**Second session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights**

The second session will take place from **24-28 October 2016**

Panel II: Primary obligations of States, including extraterritorial obligations related to TNCs and other business enterprises with respect to human rights

Subtheme 1 – Examples of national legislation and international instruments with obligations of States applicable to TNCs and other business enterprises and human rights

**Juan Hernández Zubizarreta**

**Profesor de la Universidad del País Vasco e investigador del Observatorio de Multinacionales en América Latina**

La responsabilidad de los Estados respecto al control de las empresas transnacionales va exponerse en base a la enumeración de una serie de ideas fuerza acordes con el tiempo establecido para la exposición.

Una cuestión previa de carácter metodológico.

Las propuestas descritas tienen cobertura jurídica en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: en la jurisprudencia de los Comités, las Observaciones Internacionales, las normas imperativas –*ius cogens-* y las normas vinculantes que afectan al sector privado y a las empresas transnacionales referidas a cuestiones medioambientales, laborales, a la corrupción, al crimen organizado y a los derechos humanos, son, entre otros, los instrumentos utilizados para sustentar las medidas expuestas a continuación.

1. Las empresas transnacionales vulneran los derechos humanos de manera muy grave y regular. No son hechos aislados, son una práctica sistemática, una tendencia general que confronta radicalmente con los núcleos centrales del Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos y se apoya en la existencia de una arquitectura jurídica de la impunidad.

Esta afirmación se encuentra soportada en informes de Expertos y Relatores de la ONU, resoluciones de los diferentes Comités que forman parte del Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, las Cortes y Tribunales Internacionales Regionales, informes de Organizaciones no Gubernamentales, asociaciones de víctimas, peritajes de expertos de la academia universitaria, resoluciones del Tribunal Permanente de los Pueblos, en definitiva, es una afirmación con un amplio consenso social. ¿Por qué las memorias de Responsabilidad Social Corporativa de las empresas transnacionales no registran ninguna de las graves vulneraciones de derechos descritas? Esta es una disfunción intolerable.

El Tratado Internacional para el control de las empresas transnacionales debe tener como pilar principal, las propuestas elaboradas por las víctimas.

1. ¿Cuál es la razón de tanta impunidad? Entiendo que el argumento jurídico central es el de la asimetría normativa que existe entre la protección de los derechos de las empresas transnacionales y sus obligaciones.

Sus derechos se encuentran tutelados por instrumentos jurídicos de máxima exigibilidad y justiciabilidad, es decir, máxima eficacia y ejecutividad de sus derechos en el ámbito global. Tutela que se vincula a los contenidos de los contratos firmados por las empresas transnacionales con los Estados y otros agentes económicos nacionales, a la tupida red de acuerdos de comercio e inversiones, a las políticas y resoluciones del conjunto de las Instituciones Económico-Financieras y a las resoluciones de los diferentes Tribunales de Arbitraje Internacional.

Sin embargo, sus obligaciones se reenvían al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuestionado en su exigibilidad y muy limitado en su justiciabilidad. Es un Derecho muy frágil frente al carácter “duro” e imperativo del ordenamiento jurídico que protege los derechos de las corporaciones transnacionales. ¿Por qué no se respeta y se protege a los niños y niñas del trabajo infantil? ¿Cómo es posible que no se respeten el conjunto de normas internacionales que prohíben el trabajo infantil?

El sistema elegido por parte de las empresas transnacionales y Estados cómplices para ajustar sus obligaciones en el ámbito global, es el Derecho Blando, voluntario, unilateral y no vinculante. La Responsabilidad Social Corporativa y los códigos de conducta son el método utilizado. No obstante, ¿se puede mantener que un código de conducta voluntario construido desde la autorregulación puede neutralizar principios como el Trato Nacional, el Trato Justo y Equitativo recogidos en los acuerdos de comercio e inversiones o las resoluciones arbitrales de, por ejemplo, el CIADI? La asimetría normativa colisiona frontalmente con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Las prácticas de las empresas transnacionales que vulneran los derechos humanos deben ajustarse a cuatro vértices de responsabilidad: el de las propias empresas transnacionales, el de las instituciones Económico-Financieras, el de los Estados huéspedes y el de los Estados matrices.

3. Los Estados receptores y huéspedes.

Los Estados tienen la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos y, por tanto, deben controlar las vulneraciones llevadas a cabo por las empresas transnacionales en el interior de las mismas y en el ámbito de su jurisdicción.

En los Estados huéspedes, la complicidad y coautoría de muchos gobiernos con las empresas transnacionales dan lugar a “pistas de aterrizaje”, es decir, a marcos normativos favorables a las transnacionales. Aprueban normas, ratifican acuerdos de comercio e inversiones, aceptan los sistemas de arbitraje de protección a las inversiones, y firman contratos con las empresas transnacionales, donde la desregulación, la privatización y la quiebra de las políticas públicas se sitúan en la cúspide de la jerarquía normativa.

Las prácticas descritas colisionan con la jerarquía normativa internacional. Los derechos de las empresas transnacionales están subordinados al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al bloque de constitucionalidad que tutela los derechos y libertades de los pueblos y las personas.

La seguridad jurídica las personas y de los pueblos se encuentra por encima de la seguridad jurídica de las inversiones.

La soberanía de los tribunales nacionales se encuentra por encima de los sistemas de protección de las inversiones.

La soberanía popular debe primar sobre los intereses corporativos.

4. Los Estados Matrices.

Hay que partir de dos premisas iniciales: Existe una anomalía jurídica construida desde la organización global de la producción. Si una empresa transnacional o su filial o un contratista de una transnacional o filial no respetan la legislación local o internacional y vulnera los derechos humanos, medioambientales o laborales, no se les puede exigir responsabilidad jurídica alguna. El caso de Rana Plaza en Bangladesh es emblemático en este sentido.

Hay que ponerse de acuerdo en las cuestiones que forman parte de las ventajas comparativas. Los derechos humanos, medioambientales y laborales deben quedar fuera de las mismas.

Los Estados matrices deben controlar las vulneraciones de los derechos humanos, para ello, tienen que tener en cuenta las siguientes cuestiones:

La autorregulación no puede, en ningún caso, contrarrestar el poder corporativo.

La responsabilidad solidaria entre la empresa matriz, filiales, contratistas y subcontratistas debe incorporarse a las legislaciones nacionales e internacionales. Los Estados matrices deben incorporar dicha responsabilidad.

La responsabilidad preventiva y responsabilidad directa de las empresas transnacionales en el ámbito penal, civil y administrativo, bajo la doble imputación, debe extenderse a la autoría, coautoría, complicidad, encubrimiento e inducción. En cualquier caso, la responsabilidad debe dirigirse a todos los integrantes del grupo de empresas y de la cadena de valor.

Las empresas transnacionales que vulneren los derechos humanos fuera de su ámbito nacional, deben ser demandadas en los tribunales donde tienen su domicilio, donde hayan sido constituidas o donde desarrollen una actividad económica sustancial. Lo que resulta profundamente asimétrico es que las empresas transnacionales utilicen todas las ventajas que la globalización les proporciona, incluida la defensa de sus derechos en ámbitos internacionales derivados del arbitraje internacional y sus obligaciones queden vinculada a aparatos antiguos derivados del domicilio de las transnacionales. El futuro Tratado Internacional debe incorporar una Corte Internacional que controle a las empresas transnacionales.

También deben aprobar legislaciones universales que permitan controlar todos los crímenes internacionales, incluidos, los económicos, corporativos o medioambientales.

El apoyo político, económico, diplomático, mediático… de los Estados matrices a las empresas transnacionales en su internacionalización económica, debe subordinarse al respeto de los derechos humanos. Para ello se debe evaluar e inspeccionar toda su actividad y sustituir las auditorías privadas por inspecciones públicas.

La internacionalización económica debe someterse al sistema internacional de los derechos humanos y se debe evaluar la capacidad de las empresas transnacionales fuera de su Estado matriz: cuantificar el empleo creado, la transferencia tecnológica realizada, el crédito económico concedido a las pequeñas empresa, el pago de impuestos, las prácticas en paraísos fiscales… y las auditorías privadas realizadas a instancia de la empres, pagada por ella, puesta en práctica en el momento que la empresa decida y de acuerdo con sus intereses, debe ser sustituida por una inspección pública, neutral, objetiva y con control social.

El acceso de las empresas transnacionales a la contratación pública debe subordinarse al respeto de los derechos humanos y no a la mera competitividad.

Se debe regular la deslocalización de las empresas transnacionales y no puede aceptarse que “la carrera hacia abajo” en el respeto de los derechos humanos sea una ventaja comparativa.

Los Acuerdos Marco Globales donde el carácter unilateral de los códigos de conducta se sustituye por acuerdos entre empresarios y personas trabajadoras, deben dotarse de plena exigibilidad y justiciabilidad.