son necesarias en la preservación de los derechos humanos en América Latina y el Caribe. Sin embargo, estas deben de presentar características claras y particulares para que sean eficaces.

Una característica fundamental es que la construcción de las leyes de debida diligencia incluya la participación de la sociedad civil, de los trabajadores y las trabajadoras, y, sobre todo, de las comunidades afectadas.

Otro punto fundamental es que estas leyes deben de ser inclusivas respecto de los derechos humanos en su totalidad. Un enfoque limitado y centrado exclusivamente en una población o una violación a derechos no permite una atención integral de las problemáticas causadas por las empresas. Queda también pendiente lograr el reconocimiento en la ley de derechos plasmados en convenios internacionales, pero no ratificados por los países emisores de esas leyes.

Estas leyes deben abarcar no solo las violaciones cometidas por una empresa, sino también las que cometa toda la cadena de suministro, ya sea de productos o laborales. Este es un gran reto e implica establecer mecanismos claros de transparencia y rendición de cuentas en la información comercial de las empresas, incluida la de sus cadenas de suministros, para que su actuar sea verificable.

Otro aspecto importante es integrar una visión de interseccionalidad en las leyes de debida diligencia, es decir, diseñar normativas que tomen en cuenta la desigualdad en el acceso a la justicia, dependiendo, entre otros factores sociales, del género, la etnia o la orientación sexual, entre otras. Esto permitirá eliminar la situación de desventaja de las comunidades frente a las capacidades empresariales en los procedimientos de justicia.

Asimismo, se debe contemplar un enfoque preventivo en estas normativas, y no solo crear mecanismos de atención a daños. Esto implicaría que las comunidades locales con alto riesgo de ser afectadas puedan tomar decisiones trascendentes para evitar o mitigar los posibles daños identificados.

Sin embargo, si el daño se ha cometido, ya sea por la empresa o por su cadena de suministro, se deben establecer procesos claros de sanciones y reparación del daño cometido a los derechos humanos de las comunidades locales. Además, debe incluir nuevamente a la comunidad afectada para que tenga voz en las soluciones de los daños realizados, así como en la definición del acceso a las reparaciones.

En el sistema económico actual, en el que las empresas están generalmente ubicadas en el Norte Global, pero las afectaciones y violaciones a derechos humanos suceden en el Sur Global, resulta fundamental la construcción de genuinas colaboraciones transnacionales<sup>28</sup> entre personas defensoras de derechos humanos del Norte y del Sur. Estas genuinas colaboraciones, que también tienen sus propios retos, son herramientas exitosas para conseguir precedentes exitosos en la defensa de comunidades y grupos del Sur Global afectados por la actividad empresarial de empresas ubicadas en el Norte Global.

Ante el panorama descrito es complejo tratar de llegar a una conclusión; sin embargo, consideramos que la debida diligencia debe regularse desde una perspectiva de rendición de cuentas empresarial y desde la lógica del respeto a los derechos humanos de las personas, de las comunidades afectadas y de los trabajadores y las trabajadoras sin dejar de lado a los consumidores y las consumidoras. Esta no es una solución perfecta, pero sin duda puede ser una herramienta más para hacer exigibles y justiciables los derechos económicos, sociales y culturales en una lógica global y transnacional.

**“La construcción de las leyes de debida diligencia debe incluir la participación de la sociedad civil, de las y los trabajadores, y, sobre todo, de las comunidades afectadas”**

28. ANCHEITA, A. & TERWINDT, C., "Towards Genuine Transnational Collaboration between Human Rights Activists from the Global North and the Global South", *Forschungsjournal*, Alemania, abril de 2015. Disponible en: [http://forschungsjournal.de/sites/default/files/downloads/fjsb\\_2015-4\\_ancheita\\_terwindt\\_engl.pdf](http://forschungsjournal.de/sites/default/files/downloads/fjsb_2015-4_ancheita_terwindt_engl.pdf)

## Bibliografía

ANCHEITA, A., "Por una narrativa diferente de desarrollo", *Aristegui Noticias*, 2019. Disponible en: <https://aristeguinoticias.com/2310/mexico/por-una-narrativa-diferente-de-desarrollo-articulo/>

ANCHEITA, A. & BONNICI, G., "¿Quo vadis? Reclutamiento y contratación de trabajadores migrantes y su acceso a la seguridad social", Documento de trabajo N° 4, INEDIM, 2013. Disponible en: <http://bibliotecasibe.ecosur.mx/sibe/book/000058737>

ANCHEITA, A. & TERWINDT, C., "Towards Genuine Transnational Collaboration between Human Rights Activists from the Global North and the Global South", *Forschungsjournal*, Alemania, abril de 2015. Disponible en: [http://forschungsjournal.de/sites/default/files/downloads/fjsb\\_2015-4\\_ancheita\\_terwindt\\_engl.pdf](http://forschungsjournal.de/sites/default/files/downloads/fjsb_2015-4_ancheita_terwindt_engl.pdf)

ANCHEITA, A. y TORRES, G., "Deconstruyamos las narrativas de las energías renovables", 2020. Disponible en: <https://tinyurl.com/yyzcxknu>

CENTRO DE INFORMACIÓN SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS, "Renewable Energy & Human Rights Benchmark. Key Findings from the Wind & Solar Sectors", 2020. Disponible en: <https://tinyurl.com/y2lxawsb>

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Convención Americana sobre Derechos Humanos, (particularmente, el art. 1º), Costa Rica, 1969. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/basicos/spanish/basicos2.htm>

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Report on the Situation of Human Rights Defenders in the Americas", 2006. Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/defenders/defenderstoc.htm>

DUNLAP, A., "Counterinsurgency for wind energy: the Bii Hioxo wind park in Juchitán, México", *The Journal of Peasant Studies*, 45:3, pp. 630-652. Disponible en: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/03066150.2016.1259221>

EDWARDS, S., "Sector eólico mexicano: ¿tan destructivo como los combustibles fósiles?", *Deutsche Welle*, 2020. Disponible en: <https://p.dw.com/p/3cW3y>

FLORES CRUZ, M., "La disputa por el istmo de Tehuantepec: las comunidades y el capitalismo verde (Tesis para obtener el título de maestra en Desarrollo Rural), Universidad Autónoma Metropolitana, Xochimilco, 2015. Disponible en: [http://dcsh.xoc.uam.mx/podtr/images/Tesis/Maestria/Flores\\_Cruz\\_Rosa\\_Marina.pdf](http://dcsh.xoc.uam.mx/podtr/images/Tesis/Maestria/Flores_Cruz_Rosa_Marina.pdf)

GORDON, J., *Global labour recruitment in a supply chain context*, International Labour Organization, 2015.

KIBUGU, J., "Is it time for African countries to introduce mandatory due diligence on human rights?", Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos, 2019. Disponible en: <https://www.business-humanrights.org/en/blog/is-it-time-for-african-countries-to-introduce-mandatory-due-diligence-on-human-rights/>

LÓPEZ BÁRCENAS, F., "¿La tierra no se vende!: Las tierras y los territorios de los pueblos indígenas en México", CLACSO, EDUCA A.C., ProDESC, COAPI & CIIO, México, 2017. Disponible en: <http://educaoaxaca.org/images/2018/Libro-LA-TIERRA-NO-SE-VENDE.pdf>

PICHARD, A., "Mexique: des Zapotèques vent debout contre EDF", *Libération*, 2020. Disponible en: [https://www.liberation.fr/planete/2020/10/13/mexique-des-zapotèques-vent-debout-contre-edf\\_1802262](https://www.liberation.fr/planete/2020/10/13/mexique-des-zapotèques-vent-debout-contre-edf_1802262)

ProDESC, "Energías renovables y captura corporativa del Estado: el caso de Electricité de France en el Istmo de Tehuantepec, Oaxaca", 2018. Disponible en: <https://prodesc.org.mx/wp-content/uploads/2019/11/prodesc-investigacion-corporativa-edf-web-comprimido.pdf>

ProDESC (2017), "Programa RADAR". Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=yMtwpSygna8>

REDDESC, "Acercadela capturacorporativa", s/a. Disponible en: <https://www.escri-net.org/es/derechoshumanosyempresas/capturacorporativa/acerca-captura-corporativa#:~:text=Conceptualmente%2C%20la%20Captura%20Corporativa%20se,e%20internacional%2C%20y%20sobre%20las>

RYBI, U., "What does Switzerland's vote on mandatory due diligence mean - and what happens next?", Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos, 2019. Disponible en: <https://www.business-humanrights.org/en/blog/what-does-switzerlands-vote-on-mandatory-due-diligence-mean-and-what-happens-next/>

VÁZQUEZ, V. *et al.*, "Género y justicia energética. El caso de los parques eólicos de Oaxaca y Zacatecas, México", VÁZQUEZ, V.; VELÁZQUEZ, M.; BOSE, P.P. y DE LUCA, A.A., (Coords.), *Género, energía y sustentabilidad en México: Primeros acercamientos desde la academia*, CRIM/UNAM, Red GESMA, s/d, Cuernavaca.

VERA, J.M., Foro de Empresas y Derechos Humanos 2019, Oxfam-México, 2019. Disponible en: <https://www.oxfam.mx/historias/foro-de-empresas-y-derechos-humanos-2019>

VIDAL, V., "Por una transición energética feminista y popular: algunas claves para imaginar el futuro", ProDESC, 2020. Disponible en: <https://prodesc.org.mx/por-una-transicion-energetica-feminista-y-popular-algunas-claves-para-imaginar-el-futuro/>

WILKS, S., "La diligencia debida en materia de derechos humanos despierta grandes esperanzas para 2020", Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos, 2019. Disponible en: <https://www.business-humanrights.org/es/blog/la-diligencia-debida-en-materia-de-derechos-humanos-despierta-grandes-esperanzas-para-el-2020/>

S/D, "European Commission promises mandatory human rights due diligence legislation in 2021", European Parliament Working Group on Responsible Business Conduct, 2020. Disponible en: <https://responsiblebusinessconduct.eu/wp/2020/04/30/european-commission-promises-mandatory-due-diligence-legislation-in-2021/>

S/D, "Finland to pursue EU human rights due diligence regulation", *Stichting Fern*, 2019. Disponible en: <https://www.fern.org/news-resources/finland-to-pursue-eu-human-rights-due-diligence-regulation-1993/>

S/D: "Weekly Update 4 December 2019", Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos, 2019. Disponible en: <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/weekly-update-4-december-2019-momentum-on-due-diligence-legislation-as-norway-releases-draft-law/>





## **CAPÍTULO 9**

# **EMPRESAS Y DERECHO A LA CIUDAD**



# El futuro de la Preservación del Patrimonio Cultural Inmobiliario Urbano y los Instrumentos Urbanísticos del Estatuto de la Ciudad

*O Futuro da Preservação do Patrimônio Cultural Imobiliário Urbano e os Instrumentos Urbanísticos do Estatuto da Cidade*



**Sonia Rabello**

Profesora del Lincoln Institute of Land Policy, Programa de Capacitación en América Latina, y en la Maestría Profesional del Instituto del Patrimonio Histórico y Artístico Nacional. Profesora Titular de Derecho Administrativo (1980-2012) en Facultad de Derecho de la UERJ. Docente en la UERJ. Posdoctorado (Universidad Paris II).

\*Este texto fue adaptado a la forma escrita a partir de la presentación del tema en el IX Encuentro Internacional de Derechos Culturales, promovido por la Universidad de Fortaleza (UNIFOR), Ceará, Brasil, en octubre de 2020.

A preservação do Patrimônio Cultural imobiliário urbano é um dos objetos mais usuais e representativos da atuação dos órgãos de preservação do patrimônio cultural brasileiro, mas continua sendo um dos que mais conflitos suscita.

Desde o nascedouro da atuação do Estado, como agente proativo da preservação das nossas referências identitárias consubstanciadas no que chamamos de patrimônio cultural brasileiro, os bens imóveis urbanos têm representado uma parte significativa do universo patrimonial preservado. Como marco inicial podemos apontar a cidade de Ouro Preto, decretada Monumento Nacional<sup>1</sup> antes mesmo da existência formal da norma federal propulsora de todo o processo institucional da preservação cultural no Brasil, o decreto-lei 25 de 1937<sup>2</sup>.

A história da preservação do patrimônio imobiliário começa a tomar ritmo e corpo com a preservação de centenas de exemplares de "pedra e cal", como hoje é denominada esta fase de expressiva da atuação do órgão federal de preservação, o IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional). São tombadas não só

1. BRASIL. Decreto Nº 22.928, de 12 de julho de 1933. Erige a cidade de Ouro Preto em monumento nacional. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 14153, 17 jul. 1933. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-22928-12-julho-1933-558869-publicacaooriginal-80754-pe.html>. Acesso em: 2/12/2020.

2. O Decreto-lei 25/1937, lei federal que dispõe sobre tombamento de bens culturais foi o modelo para a totalidade de leis estaduais e municipais sobre o tema. Hoje ainda em vigor, o DL 25/37 é a norma geral nacional sobre esta categoria de preservação do patrimônio móvel e imóvel no Brasil.

igrejas, fazendas e imóveis rurais, mas também casas, conjuntos urbanos e até núcleos urbanos inteiros<sup>3</sup>.

E, esta atuação do IPHAN acontece nas cidades brasileiras ao mesmo tempo em que se inicia um acelerado processo de urbanização no Brasil, que, aos poucos, vai se tornando mais urbano do que rural, até atingirmos a atual marca de 84,72% da população brasileira habitando em cidades<sup>4</sup>. Mas, o processo de crescimento das cidades brasileiras vem acompanhado de também alteração no perfil das cidades, trazidos não só por modelos externos, como também pela tecnologia e facilidades da verticalização da ocupação urbana. As cidades brasileiras, antes basicamente constituídas de casas, foram aos poucos sendo tomadas por prédios<sup>5</sup>, que as substituíam no mesmo lote.

A substituição de unidades unifamiliares por prédios multifamiliares cada vez mais altos se deu em todo Brasil, fortemente a partir da década de 40, e permanece até os dias de hoje na maioria das cidades, uma vez que morar em edifícios se tornou um padrão habitacional, impulsionado por um modelo desejado de modernidade, e também por busca de segurança.

A partir desta mesma época, começam a surgir leis urbanísticas mais específicas e mais disciplinadoras do uso e ocupação do solo. Mas, ainda não havia chegado

a década dos Planos Diretores obrigatórios, que só se tornaram imperativos a partir da Constituição de 1988<sup>6</sup>.

É verdade que muitas cidades brasileiras já tinham planos urbanísticos, uma vez que a ideia dos mesmos remonta à década de 30<sup>7</sup>. Mas estes, na sua quase totalidade, não incorporavam normas ou instrumentos que favorecessem a preservação do patrimônio cultural das cidades. Eram planos basicamente modeladores de zonas residenciais, comerciais, industriais ou mistas, e que estabeleciam, em função da vocação das zonas, gabaritos maiores ou menores de edificação de prédios. Havia, quase como exceção, zonas exclusivamente unifamiliares propostas nestes planos; essas eram reservadas aos bairros de elites. Havia também bairros exclusivamente residenciais unifamiliares que se formaram a partir da opção dos incorporadores, como um acordo entre eles e os adquirentes dos lotes, para preservar o padrão desta ocupação, como foi o caso dos bairros da "cidade-jardim", promovidos pela companhia City de São Paulo<sup>8</sup>.

Há exceções, pois algumas legislações de uso e ocupação do solo passaram a usar elementos de zoneamento urbano, como forma assemelhada ao tombamento, para proteção do patrimônio cultural paisagístico urbano. No Rio de Janeiro exemplo disso foi a criação da

3. Entre 1938 e 1958 foram tombados pelo IPHAN 14 conjuntos urbanos: Serro, Ouro Preto, Diamantina, Tiradentes, São João del-Rei, Salvador, 1938; Congonhas, 1939; Aldeia de Carapicuíba, 1940; Mariana, 1945; Alcântara, 1948; Pilar de Goiás, 1954; Paraty e Vassouras, 1958. Portal do IPHAN. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Lista%20de%20bens%20tombados%20e%20processos%20de%20tombamento%2025-11-2019.xlsx>. Acesso em: 2/12/2020.

4. IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNDA): síntese de indicadores 2015**. Coordenação de Trabalho e Rendimento. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98887.pdf>. Acesso em: 4/12/2020.

5. "O termo "edifício" só começa a aparecer em anúncios em 1937". Foi nas décadas de 40/50 o boom de construções verticalizadas no bairro, que se seguiu, depois para todos os demais bairros da cidade. "Nos anos 70 havia no bairro 700 habitantes/hectare, contra 45 na década de 20". KAZ, Stela. **Um jeito copacabana de ser: o discurso do mito em O Cruzeiro e Sombra**. Tese (Doutorado em Design) – Departamento de Artes e Design, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: [http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0710768\\_10\\_cap\\_04.pdf](http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0710768_10_cap_04.pdf). Acesso em: 2/12/2020.

6. BRASIL. Constituição (1988). Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei têm por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. Disponível em: [https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988\\_07.05.2020/art\\_182.asp](https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_07.05.2020/art_182.asp). Acesso em: 2/12/2020.

7. VILLAÇA, Flávio José Magalhães. **As ilusões do Plano Diretor**, 2005. Divulgado pela Internet. Disponível em: <http://www.planosdiretores.com.br/downloads/ilusaopd.pdf>. Acesso em: 2/12/2020.

Apud: Disponível em: [http://anpur.org.br/xviienanpur/principal/publicacoes/xvii.ENANPUR\\_Anais/ST\\_Sessoes\\_Tematicas/ST%2010/ST%2010\\_4/ST%2010\\_4-05.pdf](http://anpur.org.br/xviienanpur/principal/publicacoes/xvii.ENANPUR_Anais/ST_Sessoes_Tematicas/ST%2010/ST%2010_4/ST%2010_4-05.pdf). Acesso em: 2/12/2020. Ainda assim, apenas 15% dos municípios brasileiros tinham PD em 1999, já passados 10 anos da Constituição de 1988.

8. TREVISAN, Ricardo. Introdução do ideário Cidade-Jardim no Brasil. In: ARQUITETURA, ESTÉTICA E CIDADE: QUESTÕES DA MODERNIDADE. Brasília, Universidade de Brasília/Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, 2014. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/314685346\\_Introducao\\_do\\_ideario\\_Cidade-Jardim\\_no\\_Brasil](https://www.researchgate.net/publication/314685346_Introducao_do_ideario_Cidade-Jardim_no_Brasil). Acesso em: 2/12/2020.

área do “corredor cultural”, no centro da cidade, e também a área de proteção do denominado Projeto SAGAS, na área portuária.<sup>9</sup>

**Figura 1 – Vista aérea portuária do Rio de Janeiro.**



Fonte: Página do Diário do Porto.

Foto: Alexandre Macieira – Riotur.

Disponível em: <https://diariodoporto.com.br/wp-content/uploads/Porto-Maravilha-Foto-Alexandre-Macieira-Riotur.jpg>

9. A criação das Áreas de Proteção do Ambiente Cultural (APAC), na cidade do Rio de Janeiro, teve início com o Projeto Corredor Cultural, em 1979, transformado em legislação municipal pelo Decreto 4.141 de 1984, e pela Lei n. 506, de 17 de janeiro de 1984, reformulada posteriormente pela Lei n.º 1.139/87. Fonte: GUIA DAS APACS. Instituto Rio Patrimônio da Humanidade, Prefeitura do Rio de Janeiro, Ano II, nº I, 2012. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/6433361/4172403/guia01.compressed.pdf>. Acesso em: 2/12/2020.

Decreto nº 7.351, de 14 de janeiro de 1988, Regulamenta a Lei nº 971 de 4 de maio de 1987, que cria a Área de Proteção Ambiental – APA em parte dos bairros de Santo Cristo, Gamboa, Saúde e Centro. Constitui o Escritório Técnico do Projeto SAGAS (iniciais dos bairros de Santo Cristo, Gamboa e Saúde). Fonte: D.O. RIO, Ano I, nº 210, 19 de janeiro de 1988.

Disponível em: [http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4354515/4107421/centro\\_dec\\_7351\\_88\\_sagas.pdf](http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4354515/4107421/centro_dec_7351_88_sagas.pdf). Acesso em: 2/12/2020. Um dos exemplos no Brasil é o Corredor Cultural de Mossoró, Rio Grande do Norte, iniciado na década de 1980. ALMEIDA, Magno Everton Dantas de. **O corredor cultural de Mossoró e a usabilidade dos imóveis da Avenida Rio Branco**. João Pessoa, Universidade Federal da Paraíba, 2020.

Disponível em: <http://www.ct.ufpb.br/ccau/contents/documentos/estagio-supervisionado-i/acervo-virtual-estagio-supervisionado-i-2019.2/magno-everton-dantas-de-almeida-corredor-cultural-de-mossoro-e-a-usabilidade-dos-imoveis-da-avenida-rio-branco.pdf>. Acesso em: 2/12/2020.

A criação de áreas de interesse ou proteção cultural no Rio, denominadas de APACs (Área de Proteção ao Ambiente Cultural), passaram a conviver lado a lado, com aquelas áreas tombadas (e seus entornos) por ação dos órgãos de preservação federal ou estaduais, e também com os tombamentos de imóveis isolados ou de pequeno número de unidades de rua protegidas.

Isto acontecia, em todas as cidades, ao mesmo tempo em que a legislação de uso e ocupação do solo conferia aos lotes de diversas zonas da cidade coeficientes de aproveitamento mais e mais intensos, traduzidos sempre em aumento da verticalização.

O contraste, então, se acentua entre os imóveis tombados ou protegidos, para os quais se restringe novas construções, ou até se proíbe completamente a demolição, e a maioria dos demais imóveis da cidade para os quais se facultava, gratuitamente, a demolição para que ali se construísse com um novo e maior índice de aproveitamento do terreno.

**Figura 2 – Belém/PA**



Autora: @ Sonia Rabello (2009).

Na medida em que nas cidades brasileiras o crescimento da verticalização se acentua, cresce a pressão sobre os imóveis tombados; o contraste se revela não só pelo fato do proprietário do imóvel tombado ou protegido não poder se creditar, como os demais proprietários, com novos e generosos índices de aproveitamento gratuitos que multiplicam a área edificável original

de seu lote, como também de a eles se demandar que conservem adequadamente o imóvel protegido. E assim, se instala nas cidades, com maior ou menor incidência uma desigualdade na distribuição dos ônus e benefícios do processo de urbanização, desigualdade esta contradiz a diretriz contida no inciso IX, do art.2º do Estatuto da Cidade<sup>10</sup>, que preconiza e impõe ao planejamento urbano:

*"IX - a justa distribuição dos ônus e benefícios do processo de urbanização"*

A bem da verdade há que se dizer que as desigualdades na distribuição de índices construtivos nas cidades não afetou somente a pressão sobre os bens protegidos em função do patrimônio cultural, mas também os bens e áreas urbanas protegidas por novas políticas de proteção ambiental urbana, introduzidas fortemente a partir da década de 80 tanto na área rural, como nas áreas urbanas<sup>11</sup>. Essas desigualdades também afetaram a rápida substituição das estruturas tradicionais de bairros das cidades<sup>12</sup>, o perfil das áreas de suas litorâneas, de suas áreas centrais, e das novas urbanizações, todas passando a demandar por índices construtivos (coeficientes de aproveitamento dos lotes) cada vez maiores.

Isto pode ser identificado, com clareza, nas avenidas litorâneas de cidades como Recife (praia da Boa Viagem), caso que foi retratado com maestria cinematográfica no filme *Aquarius*<sup>13</sup>, ou em cidades balneárias, como Camboriú, onde a pressão imobiliária pelo máximo de índices construtivos à beira mar sequer conseguiu proteger a própria praia do sombreamento do sol que lhe justifica a localização!

Muito poucas cidades, como João Pessoa, ainda resiste à pressão imobiliária para aumentar índices construtivos à beira mar, visando proteger a paisagem, a ventilação, e a estrutura urbana litorânea; mas isso se tornou tão diferenciado, e inédito em relação ao restante das cidades litorâneas brasileiras que este fato é recorrentemente mencionado como um diferencial de resistência do planejamento urbano desta cidade.

E por que esta pressão por aumento gratuito por coeficientes de aproveitamento acontece de forma tão intensa?

É elementar: quanto maior o coeficiente de aproveitamento de um lote, maior é o aumento de seu valor financeiro (preço para venda). Ou seja, o proprietário do lote, ao receber da legislação de uso do solo a faculdade de poder construir a mais no seu terreno, este aumento do coeficiente de aproveitamento, que a legislação lhe dá em geral e historicamente de forma gratuita, acarreta um aumento direto no valor financeiro ao seu patrimônio! E, por isso, os proprietários de solo urbano estarão sempre e cada vez mais em busca de aumentos de coeficientes de aproveitamento, vindos gratuitamente da legislação urbanística, pois estes aumentos dos índices, repito, são automaticamente transmutados e apropriados diretamente em renda financeira patrimonial privada. É a lei econômica fundiária do maior e melhor uso do lote urbano da propriedade imobiliária urbana, que têm sido a regra do urbanismo em todas as nossas cidades até bem recentemente<sup>14</sup>.

10. BRASIL. **Lei Federal 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70317/000070317.pdf>. Acesso em: 3/12/ 2020.

11. Não é incomum encontrar áreas e unidades de conservação natural, nas suas várias tipologias, em cidades, grandes, médias ou pequenas, em propriedades públicas ou privadas, ou em parte delas. Para ver as várias tipologias possíveis de unidades de conservação, consultar a Lei N° 9.985, 18 de julho de 2000.

12. Exemplo disto são as constantes demandas e conflitos por edificação na área do chamado "Corredor da Vitória", em Salvador, trecho da Avenida Sete de Setembro que vai do Largo da Vitória até o Campo Grande, ruas e vielas adjacentes.

13. AQUARIUS. Direção de Kleber Mendonça Filho e estrelado por Sônia Braga. França, Brasil e Portugal: Globo Filmes, 2016.

14. Para entender e conferir esta assertiva há vasta bibliografia econômica a respeito. Para todas, e de forma concisa, indicamos SMOLKA, Martim. Implementing Value Capture. In: LATIN AMERICA – POLICIES AND TOOLS FOR URBAN DEVELOPMENT, Policy Focus Report, Lincoln Institute of Land Policy, Cambridge, MA, USA, 2013.

**Figura 3 e 4 – Recife/PE**

**Autora:** @ Sonia Rabello (2014).

Do outro lado da situação - daqueles que ganham com o aumento gracioso do potencial construtivo -, estão os que têm seus imóveis preservados, e que lhes é demandado não só a permanência do mesmo, sem sua substituição por outro com maior aproveitamento (o que lhe daria maior valor financeiro ao imóvel). Consequentemente podemos deduzir que esta disparidade de tratamento "ônus e bônus" na distribuição de cargas e benefícios do processo de urbanização acarretará enorme

pressão para que os proprietários tentem evitar de todo e qualquer modo que este ônus recaia sobre os seus bens, enquanto que os demais usufruem o bônus dos coeficientes de aproveitamento gratuitos para edificação e verticalização.

### **Sobre as diferentes situações de imóveis preservados**

Ao longo de mais de oitenta anos de atividades de preservação de imóveis urbanos pelos órgãos de preservação (federal, estaduais, e municipais) visualizamos três situações bem distintas no universo dos imóveis preservados nas cidades, tendo em vista duas características de análise: a da equidade em relação aos vizinhos, e a relação do(s) imóvel (éis) no contexto da cidade, com ou sem aplicação de instrumentos urbanísticos de compensação.

Faz-se mister afirmar que, não obstante a ação de preservação de imóveis urbanos tenha sido umas das mais intensas dos órgãos de preservação<sup>15</sup>, isto não fez com que os problemas de pressão sobre estes imóveis tenham diminuído. Ao contrário, o que se vê é um reiterado discurso de tentar "compensar" os donos desses imóveis pelas suas "perdas", seja dando-lhes supostas vantagens para conservar seus imóveis com isenções de IPTU (imposto predial e territorial urbano), seja permitindo-lhes insaciáveis transferências de direitos de construir (TDC), com ou sem o propósito de conservar o bem tombado. Mas, no fundo, todas estas migalhas "compensatórias" não apaziguam os ânimos demolitórios, direitos ou por mero abandono dos imóveis. E isso acontece porque estes expedientes são, a nosso ver, meros contornos do problema principal, que é o da desigualdade pungente no tratamento urbanístico da "*justa distribuição de ônus e benefícios do processo de urbanização*". Ou seja, nada apazigua ou resolve a profunda diferença de preço entre imóveis tombados e imóveis liberados no mercado fundiário, cuja lógica é o maior e melhor uso.

<sup>15</sup> Estima-se que, só a nível federal se tenha 766 edificações tombadas e 61 conjuntos urbanos, conforme atualização de 25/11/2019, do IPHAN. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Lista%20de%20bens%20tombados%20e%20processos%20de%20tombamento%2025-11-2019.xlsx>. Acesso em: 2/12/2020.

Vamos então às três situações que propomos como hipóteses de menores ou maiores conflitos entre o interesse público da preservação e o interesse privado de uso e fruição, pelo proprietário, de sua propriedade imobiliária urbana.

- 1ª Situação: cidades totalmente preservadas. Ou preservadas na sua quase totalidade.
- 2ª Situação: cidades com centros urbanos preservados, mas com o restante do território urbano com alta atividade de densificação e verticalização fora deste núcleo urbano. Ou ainda, cidades com várias áreas preservadas (ruas, ou parte de bairros) convivendo com áreas com alta atividade de densificação.
- 3ª Situação: cidades quase sem áreas preservadas, mas com preservação de unidades (prédios) quase individualizados, escolhidos pontualmente para serem preservados.

Passemos à apreciação da **1ª situação**. Nesta primeira situação identificamos núcleos urbanos homogêneos em toda sua extensão urbana, ou em quase toda ela. Não estamos nos referindo à extensão do território do Município, mas da zona urbana do mesmo. Nesta situação estaria, por exemplo, os casos de Ouro Preto (MG), Paraty (RJ), Tiradentes (MG), Diamantina (MG), São Cristóvão (SE) e outros<sup>16</sup>.

É possível que nas bordas desses núcleos urbanos se verifique outro tipo de ocupação, como no caso de Ouro Preto, onde se vê a ocupação residencial dos morros (ou parte deles) que circundam a cidade, mas que ainda não se tornou uma verticalização que contrasta com o núcleo urbano central.

**Figura 5 e 6 – Ouro Preto/MG**



**Autora:** @ Sonia Rabello (2007).

Nestas tipologias de núcleos fazemos as seguintes perguntas: existe pressão dos proprietários para destombar seus imóveis? Alguém está abandonando o imóvel, ou deixando-o cair? Qual é a principal dificuldade na preservação dos imóveis nestes núcleos?

A experiência tem mostrado que em cidades como Ouro Preto, Paraty, Tiradentes, e semelhantes não existe pressão destombamento dos imóveis, até porque o valor destes imóveis está na preservação dos mesmos. Em cidades como Paraty e Tiradentes, imóveis tombados

<sup>16</sup>. Marechal Deodoro e Penedo/AL; Cachoeira, São Félix, Itaparica, Lençóis, Mucugê, Porto Seguro, Rio das Contas, BA; Aracati e Sobral/CE; Olinda/PE; Laranjeiras/SE; Brasília/DF; Goiás/GO; Serro e Mariana/MG. Fonte: Portal do IPHAN. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/123>. Acesso em: 2/12/ 2020.

dentro dos núcleos urbanos valem muito mais do que outros imóveis não tombados na sua periferia, sobretudo quando nesta periferia o uso dos lotes tem restrições de altura e formas de ocupação, de modo a preservar a ambiência dos núcleos urbanos tombados. Então, não há desequilíbrio financeiro no valor de lotes, por conta de áreas onde se é atribuído, gratuitamente, índices de aproveitamento intensos e altos, e outras áreas onde o interesse público impõe restringir a ocupação e o uso do lote. Não há contrastes gritantes, entre os cidadãos/proprietários na distribuição de ônus e bônus urbanísticos no uso e aproveitamento de suas propriedades.

E, nestas cidades, a preservação dos imóveis passou a ser também um modo de vida, e até um bônus econômico, pois sua identidade histórica marcante e diferenciada acaba por favorecer, lateralmente, a economia do turismo. Nestas cidades há uma absorção destas características como um modo de vida da sua população, seja para habitação, comércio, ou serviços; e a consequência é que a conservação predial para o uso cotidiano acaba acontecendo: o bem tem, além de valor de mercado, também o valor de uso que, sem a conservação os dois se esvaem.

Claro que existem algumas dificuldades na preservação, advindas de duas situações mais corriqueiras: os custos, por vezes, complicados e caros de preservação, e demandas por modernização e expansão no próprio lote.

No primeiro caso, - os custos e a eventual complicação da conservação, - entendo que a economia da conservação predial é um mercado que ainda não se expandiu o suficiente para baixar os preços desses serviços. Mas, este é um mercado de grandes possibilidades de expansão, sobretudo para pequenos e médios artesãos e especialistas, desde que haja um esforço para formação desses profissionais em todos os níveis da atividade. Por outro lado, é também importante que aconteça uma desburocratização, uma agilidade, e a ainda a simplificação no nível de exigências por parte dos órgãos de preservação, e auxílio às obras de conservação; e também clareza prévia de critérios para a conservação.

Este último aspecto - a atenção dos órgãos de preservação às demandas dos proprietários - é um fator importante também para eventual atendimento, no limite do máximo viável, para a modernização interna

dos prédios, e sua eventual expansão, sem prejuízo da paisagem cultural do conjunto.

Mas estes são problemas menores, em face dos outros que se apresentam nas situações que se seguem.

**2ª Situação:** cidades com centros urbanos preservados, mas com o restante do território urbano com alta atividade de densificação e verticalização fora deste núcleo urbano, ou ainda, cidades com várias áreas preservadas (ruas, ou parte de bairros) convivendo com áreas com alta atividade de densificação.

Neste caso inserimos, primeiramente, casos emblemáticos como de São Luiz, Recife, Salvador, todos com centros históricos de grandes dimensões, e que convivem, fora desses centros históricos, com a cidade expandida com intensa densificação, somada a uma verticalização extremamente acentuada.

**Figura 7 e 8 - São Luiz/MA, centro histórico e saída do centro com visão litorânea**







**Autora:** @ Sonia Rabello (2016).

Nestes exemplos, fora do centro histórico preservado, são dados gratuitamente aos proprietários de lotes coeficientes construtivos que valem milhões de reais. E, ao mesmo tempo, o poder público, que dá a esses proprietários milhões de reais em recursos urbanísticos gratuitos, diz não ter recursos para conservação dos centros históricos tombados. E, porque isto acontece, os proprietários de imóveis nestes centros históricos, simplesmente abandonam a conservação de seus imóveis à própria sorte, rezando para que o tempo de abandono os faça cair. Ou, de forma excepcional, quando a situação se torna escandalosa nacionalmente, ou internacionalmente, o poder público disponibiliza milhões em recursos para programas intermináveis de recuperação pública destes centros históricos, como no caso do PAC do centro histórico de Salvador<sup>17</sup>.

Acontece que a resposta ao problema de se conseguir a conservação destes centros históricos não está dentro deles, mas fora, na cidade liberada. É o contraste da desigualdade entre o que o poder público exige dos proprietários dos imóveis dos centros históricos, e o que o poder público não exige dos proprietários na cidade liberada, onde se dá gratuitamente generosos coeficientes de aproveitamento, que faz com que a preservação

seja considerada um ônus urbanisticamente "injusto" para uns, enquanto outros apenas a usufruem, ou dela se beneficiam<sup>18</sup>.

Portanto, entendemos que grandes programas de milhões de reais, destinados à preservação e conservação destes centros históricos sem que se introduza, nestas cidades, um tratamento mais igualitário na distribuição dos recursos urbanísticos e no processo de ônus e bônus da urbanização, é como enxugar gelo: é interminável, e, por isso, ineficaz. A realidade o demonstra<sup>19</sup>.

Ainda dentro desta situação, mas em uma escala menos acentuada, há as cidades que têm várias áreas preservadas (ruas, ou parte de bairros) convivendo, dentro dela, com áreas com alta atividade de densificação.

Neste caso se incluem cidades com núcleos preservados, ou com ruas inteiras preservadas, ou também conjuntos significativos de prédios individuais. São exemplos as áreas tombadas em cidades como o Rio de Janeiro, Petrópolis (RJ), Belém, Manaus, Curitiba. São cidades que, a meu juízo, não tem centros históricos da dimensão de Recife, Salvador ou São Luiz, mas tem sim, áreas preservadas menores, concentradas ou espalhadas pelas suas respectivas cidades.

Nestas cidades, a situação é, de certa forma, semelhante a aquelas com grandes centros históricos, conforme acima descrito, com a diferença que o contraste não seria tão concentrado em áreas marcantes, mas espalhados em pequenos núcleos pela cidade geral. Mas, a situação da pressão é a mesma.

**17.** O PAC Cidades Históricas, em Salvador, tem valor total de 142,10 (mi). PAC CIDADES HISTÓRICAS. Resumo por cidade/UF. Brasília: Ministério da Cultural/IPHAN. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Investimentos%20por%20cidade.pdf>. Acesso em: 2/12/ 2020.

**18.** Muitos visitam estas cidades, com centros históricos significativos que atraem turistas, mas são hospedados em enormes hotéis na orla, fora dos centros históricos, construídos com índices construtivos altíssimos, cujos lotes, em função destes índices gratuitos, foram objeto de enormes lucros para seus proprietários.

**19.** RABELLO, Sonia. Imóveis históricos em ruínas e abandonados nos centros históricos. Qual o problema? Qual a solução? **Blog A Sociedade em busca do seu Direito**, Rio de Janeiro, 18/07/2017. Disponível em: <https://www.soniarabello.com.br/imoveis-historicos-em-ruinas-e-abandonados-nos-de-centros-historicos-qual-o-problema-qual-a-solucao/>. Acesso em: 4/12/2020.

**Figura 9 - Vizinhança do Palácio Rio Negro, Manaus/AM**



Autora: @ Sonia Rabello (2014).

A cidade de Curitiba é um exemplo emblemático. O seu pequeno, mas bem conservado núcleo histórico já foi objeto de festejados comentários sobre o sucesso de sua preservação. De fato, se conseguiu preservá-lo, mas às custas de recursos públicos urbanísticos dados artificialmente aos proprietários dos imóveis por meio da Transferência de Direitos de Construir (TDC).

**Figura 10 e 11 - Curitiba/PR, centro histórico e proximidades.**



Autora: @ Sonia Rabello (2015).

Ora, o uso deste instrumento, neste caso, significa que toda a cidade pagou por aquela preservação aos proprietários daqueles imóveis que, não obstante os recursos recebidos por via da TDC continuam proprietários dos mesmos. E como a cidade não tem como pagar ilimitadamente a todos os proprietários de imóveis que pretende preservar, o poder público passou a ficar refém do seu próprio instrumento, usado para facilitar e amenizar sua ação de preservação: ou se paga (com índices construtivos públicos) para preservar, ou não se tem preservação. Hoje, em Curitiba, este condicionamento para ação de interesse público ficou tão arraigado à cultura urbanística que foi recém-editada uma lei para se garantir aos proprietários de imóveis preservados a compensação de recursos urbanísticos da transferência de direitos de construir a cada 15 anos, denominada de "incentivos construtivos"<sup>20</sup>

**3ª Situação:** cidades quase sem áreas preservadas, mas com preservação de unidades (prédios) quase individualizados, escolhidos pontualmente para serem preservados.

Neste caso, inserimos, como exemplos, as cidades de Porto Alegre, Belo Horizonte e São Paulo, Curitiba, Caeté, Catas Altas, Congonhas, Nova Era, Sabará/MG onde há muitas hipóteses e casos emblemáticos de preservação de imóveis isolados, ou de grupo muito

20. CURITIBA (Município). **Lei Municipal Nº 14.794, de 22 de março de 2016.** Dispõe sobre a proteção do Patrimônio Cultural do Município de Curitiba – CMPC, institui o Fundo de Proteção ao Patrimônio Cultural – FUNPAC e dá outras providências. Disponível em: <https://mid.curitiba.pr.gov.br/2018/00227517.pdf>. Acesso em: 2/12/2020.

pequeno de imóveis. Cidades como estas não se caracterizam por ter áreas inteiras de ruas, ou partes de bairros sujeitos a preservação<sup>21</sup>.

O que encontramos nestas cidades que se enquadram, de modo geral, dentro desta tipologia é a legislação de uso do solo conferindo coeficientes de aproveitamento muito maiores, geralmente em áreas centrais já ocupadas, e a consequente e rápida substituição dos imóveis existentes por prédios, com a verticalização multiplicando o preço do solo por cada solo criado pelos novos índices construtivos apropriados privadamente pelos seus proprietários<sup>22</sup>.

Acontece que nestas áreas, muitas vezes, durante este processo de verticalização, os órgãos de patrimônio são alertados para importância de proteger (e salvar) ao menos alguns poucos exemplares significativos da ocupação originária da cidade. E aí resolvem, legitimamente, fazer o tombamento de um ou outro imóvel nestas áreas.

### Figura 12 e 13 - São Paulo (Butantã): Casa do Bandeirante localizada dentro de um prédio



Autora: @ Sonia Rabello (2017).

Ora, se o problema já existe quando há inequidade de tratamento urbanístico na distribuição de ônus e bônus do processo de urbanização entre o tratamento dado entre áreas numa mesma cidade, esta questão se agrava quando se trata de imóveis diferenciados existentes lado a lado.

Há inúmeros exemplos desta situação não só em cidades como São Paulo e Belo Horizonte, mas em todo Brasil; inclusive em cidades mencionadas na 2ª situação, fora das áreas dos chamados centros históricos, em ruas afastadas, em outros bairros dessas cidades.

As soluções procuradas pelos proprietários, nestes casos, são drásticas. A mais radical delas é quando o proprietário, sabendo do início do processo de tombamento, resolve demolir imediatamente seu imóvel, mesmo com ausência de eventual licença de demolição. Aplica o ditado popular *"es más fácil pedir perdón do que pedir permiso"*. São emblemáticos e inesquecíveis os casos da demolição da mansão Matarazzo, na Av. Paulista, na cidade de São Paulo<sup>23</sup>, e também o caso

21. Em Belo Horizonte a exceção é a Pampulha, cuja preservação é do Conjunto Moderno Pampulha formado pela Igreja de São Francisco de Assis, Casa do Baile, late Tênis Clube, Cassino da Pampulha (atual Museu de Arte da Pampulha) e Casa Kubitscheck. MONUMENTOS TOMBADOS E OBRAS DE ARTE – CONJUNTO MODERNO DA PAMPULHA. Portal do IPHAN, Brasília. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/1653/>. Acesso em: 2/12/ 2020.

22. Importante destacar que as cidades de São Paulo, e Belo Horizonte, seus respectivos Planos Diretores (2014 e 2019 respectivamente) já inverteram esta situação ao instituírem a Outorga Onerosa do Direito de Construir, com índice básico 1 em todo seu território.

23. ERA UMA VEZ EM SP...mansão dos Matarazzo. JORNAL ESTADO DE SÃO PAULO. São Paulo, 31 jul. de 2015. Disponível em: <https://acervo.estadao.com.br/noticias/acervo.era-uma-vez-em-sp-mansao-dos-matarazzo,11299,0.htm>. Acesso em: 2/12/2020. TERRENO DOS MATARAZZO É VENDIDO. JORNAL FOLHA DE SÃO PAULO. São Paulo, 12 jan. 2007. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1201200716.htm>. Acesso em: 2/12/2020. A mansão dos Matarazzo na Av. Paulista chegou a ser tombada pelo Município em 1989. Contudo, houve uma longa discussão na Justiça, onde foi estabelecida uma indenização milionária. Neste ínterim,

da demolição do Solar Monjope, no Jardim Botânico, no Rio de Janeiro<sup>24</sup>.

A segunda solução procurada é impetrar ação na Justiça, para pedir indenização, alegando desapropriação indireta. Nesta situação é emblemático o caso que tramitou na Justiça Estadual de São Paulo, da Casa Warchavchik<sup>25</sup>, que finalizou pela a desapropriação do imóvel pelo Município.

A terceira solução nesta situação, atualmente mais usada, é a dação a estes proprietários de direitos de transferência da totalidade dos "potenciais" construtivos dados pela legislação a seus vizinhos, como compensação pelo tombamento de seu imóvel. Esta solução foi muito usada em Belo Horizonte, e ainda consta como solução no atual Plano Diretor de São Paulo<sup>26</sup>, como um "estímulo" ao proprietário pelo tombamento de seu imóvel; ou seria um *mea culpa*?

E, por incrível que pareça há ainda a solução praticada em outros tempos, mas ainda hodiernamente tentada, que é edificar o novo e vertical imóvel por cima do imóvel tombado, ou dentro dele. Exemplos disto, dentro e fora do Brasil são chocantes.

**Figura 14 - Rio de Janeiro - Rua do Lavradio, 132**



Fonte: <https://www.amatra1.org.br/wp-content/uploads/2019/05/forum-lavradio2.jpg>

Todos esses casos têm uma só origem: a desigualdade no tratamento urbanístico de ônus e benefícios do processo de urbanização. Quando esta desigualdade é especial e anormal, ou seja, apenas um ou dois imóveis na vizinhança próxima tem o ônus de não ser tratado como os demais, a Justiça tem reconhecido eventuais direitos indenizatórios. E isto é bastante sério, pois inverte as conquistas jurisprudenciais de décadas, pelas quais foi consolidado o entendimento da não indenizabilidade da proteção cultural ou ambiental.

quando houve uma anulação dos atos da Prefeitura, a mesma sofreu várias demolições, inviabilizando qualquer objeto para tombamento. Finalmente, foi alienada para construtora, em 1996, por 125 milhões de reais, local onde foi construído o Shopping Cidade de São Paulo.

**24.** CRESCIMENTO DA CIDADE DERRUBA PALÁCIOS, IGREJAS E CASARIOS. **O GLOBO.** Rio de Janeiro, 04 dez. de 2016. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/crecemento-da-cidade-derruba-palacios-igrejas-casarios-20586381>. Acesso em: 2/12/2020. No caso do Solar Monjope, parecer de Lucio Costa recomendou sua proteção pelo Estado, e não pelo IPHAN. Contudo, durante o encaminhamento e discussão sobre o tombamento, o mesmo foi demolido, à noite, com um trator, restando sem objeto esta discussão.

**25.** Houve tombamento da Casa Warchavchik em 1983 pelo Município de São Paulo, e em 1984 pelo Estado de São Paulo. Após 10 anos de tramitação do processo judicial, e de abandono do imóvel, em 1994 há a sentença reconhecendo a pretensão indenizatória pleiteada pelos proprietários. Após a sentença, e como forma de resolver a questão, houve a desapropriação do imóvel pelo Estado de São Paulo.

**26.** SÃO PAULO (Município). **Lei Municipal Nº 16.050, de 31 de julho de 2014.** Aprova a política de desenvolvimento urbano e o plano diretor estratégico do município de São Paulo. Disponível em: <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-16050-de-31-de-julho-de-2014>. Acesso em: 2/12/2020.

**Figura 15 - Rio de Janeiro - Vista com o Antigo Convento do Carmo e prédio da Faculdade Cândido Mendes**



Autora: @ Sonia Rabello (2013).

É necessário dizer que a compensação via TDC, com a deferência ao proprietário de alienar a totalidade do coeficiente construtivo geral constitui, a nosso ver, também um "pagamento" pelo tombamento, e, por conseguinte, pode ser interpretado como um reconhecimento, pelo poder público, de que o proprietário deve ser, de alguma forma, indenizado. É um grave precedente, e um retrocesso na política de preservação do patrimônio cultural imobiliário.

### **Como o Estatuto da Cidade, e o Direito Urbanístico nacional ofereceu instrumento para a política de preservação de imóveis nas cidades?**

Estes agrupamentos de casos nas modalidades que acima sugerimos evidentemente não são exclusivos nem exaustivos. São casos agrupados de grosso modo, de modo a fazer mais clara as desigualdades de tratamento urbanístico na distribuição inequitativa e gratuita de coeficientes de aproveitamento dos lotes na cidade: agrupam situações onde não há desigualdade, ou situações onde grupos maiores ou menores de conjuntos amenizam, mas não resolvem ou apaziguam as diferenças, ou situações onde o isolamento de imóveis preservados faz com que o contraste fique tão gritante que impossibilita a preservação do imóvel sem compensação em função da desigualdade.

Nossa posição é de que, ressalvado o caso mencionado na 1ª situação, a preservação e conservação de imóveis em áreas urbanas só tem futuro se for introduzido no planejamento urbano destas cidades instrumentos urbanísticos que funcionem para fazer valer a diretriz da "justa distribuição de ônus e benefícios do processo de urbanização". E esse instrumento é a Outorga Onerosa do Direito de Construir – a OODC (mais adiante veremos que a Transferência do Direito de Construir não pode ser senão uma consequência da introdução prévia da OODC)<sup>27</sup>.

A Outorga Onerosa do Direito de Construir é o instrumento urbanístico previsto no art. 28 e seguintes do Estatuto da Cidade que viabiliza a obediência à diretriz prevista no seu art. 2 inc. IX, e que se refere à "justa

distribuição de ônus e benefícios do processo de urbanização". Há outra importante diretriz, no Estatuto da Cidade, que vai ao mesmo sentido, mas que, no nosso entender se refere não à aplicação ao instrumento urbanístico da OODC, mas ao instrumento da Contribuição de Melhoria. Diz a diretriz, contida no inciso XI do art.2º: "XI – recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos".

Voltemos à Outorga.

Justa distribuição quer dizer distribuição equânime. E equânime quer dizer isonômica, o mais equitativa possível.

É bem verdade que é impossível que, numa cidade, que pela sua própria natureza é um objeto complexo, o planejador distribuía os recursos públicos urbanísticos de forma absolutamente igual para todos os lotes. Mas, grandes desigualdades na distribuição de índices tem impacto direto no preço da propriedade urbana, que é o que interessa ao proprietário: o valor financeiro de sua propriedade em relação aos demais.

Se o instrumento da OODC não resolve completamente as questões das desigualdades urbanísticas trazidas pelas leis de uso e ocupação do solo nas cidades, ele certamente ameniza bastante essas desigualdades; e veremos como.

Antes, porém, cabe esclarecer que, o que denominamos aqui, e em outros textos<sup>28</sup>, como "recursos públicos urbanísticos" são os índices, ou coeficientes e formas de aproveitamento de uso do solo previstos no Plano Diretor ou/e legislação de uso e ocupação do solo: o zoneamento de uso residencial, comercial/serviços, ou industrial, gabaritos de altura, índices de aproveitamento do terreno, etc.

E por que são recursos públicos urbanísticos?

Porque todos estes índices e coeficientes de aproveitamento do solo são criados pelo poder público, por lei, no exercício de sua função constitucional de planejamento urbano, com vistas ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade<sup>29</sup>; eles existem para

27. Ver nota 24 os exemplos de São Paulo e Belo Horizonte.

28. RABELLO, Sonia. A Outorga Onerosa do Direito de Construir: e a preservação do Patrimônio imobiliário urbano. In: Domingues, João, Pragmácio, Mário (orgs.). MEMÓRIA, PATRIMÔNIO CULTURAL E A QUESTÃO URBANA NO RIO DE JANEIRO - CONTRADIÇÕES, CONFLITOS E DESAFIOS. Rio de Janeiro: Letra Capital - FAPERJ, 2019.

29. BRASIL. Constituição (1988). Art. 182: ver texto na nota 8.

cumprir precipuamente esta finalidade constitucional, e só podem ser previstos se houver, no local a infraestrutura urbana pública necessária para serem aproveitados urbanisticamente<sup>30</sup>.

O que acontece, porém, é um fenômeno econômico fundiário interessante, e completamente desassociado do direito formal de propriedade. A lei de uso do solo, ao prever o aumento da densificação, esta lei gera um impacto no preço do terreno, em geral para aumentar seu valor financeiro, sem que o proprietário faça qualquer movimento ou investimento. Ou seja, pela simples aprovação de uma lei que faculta um aumento do coeficiente de aproveitamento em um lote, o terreno passa a ter outro preço no mercado, valor excedente este que tem sido apropriado, até o momento, pelos proprietários dos lotes; valor financeiro excedente este que, repito, foi gerado a maior por uma lei criada pelo poder público para viabilizar o interesse público do planejamento urbano.

Então, o que é a Outorga Onerosa do Direito de Construir (OODC), e em que ela pode minorar este conflito?

A OODC é um instrumento urbanístico, previsto no art.28 do Estatuto da Cidade<sup>31</sup>, no qual se prevê a cobrança de contrapartida sempre que o interessado quiser usar, no seu lote, coeficientes de aproveitamento acima do coeficiente básico. Ou seja, aos lotes urbanos será reconhecido dois tipos de coeficientes de aproveitamento: o

coeficiente básico, e o coeficiente máximo. O coeficiente básico é aquele deferido, equanimemente, a todos os proprietários de lote urbano, e que é, de modo geral igual a 1 (uma) vez o tamanho do lote. Pelo uso, por parte do proprietário, deste aproveitamento básico (coeficiente básico de aproveitamento) não lhe é cobrado qualquer contrapartida, uma vez que se entende que este uso básico é o que lhe permite o uso econômico útil de sua propriedade imobiliária.

Em resumo, a lei nacional que estabelece normas gerais de planejamento urbano (art.24, I da Constituição Federal), através do instrumento da Outorga Onerosa do Direito de Construir (OODC) estabeleceu que:

1. O plano diretor estabelecerá dois coeficientes de aproveitamento<sup>32</sup> para a propriedade imobiliária urbana: o básico e o máximo.
2. O coeficiente máximo será necessariamente estabelecido se as condições da infraestrutura urbana o permitirem.
3. O coeficiente básico não tem relação necessária com a infraestrutura. Por conseguinte, seu estabelecimento, em princípio como coeficiente de aproveitamento único, - ressalvadas diferenciações para áreas específicas -, tem relação com o princípio da justa (equânime) distribuição de benefícios e ônus do processo de urbanização, diretriz estabelecida no inciso IX do art.2º do Estatuto da Cidade<sup>33</sup>.
4. Nas áreas em que o plano diretor previr a possibilidade de utilização de coeficientes de aproveitamento máximos, isto é, diferentes, para maior, do coeficiente índice básico, o poder público deferirá este benefício mediante contrapartida (*caput* do art.28).

30. O art.28, §3º do Estatuto da Cidade (ECi), lei 10.257/2001, ao referir-se aos limites máximos dos coeficientes de aproveitamento de um lote diz que eles serão fixados "considerando a proporcionalidade entre infraestrutura existente e o aumento da densidade esperado em cada área". Este dispositivo materializa a diretriz geral contida no art.2º, da mesma Vi, c da citada lei, que determina que a ordenação e controle do uso do solo urbano evitará o "o parcelamento, a edificação ou o uso excessivo ou inadequado [da área] em relação à infraestrutura urbana".

31. BRASIL. **Lei 10.257/2001**: "Art. 28. O plano diretor poderá fixar áreas nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, coeficiente de aproveitamento é a relação entre a área edificável e a área do terreno.

§ 2º O plano diretor poderá fixar coeficiente de aproveitamento básico único para toda a zona urbana ou diferenciado para áreas específicas dentro da zona urbana.

§ 3º O plano diretor definirá os limites máximos a serem atingidos pelos coeficientes de aproveitamento, considerando a proporcionalidade entre a infraestrutura existente e o aumento de densidade esperado em cada área."

32. Coeficiente de aproveitamento é a medida de intensidade de uso do lote, estabelecida por lei. No Brasil, o coeficiente de aproveitamento, ou intensidade de uso é estabelecido em função do tamanho do lote: 1, 2, 3, 4 vezes a metragem do lote, respeitados outros parâmetros tais como altura, afastamentos, recuos.

33. Diretrizes do ECi: Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:... IX - justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;... XI - recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos;... XII - proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;

Esta contrapartida, ou pagamento pelo deferimento de coeficiente de aproveitamento além do básico é que o ECi denominou de Outorga Onerosa do Direito de Construir (art.30 do ECi)<sup>34</sup>.

Ora, se a lei federal nacional estabeleceu uma cobrança pela outorga de índices de edificabilidade que forem deferidos além do índice básico é porque este "direito" de edificar não pertence ao patrimônio do titular de domínio do lote; isto porque o poder público não poderia cobrar para outorgar um direito que já integrasse o patrimônio do particular. Como outorgar onerosamente um direito que já é do outro? Isto não é logicamente possível<sup>35</sup>.

Então, o que se pode extrair do texto legal?

A principal conclusão é a de que coeficiente básico, pelo qual o poder público não cobra, pertence ao proprietário para viabilizar o exercício economicamente útil de sua propriedade imobiliária (art.1229 do Código Civil)<sup>36</sup>. Porém, os coeficientes adicionais ao básico, chamados de coeficientes máximos, criados pelo Poder Público em função da infraestrutura instalada, estes não integram o conteúdo patrimonial básico de domínio privado; os coeficientes máximos de aproveitamento são, pois, **recursos urbanísticos públicos**, e só poderão ser deferidos mediante contrapartida, ou seja, mediante outorga onerosa a ser paga pelo beneficiário.

Esta foi a alteração mais substancial que a lei nacional, o Estatuto da Cidade (ECi), como lei especial, fez em relação à lei civil geral: estabeleceu que os índices de edificabilidade (chamado de direitos de construir), para

além do índice básico, são recursos urbanísticos e, como tal, pertencem ao poder público.

E por que o poder público não pode outorgar, como vem tradicionalmente fazendo, com índices máximos gratuitos de edificabilidade?

Não pode fazê-lo, não só em função do comando do art.2º, IX do Estatuto da Cidade que impõe a "justa distribuição de ônus e benefícios do processo de urbanização", como também em função de dois outros princípios: o princípio de direito público que veda ao poder público a distribuição de recursos públicos graciosamente, e também ao princípio geral de Direito, **que veda o enriquecimento sem causa**, hoje consubstanciado no art.884 do Código Civil.

Como já mencionamos acima, a produção acadêmica na área urbanística, e também a de economia urbana tem demonstrado que, a alteração legislativa de uso do solo que aumenta a capacidade de edificação em um lote, permitindo que nele se construa mais do que a metragem de sua área original, faz aumentar também o preço do lote no mercado imobiliário<sup>37</sup>. Ou seja, o ato normativo do poder público, que não tem nenhuma relação com qualquer ação do particular, repercute no patrimônio privado, fazendo aumentar o valor financeiro do imóvel no mercado. E, este fato privilegia apenas grupos específicos de proprietários de lotes, e ainda assim de forma completamente diferenciada entre eles; e enquanto que para uns é possível construir quatro, cinco, seis vezes o tamanho do lote, outros tem índices de edificabilidade bem menor; e, alguns deles, nem podem edificar além do que já está construído, pois tem seus imóveis preservados por interesse urbanístico, ambiental ou cultural.

Ressalte-se que toda esta diferenciação, toda esta disponibilidade para edificar, todo este insumo urbanístico que são os coeficientes de aproveitamento máximos, também denominados de índices de edificabilidade, só é possível se realizar se houver infraestrutura de serviços urbanos, feita e mantida com recursos públicos municipais. Portanto, é a cidade construída por todos que viabiliza e dá valor aos índices de edificabilidade máximos.

34. "Art. 30. Lei municipal específica estabelecerá as condições a serem observadas para a **outorga onerosa do direito de construir** e de alteração de uso, determinando: I – a **fórmula de cálculo para a cobrança**; II – os casos passíveis de isenção **do pagamento** da outorga; III – a contrapartida do beneficiário. Art. 31. **Os recursos auferidos com a adoção da outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso serão aplicados com as finalidades previstas nos incisos I a IX do art. 26 desta Lei.**" (grifos nossos).

35. Ver RABELLO, Sonia. Regulação do Território e da Propriedade Imobiliária Urbana: evolução conceitual no Direito Brasileiro. In: Ferrari, Sergio e Mendonça, José Vicente: DIREITO EM PÚBLICO – HOMENAGEM AO PROFESSOR PAULO GALVÃO. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. Disponível em <http://www.soniarabello.com.br/category/publicacoes/>. Acesso em: 2/12/2020.

36. BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, **Código Civil Brasileiro: art. 1.229**. A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade **úteis ao seu exercício**, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las (grifos nossos).

37. Para entender como se dá este processo ver: FURTADO, Fernanda, BIASOTTO, Rosane, e MALERONKA, Camila. **Outorga Onerosa do Direito de Construir**. Coleção Cadernos Técnicos de Regulamentação e Implementação de Instrumentos do Estatuto da Cidade. Brasília: Ministério das Cidades e Lincoln Institute of Land Policy, 2012.

Por que então somente alguns têm seu patrimônio aumentado em função de ações que lhe são alheias? Não é exatamente isto que caracteriza o enriquecimento sem causa?

**Figura 16 – Salvador/BA**



**Autora:** @ Sonia Rabello (2012).

No direito brasileiro, este princípio geral de Direito, - a vedação do enriquecimento sem causa -, foi explicitado, recentemente, na legislação federal, dentro do código civil de 2012; e, pelo fato desta regra estar escrita dentro do código civil, não se deve supor, obviamente, que esta sua toponímia restrinja sua aplicabilidade somente às relações privadas. Diz a norma:

**"Do Enriquecimento Sem Causa**

**Art. 884.** *Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.*

**Parágrafo único.** *Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.*

**Art. 885.** *A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir."* (grifos nossos).

Ora, ao se adotar, no planejamento urbano de uma cidade a Outorga Onerosa do Direito de Construir está se reconhecendo que os coeficientes máximos de aproveitamento são recursos urbanísticos públicos, aos quais os proprietários de lotes não deve ter acesso como valor econômico integrante do valor de sua propriedade imobiliária. Com isso, os imóveis sujeitos a tombamento, ou vizinhança de bem tombado, não serão mais aqueles únicos imóveis na cidade que ficam privados de coeficientes máximos de edificabilidade, para além do coeficiente básico, igualitário a todos. Iguala-se, com a outorga onerosa, as condições básicas de aproveitamento urbanístico a todos os imóveis urbanos, pela deferência do índice básico sem contrapartida.

Com isso, desidrata-se da expectativa dos proprietários quanto à perspectiva de apropriação financeira que é feita, quando não se cobra contrapartida em função do deferimento de coeficientes de edificabilidade maiores do que o índice básico, igualitário, de aproveitamento. Assim, espera-se, senão eliminar, ao menos minimizar a pressão decorrente da distribuição inequitativa de ônus e benefícios do processo de urbanização em uma cidade, quando esta distribui aos diferentes proprietários faculdades e restrições urbanísticas muito distintas.

Impõe agora responder à questão: como conciliar a Outorga do Direito de Construir com a Transferência do Direito de Construir (TDC), esta última prevista no art.35<sup>38</sup> do Estatuto da Cidade?

**38. BRASIL. Lei Federal 10.257/2001:** *Da transferência do direito de construir: art. 35. Lei municipal, baseada no plano diretor, poderá autorizar o proprietário de imóvel urbano, privado ou público, a exercer em outro local, ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no plano diretor ou em legislação urbanística dele decorrente, quando o referido imóvel for considerado necessário para fins de:*

*I – implantação de equipamentos urbanos e comunitários;*

*II – preservação, quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural;*

*III – servir a programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social.*

*§ 1º A mesma faculdade poderá ser concedida ao proprietário que doar ao Poder Público seu imóvel, ou parte dele, para os fins previstos nos incisos I a III do caput.*



A TDC, ao ser prevista no Estatuto da Cidade, deu a entender a muitos planejadores que cada Município poderia, no âmbito do território municipal, escolher e decidir se os coeficientes máximos de edificabilidade gerados pela legislação municipal seriam, ou não, dados graciosamente aos proprietários dos lotes. Assim, por hipótese, se determinada legislação de planejamento municipal, adotasse a TDC, e não previsse a OODC, significaria dizer que toda vez que houvesse uma restrição de preservação de imóvel ou conjunto de imóveis na cidade, os proprietários teriam "direito" de transferir, como se seus fossem, os coeficientes adicionais máximos atribuídos pela legislação àquela área. Como consequência, os proprietários dos lotes poderiam vender esses coeficientes imateriais de edificabilidade, como se, por uma espécie de acessão legal, ao ser editada a legislação, os mesmos tivessem passado automaticamente a ser um direito patrimonial privado; receberiam, então, este "direito" de transferência como uma forma de estímulo, ou compensação, por terem seus imóveis tombados, e os terem que conservar.

Esta prática tem operado como um remédio, um alívio dado pelas pressionadas autoridades públicas, que desejam aplicar políticas de preservação: é uma forma de minimizar os desgostos dos proprietários que têm seus imóveis preservados, em face dos seus vizinhos próximos ou distantes que podem usufruir da renda adicional dos coeficientes construtivos públicos que lhes são deferidos gratuitamente. Esta foi uma prática especialmente conhecida pela experiência do Município de Curitiba, na década de 80, e que resolveu pontualmente alguns problemas de conservação do pequeno centro histórico lá existente<sup>39</sup>. Contudo, com o passar do tempo, lá mesmo, tem havido demanda dos mesmos proprietários

de imóveis preservados de renovarem suas "vendas" de potencial construtivo, pois, passados os anos, gerou-se a expectativa de que a conservação de imóveis preservados não é mais uma obrigação dos proprietários, como o é, aliás, para qualquer imóvel em uma cidade.

É evidente que a aplicação da TDC sem a Outorga gera a falsa noção de que os índices máximos, que, neste caso são alienados pelos proprietários dos lotes, integrariam o patrimônio privado desses proprietários; sim, porque se não fossem seus, os índices, como poderiam os proprietários alienar direitos que não lhes pertencem?

Não parece evidente, nem razoável se pensar que cada Município brasileiro possa resolver, por si, se o conteúdo da propriedade imobiliária no âmbito do seu território seria integrado, gratuitamente, pelos coeficientes máximos de aproveitamento, decorrentes da legislação municipal, em função da infraestrutura instalada pelo Poder público. Este tipo de prática pelo poder público municipal, não obstante ser ainda aplicada, confronta diretamente com os princípios acima mencionados, previstos no Estatuto da Cidade, especialmente o da "justa distribuição de ônus e benefícios do processo de urbanização", e do enriquecimento sem causa. Embora mais dócil de ser aplicado, este não é, absolutamente, o comando legal do direito urbanístico e dos princípios gerais direito, em vigor no país.

Acrescente-se, por oportuno, que mesmo a jurisprudência brasileira, desde o *leading case* decidido pelo STF na década de 80<sup>40</sup>, sempre entendeu que o chamado "direito de construir" é, na verdade, uma expectativa de direito. O direito de construir só é "adquirido" pelo titular de domínio da coisa quando a construção se materializa. Portanto, entender que esta expectativa de direito

§ 2o A lei municipal referida no caput estabelecerá as condições relativas à aplicação da transferência do direito de construir.

39. Após a 1ª experiência de Curitiba, a TDC, pela sua generosidade urbanística e pelo alívio gerencial que proporciona aos administradores face à pressão dos proprietários, passa a integrar vários planos diretores de cidades como Belém, Belo Horizonte, Porto Alegre, Natal, Campinas, Campo Grande. Ver trabalho de BITENCOURT, Ana Paula. **A Transferência do Direito de Construir para a conservação do patrimônio natural e cultural: a experiência da cidade de Curitiba**. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Urbano), Universidade Federal de Pernambuco, Recife 2005. Disponível em: <http://docplayer.com.br/14486112-Ana-paula-mota-de-bitencourt.html>. Acesso em: 2/12/2020.

40. Ver SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário** 85002, Relator Min. MOREIRA ALVES, data de julgamento: 03/12/1972, segunda turma, data de publicação: DJ 11/03/1977. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/888517/recurso-extraordinario-re-85002-sp/inteiro-teor-100573426>. Acesso em: 7/12/2020. E também o RE 178836-4, Relator Min. CARLOS VELOSO, data de julgamento: 08/06/1999, Segunda Turma, data de publicação: DJ 20/08/1999. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14696799/recurso-extraordinario-re-178836-sp/inteiro-teor-103089263>. Acesso em: 7/12/2020. Sobre a oodc ver o *leading case*, Recurso Extraordinário 387047, Relator Min. EROS GRAU, data de julgamento 01/02/2005, data de publicação: DJ 28/02/2005. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14793167/recurso-extraordinario-re-387047-sc-stf>. Acesso em: 7/12/2020.

de construir tenha se transformado agora em direito alienável seria, no nosso entender, um erro jurídico, e um grave retrocesso, especialmente após a vigência da Constituição de 1988, e de sua política social de desenvolvimento urbano.

### Como conciliar então ambos os instrumentos urbanísticos, a OODC e a TDC em prol da preservação do patrimônio cultural?

A resposta está na aplicação da Resolução Recomendada 148 do Ministério das Cidades<sup>41</sup>. Ou seja, não é possível aplicar a TDC sem a aplicação conjunta da OODC. São as duas faces da mesma moeda.

Entendendo que os coeficientes máximos, segundo o Estatuto da Cidade, são recursos urbanísticos que o poder público aliena mediante a contrapartida da Outorga (art.28 da lei 10.257/2001), o objeto da alienação, pelo proprietário, previsto no art.35, como direito próprio, só poderá ser o do conteúdo do coeficiente básico, quando este não puder ser usado na sua integralidade.

Detalhando melhor: os coeficientes máximos são de domínio público, e eles são alienados pelo poder público mediante contrapartida, através do instrumento urbanístico da Outorga Onerosa do Direito de Construir. Então, o que o proprietário do lote pode alienar não poderá ser este mesmo direito que já pertence ao poder público, ou seja, o coeficiente máximo. Logo, o "direito" que está na esfera do patrimônio privado, além da terra, é o seu direito de usar o coeficiente básico, útil ao exercício da função econômica de sua propriedade. Este coeficiente básico é o que pode ser objeto de alienação via TDC pelo proprietário privado; e ele deve tender ser o mais igualitário possível a todos os proprietários de lotes, para que se cumpra a diretriz de "justa distribuição de ônus e benefícios do processo de urbanização".

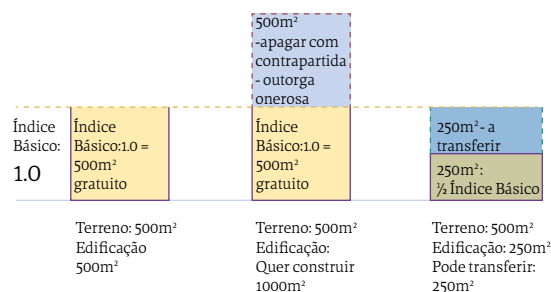
De modo geral, há uma tendência de que este índice básico seja igual a 1 (uma) vez a área do lote, como foi proposto na Carta de Embu<sup>42</sup>. E por quê? Inferimos

que este número decorre da compreensão de que se o proprietário comprou um lote de determinado tamanho, e é esta a área de sua propriedade que está registrada no registro imobiliário como sua propriedade material, então o seu direito de uso deve ser, basicamente, do mesmo tamanho da sua propriedade registrada. É o que acontece na propriedade imobiliária rural: se um proprietário de uma fazenda de 10 hectares faz cultivo na mesma, ele não terá nenhuma expectativa de usar no seu aproveitamento agrário, no seu uso útil, nada mais além do que os 10 hectares da sua propriedade<sup>43</sup>.

Quando o proprietário de um lote é privado de usar, como todos os demais, a totalidade do coeficiente básico (que não é objeto de qualquer contrapartida para sua utilização), em função do interesse público da preservação, neste caso ele poderá alienar a terceiros a diferença entre o que está sendo usado de coeficiente básico, e o que está obstaculizado de usar em função da preservação de seu imóvel. Esta diferença é que é objeto da TDC.

A figura abaixo pode melhor ilustrar o que mencionamos acima.

Figura 17 - TDC



Porém, tal qual nas propriedades rurais, pode acontecer que em função de outros interesses públicos, como ambiental, cultural, ou urbanístico, haja a necessidade de que, para determinadas áreas da cidade, em função

41. Disponível em: [http://www.lex.com.br/legis\\_26081045\\_RESOLUCAO\\_RECOMENDADA\\_N\\_148\\_DE\\_7\\_DE\\_JUNHO\\_DE\\_2013.aspx](http://www.lex.com.br/legis_26081045_RESOLUCAO_RECOMENDADA_N_148_DE_7_DE_JUNHO_DE_2013.aspx). Acesso em: 2/12/2020.

42. Carta do Embu – documento completo. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1894685/mod\\_resource/](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1894685/mod_resource/)

<content/0/08%20Carta%20do%20Embu.pdf>. Acesso em: 2/12/2020.

43. Ver vídeo do Programa de Capacitação do Ministério das Cidades e Lincoln Institute of Land Policy. Propriedade Urbana Dos Direitos de Construir e da sua Outorga Onerosa – Sonia Rabello – disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=8p3cTHKU46A>. Acesso em: 2/12/2020.

de suas características próprias de urbanização ou de ocupação imemorial, a legislação urbanística estabeleça um uso mínimo básico menor do que aquele estabelecido para o restante da cidade (o suposto índice 1). É o que está previsto no §2º do art.28 do ECi que diz: §2º: *O plano diretor poderá fixar coeficiente de aproveitamento básico único para toda a zona urbana ou diferenciado para áreas específicas dentro da zona urbana.* (grifos nossos).

Parece lógico que há de se ter uma razão de interesse público que justifique tratamento diverso. Tomemos o exemplo de lotes privados localizados dentro da área da Floresta da Tijuca no Rio de Janeiro. Quando se admitiu que a parte privada da Floresta da Tijuca fosse loteada, a legislação de parcelamento e uso do solo exigiu que os lotes tivessem o tamanho mínimo de 10.0000 (dez mil metros quadrados) e baixíssima taxa de ocupação, de modo a não alterar, com esta ocupação, a permanência razoável da Floresta preservada. Então, se e quando a Cidade do Rio instituir o índice básico 1 (um) para a cidade, não fará nenhum sentido atribuir, para esta área especial, - em função de suas características de origem e forma de ocupação - o mesmo índice 1 (um) do restante da cidade. Caso isto viesse a acontecer, geraria para estes proprietários um enorme potencial de coeficiente básico a ser transferido, o que desequilibraria o instrumento no restante da Cidade, bem como a efetividade da OODC.

Esta é, portanto, a leitura que fazemos do §2º do art. 28 acima referido, e que julgamos estar mais ajustada aos interesses do planejamento urbano do território, de forma a avançar no desenho público da função social da cidade<sup>44</sup>.

## Conclusão

A Outorga Onerosa do Direito de Construir (OODC) é o instrumento mais poderoso colocado à disposição do gestor público para minimizar os conflitos, cada vez mais intensos, de preços no campo da preservação do patrimônio imobiliário urbano. Por isso é que os gestores patrimoniais devem lutar para implantação do instrumento urbanístico da Outorga Onerosa do Direito de Construir (OODC) em todas as cidades onde há patrimônio imobiliário a ser preservado, e onde a verticalização das cidades seja um fato urbanístico que pressiona a substituição dos bens imóveis de valor cultural por imóveis novos prédios que incorporem, gratuitamente, coeficientes de aproveitamento extremamente vantajosos à sua verticalização.

As cidades mudaram muitíssimo nas últimas décadas, fruto da tecnologia, da economia urbana, da demografia com seu acentuado crescimento populacional. Mas, ao mesmo tempo em que é imperioso o planejamento desta nova cidade que incorpore as modernidades, a densificação, a cidade compacta, esses avanços no bem estar territorial tem que se dar com sua harmonização com o meio ambiente natural, e com a preservação do patrimônio cultural produzido na cidade. E, nos tempos modernos, qualquer avanço dito sustentável não será pela via de se acentuar as desigualdades, mas diminuí-las, e, quem sabe, superá-las. Os instrumentos urbanísticos estão aí para isto.

A preservação do patrimônio cultural é um aspecto fundamental do urbanismo, e uma diretriz identitária dos cidadãos. Porém, há que se reconhecer os conflitos existentes, e que foram crescendo cada vez mais nas últimas décadas; não porque são incompatíveis o adensamento e a preservação, mas porque foram fruto das desigualdades distribuídas do planejamento desatento a este aspecto. Agora, não mais. Suas causas foram identificadas, e elas não estão na preservação dos imóveis, mas sim na inequidade na distribuição gratuita de índices e coeficientes e aproveitamento dos imóveis, fato este que não só prejudica a preservação do patrimônio imobiliário da cidade, mas também à preservação do meio ambiente, a prestação adequada de serviços públicos, e até o acesso à moradia.

44. Para ter uma compreensão completa sobre a aplicação da TDC, em conjunto com a OODC, conforme entendimento do Ministério das Cidades, consultar: BACELLAR, Isabela, FURTADO, Fernanda, RABELLO. Transferência do Direito de Construir: panorama de regulamentações municipais e parâmetros essenciais para a implementação. CADERNO TÉCNICO DE REGULAMENTAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DE INSTRUMENTOS DO ESTATUTO DA CIDADE. Brasília: Ministério das Cidades, Banco Interamericano de Desenvolvimento BID, Lincoln Institute of Land Policy LILP. 2018.

**Figura 18 – Recife/PE**



**Autora:** @ Sonia Rabello (2017).

Então, ou instala-se a Outorga Onerosa do Direito de Construir, ou, para sermos justos, digamos com clareza que uns irão se locupletar dos bônus - dos chamados direitos de construir - e, para outros estará reservado os ônus, - as obrigações. Será assim o futuro?

### Referências Bibliográficas:

AQUARIUS. Direção de Kleber Mendonça Filho e estrelado por Sônia Braga. França, Brasil e Portugal: Globo Filmes, 2016.

ALMEIDA, Magno Everton Dantas de. **O corredor cultural de Mossoró e a usabilidade dos imóveis da Avenida Rio Branco**. João Pessoa, Universidade Federal da Paraíba, 2020. Disponível em: <http://www.ct.ufpb.br/ccau/contents/documentos/estagio-supervisionado-i/acervo-virtual-estagio-supervisionado-i-2019.2/magno-everton-dantas-de-almeida-corredor-cultural-de-mossoro-e-a-usabilidade-dos-imoveis-da-avenida-rio-branco.pdf>. Acesso em: 2/12/2020.

BITENCOURT, Ana Paula. **A Transferência do Direito de Construir para a conservação do patrimônio natural e cultural: a experiência da cidade de Curitiba**. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Urbano), Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2005. Disponível em: <http://docplayer.com.br/14486112-Ana-paula-mota-de-bitencourt.html>. Acesso em: 2/12/2020.

BRASIL. Decreto N° 22.928, de 12 de julho de 1933. Erige a cidade de Ouro Preto em monumento nacional. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 14153, 17 jul. 1933. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-22928-12-julho-1933-558869-publicacaooriginal-80754-pe.html>. Acesso em: 2/12/2020.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 24056, 6 dez. 1937. Disponível em: [http://portal.iphan.gov.br/uploads/legislacao/Decreto\\_no\\_25\\_de\\_30\\_de\\_novembro\\_de\\_1937.pdf](http://portal.iphan.gov.br/uploads/legislacao/Decreto_no_25_de_30_de_novembro_de_1937.pdf). Acesso em: 2/12/2020.

\_\_\_\_\_. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 2/12/2020.

\_\_\_\_\_. Lei N° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 2/12/2020.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70317/000070317.pdf>. Acesso em: 2/12/2020.

CRESCIMENTO DA CIDADE DERRUBA PALÁCIOS, IGREJAS E CASARIOS. **O GLOBO**. Rio de Janeiro, 04 dez. de 2016. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/crecimento-da-cidade-derruba-palacios-igrejas-casarios-20586381>. Acesso em: 2/12/2020.

CURITIBA (Município). **Lei Municipal Nº 14.794, de 22 de março de 2016.** Dispõe sobre a proteção do Patrimônio Cultural do Município de Curitiba – CMPC, institui o Fundo de Proteção ao Patrimônio Cultural – FUNPAC e dá outras providências. Disponível em: <https://mid.curitiba.pr.gov.br/2018/00227517.pdf>. Acesso em: 2/12/2020.

ERA UMA VEZ EM SP...mansão dos Matarazzo. **JORNAL ESTADO DE SÃO PAULO.** São Paulo, 31 jul. de 2015. Disponível em:

<https://acervo.estadao.com.br/noticias/acervo.era-uma-vez-em-sp-mansao-dos-matarazzo,11299,0.htm>. Acesso em: 2/12/2020.

FURTADO, Fernanda, BIASOTTO, Rosane, e MALERONKA, Camila. **Outorga Onerosa do Direito de Construir.** Coleção Cadernos Técnicos de Regulamentação e Implementação de Instrumentos do Estatuto da Cidade. Brasília: Ministério das Cidades e Lincoln Institute of Land Policy, 2012.

GUIA DAS APACs. SAGAS (Saúde, Gamboa e Santo Cristo). Entorno do Mosteiro de São Bento. Instituto Rio Patrimônio da Humanidade, Prefeitura do Rio de Janeiro, Ano II, nº I, 2012. Disponível em: [http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/6433361/4172403/guia01\\_compressed.pdf](http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/6433361/4172403/guia01_compressed.pdf). Acesso em: 2/12/2020.

IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNDA): síntese de indicadores 2015.** Coordenação de Trabalho e Rendimento. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98887.pdf>. Acesso em: 2/12/2020.

KAZ, Stela. **Um jeito copacabana de ser: o discurso do mito em O Cruzeiro e Sombra.** Tese (Doutorado em Design) – Departamento de Artes e Design, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/1806097/DLFE-237571.pdf/umjeitocopacabanadeser.pdf>. Acesso em: 2/12/2020.

LISTA DE BENS TOMBADOS E PROCESSOS DE TOMBAMENTO, 25/11/2019. **Portal do IPHAN,** Brasília. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Lista%20de%20bens%20tombados%20e%20processos%20de%20tombamento%2025-11-2019.xlsx>. Acesso em: 2/12/2020.

MONUMENTOS TOMBADOS E OBRAS DE ARTE – CONJUNTO MODERNO DA PAMPULHA. **Portal do IPHAN,** Brasília. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/1653/>. Acesso em: 2/12/2020.

PAC CIDADES HISTÓRICAS. Resumo por cidade/UF. Brasília: Ministério da Cultura/ IPHAN. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Investimentos%20por%20cidade.pdf>. Acesso em: 2/12/2020.

RABELLO, Sonia. Regulação do Território e da Propriedade Imobiliária Urbana: evolução conceitual no Direito Brasileiro. *In*: Ferrari, Sergio e Mendonça, José Vicente: DIREITO EM PÚBLICO – HOMENAGEM AO PROFESSOR PAULO GALVÃO. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. Disponível em <http://www.soniabello.com.br/category/publicacoes/>. Acesso em: 2/12/2020.

RABELLO, Sonia. Imóveis históricos em ruínas e abandonados nos centros históricos. Qual o problema? Qual a solução? **Blog A Sociedade em busca do seu Direito**, Rio de Janeiro, 18/07/2017. Disponível em: <https://www.soniabello.com.br/imoveis-historicos-em-ruinas-e-abandonados-nos-de-centros-historicos-qual-o-problema-qual-a-solucao/>. Acesso em: 2/12/2020.

RABELLO, Sonia. A Outorga Onerosa do Direito de Construir: e a preservação do Patrimônio imobiliário urbano. *In*: Domingues, João, Pragmácio, Mário (orgs.), MEMÓRIA, PATRIMÔNIO CULTURAL E A QUESTÃO URBANA NO RIO DE JANEIRO - CONTRADIÇÕES, CONFLITOS E DESAFIOS. Rio de Janeiro: Letra Capital - FAPERJ, 2019.

RIO DE JANEIRO. **Lei Municipal N° 4.141, de 14 de julho de 1984**. Aprova o PA 10290 e o PAL 38871 e fixa os limites da área abrangida pelo Corredor Cultural. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/6433361/4172403/guia01.compressed.pdf>. Acesso em: 2/12/2020.

\_\_\_\_\_. **Lei Municipal N° 506, de 17 de janeiro de 1984**. Cria a Zona Especial do Corredor Cultural, de preservação paisagística e ambiental do Centro da Cidade, dispõe sobre o Tombamento de bens imóveis na Área de Entorno, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/6433361/4172403/guia01.compressed.pdf>. Acesso em: 2/12/2020.

\_\_\_\_\_. **Lei Municipal N° 1.139, de 16 de dezembro de 1987**. Dispõe sobre a preservação de bens imóveis da Zona Especial do Corredor Cultural e de sua Área de Entorno, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/6433361/4172403/guia01.compressed.pdf>. Acesso em: 2/12/2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto N° 7.351, de 14 de janeiro de 1988**. Regulamenta a Lei n° 971, de 4 de maio de 1987, que institui a Área de Proteção Ambiental (APA) em parte dos bairros da Saúde, Santo Cristo, Gamboa e Centro. Disponível em: [http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4354515/4107421/centro\\_dec\\_7351\\_88\\_sagas.pdf](http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4354515/4107421/centro_dec_7351_88_sagas.pdf). Acesso em: 2/12/2020.

SÃO PAULO (Município). **Lei Municipal N° 16.050, de 31 de julho de 2014**. Aprova a política de desenvolvimento urbano e o plano diretor estratégico do município de São Paulo. Disponível em: <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-16050-de-31-de-julho-de-2014>. Acesso em: 2/12/2020.

SMOLKA, Martim. Implementing Value Capture. *In: LATIN AMERICA – POLICIES AND TOOLS FOR URBAN DEVELOPMENT*, Policy Focus Report, Lincoln Institute of Land Policy, Cambridge, MA, USA, 2013.

SUPREMO TRIBUNALL FEDERAL. Recurso Extraordinário: 85002, Relator: Min. MOREIRA ALVES, data de julgamento: 03/12/1972, segunda turma, data de publicação: DJ 11/03/1977. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/888517/recurso-extraordinario-re-85002-sp/inteiro-teor-100573426>. Acesso em: 2/12/2020.

\_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário: 178836-4, Relator: Min. CARLOS VELOSO, data de julgamento: 08/06/1999, Segunda Turma, data de publicação: DJ 20/08/1999. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14696799/recurso-extraordinario-re-178836-sp/inteiro-teor-103089263>. Acesso em: 2/12/2020.

\_\_\_\_\_. Recurso Extraordinário: 387047, Relator: Min. EROS GRAU, data de julgamento: 01/02/2005, data de publicação: DJ 28/02/2005. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14793167/recurso-extraordinario-re-387047-sc-stf>. Acesso em: 2/12/2020.

TERRENO DOS MATARAZZO É VENDIDO. **JORNAL FOLHA DE SÃO PAULO**. São Paulo, 12 jan. 2007. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1201200716.htm>. Acesso em: 2/12/2020.

VILLAÇA, Flávio José Magalhães. **As ilusões do Plano Diretor**, 2005. Divulgado pela Internet.

Disponível em: <http://www.planosdiretores.com.br/downloads/ilusaopd.pdf>. Acesso em: 2/12/2020.







## **CAPÍTULO 10**

# **EMPRESAS TRANSNACIONALES, VIOLACIONES DE DD.HH Y VIOLENCIA**

# Empresas transnacionales, violaciones de derechos humanos y violencia estructural en América Latina: un enfoque criminológico



# JUSTICIA

**María Laura Böhm**

Abogada (UBA), Magíster en Criminología de la Universidad de Lomas de Zamora y de la Universidad de Hamburgo en Alemania. Doctora en Ciencias Sociales por la Universidad de Hamburgo.

\* El presente trabajo es una traducción del texto "Transnational Corporations, Human Rights Violations and Structural Violence in Latin America: A Criminological Approach", publicado en: *Kriminologisches Journal – Sonderheft Lateinamerika*, Alemania, 4/2016, pp. 272-293. Fue originalmente publicado en español en la Revista Crítica Penal y Poder, N° 13, España, 2017, pp. 41-65. Traducción del inglés por Natalia Meyer y Florencia Zubeldía Cascón, y revisión de la autora.

**1. Introducción**

---

Los países latinoamericanos presentan grandes brechas sociales. Por un lado, hay élites políticas y económicas que han estado históricamente en contacto con actores extranjeros. Estas élites ofrecen condiciones flexibles de protección a los actores económicos extranjeros, incluso cuando estas condiciones resultan contrarias a la protección de los derechos e intereses de la población local. Por otro lado, gran parte de la población satisface insuficientemente necesidades básicas y cuenta con restringido acceso a comida, agua, vivienda, educación, trabajo digno y esparcimiento. Cada Estado tiene una manera diferente de gestionar estas disparidades económicas, sociales, políticas y legales. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos que hicieron algunos gobiernos democráticos de América Latina para reducir estas diferencias en las últimas décadas, lo cierto es que los resultados positivos todavía se hacen esperar. La base histórica y estructural de la desigualdad socioeconómica está presente —con matices— en toda la región. En este contexto, la presencia de empresas transnacionales y el desarrollo de sus actividades son de particular relevancia e impacto, dado que estas empresas usualmente gozan de un alto prestigio y soporte internacional, mientras que sus actividades tienen consecuencias inmediatas, y, muchas veces, negativas en poblaciones marginalizadas. Por esta razón, aquí se sostiene que los negocios transnacionales pueden llegar a causar serias violaciones de derechos humanos.

El objeto de este artículo es explicar esta situación y su contextualización en el ámbito económico y político transnacional.

Las posibles situaciones de graves violaciones de derechos humanos causadas por actividades empresariales pueden ser, entre otras, el desplazamiento de personas siempre que sean forzadas a hacerlo, o que se produzca una aceptación de relocalización mediante promesas fraudulentas, la contaminación del aire y del agua, la afectación severa y continua de la flora y la fauna, la supresión de derechos laborales, la expropiación de tierra ancestral indígena o el financiamiento de grupos armados involucrados en la comisión de crímenes de gravedad. Estas graves violaciones de derechos humanos pueden ser de características bastante diferentes, según la región en cuestión y sus condiciones medioambientales, humanas e institucionales.<sup>1</sup>

Un ejemplo paradigmático en el contexto latinoamericano está dado por la minería y la indulgente respuesta internacional a los métodos nocivos de explotación que conducen a la contaminación del agua, el aire, la flora y la fauna, y que generan igualmente serios problemas de salud de los trabajadores y las comunidades locales. Es ilustrativo, en este sentido, el desastre humano y ambiental causado por Samarco Mineração S.A. (empresa mixta de capital brasileño, británico y australiano) en Bento Rodrigues, Brasil. En noviembre de 2015, el terraplén de la represa de Samarco colapsó, e inundó a las comunidades locales con residuos tóxicos mineros, barro y agua. Los residuos contaminantes destruyeron un pequeño pueblo de 650 habitantes y afectaron a más de una docena de pueblos ribereños en su camino hacia el océano Atlántico, 500 kilómetros más abajo. Más de

20 personas murieron. La versión oficial afirmó que se trató de un "accidente" y, sin embargo, Samarco había sido advertida del problema estructural de la represa.<sup>2</sup> Lamentablemente, este tipo de "accidentes" es bastante común en la historia de la industria minera en América Latina. Por otro lado, estos colectivos de afectados y víctimas, como lo son los trabajadores mineros y comunidades locales perjudicadas por la contaminación, las condiciones inhumanas de trabajo y los desechos mineros, son el resultado de cinco siglos de tolerancia, y hasta complicidad entre los intereses locales y extranjeros.<sup>3</sup>

Además de la industria minera, las industrias extractivas, energéticas y siderúrgicas también son ejemplos típicos de casos de actividades empresariales transnacionales generadoras de diversos daños. Ellas suelen operar bajo regulaciones especiales (Tratados de Libre Comercio —TLC—, por ejemplo) y son generalmente aceptadas sin mayores recelos como una ineludible necesidad en térmi-

nos de la "importancia" del progreso y el desarrollo. Este discurso, por lo tanto, legitima la reducción de derechos individuales, e incluso su violación, cuando respetar los derechos de un grupo afectado es percibido como no rentable para los intereses económicos nacionales y transnacionales.

Los siguientes tres casos muestran la diversidad del fenómeno en cuestión: a. la construcción de la represa Ralco en Chile tuvo como resultado el desplazamiento involuntario de población indígena y la violación de derechos de la población mapuche; b. la explotación del petróleo por Chevron en Ecuador trajo un severo detrimento del medioambiente, la vida y la salud de la población

## “Los negocios transnacionales pueden llegar a causar serias violaciones de derechos humanos”

1. Para un relevamiento de información empírica, normativa y jurisprudencial, con especial mención a la diversidad de casos y violaciones que pueden presentarse, véase el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre "Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales", OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15, 31/12/2015.

2. Véase la página oficial sobre el caso, disponible en: <http://www.brasil.gov.br/meio-ambiente/2015/12/entenda-o-acidente-de-mariana-e-suas-consequencias-para-o-meio-ambiente>, 8/8/2017, y el informe de la BBC sobre la discusión relativa a si se trató de "delito o accidente", disponible en: [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/11/151110\\_ministro\\_mariana\\_ms](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/11/151110_ministro_mariana_ms), [Fecha de la última consulta: el 8/8/2017].

3. GALEANO, 1984; para la situación actual de los conflictos de esta área extractiva, véase, en general: [www.conflictosmineros.net](http://www.conflictosmineros.net).

habitante de esa zona de la selva; y c. el desarrollo de la siderúrgica ThyssenKrupp en Sepetiba, Brasil, condujo a altos índices de contaminación, desempleo y actividad de violentas fuerzas de seguridad en el área.

Sobre la base del análisis de los casos "Ralco", "Chevron" y "Sepetiba", este artículo ilustrará la interrelación entre empresas transnacionales, violación de derechos humanos, violencia estructural e inseguridad en el contexto de América Latina. El vínculo entre las políticas nacionales e internacionales es, en ese sentido, central. Las siguientes tres tesis son ideas guía en este artículo y resumen sus principales postulados:

- i. Las violaciones de derechos humanos por parte de empresas transnacionales en América Latina son consecuencia de las políticas económicas nacionales e internacionales.
- ii. Las condiciones criminogénicas nacionales (socioeconómicas) e internacionales (geopolíticas) y los distintos niveles de lesividad comparten una misma lógica económica y de seguridad que debe ser considerada en forma integral.
- iii. La inseguridad, en el doble sentido de violencia estructural invisible (inseguridad estructural) y violencia física visible (como resultado de la violencia individual, social e incluso de las fuerzas de seguridad), debe ser analizada como resultado de políticas económicas internacionales.

## 2. Los casos "Ralco", "Chevron" y "Sepetiba"

a. Caso "Ralco". En 2005, la compañía Endesa (España) completó el proyecto de construcción de una represa en la región del Alto Bio Bio, en Chile, con la protección militar del gobierno de este país. Durante el período de construcción y luego de finalizado este, las poblaciones indígenas mapuche-pehuenche fueron desplazadas de su tierra ancestral a través de medios legales e ilegales, tales como irregularidades administrativas y prácticas fraudulentas en el procedimiento de recolección de firmas para acreditar la conformidad de la población y en la asignación de nuevas áreas de vivienda. Las fuerzas de seguridad chilenas tuvieron una presencia agresiva mediante la represión y la

aplicación de la Ley Antiterrorista (Ley N° 18314), que fue esgrimida contra el pueblo mapuche, lo que permitió la detención sin protección de los derechos de aquellos individuos catalogados como "subversivos". Por otro lado, la tierra en cuestión fue contaminada hasta tal punto que la coexistencia colectiva de pehuenches y mapuches en su tierra ancestral, y, por lo tanto, su identidad cultural fueron puestas en alto riesgo y aún continúan así (por ejemplo, con la inundación de sus cementerios por el agua del dique o por la deforestación de las propias tierras para facilitar el transporte de materiales de construcción). El área, en definitiva, está de facto bajo el control de Endesa. No hubo informes sobre ninguna compensación pagada a las personas ni tampoco persecución criminal por fraude, y los acuerdos firmados con la mediación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos siguen pendientes.<sup>4</sup>

b. Caso "Chevron". Entre 1672 y 1992, la compañía Texaco (EE.UU.) construyó y utilizó oleoductos entre Lago Agrio y Puerta Esmeraldas en Ecuador. Durante 20 años de uso, fueron lanzados al río Amazonas más de 18 billones de galones de desechos tóxicos. La perforación petrolífera solo fue posible luego de que el gobierno declarara la tierra "vacante", incluso cuando estaba en posesión y era habitada por población local. La contaminación de toda el área circundante fue causada fundamentalmente por la negligencia de Texaco en el cumplimiento de estándares técnicos de seguridad. Aunque el gobierno ecuatoriano emitió un documento de "libre deuda" a Texaco cuando la firma se retiró de la región en 1995, el daño producido puede verse hasta la actualidad, ya que la limpieza de Texaco en el área fue solo superficial. Hay aún desechos tóxicos, los cursos de agua están contaminados, la flora y la fauna fueron devastadas, y las enfermedades, especialmente el cáncer, son más frecuentes en esta localidad que en otras zonas de condiciones naturales similares. Sin embargo, las dificultades para probar la causalidad entre la contaminación y las

4. TPP, 2010; NAMUNCURÁ, 1999; Documental *Apaga y vámonos* (Dir. Manel Mayol, España, 2005). En 2015, conversaciones iniciadas entre Endesa y las comunidades afectadas en la inundación del cementerio y la reclamada compensación siguen en desarrollo. Disponible en: <<http://www.24horas.cl/regiones/biobio/ralco-a-diez-anos-del-compromiso-parte-reforestacion-pendiente-de-endesa-1910011>>, [Fecha de la última consulta: el 8/8/2017].

enfermedades obstruyen los procesos judiciales individuales. En 1993, se presentó en los Estados Unidos una demanda colectiva civil que representaba a alrededor de 30.000 lugareños bajo el Alien Tort Claims Act<sup>5</sup> en el caso "Aguinda vs. Chevron Texaco"; luego de casi veinte años, en agosto de 2002, el litigio fue desestimado sobre la base del criterio *forum non conveniens* que establece que el proceso, dadas sus condiciones, debe ser preferentemente tratado en otro espacio jurisdiccional más cercano al caso y más propicio. En consecuencia, el caso fue reenviado a Ecuador. En febrero de 2011, la corte de Lago Agrio (Ecuador) ordenó a Texaco el pago de 18 billones de dólares (luego reducidos a 9,5 billones de dólares) por contaminación. Desde entonces, varias demandas cruzadas, cargos y procedimientos en Ecuador y en otros lugares han sido iniciados y siguen en proceso, mientras que la población afectada continúa sin haber percibido reparación alguna. En marzo de 2014, la Corte de Distrito del Distrito Sur de Nueva York decidió bajo la Ley Federal sobre Organizaciones Corruptas e Influenciadas por Actividades Ilegales (RICO)<sup>6</sup> que el juicio ecuatoriano fue el resultado de actividades fraudulentas y estafas, y que, por lo tanto, era inejecutable. Sin embargo, algunos Estados comenzaron a ejecutar el fallo ecuatoriano en sus territorios e incluso han considerado entablar un embargo al capital corporativo.<sup>7</sup>

c. Caso "Sepetiba". La compañía ThyssenKrupp (Alemania) construyó la siderúrgica más grande de Latinoamérica en la Bahía de Sepetiba (Río de Janeiro). Aunque la población local (principalmente, los miembros del Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, en Santa Cruz, y los pescadores, en Sepetiba) estaba en contra del proyecto, la compañía tuvo la capacidad de establecerse como un actor sumamente influyente en

la región, e, incluso, hizo uso de procedimientos ilegales como, por ejemplo, el manejo de contratos fraudulentos y autorizaciones de construcción sumamente cuestionables. La contaminación del suelo y del agua con arsénico y plomo causó la casi extinción de la fauna ictícola en el área. El sustento de aproximadamente 8000 familias que dependían de la pesca se vio afectado porque el desarrollo de su actividad se tornó imposible, o cuando menos improductiva. Aun así, las familias no han recibido ninguna compensación. Las agrupaciones representativas que intentaron presentar cargos contra la empresa por la destrucción del medioambiente y las violaciones de derechos humanos fueron de diversas formas reprimidas por el servicio de seguridad privada contratado por la empresa y milicias a ella vinculadas. De hecho, la conexión entre los servicios de seguridad, las milicias y ThyssenKrupp fue denunciada en diversas oportunidades, pero nunca se inició un proceso legal.<sup>8</sup> En la actualidad, la siderúrgica sigue en funcionamiento; sin embargo, gracias a la acción de las organizaciones no gubernamentales ocupadas con el caso, los accionistas y la población más alejada de la zona, paulatinamente, prestan mayor atención al conflicto.<sup>9</sup>

Aquí surge, entonces, la pregunta sobre cómo es posible que, en tres países democráticos de América Latina vinculados y obligados por diversos instrumentos e instituciones internacionales al respeto y a la protección de los derechos humanos, las actividades empresariales con graves consecuencias dañosas permanezcan invisibles, o por lo menos no lo suficientemente visibles, es decir, no visibles como actividades con impacto negativo que requiere intervención protectora. De hecho, la falta de acceso a la información por parte de las personas afectadas que viven en áreas alejadas, la falta de presencia del Estado en el área para presentar denuncias y la falta de información o interés por parte de los medios llevan a respuestas tardías e insuficientes por parte del Estado y la sociedad.

5. Por sus siglas en inglés, ATCA. Se trata de la legislación de los Estados Unidos que regula en la jurisdicción federal la recepción de demandas por daños producidos por incumplimiento de normativa internacional.

6. N. de T. Sigla por su título en inglés: *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* (RICO).

7. Cfr. KIMERLING, 1991, Donziger/Garr/Page 2010. Sobre las leyes de tierras vacantes, ver Ley de Tierras desocupadas y colonización, R.O. N° 342, 22/09/1964; Ley de Colonización de la Región del Amazonas Ecuatoriano, R.O. N° 2092, 12/1/1978, y Ley de la Reforma Agraria, R.O. N° 877, 18/7/1979; ver también KIMERLING, 1994, p. 201. La posición de las víctimas se muestra claramente en el documental *Crude: El estigma del petróleo* (Dir. Joe Berlinger, EE.UU., 2009).

8. Cfr. estas y mayores informaciones y fuentes en PPT, 2010; PACS, 2015.

9. Para un estudio de la actividad e influencia de las ONG en el caso y el impacto de su actividad en la empresa y la sociedad, véase LOPÉRFIDO, 2017, *passim*.

La interrelación entre el Estado y los actores económicos (nacionales e internacionales), la situación de los individuos afectados (¿se trata de “víctimas” o “solo” de la parte de la sociedad más afectada por el daño social y medioambiental?) y las posibilidades de ser informados sobre sus derechos o sobre la envergadura de los daños serán analizadas en la siguiente sección a través de aproximaciones criminológicas. El uso de conceptos criminológicos para el análisis de las actividades económicas en relación con violaciones de derechos humanos y para la explicación de políticas y actividades transnacionales y su impacto se sugiere aquí como una aproximación integral del problema.

### 3. Una aproximación criminológica

El campo de trabajo criminológico, aunque es usualmente desarrollado dentro de la estructura de los crímenes ordinarios, regulares o individuales, puede ofrecer herramientas de análisis para el estudio de violaciones de derechos humanos. Para esta área, han sido desarrolladas en el último tiempo herramientas elaboradas para el estudio de los casos relativos a las más graves violaciones a los derechos humanos, esto es, los crímenes internacionales (genocidio, crímenes contra la humanidad como torturas o desplazamientos forzados, o crímenes de guerra).<sup>10</sup> Aquí sugerimos la aplicación de enfoques criminológicos también para el análisis de las violaciones de derechos humanos económicos, sociales y culturales. Estos derechos fundamentales están estrechamente relacionados

10. Específicamente sobre aproximaciones criminológicas a los crímenes internacionales, véase el excelente trabajo colectivo organizado por SMEULERS y HAVEMMAN, 2008. Para un acercamiento a la normativa penal internacional con énfasis en los actores económicos, véase JESSBERGER *et al.*, 2015.

con el concepto de daño social y de violencia estructural centrales para la temática aquí presentada.

En este apartado, se presentan cuatro abordajes específicos: i. La idea del delito de cuello blanco (*white-collar crime*), la criminalidad de los poderosos (*criminality of the powerful*) y la macrocriminalidad (*macrocriminality*); ii. La victimología; iii. La criminología verde (*green criminology*); y iv. Los estudios en medios masivos de comunicación (*mass-media studies*). Estas aproximaciones son útiles —aunque, por supuesto, que no agotan el tema— para el análisis de la interrelación entre las condiciones geopolíticas internacionales y las condiciones socioeconómicas nacionales que pueden ser entendidas como criminogénicas, por ejemplo, por facilitar las condiciones para la violación de derechos humanos por empresas transnacionales.

i. La idea del delito de cuello blanco, junto con los estudios de la criminalidad de los poderosos, y el concepto de macrocriminalidad ofrecen una primera corriente de estudio con foco en la situación económica y de poder de los actores criminales.

Es bien conocido que en su trabajo sobre el crimen de cuello blanco, Sutherland (1983) enfatizó que las ilegalidades cometidas por los empresarios<sup>11</sup> en la realización de sus actividades no son el objetivo (el delito o la actividad ilegal no son el objetivo, como sí lo son en el caso de los grupos criminales, por ejemplo), sino solo un medio para la obtención de beneficios en el curso habitual y legal de sus negocios. Dado que los empresarios *honestos* cometerían crímenes *únicamente* si es necesario y que no es su principal objetivo, su accionar parece ser invisible a las autoridades, así como el daño por ellos causado. Todo se encuentra bajo un manto de

11. N. de T. Hombres de negocios, *businessmen*, en términos de Sutherland.

“¿Cómo es posible que, en tres países democráticos de América las actividades empresariales con graves consecuencias dañosas permanezcan invisibles?”



aparente decencia, ya que los empresarios suelen ser miembros *respectables* y "bien relacionados" de la sociedad (Spapens, 2014: 224, 228). De hecho, no hay campos claramente delimitados de la actividad: legal e ilegal, actividad empresarial y crimen organizado, ofensor y testigo, y el listado sigue. Hay una verdadera simbiosis y un denso entretejido entre ellos (Huisman, 2008; Fernández Steinko, 2008: 38 y ss.). Esta zona gris entre actividades legales e ilegales es completamente transferible de los actores individuales a los actores corporativos transnacionales y sus actividades. Mirando los tres casos antes presentados es claro que, por un lado, los actos criminales individuales son difíciles de identificar en términos de imputación y causalidad (¿fraude en Chile?, ¿contaminación y amenazas personales en Brasil?, ¿lesiones físicas y afectación a la salud en Ecuador?), y que, sin embargo, por otro lado, las empresas legalmente constituidas y visibles con importantes inversiones en los respectivos países pueden ser directamente relacionadas con los masivos daños causados. Queda claro que la empresa puede ser vista como *vinculada* con el problema, pero su vinculación no significa que la compañía vaya a ser responsabilizada por él. Los actos individuales no son fáciles de distinguir (Spapens, 2014: 227) ni la causalidad es fácil de probar; en general, las grandes empresas no son percibidas como criminales e, incluso los daños, aunque sean graves, no son percibidos como "delito" (Hillyard/Timbs, 2015) si no están definidos en el Código Penal y si no hay un daño visible e individualizado que pueda ser causalmente explicable y reclamado. Por estas razones, solo un foco en el daño *social* causado (delito, violación de derechos humanos o cualquier otra categoría y rótulo que le sea dada) puede dar una dimensión real de la lesividad producida (ver discusión terminológica Hillyard/Tombs, 2015; Rivera Beiras, 2014: 253) y la requerida responsabilidad. Por supuesto, en algunos casos, una respuesta civil por parte de la compañía es un posible instrumento de reparación. Sin embargo, entendemos que cuando se trata de violaciones de derechos humanos la respuesta civil resulta bastante acotada e insuficiente, desde que la reputación de la empresa no se pone realmente en discusión y la continuación de actividades dañinas es usualmente inevitable.

Por otro lado, las grandes empresas tienen habitualmente complejos sistemas de toma de decisiones y estructuras de gestión, como también una elevada posición en su alcance político e influencia económica en los países en los que desarrollan sus negocios; esta también era y es la situación en los tres casos nombrados. Esta circunstancia puede ser analizada desde la perspectiva de la *criminalidad de los poderosos* (Pearce, 1976; Scheerer, 1985). De acuerdo con este concepto, las condiciones estructurales para la comisión de delitos de forma sistémica están moldeadas por los actores económicos, por las relaciones económicas, y por redes de poder y condiciones estructurales e institucionales (culturales o religiosas, por ejemplo).<sup>12</sup> En los casos "Ralco", "Chevron" y "Sepetiba", las empresas tuvieron en la práctica un tipo de poder integral en la toma de decisiones y control no solo sobre la forma de provisión de sus servicios, sino también sobre la población que trabajaba y vivía en el área: la asistencia médica en sus propios centros, por ejemplo, era una buena manera de mostrar que "las personas importan", de modo que la afectación de la salud de los trabajadores y otras personas perjudicadas (y las causas de dicha afectación) ha sido considerada una cuestión fundamentalmente privada fuera del control estatal. Y esto es grave, ya que si una empresa transnacional reemplaza o desplaza la intervención estatal, la efectividad y la protección de los derechos de los ciudadanos también se verán desplazadas (para un análisis similar en el contexto africano ver "Hönke", 2010).

Vistas desde una perspectiva institucional, las democracias latinoamericanas están frecuentemente inmersas en redes de corrupción, y se caracterizan también por la opacidad en el funcionamiento de los procedimientos burocráticos, por la presencia de grupos nacionales conservadores orientados en sus miras e intereses al exterior y desinteresados de la situación o de la mejora de situación de la población social y económicamente desfavorecida, y por una visible falta de respeto hacia la población indígena local ("falta de solidaridad",

12. La idea del soporte cultural de estructuras violentas, especialmente en el contexto de *violencia estructural*, ha sido desarrollada en profundidad por Johan Galtung en relación con los estudios de paz (1990). Para una profundización sobre estos conceptos y su utilidad analítica, véase BÖHM, 2017. Para la distinción sobre "quién" puede ser considerado poderoso, véase FRIEDRICH, 2015: 42.

diría Ruggiero, 2001: 141).<sup>13</sup> También pueden mencionarse como elementos característicos en países latinoamericanos el recurso frecuente a la violencia por el Estado y en contra del Estado, y la violencia política practicada como "protección" a las transacciones internacionales, entre otras circunstancias problemáticas. Puede decirse que algunos actores no quieren, y, al mismo tiempo, no pueden actuar en favor de la población local afectada. La necesidad y el interés del desarrollo económico (no sustentable) conducen así a los intereses políticos locales y a los intereses económicos extranjeros a un común entendimiento.

La desigualdad socioeconómica es frecuentemente aceptada como condición histórica e incluso como normal y, por otra parte, solo los actores pertenecientes a élites políticas y económicas son aquellos que más usualmente están en posición de realizar negocios con actores extranjeros a nivel corporativo. A causa de estos factores, no es difícil comprender que el daño causado en el curso de grandes negocios y la violación de derechos humanos (de los sectores más vulnerables) que se genera por parte de los actores "poderosos" (por ejemplo, empresas y políticos locales) no son fácilmente llevados ante la justicia. Si empresarios, políticos y jueces pertenecen a un sector socioeconómico similar (y, de hecho, usualmente esto es así), con una similar idiosincrasia, no es sorprendente que el daño causado por algunos de ellos no sea juzgado o condenado por los otros. Los actores poderosos en América Latina son muchas veces aquellos que deciden qué va a ser procesado y qué no lo será, e incluso, qué va a ser prohibido y qué no lo será; los actores poderosos (incluidos los actores internacionales) también deciden dónde una nueva planta industrial (que puede tener actividad tóxica o contaminante) va a ser construida, o dónde hay tierras de las poblaciones indígenas que pueden ser tomadas para emprendimientos económicos, por ejemplo.<sup>14</sup> Por esta razón, a causa

de la falta de interés en la investigación judicial y por el beneficio económico que significan estas actividades (a través de medios legales o ilegales) para distintos actores locales y extranjeros, el daño social y las violaciones de derechos humanos causados por las actividades empresariales no son vistos como delito por los medios masivos de comunicación, ni por la sociedad e incluso tampoco por las esferas judiciales y gubernamentales, sino más bien como un efecto inevitable del progreso y el desarrollo. Esta explicación puede ser mejor entendida con un contraejemplo, con un caso de no aprobación de un desarrollo económico específico por parte del gobierno. En Ecuador, el cambio de la Presidencia en 2007 dio una nueva perspectiva al caso "Chevron". Mientras que antes de 2007 los regímenes ecuatorianos aliados a inversiones neoliberales y extranjeras desatendieron el impacto de las actividades dañosas realizadas por Chevron, el ala de la izquierda con un régimen orientado a lo social y que asumió la presidencia ese año prestó atención a las demandas de las víctimas y expresó públicamente que los actores extranjeros no iban a tomar ventaja de la población local en el futuro.<sup>15</sup> Sin cooperación entre los diversos actores de poder estratégico político y económico, la explotación y la violación de derechos individuales y sociales no serían posibles.

El concepto "macrocriminalidad" (Jäger, 1989), vinculado a lo que se viene explicando, refiere a la estructura política involucrada en la comisión de delitos. Esencialmente, refiere al aparato estatal y abarca las conductas conformes con el sistema y conectadas con una estructura de organización, con aparatos de poder u otro contexto de acción colectiva (Jäger, 1989: 11). En este sentido, aunque la idea original vincula macrocriminalidad con regímenes dictatoriales violentos, el concepto es útil cuando repensamos el rol del Estado en la continua aceptación de violaciones de derechos humanos en las formas y métodos de empresas comerciales e industriales transnacionales en las actuales democracias latinoamericanas. El Estado, las estructuras sociales y el interés del gobierno facilitan muchas veces el escenario

13. Que se indique en especial la situación latinoamericana se explica por el objeto del presente texto. Sin embargo, no debe interpretarse esta mención como si prácticas corruptas o estructuras de desigualdad fueran exclusividad de esta región. Las realidades aquí descritas se estudian de hecho enmarcadas en contextos propios de los países africanos o de Asia suroccidental, como se ha ido indicando en referencias dispersas en este trabajo.

14. Véase, en un sentido similar, el análisis de Cunneen (2015) sobre la profundización de las condiciones de miseria de las poblaciones

indígenas a través de fraudes sistemáticos, racializados e irrespetuosos de los derechos humanos en los Estados Unidos y en Australia.

15. El cambio político y también otros detalles sobre el caso "Chevron" se ilustran en el film documental: *Crude: El estigma del petróleo* (supra nota 4).

criminogénico. La historia de América Latina, en este sentido, está plagada de ejemplos.<sup>16</sup> La idea del *crimen estatal-corporativo* (*state-corporate crime*), en este sentido, es muy aplicable. Se trata, por ejemplo, de los delitos específicamente relacionados con la interacción entre actores políticos y empresariales y sus intereses, incluidos prácticas de corrupción, favores administrativos y judiciales o licitaciones fraudulentas. En el caso "Ralco", la empresa Endesa no fue denunciada por la CONADI (Corporación Nacional de Desarrollo Indígena) porque el gobierno temía las posibles reacciones de Endesa y, por ende, perder inversiones en el caso de un procedimiento criminal por fraude. Esto significa que mientras una oficina del Poder Ejecutivo (CONADI) estaba protegiendo a la población e intentando actuar en contra de Endesa, otros funcionarios del mismo nivel jerárquico (Ministerio de Energía) o incluso superior (la vicepresidencia) estaban protegiendo el proyecto (cfr. Namuncurá, 1999: 26). La misma situación aparece en el caso "Sepetiba", en el que los Ministerios de Medioambiente y de Trabajo y también la Universidad Federal ofrecieron información sobre los abusos, y en repetidas ocasiones intentaron clausurar las instalaciones de TKCSA; no obstante, fueron sistemáticamente ignorados por la empresa e incluso por figuras políticas entusiasmadas por el inicio de las actividades (PACS, 2015: 5 ss.). Esto puede ser entendido como "problemas de cooperación" (Spapens, 2014: 228) o como un Estado que toma un rol activo en las estructuras dañinas, ya que la enorme estructura estatal y sus interrelaciones son la infraestructura ideal para la continuidad del plan económico internacional promovido.

ii. Dos ideas del campo de la victimología pueden ser un segundo canal significativo para la explicación de los casos<sup>17</sup>

16. Véase una excelente revisión histórica en la obra de Eduardo Galeano (*supra* nota 1) y una lúcida ilustración de la desigual relación entre Europa y América Latina y la injusta distribución de los recursos en la película *También la Lluvia* (Dir. Icíar Bollaín, España/México/Francia, 2010).

17. Para una revisión general de esta disciplina y su objeto, véase FATTAH, 2010. Para el uso de la victimología en el estudio de los complejos crímenes institucionales, véase COHEN, 1993, y para una perspectiva latinoamericana Eugenio Raúl Zaffaroni, *El crimen del Estado como objeto de la criminología*, discurso en el Simposio de Criminología de Estocolmo, 2009. Sobre la relevancia de crear

El aislamiento de individuos vulnerables tiene un gran impacto en el riesgo de ser afectados por un acto criminal y en la posibilidad de ser ayudados. Los actos cometidos contra ellos pueden fácilmente ser ocultados por el agresor y, así, suelen quedar invisibles para terceros. En el contexto latinoamericano, las poblaciones indígenas (caso "Ralco"), rurales (casos "Chevron" y "Sepetiba"), afrodescendientes o desempleadas (caso "Sepetiba") suelen estar aisladas o pobremente conectadas con las áreas urbanas y los actores institucionales. Esta situación los vuelve más vulnerables y "disponibles" a los intereses empresariales, desde que la falta de acceso a la información o a la justicia es un obstáculo para obtener orientación y respuesta oficial en la situación de conflicto o con el fin de pedir protección para ejercer sus derechos. En el caso "Ralco", los ancianos de las comunidades mapuche-pehuenche de Ralco tuvieron que soportar extenuantes jornadas de viaje en varios vehículos, a través de varias ciudades, antes de llegar a la ciudad capital de Santiago de Chile para informar a la CONADI sobre las actividades de Endesa en su región (Namuncurá, 1999: 9); esas actividades eran desconocidas por autoridades competentes (es decir, que debían estar informadas) hasta ese momento. A causa de la situación de control sobre su propia área, como se mencionó anteriormente, en el caso "Sepetiba" ha sido común que los pescadores afectados en su salud por la contaminación o incluso lesionados por los grandes barcos de la empresa no fueran percibidos por el Estado, ya que eran tomados por los servicios médicos de la empresa a fin de evitar toda posibilidad de reclamo (PACS, 2015).

Un segundo aspecto relevante es cómo una persona o un grupo de personas interactúan con el ofensor o eventual ofensor antes, durante y después de la comisión del delito, definiendo el grado de colaboración involuntaria que la víctima puede haber dado al futuro autor del delito (ver Fattah, 2010: 47, 51, con respecto al delito violento ordinario). En los casos en estudio, la situación respecto de que las empresas sean transnacionales tiene un particular impacto en las posibilidades de comunicación: por un lado, los actores extranjeros son percibidos

nuevas categorías para pensar los crímenes masivos, véase MORRISON *et al.*, 2014.

como más confiables que los actores locales, pero, por otro lado, las posibilidades de entendimiento son más complejas. La idea de trabajar para una empresa transnacional dio a los ecuatorianos (caso "Chevron") y a los brasileños (caso "Sepetiba") la esperanza de mejores condiciones laborales. En los tres casos, los individuos eran marginalizados por su propio Estado (y, en el caso "Ralco", eran incluso perseguidos históricamente por el Estado). Tanto en los casos "Chevron" como en "Sepetiba" las promesas a la población local de brindarles oportunidades de calificación y empleo no fueron cumplidas. En el caso "Ralco", el compromiso de la empresa no fue de mejores condiciones laborales, sino de mejores tierras y condiciones de vida en la relocalización de la población mapuche-pehuenche, y esta promesa tampoco fue cumplida. En este caso, la involuntaria colaboración de las víctimas consistió en la participación en conversaciones con la empresa, de manera individual o en pequeños grupos, en lugar de sostener una voz comunitaria del grupo en las negociaciones. El aislamiento mencionado, combinado con la estrategia de la empresa de dividir a la comunidad, incrementó así el riesgo de victimización, que luego se concretó. Esto ya ha sido mejor expresado anteriormente:

Las violaciones de derechos humanos suelen ser precedidas por invasiones graduales al territorio de las víctimas. (...) Algunas victimizaciones a gran escala no pueden ser logradas sin una gradual preparación de ambas partes, la población víctima y el ambiente social de los

victimarios. La victimización gradual se vuelve posible si las instituciones formales de control social —policía y Poder Judicial— no controlan la victimización de las personas independientemente del grupo, sino que, activamente, de manera unilateral, sirven al poderoso (Kirchhof, 2010: 114 s.).<sup>18</sup>

**“El aislamiento de individuos vulnerables tiene un gran impacto en el riesgo de ser afectados por un acto criminal y en la posibilidad de ser ayudados. Los actos cometidos contra ellos pueden fácilmente ser ocultados por el agresor y, así, suelen quedar invisibles para terceros.”**

Por esta razón, el acceso no solo a canales gubernamentales, sino también a actores independientes, como investigadores académicos y especialistas, es crucial para dar voz a las comunidades (Jarrell/Ozmy, 2014: 254 ss.).

Un análisis correcto de esta interrelación ofrecería información para la construcción de patrones de victimización y, por lo tanto, el diseño de alarmas y sistemas de prevención. La interrelación entre la víctima de una (eventual futura) violación de derechos humanos (derecho a la vida, a la salud, a un medioambiente sano, a una nutrición adecuada y al agua, a condiciones laborales dignas, a vivir de acuerdo con las costumbres culturales propias, etc.), y el (eventual futuro) victimario es usualmente cercana y tóxica. Socialmente, por ejem-

plo, amplios sectores de la población de los países latinoamericanos no tienen acceso significativo a la

<sup>18</sup>. Original: "Human rights violations are often preceded by stepwise invasions of the victim's territory. (...) Some large-scale victimizations cannot be achieved without gradual preparation of both the victim population and the victimizers' social environment. Stepwise victimization becomes possible if the institutions of formal social control —police and courts— do not control the victimization of people regardless of group, but actively, one-sidedly, serve the powerful". (Kirchhof, 2010: 114).

educación, los grupos minoritarios son desplazados e ignorados, y los trabajos informales son la realidad cotidiana de grandes segmentos de la población. Las comunidades con insuficiente nivel educativo y de formación, sin otras alternativas de empleo y con una estrecha relación con la naturaleza —pero no con los *papeles* o las cuestiones burocráticas— no pueden realmente evaluar o elaborar una decisión propia sobre si es genuina y beneficiosa la oferta de empleos o si la compañía respetará su medioambiente y su fuente fundamental de agua y comida.

El cuadro general coloca a estos sectores, víctimas o colectivos afectados actuales o potenciales, no solamente en una situación desfavorable con respecto a los actores nacionales, sino también con respecto a los actores internacionales (véase, en igual sentido, Viano, 1990: xiv s.). Si tuvieran conocimiento de que estas empresas probablemente usarán más tarde la fuerza física de agentes privados o estatales para acallar protestas y eludir reclamos por daño ambiental, probablemente rechazarían el proyecto de manera más contundente. Pero esto no suele ser lo que sucede. Y, cuando es el caso y la población protesta incluso antes de que la empresa comience su desarrollo, se arriesga a ser reprimida por la policía y el ejército e, incluso, en algunos casos, a ser condenada como terrorista (caso "Ralco") (véase Villegas, 2009; Richards, 2010).

Cabe mencionar en este punto que los Principios Ruggie, un documento de las Naciones Unidas publicado en 2011 sobre negocios transnacionales y derechos humanos, no considera realmente la relevancia de las potenciales víctimas como actores principales, ni sus circunstancias de vida como factores por ser considerados en estrategias de prevención, sanción y reparación de las violaciones de derechos humanos.<sup>19</sup> Mientras que el acento del documento está puesto en el rol y la responsabilidad de los Estados y empresas casi como únicos sujetos con capacidad decisoria antes y durante el desarrollo de las actividades empresariales, los grupos de víctimas son considerados solo en la tercera parte del documento, la cual está relacionada con las medidas por

tomar luego de que el daño fue ocasionado; e, incluso en ese caso, las víctimas no son vistas como sujetos centrales de acuerdos o compromisos, sino solo como personas a las cuales se debe preguntar su opinión, que será no vinculante.<sup>20</sup> Ninguna de las siguientes situaciones es considerada en el informe: la situación previa de vulnerabilidad (palabras clave: aislamiento y marginalización), el acceso real a la información y el interés en las necesidades y posibilidades de la interacción entre la población local y las empresas transnacionales o el contacto real y la respuesta, ni el interés ni la capacidad del Estado con respecto a las víctimas. Sucesores del programa Pacto Global (*Global Compact*), los Principios Ruggie aspiran a ejercer más presión en los Estados y en las empresas y a proteger mejor a las víctimas. Sin embargo, desafortunadamente, el rol de las víctimas o potenciales víctimas de empresas transnacionales continúa marginalizado. Este documento de *soft law* puede ser entendido, por un lado, como un intento de imponer orden al mundo empresarial transnacional, especialmente con respecto a las actividades en países económicamente menos solventes; aunque, por otro lado, es claro que las metas y regulaciones internacionales no están orientadas a detener a los Estados económicamente fuertes con normas limitadoras que puedan significar una reducción de beneficios para estos Estados y sus grandes compañías. Las políticas económicas internacionales no rechazan las prácticas que causan daños. Por el contrario, los intentos de restricción resultan siempre bastante problemáticos. El documento de las Naciones Unidas hace evidente esta situación.

La situación estructural social y económica a nivel doméstico, de este modo, es exacerbada por las condiciones externas, dado que los derechos fundamentales no son solo ignorados, sino también usualmente violados como resultado de las actividades empresariales realizadas por actores transnacionales apoyados por los intereses locales y las políticas internacionales.

**iii.** Una tercera área teórica está dada por la idea de la criminología verde que se refiere al medioambiente

19. Informe del representante especial del secretario general para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie, "Empresa y derechos humanos: nuevas medidas para la puesta en práctica del marco 'proteger, respetar y remediar'" (A/HRC/17/31), publicado el 21 de marzo de 2011.

20. Debe atenderse que no todas las víctimas demandan lo mismo ni de la misma manera, por ejemplo, como colectivo de víctimas de delitos ambientales. Por estas diferencias, la consideración de sus voces debe ser especialmente tenida en cuenta (HALL, 2015). Esta indiferencia es una de las tantas falencias de los Principios Ruggie.

(*green criminology*). Originalmente, este campo estaba interesado en los delitos relativos a la vida animal, la vida vegetal y el medioambiente. En los últimos años, sin embargo, estos estudios han generado interesantes resultados acerca del grave impacto de aquellos delitos en la vida y en los derechos de los segmentos más marginalizados de la población mundial, así como en los permanentes conflictos de intereses entre medioambiente, vida humana y desarrollo (Jarrell/Ozmy, 2014; Brisman *et al.*, 2015; Hall, 2015: 103; Walters, 2006), y, en particular, en la vida y derechos de los pueblos indígenas (Boekhout van Solinge/Kuijpers, 2013: 202 ss.; Brisman *et al.*, 2015: 2; Carrasco/Fernández, 2009). Además, esta subdisciplina incorpora una mirada innovadora en relación con las infracciones cometidas por ofensores complejos contra colectivos de víctimas que se encuentran en gran parte dispersos en extensas zonas y áreas, y que dejan a estas víctimas a menudo en calidad de difusas (White/South, 2013; Spapens, 2014: 224 ss.).

Económicamente —en términos macroeconómicos formales—, los países latinoamericanos son más pobres que los países de Europa occidental o que los Estados de América del Norte. Sin embargo, los primeros cuentan con abundantes recursos naturales como el agua para las represas hidroeléctricas (caso "Ralco"), crudo para producir petróleo (caso "Chevron"), y abundantes territorios litorales "libres" para grandes nuevos proyectos de la industria siderúrgica (caso "Sepetiba"). Como consecuencia de estos factores,

las inversiones extranjeras aportan un enorme flujo de capitales y numerosos proyectos problemáticos (Ebus/Kuijpers, 2015; para industrias extractivas, McGregor, 2009), los que resultan interesantes para gobernantes y grupos empresariales locales en Latinoamérica, aun si son llevados a cabo de manera que puedan ser perjudiciales para la población. Esto es el delito estatal-corporativo ("*state-corporate crime*") antes mencionado, pero ampliado aquí para incluir al daño ambiental.

En casos en los cuales es requerido un estudio de impacto ambiental previo al comienzo de un proyecto de explotación, es común que el resultado no sea imparcial, ya que las instituciones científicas y académicas podrían estar envueltas por sus propios intereses (fuentes de financiación de proyectos de investigación) o por temores bien fundados; y en el caso en que sean imparciales, son a menudo considerados una ofensa a la corporación (casos "Sepetiba", "Chevron" y "Ralco").

El análisis, sin embargo, aun teniendo en cuenta estos diferentes aspectos, sigue siendo parcial si los factores económicos no son incluidos. La ratificación de acuerdos comerciales que son favorables a las corporaciones extranjeras y que reducen el margen de maniobra del Estado en caso de conflicto o ante posibles reclamos privados es un elemento clave para

la comprensión del reiterado maltrato del medioambiente y de las poblaciones que viven en el entorno en cuestión. En el campo de la industria extractiva, los TLC son comunes, y la solución de controversias fuera de

## **“La ratificación de acuerdos comerciales que son favorables a las corporaciones extranjeras y que reducen el margen de maniobra del Estado en caso de conflicto o ante posibles reclamos privados es un elemento clave para la comprensión del reiterado maltrato del medioambiente y de las poblaciones que viven en el entorno en cuestión”**

la jurisdicción local (por ejemplo, ante árbitros como el CIADI o la CNUDMI) lleva en la mayoría de los casos a respuestas favorables para las corporaciones y a una falta de reparación para las víctimas afectadas, quienes permanecen invisibles o sin una voz audible. Los TLC son instrumentos comerciales internacionales comunes para el desarrollo de las relaciones comerciales entre Estados, pero funcionan sobre una base problemática: si los Estados signatarios no están en situaciones geopolíticas similares (equilibrio en la relación de poder económica y política), la desigualdad inicial necesariamente conducirá a una interacción asimétrica más adelante (Zabalo, 2008).

Comúnmente, las políticas económicas internacionales apoyan y promueven la ratificación de los TLC para la apertura y la mejora del comercio interestatal, especialmente con respecto a los recursos naturales. Este interés internacional, sin embargo, actúa únicamente a favor de ciertos mercados y de ciertos países. En este sentido, en el contexto latinoamericano, las diferencias estructurales a nivel doméstico se ven más y más atravesadas por relaciones asimétricas que otorgan ventajas a la exploración y explotación de recursos por actores extranjeros, por ejemplo, bajo condiciones que no son respetuosas de los intereses de la población local, que permanece con frecuencia —dadas las políticas económicas internacionales— sin una legislación nacional que la proteja.

**iv.** Los estudios de los medios masivos de comunicación presentan, por último, una cuarta forma de abordar los casos. La indiferencia social y la impunidad institucional pueden explicarse, por lo menos en parte, de acuerdo con la mayor o menor presencia de una determinada noticia en los medios de comunicación, y conforme con la construcción específica de la opinión pública dirigida por esta noticia (Lee, 2005: 129 ss.). Este enfoque ofrece, por lo tanto, componentes conceptuales relativos a la visibilidad o invisibilidad de las actividades ilegales y sus consecuencias (Jewkes, 2015, especialmente el capítulo 1).

En América Latina, las grandes corporaciones de medios de comunicación son usualmente parte de grupos económicos vinculados con otras industrias aparte de la mediática o están incluso relacionadas con actores gubernamentales. Por esta razón, los conflictos relativos a

grandes compañías son publicados o informados solo parcialmente para evitar la construcción de una opinión pública negativa (Lee, 2005: 133, 148), y porque el cuestionamiento del sistema económico neoliberal por parte de los medios corporativos de comunicación es absolutamente imposible (Pauls, 2015: 268 s.). De este modo, el grado de empatía de la audiencia con los conflictos y sus protagonistas se encuentra en general fuertemente manipulado. En el caso "Ralco", era evidente cómo los medios de comunicación conservadores presentaban el conflicto desde la perspectiva del gobierno, mostraban a la población mapuche como violenta y fundamentalista, y exponían duras críticas al discurso de protección ambiental. Por el contrario, los medios progresistas ponían el foco en las dificultades experimentadas por las comunidades indígenas y en el impacto perjudicial de los procesos económicos actuales. (Namuncurá, 1999: epílogo).<sup>21</sup> Las estrategias de omisión ("Auslassung"), abreviación y fragmentación ("Verkürzung und Fragmentierung") y encuadre episódico ("episodische Einrahmung") por los comunicados de prensa con el fin de construir informes de la manera "correcta" son mecanismos domésticos comunes de los medios de comunicación (Lee, 2005: 135 ss.). No obstante, esto es también central para la difusión de la información en el extranjero. Son primordialmente los grandes grupos los que tienen la posibilidad de relacionarse con otros actores importantes de las empresas mediáticas internacionales. Por esta razón, únicamente noticias parciales o incluso perspectivas contradictorias (Pauls, 2015: 273) son traducidas y emitidas en el extranjero. La barrera idiomática dificulta la toma de contacto con fuentes alternativas de información local o con las redes sociales, por lo que la información internacional de los medios masivos de comunicación no es fácil de comparar. Los actores económicos y políticos, en consecuencia, promueven y obtienen ventaja de estos sistemas de filtro en los flujos de información transnacional. Y así se presenta un apoyo mediático a los modelos de desigualdad económica y el daño social generado (Seaga Shaw, 2011: 173, con propuestas en 165 y ss.). En el caso "Chevron", Steve Donziger, el abogado norteamericano que llevó la demanda de las

<sup>21</sup>. Es también ilustrativa en la película documental *Apaga y vámonos*, la influencia de los medios de comunicación en la percepción del público (véanse las escenas en los minutos 00:26:45 y 00:43:20).

víctimas en Ecuador y en los EE.UU., ha mostrado un astuto uso de los medios de comunicación, por ejemplo, mediante la atracción de la atención política y pública a través de la coordinación de entrevistas en los principales programas y revistas. Para ello, invitó a celebridades con el propósito de apoyar el reclamo, y la publicación posterior del material, incluso en *Vanity Fair*.<sup>22</sup> Es destacable aquí, sin embargo, que la posición económica y la experiencia de Donziger no es usual en las cuestiones de derechos humanos. Su firma de abogados en Nueva York se encontraba en condiciones de financiar la campaña de los medios y, en virtud de ello, la información publicada a propuesta suya fue en distintos sentidos parcial, pero en el sentido contrario al de los medios tradicionales; de hecho, la forma en que Donziger dirigió a los medios de comunicación confirma que su buena posición económica y su estatus profesional fueron elementos clave para despertar el interés de los medios de comunicación en Ecuador y en el extranjero. Las víctimas, comunidades en su mayoría indígenas y pobres, nunca podrían haber recibido tanta atención de haber actuado en soledad. Los resultados de un estudio cuantitativo sobre los informes de los medios de comunicación sobre los desastres medioambientales han mostrado, en este sentido, que, por ejemplo, en la cobertura del derrame de petróleo en el golfo de México en 2010, "solamente cuatro por ciento del total de informes sobre el

riesgo hace referencia a la población vulnerable; el resto se concentró en la vida marina, las compañías petroleras y la protección del capital" (Pauls, 2015: 276). De forma semejante, en un trabajo previo, Wilkins (1987: 101) explicó que, en los informes de los medios más destacados, los testimonios de los ciudadanos directamente afectados por el desastre de Bhopal fueron las fuentes menos citadas (las más citadas fueron los voceros institucionales y corporativos). Parece claro entonces que las víctimas y su vulnerabilidad, aun cuando los medios de comunicación informan sobre los conflictos, permanecen invisibles.

Estos cuatro enfoques, diferentes pero entrelazados, evidencian que, aun cuando las prohibiciones y sanciones criminales estén previstas en el papel, en el contexto latinoamericano, en la práctica no son suficientemente útiles contra las corporaciones transnacionales.<sup>23</sup> En este sentido, Latinoamérica puede ser considerada una "frontera" para el comercio transnacional (Ebus/Kuijpers, 2015: 125), un lugar donde las reglas de los propios países de origen de las corporaciones parecen perder validez.

Por otro lado, las regulaciones internacionales, la economía internacional y las políticas internacionales deben ser críticamente consideradas, ya que guían las prácticas y discursos que refuerzan la violencia y la inseguridad en el contexto latinoamericano. La conexión entre políticas de seguridad y neoliberalismo, el cual es visible a nivel

**“La indiferencia social y la impunidad institucional pueden explicarse, por lo menos en parte, de acuerdo con la mayor o menor presencia de una determinada noticia en los medios de comunicación, y conforme con la construcción específica de la opinión pública dirigida por esta noticia”**

22. Véase el artículo "Jungle Law", 7 de abril de 2007. Disponible en: <http://www.vanityfair.com/news/2007/05/texaco200705>. [Fecha de la última consulta: el 8/8/2017].

23. Para una mayor descripción de las posibilidades normativas (en el papel) y sus obstáculos para la prosecución a nivel del derecho criminal nacional e internacional, véase BÖHM, 2012.



doméstico (Böhm, 2013), reproduce y expande también su lógica en el nivel de los conflictos internacionales y de derechos humanos.

#### 4. Violencia estructural, inseguridad y políticas económicas internacionales

Las relaciones globales determinan los términos de las relaciones entre corporaciones transnacionales, los países anfitriones y las comunidades locales afectadas. Así, es posible decir que las relaciones globales determinan también las relaciones locales. En América Latina, por parte de los países anfitriones, esta contextualización implica el reconocimiento de la riqueza en recursos naturales del territorio, así como también el reconocimiento de la existencia de fragilidad social, económica y evitable de la inestabilidad institucional para su protección. Estos factores, cuando se vinculan con los Estados usualmente más poderosos geopolítica y económicamente, cuyas corporaciones pueden estar envueltas en actividades

dañinas, y cuando se compara la situación del Estado anfitrión con la propia posición económica y de influencias de las empresas, explican cómo el análisis criminológico necesita ser complementado con elementos económicos, especialmente con un enfoque que incluya la consideración de las políticas internacionales. Esto significa que la perspectiva del "imperio" debería ser considerada, y para esto es usado el término en el sentido de Michalowski (2009), por ejemplo, cuando explica los flujos económicos hegemónicos que forman las condiciones internacionales.

Entre estas condiciones, las diferencias estructurales y las dificultades con respecto al efectivo respeto y

la efectiva realización de los derechos fundamentales son cruciales. Las condiciones internacionales, consecuentemente, están estrechamente relacionadas con la violencia estructural en ambos niveles, el doméstico y el internacional. Este concepto explica los lazos entre las políticas internacionales y nacionales, y entre los factores económicos y los sociales. En particular,

el vínculo entre formas visibles e invisibles de violencia (incluida la inseguridad) puede ser mejor explicado gracias a este concepto.

Johan Galtung (1989) describe la "violencia estructural" como el conjunto de estructuras físicas y organizativas evitables que les impiden a las personas satisfacer sus necesidades básicas o alcanzar su verdadero potencial. Entre las estructuras organizativas evitables, por ejemplo, podemos mencionar las prácticas corruptas que obstruyen un satisfactorio funcionamiento de las oficinas gubernamentales cuando los individuos demandan protección. También pueden mencionarse los obstáculos que aparecen en el sistema de justicia cuando las comunidades afectadas realizan sus deman-

das, o cuando puede considerarse como evitable la tolerancia normativa y judicial respecto de las prácticas industriales depredadoras o contaminantes que explotan los recursos naturales para beneficio de unos pocos, y a costa del medio de las comunidades afectadas, o de los pueblos ancestrales, y, de este modo, amenazan la posibilidad de forma de vida digna de aquellas comunidades. En estos ejemplos, las necesidades básicas (¡Derechos Humanos!)<sup>24</sup> son la salud, la educación, la alimentación y el agua; y no están siendo satisfechas por una

**“Aun cuando las prohibiciones y sanciones criminales estén previstas en el papel, en el contexto latinoamericano, en la práctica no son suficientemente útiles contra las corporaciones transnacionales”**

24. Sobre la relación entre necesidades básicas y derechos humanos, véase BÖHM, 2017, con más referencias.

evitable mala respuesta de las oficinas de gobierno (caso "Ralco"), o por una evitable falta de acceso a alimentación y agua limpias en su propio espacio (caso "Chevron" y caso "Sepetiba") o por una evitable falta de acceso a trabajo y salario dignos que les permita a los pobladores pagar por alimento y agua en otros lugares (casos "Chevron", "Ralco" y "Sepetiba"). La brecha entre derechos potenciales y derechos reales expone a los individuos a duras condiciones, cuya genealogía puede hallarse en siglos de inestabilidad, relaciones internacionales asimétricas y élites formadas por gobiernos orientados hacia el incremento de las posiciones de poder político y económico para algunos, y, por lo tanto, centrados en la mejora de las relaciones de negocios con socios mejor posicionados geopolíticamente en lugar de priorizar un mejor diseño de gobierno para la mejor realización general de los derechos fundamentales de las poblaciones locales (o de cada vez una mayor parte de ellas).

Las políticas económicas internacionales son entendidas en este documento no como normativa de derecho vinculante, sino como una suave (*soft*) presión económica ejercida por las organizaciones internacionales (OMC, Banco Mundial, OCDE, etc.) y por algunos Estados (países europeo-occidentales, EE.UU., Canadá, China) sobre otros Estados y regiones en sus interacciones asimétricas, lo que habitualmente puede generar violencia estructural. En este sentido, las relaciones económicas internacionales pueden ser analizadas actualmente por medio del concepto de "hegemonía":

Una potencia hegemónica no es solo el Estado más poderoso, es un Estado dedicado a la creación y la promoción de un sistema global de libre comercio. Lo hace primeramente mediante la apertura de sus propios mercados a los bienes y servicios extranjeros, y enviando financiación e inversiones al extranjero, y luego atrayendo a otros a hacer lo mismo. Las hegemonías también pueden reforzar la economía global instaurando, estableciendo regímenes u organizaciones internacionales (Nester, 2010: 114).<sup>25</sup>

25. N. de T. Original: "A hegemon is not just the world's most powerful state; it is a state dedicated to creating and nurturing a global free trade system. It does so first by opening its own markets to foreign goods and services, and sending finance and investments overseas,

Puede decirse entonces que la economía global, las presiones económicas y las políticas públicas nacionales están estrechamente interconectadas y tienen un impacto directo sobre la población local.

La violencia estructural doméstica, por lo tanto, está relacionada con la violencia estructural internacional: mientras que, en algunos contextos, los mecanismos de paz tienden a reducir los niveles de violencia estructural, cultural y física, en otros contextos (como en el latinoamericano), los niveles de violencia estructural son estimulados por las políticas internacionales que dificultan el desarrollo local para los locales. Por otra parte, esta situación es apoyada por la violencia cultural (aceptación de estándares extranjeros y resignación con respecto a las posiciones menos favorables de las propias condiciones geopolíticas) y puede llevar a violencia física (muerte y enfermedades, protestas violentas, crecimiento de los crímenes callejeros por las condiciones socioeconómicas de pobreza general, políticas criminales punitivas y violentas, entre otras formas).

La introducción de un TLC, por ejemplo, entre los EE.UU. y Ecuador significa la apertura de la economía y los recursos ecuatorianos a reglas flexibles y un alto riesgo de resultados desfavorables para la población local. Con estos compromisos internacionales, los Estados se muestran a sí mismos como más "internacionalizados" en sus relaciones comerciales y, por lo tanto, como más atractivos para las inversiones extranjeras. Mientras tanto, los grupos económicos locales más robustos sacan ventaja de estos negocios que no suelen ser favorables para la población local más pobre y más vulnerable, la que se vuelve por su parte más y más marginalizada y cada vez más alejada de condiciones estructurales que permitan satisfacer sus necesidades básicas. En este contexto, es posible distinguir entre víctimas y ofensores de esta relación de violencia estructural invisible. La víctima es la población local marginalizada; los ofensores son los Estados locales y extranjeros que promueven estas condiciones, y las corporaciones y empresarios que pueden ejecutar negocios más rentables como resultado de estas desiguales condiciones comerciales.

then by enticing others to do the same. Hegemons can also bolster the global economy by setting up international organizations or regimes".

De esta forma, los estándares internacionales tienen un impacto directo en las economías nacionales, y las políticas económicas tienen una inmediata influencia sobre la vida social. Por otro lado, cuando esta vida económica y social se desarrolla en un contexto de violencia estructural, no sorprende que la inseguridad en la vida individual, social y política sea una consecuencia inmediata. Esta inseguridad, a nivel normativo e individual, está íntimamente vinculada con una futura violencia física, directa y visible. Esta clase de violencia, la violencia de segmentos sociales pobres y marginalizados que rechazan condiciones estructurales y luchan físicamente por bienes individuales (alimentos, productos en propiedad) y necesidades sociales (reconocimiento, justicia), no es aceptada por el Estado en absoluto.

La actitud permisiva con respecto a daños severos y violaciones a los derechos humanos por parte de empresas es directamente proporcional a la actitud punitiva con respecto a la violencia criminal ordinaria de individuos vulnerables y marginalizados. Como ejemplos pueden mencionarse la aplicación de legislación antiterrorista respecto de la población mapuche en el caso "Ralco", el uso de fuerzas violentas de seguridad privada en el caso "Sepetiba", o las amenazas y persecuciones en el caso "Chevron". Casi como regla para el contexto latinoamericano, puede afirmarse que cuanto mayor es el apoyo a los proyectos de las grandes economías transnacionales, más intensa es la criminalización de los crímenes callejeros y de las protestas sociales contra la brecha social y económica. A la luz de esta compleja situación, la idea de un Estado penal como reverso de un Estado económicamente complaciente se vuelve más evidente. Existe una directa conexión entre

los órdenes interno e internacional, tanto como el orden económico, las violaciones de derechos humanos, el daño social, la violencia física y estructural y la inseguridad: todos ellos son partes componentes de un todo.

**“La actitud permisiva con respecto a daños severos y violaciones a los derechos humanos por parte de empresas es directamente proporcional a la actitud punitiva con respecto a la violencia criminal ordinaria de individuos vulnerables y marginalizados”**

## 5. Conclusión

Los casos de Brasil, Ecuador, Chile, ThyssenKrupp, Chevron/Texaco y Endesa presentados aquí no son casos aislados. Estos casos son modelo de las condiciones criminogénicas, socioeconómicas y geopolíticas que, primero, están relacionadas con las políticas económicas internacionales y, segundo, conducen no solo al incremento de las violaciones de derechos humanos por los actores corporativos transnacionales, sino también al aumento de la violencia visible e invisible.

Las perspectivas criminológicas antes mencionadas podrían ser la conexión entre la realidad de los casos estudiados, y podrían ser útiles para la comprensión de sus elementos específicos y comunes.

Los actores económicos y de poder no son percibidos como "ofensores" criminales cuando el daño es visto como el resultado "normal" de las actividades empresariales, y si esas actividades son llevadas a cabo por empresas transnacionales socias económicas de los Estados anfitriones, el impacto negativo de la actividad será probablemente percibida, por lo menos, como menos grave. Los conceptos de delitos de cuello blanco, criminalidad de los poderosos y macrocriminalidad, por lo tanto, deberían ser considerados no solamente a nivel doméstico, sino particularmente al nivel de las corporaciones transnacionales. La influencia de quienes toman las decisiones, de los empresarios y de las políticas corporativas es equivalente o aun mayor a

nivel internacional, y por esta razón el impacto positivo o negativo de sus actividades económicas en América Latina reproduce formas más complejas y amplias de violencia estructural. Dado que a nivel nacional e internacional algunas partes de la población parecen ser superfluas, y que ni los actores de poder locales ni los internacionales son respetuosos de sus derechos, y debido también a la situación de previa marginalización, esta población superflua a menudo no está en condiciones de realizar una demanda suficientemente contundente y oportuna en defensa de sus derechos. Las víctimas, en su invisibilidad, inaccesibilidad y falta de voz, deberían ser consideradas no solo como víctimas a nivel nacional, sino también como víctimas internacionales. Las regulaciones de la UE, las directivas del Banco Mundial o las resoluciones de la ONU son tan responsables como los EE.UU., Canadá, o los Estados europeos y sus políticas comerciales extranjeras, y como las élites locales funcionales a tales políticas, por el impacto económico a nivel micro y macro.

La impresión de anonimato que se tiene frente a amplios sectores de población afectada no significa que se trate realmente de sujetos anónimos. Todos los niños desnutridos tienen un nombre; toda persona indígena desplazada es un miembro irremplazable de una comunidad ancestral, y cada lago gravemente contaminado es una fuente natural de agua menos para una comunidad específica. El hecho de que muchas actividades empresarias dañinas estén relacionadas con recursos naturales explica por qué el daño continúa invisible, ya que el medioambiente, y la vida vegetal y animal no tienen posibilidades de reclamar, y los individuos y comunidades directamente afectados son, como se vio, principalmente, personas miembros de comunidades indígenas rurales sin suficiente acceso a mecanismos adecuados de reclamación. Es curioso que la protección ambiental se esté volviendo más y más regulada internacionalmente, pero que, sin embargo, los estándares más bajos a nivel transnacional sean a menudo impuestos por Estados sin suficientes recursos naturales al suscribir documentos binacionales en sus negociaciones con los Estados que tienen las mayores riquezas naturales (como los Estados latinoamericanos). Así, el medioambiente y la vida vegetal y animal no tienen voz, pero se ven afectados y sufren el impacto perjudicial de los negocios

fuertemente desregulados en territorios latinoamericanos, y esta desregulación tiene a su vez un impacto inmediato en la población local. Más aun, esto tiene un impacto inmediato en la población mundial. Tan pronto como los recursos naturales se vuelven más escasos, los medios violentos para su apropiación se vuelven una realidad más tangible. Los medios masivos de comunicación a menudo permanecen demasiado calmos con respecto a las violaciones de derechos económicos, sociales y culturales fundamentales, porque estos son los derechos especialmente afectados por las empresas transnacionales y los actores corporativos. Debería considerarse, sin embargo, que la violación no informada (invisible) de estos derechos es precisamente la clase de violación que conlleva a las condiciones de violencia estructural.

Para concluir, es útil resumir las tres tesis presentadas en la introducción de este trabajo y desarrolladas a lo largo de estas páginas. En América Latina, las violaciones de derechos humanos cometidas con participación de empresas transnacionales pueden considerarse una consecuencia directa de las políticas económicas nacionales e internacionales. Asimismo, las condiciones criminogénicas y los niveles de daño tienen en común sus lógicas económicas y de seguridad que deben ser consideradas como un todo y observadas desde una mirada integral. Si esto es aceptado, el foco para las próximas investigaciones debería estar en la inseguridad entendida como violencia tanto en su forma estructural como en su forma física. Por último, cabe concluir que, atento a este contexto, las políticas económicas internacionales merecen ser objeto de observación, análisis y críticas más minuciosos, y esto incluye al saber criminológico.

## Bibliografía

ALBRECHT, H.-J., "Internationale Kriminalität, Gewaltökonomie und Menschenrechtsverbrechen: Antworten des Strafrechts", *IPG* 2, 2007, pp. 153-169.

BOEKHOUT VAN SOLINGE, T. y KUIJPERS, K., "The Amazon Rainforest. A green criminological perspective", en SOUTH, N. y BRISMAN, A. (Ed.), *Routledge International Handbook of Green Criminology*, Londres y Nueva York, 2013, pp. 199-213.

BÖHM, M.L., "Violencia estructural (2017) – Ejercicio de análisis de la realidad de comunidades indígenas wichí, qom y pilagá en la provincia argentina de Formosa", *Lecciones y Ensayos. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*, 1/2017 (en edición).

BÖHM, M.L., "Los crímenes de Estado, la complicidad civil y el sistema punitivo", *En Letra, Derecho Penal*, Año 1, N° 1, Buenos Aires, 2015, pp. 8-18.

BÖHM, María Laura (2013): Políticas de Seguridad y Neoliberalismo, en: A. Fernández Steinko (Ed.): *Delincuencia, Finanzas y Globalización*, Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 307-333.

BÖHM, M.L., "Empresas transnacionales y violación de derechos humanos en América Latina - Dificultades para su imputación y juzgamiento", *Boletín Semestral GLIPGö*, N° 4, 2012, pp. 11-24.

BÖHM, M.L., "Political violence, International Crimes, and Transnational Corporations in Latin America", en BINGSONG, H. y YANPING, L. (Ed.), *New Philosophy of Crime and Punishment in the Era of Globalization*, Beijing University, Beijing, 2011, pp. 344-360.

BRISMAN, A. y SOUTH, N., "State-Corporate Environmental Harms and Paradoxical Interventions: Thoughts in Honour of Stanley Cohen", en SOLLUND, R.A. (Ed.), *Green Harms and Crimes. Critical Criminology in a Changing World*, Basingstoke, 2015, pp. 27-42.

BRISMAN, A.; SOUTH, N. y WHITE, R., "Toward a Criminology of Environment-Conflict Relationships", en id. (Ed.), *Environmental Crime and Social Conflict*, Contemporary and Emerging Issues, Aldershot, 2015, pp. 1-38.

CARRASCO, A. y FERNÁNDEZ, E., "Estrategias de resistencia indígena frente al desarrollo minero. La comunidad de Likantatay ante un posible traslado forzoso", *Estudios Atacameños*, N° 38, 2009, pp. 75-92.

COHEN, S., "Human Rights and Crimes of the State. The culture of denial", *Australia & New Zealand Journal of Criminology*, N° 26, 1993, pp. 97-115.

CUNNEEN, C., "The Race to Defraud. State crime and the immiseration of Indigenous people", en CHAMBLISS, W.J./MOLONEY, C.J. (Ed.), *State Crime. Critical Concepts in Criminology*, Vol. II: Varieties of State Crimes, Londres y Nueva York, 2015, pp. 658-671.

DONZIGER, S.; GARR, L. y PAGE, A.M., "The Clash of Human Rights and BIT Investor Claims: Chevron's Abusive Litigation in Ecuador's Amazon", *Human Rights Brief*, N° 17 (2), 2010, pp. 8-15.

EBUS, B. y KUIJPERS, K., "The State-Corporate Tandem Cycling Towards Collision: State-Corporate Harm and the Resource Frontiers of Brazil and Colombia", en BRISMAN, A.; SOUTH, N. y WHITE, R. (Ed.), *Environmental Crime and Social Conflict. Contemporary and Emerging Issues*, Aldershot, 2015, pp. 125-152.

FATTAH, E.A., "The Evolution of a Young, Promising Discipline. Sixty Years of Victimology, a Retrospective and Prospective Look", en SHOHAM, S.G.; KNEPPER, P. y KETT, M. (Ed.), *International Handbook of Victimology*, Boca Ratón, Londres y Nueva York, 2010, pp. 43-94.

FERNÁNDEZ STEINKO, A., *Las pistas falsas del crimen organizado: Finanzas paralelas y orden internacional*, Madrid, 2008.

FRIEDRICHS, D., "Transnational Crime and Global Criminology: Definitional, Typological, and Contextual Conundrums", *Social Justice*, N° 34 (2), 2007, pp. 4-18.

FRIEDRICHS, D., "Crimes of the powerful and the definition of crime", BARAK, G. (Ed.), *The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful*, Londres y Nueva York, 2015, pp. 39-49.

GALEANO, E., *Las venas abiertas de América Latina*, 39ª ed., Madrid, 1984.

GALTUNG, J., "Violence, Peace, and Peace Research", *Journal of Peace Research*, N° 6 (3), 1969, pp. 167-191.

GALTUNG, J., "Cultural Violence", *Journal of Peace Research*, N° 27, 1990, pp. 291-305.

HALL, M., "Victims of Environmental Crime: Routes for Recognition, Restitution and Redress", en SPAPENS, T.; WHITE, R. y KLUIN, M. (Ed.), *Environmental Crime and its Victims. Perspectives within Green Criminology*, Aldershot, 2014, pp. 103-118.

HILLYARD, P. y TOMBS, S., "From 'Crime' to Social Harm?", en CHAMBLISS, W.J. y MOLONEY, C.J. (Ed.), *State Crime. Critical Concepts in Criminology*, Vol. I, *An Introduction to the Field of State Crime Research*, Routledge, Londres y Nueva York, 2015, pp. 229-247.

HÖNKE, J., "New political topographies. Mining companies and indirect discharge in Southern Katanga (DRC)", *Politique africaine* N° 4 (120), 2010, pp. 105-127.

HUISMAN, W., "Corporations and International Crimes", en SMEULERS, A.; HAVEMAN, R. (Ed.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, Antwerpen [et al.], 2008, pp. 181-211.

JÄGER, H., *Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Fráncfort, 1989.

JARRELL, M. y OZYMY, J., "Communities as Victims of Environmental Crime: Lessons from the Field", en SPAPENS, T.; WHITE, R. y KLUIN, M. (Ed.), *Environmental Crime and its Victims. Perspectives within Green Criminology*, Alsdershot, 2014, pp. 249-261.

JEWKES, Y., *Media and Crime. Key Approaches to Criminology*, 3ª ed., Londres, 2015.

JESSBERGER, F.; KALECK, W. y SINGELNSTEIN, T., *Wirtschaftsvölkerstrafrecht. Ursprünge. Begriff. Praxis. Perspektiven*, Baden-Baden, 2015.

KIMERLING, J., *Amazon crude*, Natural Resources Defense Council, Nueva York, 1991.

KIMERLING, J., "The Environmental Audit of Texaco's Amazon Oil Fields: Environmental Justice or Business as Usual?", *Harvard Human Rights Journal*, N° 7, 1994, pp. 199-224.

KIRCHHOF, G.F., "History and a Theoretical structure of Victimology", en SHOHAM, S.G.; KNEPPER, P. y KETT, M. (Ed.), *International Handbook of Victimology*, Boca Ratón, Londres y Nueva York, 2010, pp. 96-123.

KRAMER, R.C.; MICHALOWSKI, R.J. y KAUZLARICH, D., "The Origins and Development of the Concept and Theory of State-Corporate Crime", *Crime & Delinquency* N° 48 (2), 2002, pp. 263-282.

LEE, C. (*Latente soziale Probleme und Massenmedien*, Herbolzheim, 2005).

LOPÉRFIDO, M., "Efectos de la acción de organizaciones no gubernamentales ante los miembros de la empresa Thyssenkrupp respecto del Proyecto de TKCSA - Brasil", *Revista de Derecho Penal y Criminología* (en edición), 2017.

MCGREGOR, M.A., "Ending Corporate Impunity: How to Really Curb the Pillaging of Natural Resources", *Case W. Res. J. International Law* N° 42, 2009, pp. 469-497.

MICHALOWSKI, R., "Power, Crime and Criminology in the New Imperial Age", *Crime, Law and Social Change* N° 51, 2009, pp. 303-325.

MORRISON, W.; ZAFFARONI, E.R. y BERGALLI, R., "Diálogos sobre criminología, genocidio y daño social" con Wayne Morrison, Eugenio Raúl Zaffaroni y Roberto Bergalli, en RIVERA BEIRAS, I. (Ed.), *Delitos de los Estados, de los mercados y daño social*, Barcelona, 2014, pp. 207-222.

MÜLLER, M.-M., "The rise of the penal state in Latin America", *Contemporary Justice Review: Issues in Criminal, Social, and Restorative Justice*, N° 15 (1), 2012, pp. 57-76.

NAMUNCURÁ, D., *Ralco: ¿represa o pobreza?*, Santiago, 1999.

NESTER, W.R., *Globalization, Wealth, and Power in the Twenty-first Century*, Londres, 2010.

PACS, *Baía de Sepetiba: fronteira do desenvolvimentismo e os limites para a construção de alternativas*, Instituto Políticas Alternativas para o Cone Sul, PACS, Río de Janeiro, 2015.

PAULS, N.; ZAGORSKI, K. y FERGUSON, D.C., "On Harm and Mediated Space: The BP Oil Spill in The Age of Globalisation", en BRISMAN, A.; SOUTH, N. y WHITE, R. (Ed.), *Environmental Crime and Social Conflict. Contemporary and Emerging Issues*, Alsdershot, 2015, pp. 265-283.

PEARCE, F., *Crimes of the Powerful. Marxism, Crime and Deviance*, Londres, 1976.

PPT (PERMANENT PEOPLES' TRIBUNAL), *The European Union and Transnational Corporations in Latin America: Policies, Instruments and Actors Complicit In Violations of The Peoples' Rights*, Madrid, 2010.

RICHARDS, P., "Of Indians and Terrorists: How the State and Local Elites Construct the Mapuche in Neoliberal Multicultural Chile", *Journal of Latin American Studies*, N° 42, 2010, pp. 59-90.

RIVERA BEIRAS, I., "Retomando el concepto de violencia estructural. La memoria, el daño social y el derecho a la resistencia como herramientas de trabajo", en RIVERA BEIRAS, I. (Ed.): *Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social*, Barcelona, 2014.

ROTHER, D.L.; MULLINS, C. W. y SANDSTROM, K., "The Rwandan Genocide. International finance policies and human rights", *Social Justice* N° 35 (3), 2008, pp. 66-86.

RUGGIERO, V., *Crime and Markets: Essays in Anti-Criminology*, Oxford, 2001.

SEAGA SHAW, I., *Human Rights Journalism. Advances in Reporting Distant Humanitarian Interventions*, Londres, 2011.

SMEULERS, A. y HAVEMAN, R., *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, Antwerpen et al., 2008.

SPAPENS, T., "Invisible Victims: the Problem of Policing Environmental Crime", en SPAPENS, T.; WHITE, R. y KLUIN, M. (Ed.), *Environmental Crime and its Victims. Perspectives within Green Criminology*, Alsdershot, 2014, pp. 221-236.

SCHAEFER, S., "Kriminalität der Mächtigen", KAISER, G. et al. (Ed.), *Kleines kriminologische Wörterbuch*, Heidelberg, pp. 211-215.



SUTHERLAND, E., *White Collar Crime: The Uncut Version*, New Haven, 1983.

VIANO, E.C., "Victimology: A New Focus of Research and Practice", *The Victimology Handbook. Research Findings, Treatment, and Public Policy*, Nueva York y Londres, 1990, pp. xi-xxiii.

VILLEGAS, M., "El mapuche como enemigo en el derecho (penal). Consideraciones desde la biopolítica y el derecho penal del enemigo", *Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales*, 2009. Disponible en: [www.cienciaspenales.net](http://www.cienciaspenales.net)

WACQUANT, L., "The Body, the Ghetto and the Penal State", *Qualitative Sociology*, N° 32 (1), 2009, pp. 101-129.

WALTERS, R., "Crime, Bio-Agriculture and the Exploitation of Hunger", *British Journal of Criminology*, N° 46, 2006, pp. 26-45.

WHITE, R. y SOUTH, N., "The Future of Green Criminology: Horizon Scanning and Climate Change", paper presented at The American Society of Criminology Conference, Atlanta, 2013. Disponible en: [https://asc41.com/Annual\\_Meeting/2013/Presidential%20Papers/White,%20Rob-South,%20Nigel.pdf](https://asc41.com/Annual_Meeting/2013/Presidential%20Papers/White,%20Rob-South,%20Nigel.pdf) [Fecha de la última consulta: el 4/6/2016]

WILKINS, L., , *Shared Vulnerability. The Media and American Perceptions of the Bhopal Disaster*, Nueva York et al., 1987.

ZABALO, P., "Los acuerdos internacionales sobre inversión, otro obstáculo para el desarrollo de América Latina", *Gestión en el Tercer Milenio, Revista de Investigación de la Facultad de Ciencias Administrativas*, UNMSM, Vol. 11, N° 22, Lima, 2008, pp. 27-39.



# CAPÍTULO 11

# EMPRESAS Y CRISIS ECONÓMICAS



# Empresas y derechos humanos desde la perspectiva de la economía popular

El presente artículo fue elaborado por la Secretaría Letrada de Economía Popular del Ministerio Público de la Defensa de la CABA.

Durante los últimos años, el término Economía Popular (EP) comenzó a cobrar mayor notoriedad en la agenda pública. La presencia en las calles de los movimientos sociales, la generación de espacios de trabajo con los expulsados del mercado formal, los conflictos mantenidos con los organismos gubernamentales competentes, la sanción de normativa específica en municipios, provincias y Nación son parte de las características que tuvo la emergencia y el surgimiento del sector ante la opinión pública. En la actualidad, no existe prácticamente en el país un actor social de renombre que no haya entablado diálogo o vínculo con el sector.

El ámbito empresarial, en sus distintas dimensiones, establece y mantiene el vínculo referido, de manera oscilante.

Por un lado, la dirigencia de los sectores empresariales nunca (o en muy pocas oportunidades) reconoció en los trabajadores de la Economía Popular un potencial entramado productivo activo. La desconfianza establecida sobre los productos generados por los sectores populares no permitió el desarrollo de encadenamientos productivos o la participación de la Economía Popular en eslabones concretos de las producciones de pymes o empresas. Por otra parte, y en este tiempo de pandemia, fueron claros y concretos los gestos de asistencia de empresas a los espacios de alimentación, generados por las organizaciones sociales en el marco de la rama de Servicios Comunitarios (comedores, merenderos, armados de bolsones de comida, etc.).

En este contexto, el surgimiento de la Economía Popular permitió, a su vez, visibilizar conflictos sobre

intereses determinados que las empresas poseen en los territorios y que generan puntos de tensión, y, en muchos casos, vulneraciones a los derechos humanos de los protagonistas.

A continuación, se realizará una breve caracterización de algunas de las ramas productivas en las cuales se estructura el colectivo de trabajadores agrupados en la EP y la vulneración de sus derechos en relación con los intereses del sector privado. El repaso no se piensa con la intención de generar instancias de denuncias (aunque en varios casos se encuentran en proceso judicial); por el contrario, el objeto es poder establecer cómo es esa relación (empresas-EP) en la actualidad.

Por último, y como se mencionó, el vínculo entre las empresas y la economía popular no se agota en las tensiones y conflictos, ya que también existen aproximaciones virtuosas que permiten arribar a soluciones o mejoras en la vida de muchas personas, como veremos más adelante.

### **Empresas recuperadas por sus trabajadores y trabajadoras**

El trabajo autogestionado es parte de una nueva lógica de producción, una forma especial de lucha, trabajo y organización por parte de las y los trabajadores.

En general, los contextos políticos, económicos y sociales de crisis hacen que quienes trabajan en una empresa, cuyo sistema de producción corresponde al sistema capitalista, se encuentren a la deriva cuando quienes poseen el capital deciden cerrar, vaciar o dejar de pagar los salarios o no honrar las deudas a sus proveedores. Entonces, una alternativa viable es conformar una

cooperativa de trabajo que adopta el nombre de Empresa Recuperada por sus Trabajadores (ERT).

Si bien las ERT suelen ser vistas como la alternativa frente a la pérdida del puesto de trabajo, es importante reconocer allí una forma válida, solidaria y colectivamente integradora de organización, de trabajo y de hacer y plantear la economía desde una nueva perspectiva.

En la Argentina, según el Registro Nacional de Empresas recuperadas realizado por el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (INAES), existen alrededor de más de 420 empresas recuperadas por sus trabajadores que constituyen más de 12.000 puestos de trabajo.

Estas experiencias concretas de organización y producción poseen una relación ambigua con el sector empresarial. Otras ramas de la EP pueden pasar inadvertidas a los ojos empresariales, seguramente por desconocimiento, pero, en el caso de las recuperadas, la situación es distinta, por haber compartido el espacio empresarial previo a la quiebra.

Existen ejemplos de empresas recuperadas que pudieron volver a producir, porque el acceso las materias primas e insumos fueron fiados por otras empresas, de manera de garantizar la sustentabilidad en las primeras producciones. Paralelamente, muchas otras recibieron el rechazo de otras empresas que tenían a la recuperada como proveedora de insumos, obligando a los trabajadores a buscar nuevas alternativas. Del mismo modo, las cámaras empresariales, donde originalmente se encontraban las empresas previas a la quiebra o el vaciamiento, no siempre fueron receptivas a brindar alternativas para una empresa, fábrica, que requería de ayuda inmediata para garantizar la continuidad en el rubro de pertenencia.

**“El surgimiento de la Economía Popular permitió visibilizar conflictos sobre intereses determinados que las empresas poseen en los territorios, que generan puntos de tensión y vulneraciones a los derechos humanos de los protagonistas”**

## La situación en el espacio agrario

La agricultura familiar (AF) es una forma de vida y una cuestión cultural, cuyo objetivo es la reproducción social de las familias campesinas en condiciones dignas, donde el trabajo y la familia son parte de las unidades productivas. Esta rama de la Economía Popular comprende actividades agrícolas, ganaderas, pesqueras, forestales, producción agroindustrial y artesanal, y las tradicionales de recolección y turismo rural.

En nuestro país, la producción de la AF abastece gran parte del mercado interno y las mesas de los argentinos: incluso si contara con las herramientas necesarias, podría crecer ampliamente. Sin embargo, las históricas demandas insatisfechas de esta rama (poca disponibilidad de tierras, incrementos desmedidos de insumos, bajo control en la comercialización, etc.) postergan sistemáticamente el crecimiento del sector, lo que ahoga a los productores.

La realidad de los últimos años en cuanto al crecimiento y beneficio económico de algunos cultivos generó a la fecha una constante expansión de los cultivos más rendidores; esto provocó fuertes desplazamientos de los pequeños productores que, luego de trabajar la tierra durante décadas, fueron expulsados por los nuevos dueños de la tierra.

Estas acciones, en el marco de una absoluta asimetría, generó la muerte de varios campesinos que intentaron resistir el avasallamiento propuesto por el monocultivo.

A la fecha, no se alcanzó a generar una normativa que dé cuenta de la situación de miles de argentinos que son abiertamente desplazados de sus territorios y que producen para garantizar la soberanía alimentaria.

## Cartoneros y recuperadores urbanos

Luego de las políticas neoliberales en la década de 1990 y su punto de ebullición en la crisis de 2001, el mercado laboral comenzó a expulsar trabajadores del mercado formal. Esto desencadenó, principalmente en las áreas urbanas del país, una nueva figura: el cartonero, "ciruja", carrero y una serie de sinónimos para nombrar lo que hoy conocemos, muchos años después, como "recuperadores". Una situación con tinte paradójico en aquel contexto: trabajadores excluidos que rescataban de la basura todos aquellos materiales que pudiesen ser devueltos como insumo a la industria.

Vidrio, papel, cartón, metales, plástico comenzaron a ser la subsistencia de miles de personas sin ningún reconocimiento estatal y con una criminalización institucional, empresarial y social que crecía frente al desconocimiento, a los intereses privados y a la posibilidad de una nueva forma de organización de trabajo.

En la actualidad, en la Ciudad de Buenos Aires, existe el Sistema de Gestión Social del Reciclado, que desde 2012 otorga reconocimiento estatal a los trabajadores.

Conviven doce cooperativas con un total de 5300 recicladores (según los datos oficiales) en el ámbito porteño, que trabajan en un sistema cogestionado por el Estado, quien cubre parte de sus ingresos mediante el salario social complementario. También brinda los galpones denominados "centros verdes", el transporte y las herramientas para realizar el trabajo de separación y enfardado de los materiales para su posterior venta a precios justos. Además, se reconocieron derechos como la obtención de obra social y guarderías para los niños y niñas de los trabajadores.

**“En la Argentina, según el Registro Nacional de Empresas recuperadas realizado por el INAES, existen alrededor de más de 420 empresas recuperadas por sus trabajadores que constituyen más de 12.000 puestos de trabajo”**

Pese a todos los logros que pudo conseguir el sector, actualmente coexisten los recuperadores "formales" y un sector de cartoneros que no tienen ningún tipo de reconocimiento, es decir que quedan excluidos en el reconocimiento de su trabajo, por lo que no pueden contar con ninguno de los derechos adquiridos. Entre 5000 y 8000 personas son las que venden el material por separado y, como consecuencia de la especulación de algunos sectores, a precios más baratos. El gobierno porteño, por el momento, no considera posible la inclusión de los recuperadores independientes.

Reconociendo el número de trabajadores que ejercen su tarea cotidianamente en la CABA, se puede dar una dimensión del volumen de materiales existentes entre la basura que desecha la Ciudad. Esa dimensión también se constata en los espacios de relleno sanitario, donde se lleva a deposición final la basura; estos se encuentran en instancias de colapso o saturación, por lo que esta situación obliga al Poder Ejecutivo local a dar respuestas.

El camino recorrido por las organizaciones cartoneras, que generan su propio trabajo, organizan los espacios productivos y, finalmente, acceden a derechos denegados, brinda una muestra del potencial productivo-organizativo de la Economía Popular, muchas veces invisibilizado, y de las alternativas que pueden plantear ante la falta de políticas públicas.

En la temática del tratamiento y deposición de los residuos, existen otras dimensiones también invisibilizadas, como lo son el tratamiento de los proyectos de Ley de Responsabilidad Extendida del Productor o la Ley de Envases. Estos proyectos intentan incorporar a todos los actores de los circuitos de producción, distribución, consumo y desecho en el problema ambiental y su búsqueda de resolución. Si bien existen alternativas, aun no hay sancionado ningún proyecto, y la propuesta generada por parte del Gobierno de la Ciudad en 2018 fue la sanción de una ley de incineración de residuos en la CABA que la Justicia local declaró inconstitucional.

### **Medios comunitarios de comunicación**

Los medios comunitarios de comunicación constituyen un importante y particular brazo de la Economía Popular. A diferencia de los grandes conglomerados

mediáticos, no tienen ánimo de lucro, sino que se encargan de garantizar el derecho a la información y a la comunicación, y contribuyen así a la conformación de sistemas de medios pluralistas y de participación ciudadana. Las voces no difundidas por los medios tradicionales son representadas por estos proyectos, que dan lugar a diferentes culturas o sectores para el tratamiento de problemáticas invisibilizadas o manipuladas por el sistema mediático. Al empoderar a la ciudadanía y a las organizaciones comunitarias, este paradigma comunicacional representa un gran aporte a la profundización de la democracia y a la transformación de procesos sociales a través de medios gráficos, radiales o televisivos. Al mismo tiempo y por su esencia, representa también una amenaza a las políticas autoritarias-antidemocráticas, y una contraposición al sistema mediático dominado por actores privados con fines lucrativos.

En nuestro país, los primeros antecedentes de reclamos de democratización de las comunicaciones están vinculados a organizaciones revolucionarias de la década de 1970. En 1980, se sanciona la Ley de Radiodifusión N° 22285, en el marco de una alianza entre el gobierno de facto de Jorge Rafael Videla y las empresas del rubro con marcada filosofía de lucro comercial. En su art. 45°, excluye a las entidades radiofónicas sin fines de lucro de obtener licencias. Aunque a mediados de la década de 1980, y con la apertura de la democracia, existió un intento de reemplazar la ley en vigor, el proyecto no prosperó; sin embargo, las emisoras radiofónicas alternativas se mantuvieron en constante crecimiento, bautizadas por los medios comerciales como "truchas" y caracterizadas por el COMFER como "clandestinas". Algunos radialistas comenzaron a experimentar con tecnologías audiovisuales y así surgieron los primeros canales de televisión comunitarios.

Durante muchos años, a pesar de persecuciones y decomisos estatales, el fenómeno siguió en crecimiento y en 2003 aparece el primer precedente en el camino hacia la legalización de la actividad, cuando en una causa promovida por FM La Ranchada de Córdoba se logra la inconstitucionalidad del art. 45 de la ley antes mencionada, en vigor desde épocas dictatoriales. Al año siguiente, fue reemplazado mediante la sanción de una nueva ley. Si bien todavía se excluían las cooperativas de servicios públicos, fue un hecho que encaminó la actividad hacia un reconocimiento

de derechos: ese mismo año se forma la Coalición por una Radiodifusión Democrática que propone los 21 puntos básicos por el derecho a la comunicación, principios sobre los cuales se basó la Ley N° 26522 de Servicios de Comunicación Audiovisual presentada y sancionada en 2009 durante el mandato de Cristina Fernández de Kirchner. Esta ley reconoce legalmente a las emisoras comunitarias sin ningún tipo de restricción, les garantiza recursos a través de un fondo de fomento y, entre otras cosas, les asegura representación en organismos estatales participativos de definición de políticas de comunicación. Durante la implementación de la norma hasta 2015, se otorgaron 68 licencias a emisoras de radio y canales de televisión de organizaciones no lucrativas y se puso en marcha los Fondos de Fomento Concursable, y se entregaron más de 1000 FOMECA a medios comunitarios, de pueblos originarios y de frontera, destinados a equipamiento, producción de contenidos y gestión.

Con el cambio de Gobierno en 2015, se modificaron fuertemente las políticas de comunicación, lo cual produjo un retroceso en la adquisición de derechos por parte del sector. Si bien una gran cantidad de medios comunitarios lograron entrar en la legalidad y ser reconocidos como tales, a partir de esa fecha comenzaron nuevamente a experimentar el rechazo del Estado mediante maniobras dilatorias, que priorizan el modelo comunicacional mercantil.

### **Confeccionistas de indumentarias**

La relación entre las marcas, las empresas y los confeccionistas de indumentarias es uno de los puntos de mayor conflictividad establecidos entre los trabajadores de la EP y el ámbito empresarial.

La imagen de una planta industrial textil con sus trabajadores establecidos en el predio desde hace años pasó a ser cada vez más un recuerdo que una realidad productiva. La tercerización de los núcleos productivos conformó, en el rubro textil, un esquema de producción que conllevó, en muchos casos, a la sistemática vulneración de derechos de los trabajadores.

El 30 de marzo de 2006, un incendio en un taller textil ubicado en la calle Luis Viale al 1200 del barrio de Caballito en la CABA provocó la muerte de cinco menores y una mujer adulta. Este trágico y horroroso hecho desnudó ante la opinión pública una realidad en la que suelen estar presentes la explotación laboral, la trata de personas y el maltrato infantil, entre otras vulneraciones de derechos.

A partir del incendio, comienza una etapa de clausuras de varios talleres clandestinos, que, sin dudar del inobjetable propósito de los jueces, agregó un problema más a los trabajadores y sus familias, que, en muchos casos, no solo perdían el trabajo (por las clausuras), sino también los espacios de alojamiento.

Estas realidades fueron generando escenarios en donde se desplazó una porción de trabajadores de talleres clandestinos a realizar el trabajo en sus casas (la gran mayoría emplazadas en barrios populares): se trasladó la explotación laboral a cada uno de los hogares, además de aumentar las condiciones de inseguridad por la concentración de telas y materiales inflamables.

En este contexto, la rama de confeccionistas de indumentarias de la EP conformó una respuesta colectiva. Mediante la consigna "El hogar para vivir, el polo para trabajar", se planteó la posibilidad y necesidad de constituir espacios productivos textiles por fuera de una lógica esclavista o de autoexplotación.

**“El camino recorrido por las organizaciones cartoneras brinda una muestra del potencial productivo-organizativo de la Economía Popular y de las alternativas que pueden plantear ante la falta de políticas públicas”**



Los polos de confección textil conforman espacios colectivos donde cada trabajador individual que realizaba su confección de manera hogareña comienza a participar en espacios óptimos de trabajo, en condiciones de seguridad y tiene como primeros beneficios: la reducción de las horas laborales (la jornada en cada polo no puede exceder las nueve horas con almuerzo incluido), el acceso a una obra social y una mejora en los canales de comercialización.

Si bien esta respuesta colectiva alcanza a un número significativo de confeccionistas, aún persisten trabajadores que se encuentran sumidos en condiciones de explotación. Por otra parte, las marcas que durante estos años fueron denunciadas, en muchos casos, permanecen ocupando lugares destacados en cuanto a preferencias de consumo, lo que invisibiliza las denuncias o cuestionamientos.

Desde ya que los casos presentados son solo una muestra de lo referido al principio. La Economía Popular permite poner en relieve la situación de miles de trabajadores y trabajadoras, que de no ser por los conflictos ocurridos no hubiera sido posible conocer sus realidades.

El desafío futuro será comenzar a establecer diálogos entre los distintos actores sociales, que permitan establecer desde las diferentes identidades construcciones conjuntas.

Un ejemplo claro es el trabajo silencioso que se desarrolla desde la propuesta de "Argentina Armónica" y que intenta facilitar una mejora en la propuesta alimentaria en sectores vulnerables. Esta iniciativa, que se desarrolla en el ámbito institucional de la Universidad Nacional de Tres de Febrero y la Universidad Nacional de Córdoba, constituye un espacio amplio y plural, donde personas con miradas diversas dialogan sobre algunos de los principales temas y problemas del país en el marco de la realidad actual de la región y el mundo. Desde esos diálogos, y sobre la genuina preocupación, los actores involucrados definieron una asistencia que permita en primera instancia mejorar el acceso a alimentos nutricionalmente ricos, como las legumbres, frutas y verduras, en los comedores y merenderos que los servicios comunitarios de la EP y otras instituciones vienen gestionando y sosteniendo todos los días.

De esta manera, se intenta aportar desde el lugar que ocupa cada uno, pero generando la sinergia que permita alcanzar objetivos comunes.

**“Los medios comunitarios no tienen ánimo de lucro, sino que se encargan de garantizar el derecho a la información y a la comunicación, y contribuyen así a la conformación de sistemas de medios pluralistas y de participación ciudadana”**

Edición y diseño a cargo de la Dirección  
de Comunicación Institucional

Lic. Leandro Balasini  
Lic. Claudia Román

**Edición**

Lic. Sofía De Giovanni  
Lic. Florencia Di Santo  
Prof. Marcela Ferradás  
Catalina Lanús

**Correctora**

Patricia Andrea Porchia

**Diseño**

Lic. en Comunicación Lucila Grün Phillips  
Diseñador Gráfico Marcelo Miraglia  
Diseñadora Gráfica Ana Laura Pasquadibisceglie

**Fotografía y Contenidos Digitales**

Ángel Aberbach  
Santiago Conde  
Lic. Mariana Domínguez  
Lic. Juan Duacastella  
Guillermo Fernández  
Mariano Fernández  
Lic. Ana Mangialavori  
Yanina Palmeyro  
Raquel Pannunzio  
Lic. Florencia Paltrinieri  
Lic. Emmanuel Prieto  
Diseñadora Audiovisual Glenda Ross  
Lic. Martina Tarelli

**Equipo de Prensa**

Lic. Mariana Cáceres  
Pablo Chernomoretz  
Gonzalo Daprà

La presente publicación ha sido elaborada con la tipografía  
*Journalist Text* del tipógrafo Sergio Rodríguez.

Publicación del **Ministerio Público de la Defensa** de la Ciudad  
Autónoma de Buenos Aires. Defensoría General. Av. Córdoba 972  
(C1054AAV).

Comentarios, sugerencias y colaboraciones:  
**comunicacioninstitucional@mpdefensa.gob.ar**

# NÚMEROS ANTERIORES



Año 1 - NÚMERO 1 - MARZO DE 2011 - Buenos Aires - Argentina



Año 1 - NÚMERO 2 - DICIEMBRE DE 2011 - Buenos Aires - Argentina



Año 2 - NÚMERO 3 - AGOSTO DE 2012 - Buenos Aires - Argentina



Año 3 - NÚMERO 4 - MAYO DE 2013 - Buenos Aires - Argentina



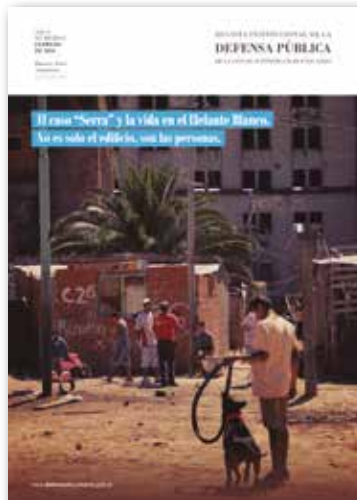
Año 3 - NÚMERO 5 - DICIEMBRE DE 2013 - Buenos Aires - Argentina



Año 4 - NÚMERO 6 - DICIEMBRE DE 2014 - Buenos Aires - Argentina



Año 5 - NÚMERO 7 - JULIO DE 2015 - Buenos Aires - Argentina



Año 6 - NÚMERO 8 - FEBRERO DE 2016 - Buenos Aires - Argentina



Año 6 - NÚMERO 9 - JULIO DE 2016 - Buenos Aires - Argentina



Año 6 - NÚMERO 10 - SEPTIEMBRE DE 2016 - Buenos Aires - Argentina



Año 7 - NÚMERO 11 - JUNIO DE 2017 - Buenos Aires - Argentina



Año 7 - NÚMERO 12 - SEPTIEMBRE DE 2017 - Buenos Aires - Argentina



Año 7 - NÚMERO 13 - NOVIEMBRE DE 2017 - Buenos Aires - Argentina



Año 8 - NÚMERO 14 - ABRIL DE 2018 - Buenos Aires - Argentina



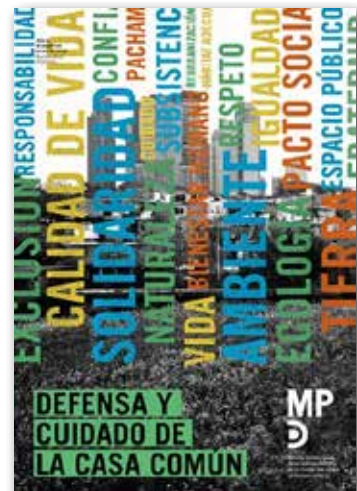
Año 8 - NÚMERO 15 - JULIO DE 2018 - Buenos Aires - Argentina



Año 8 - NÚMERO 16 - OCTUBRE DE 2018 - Buenos Aires - Argentina



Año 9 - NÚMERO 17 - FEBRERO DE 2019 - Buenos Aires - Argentina



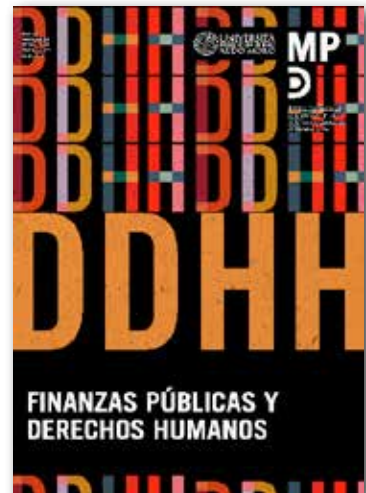
Año 9 - NÚMERO 18 - MAYO DE 2019 - Buenos Aires - Argentina



Año 9 - NÚMERO 19 - DICIEMBRE DE 2019 - Buenos Aires - Argentina



Año 10 - NÚMERO 20 - MARZO DE 2020 - Buenos Aires - Argentina



Año 10 - NÚMERO 21 - JUNIO DE 2020 - Buenos Aires - Argentina



Año 10 - NÚMERO 22 - AGOSTO DE 2020 - Buenos Aires - Argentina



Año 10 - NÚMERO 23 - SEPTIEMBRE DE 2020 - Buenos Aires - Argentina



Año 11 - NÚMERO 24 - MARZO DE 2021 - Buenos Aires - Argentina



Año 11 - NÚMERO 25 - MARZO DE 2021 - Buenos Aires - Argentina



Año 11 - NÚMERO 26 - MARZO DE 2021 - Buenos Aires - Argentina



Año 11 - NÚMERO 27 - NOVIEMBRE DE 2021 - Buenos Aires - Argentina



Año 11 - NÚMERO 28 - NOVIEMBRE DE 2021 - Buenos Aires - Argentina



Año 12 - NÚMERO 29 - JULIO DE 2022 - Buenos Aires - Argentina



Año 13 - NÚMERO 30 - AGOSTO DE 2023 - Buenos Aires - Argentina

Material de distribución gratuita. Prohibida su venta.

\*\*\*