

¿RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL SIN OBLIGACIONES?

Reglas vinculantes para empresas – protección para las personas y el medio ambiente

- Informe breve -



ÍNDICE

Introducción.....	3
Estudio de caso 1: Cobre de Tintaya-Antapaccay, Perú.....	3
Estudio de caso 2: Carbón de Cerrejón, Colombia.....	4
Estudio de caso 3: Acero de TKCSA, Brasil.....	5
1. El comercio y el régimen de inversión de la UE: regresivo, injusto y antidemocrático.....	5
2. ¿Cuáles podrían ser los aspectos a tener en cuenta en un instrumento vinculante de la ONU para la regulación de las empresas transnacionales?.....	6
3. ¿Qué necesita una buena regulación de la UE sobre minerales conflictivos.....	7
4. ¿Necesita Europa más derecho penal empresarial?.....	8
Visión de conjunto.....	10
Resumen y recomendaciones.....	11

INTRODUCCIÓN¹

El crecimiento económico en Alemania y otras naciones industrializadas se basa en el uso ascendente de materias primas, particularmente minerales (p.ej. cobre, hierro, oro, aluminio) y recursos energéticos (p. ej. petróleo, gas y carbón). Este modelo económico conduce a masivas injusticias sociales y ecológicas a nivel global. Mientras que en Alemania y en la Unión Europea (UE) este modelo siga siendo respaldado a través de la liberalización comercial y el fomento económico, aumentará internacionalmente la crítica y se emprenderá el intento por trazar y abrir caminos alternativos. En este contexto, la discusión sobre una regulación de la actividad empresarial desde la perspectiva de los derechos humanos, adquiere una mayor importancia. A nivel de la ONU ha comenzado la elaboración de un instrumento vinculante en materia de derechos humanos para empresas transnacionales, la UE trabaja en una regulación sobre minerales conflictivos y cada vez más países introducen la responsabilidad penal para empresas. Con este folleto el FDCL ofrece una visión general sobre dichas propuestas y desarrolla una argumentación complementaria a partir del ejemplo, muy relevante para Alemania, del sector de materias primas en Latinoamérica.

Lo que es válido para la UE, es aún más válido para Alemania. Latinoamérica tiene un significado central para el suministro alemán de energía y de materias primas, por eso, el gobierno federal alemán ha intensificado sus relaciones con la región en los ámbitos económico, de inversiones y comercial. Esto se ha llevado a cabo con el objetivo específico de garantizar a la industria alemana el libre acceso a las materias primas, así como a garantizar la venta libre de productos alemanes. Por ello, en concordancia con la Comisión Europea, Alemania demanda a un alto nivel la protección de inversiones y la supresión de barreras comerciales. Esto puede incluir también regulaciones en materia de medio ambiente y de salud pública. La política de desarrollo, es también puesta al servicio del fomento económico alemán, ya que ésta puede „contribuir a que en los países socios, a través del establecimiento de un sector de materias primas estable y eficiente, con actores estatales competentes,

sean creadas las condiciones necesarias para un clima favorable a la inversión, a partir del cual también pueda beneficiarse la economía alemana.”²

A partir del siguiente ejemplo de materias primas, cobre, carbón y hierro/acero provenientes de América Latina, se muestra la importancia actual que éstas tienen para la economía alemana:

Carbón para centrales eléctricas alemanas: Chile es el mayor productor mundial de cobre con - 5,42 millones de toneladas y cerca del 35% de la producción mundial (yacimientos, fundición y refinación). Le sigue Perú con una producción anual de 1,24 millones de toneladas (2011). Alemania como tercer más grande procesador mundial de cobre, en tanto que el cobre no sea obtenido por reciclaje, tiene que importar el 100% de su demanda. De esta, proviene el 64% de

ESTUDIO DE CASO 1: COBRE DE TINTAYA-ANTAPACCAY DEL PERÚ⁽¹⁾

Desde el 2006 el megaconsorcio suizo Glencore, previamente XStrata, extrae cobre con el proyecto Tintaya-Antapaccay en el sur del Perú. Campesinos y campesinas locales reportaron pronto malformaciones en ovejas, llamas y alpacas. Análisis independientes de agua y suelo reportaron concentraciones demasiado elevadas de metales pesados. El agua no es apta para consumo humano. También en pruebas de sangre y orina de los habitantes de las minas se encontraron concentraciones elevadas de plomo y mercurio. Las protestas de la sociedad civil no son toleradas. Las personas tienen que tomar en cuenta las amenazas y la criminalización. Las protestas son violentamente reprimidas, hay muertos, heridos, denuncias de tortura y detenciones ilegales. Hasta ahora, la mesa entre empresarios, sociedad civil y el gobierno no ha encontrado soluciones y las protestas continúan.

Desde esta conflictiva mina y también desde hace

¹ Este folleto es la versión corta de la publicación titulada „Todos los derechos -ninguna obligación, protección para la humanidad y el medioambiente- una orientación en la jungla de la discusión sobre Regulación empresarial“ (FDCL 2015), donde se encuentran las referencias completas.

² BMWi (2010): Rohstoffstrategie der Bundesregierung, Sicherung einer nachhaltigen Rohstoffversorgung Deutschlands mit nicht-energetischen mineralischen Rohstoffen, URL: <http://www.bmwi.de/DE/Mediathek/publikationen,did=365186.html> (Consultado el: 15.7.2015); Auswärtiges Amt (2010): Deutschland, Lateinamerika und Karibik: Konzept der Bundesregierung, URL: http://www.auswaertiges-amt.de/cae/servlet/contentblob/367294/%20publicationFile/209454/LAK-Konzept_dt.pdf (Consultado el 5.10.2015).

³ Misereor/ Brot für die Welt/ Global Policy Forum (Hg.) (2012): Vom Erz zum Auto, Abbaubedingungen und Lieferketten im Rohstoffsektor und die Verantwortung der deutschen Automobilindustrie, URL: http://www.misereor.de/fileadmin/redaktion/Vom_Erz_zum_Auto.pdf (Consultado el: 17.7.2015).

⁴ Statista – das Statistikportal (ohne Jahr), Größte Produzenten von raffiniertem Kupfer weltweit nach Produktionsmenge im Jahr 2013 (in 1.000 Tonnen), URL: <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/240655/umfrage/groesste-produzenten-von-raffiniertem-kupfer-weltweit/> (Consultado el: 18.7.2015).

años, obtiene Aurubis una parte importante de sus concentrados de cobre. Asumir la responsabilidad a lo largo de la cadena de suministros en este caso, podría significar que Aurubis como cliente importante ligue su decisión de compra en Antapaccay a condiciones sociales y ecológicas concretas. Si ella no lo hace, debe pagar por la responsabilidad compartida.

⁽¹⁾ Tomado de FDCL (2015): *Todos los derechos – ninguna obligación*

América Latina y el 25% solo de Perú.³ La corporación Aurubis AG de Hamburgo es la procesadora de cobre más grande de Alemania, y la segunda más grande del mundo.⁴

Carbón para centrales eléctricas alemanas: A pesar del „cambio energético“ en Alemania, una gran parte de la electricidad sigue siendo producida a partir del carbón (en 2012 fue alrededor del 19%). De éste, aproximadamente el 75% -alrededor de 33 millones de toneladas por año (2011)- es importado principalmente de Colombia, que actualmente es el quinto exportador

▼ **La mayor mina de carbón en Cerrejón, Colombia** La mineración contamina ríos y enferma a la población vecina



ESTUDIO DE CASO 2: CARBÓN DE CERREJÓN EN COLOMBIA⁽¹⁾

En Colombia, existe desde hace más de cincuenta años una guerra civil. Regiones ricas en materias primas son habitualmente fuentes de conflicto entre grupos guerrilleros de izquierda y paramilitares de derecha. Además, La Guajira, un departamento en la frontera con Venezuela, muy rico en carbón y gas natural, es una zona de alto riesgo: la presencia de narcotráfico, contrabando y grupos armados se ha generalizado. La tasa de violencia es alta y las condiciones de seguridad para la población son precarias. La élite política y económica local está estrechamente vinculada a las estructuras criminales; la corrupción es notoria y los órganos de gobierno son en gran medida disfuncionales.

Hace más de 30 años, en la Guajira, el consorcio Cerrejón, en el cual participan Glencore, BHP Billiton y Anglo American, extraen carbón muy próximo a las comunidades indígenas. El polvo de carbón cubre sus tierras de cultivo y prados, y contamina los ríos. Las cosechas han disminuido.

Las personas sufren de enfermedades respiratorias. Una comunidad afrocolombiana fue desalojada violentamente hace casi 15 años, y hasta el día de hoy los pobladores no han sido reubicados adecuadamente. Los „procesos de consulta“ jurídicamente requeridos según el Convenio N° 169 de la OIT, han degenerado literalmente en un chancullo. Cerrejón está tratando de comprar la aprobación de numerosas comunidades indígenas Wayúu con vacas, alambre de púas o coches.

La gente busca reparación: acceso a su territorio tradicional y a fuentes de agua limpia, respeto a su derecho de autodeterminación y tratamiento médico adecuado. Por el contrario, Cerrejón ofrece Responsabilidad Social Corporativa (RSC): cuatro fundaciones invertirán en proyectos sociales deducibles de impuestos. Pero ninguno de estos proyectos se ocupa de los daños ambientales ni de las violaciones de derechos humanos.

⁽¹⁾ Tomado de FDCL (2015): *Todos los derechos- ninguna obligación*

mundial de carbón. Desde allí también obtienen el carbón los mayores importadores de Alemania, como RWE, E.ON, EnBW y Vattenfall. Con la excepción de E.ON, la participación de estas empresas está en gran medida en el sector público, sean ciudades, municipios o distritos,⁵ de modo que al menos una influencia democrática indirecta sería posible.

Hierro y acero para las industria automotriz alemana y de producción de maquinaria: Los tres fabricantes de autos más grandes de Alemania, BMW, VW y Daimler, - de acuerdo con estimaciones conservadoras -, requieren cerca de 3,3 millones de toneladas de acero primario, es decir, no reciclado. Alemania es el líder europeo en producción de acero, con una pro-

ducción anual de 44 millones de toneladas por año. ThyssenKrupp tiene el 31% de la producción alemana (2011), juega un papel destacado. El 100% del mineral de hierro (2010: 43,1 millones de toneladas) es importado, del cual una buena mitad proviene de Brasil, que es el segundo productor mundial de hierro.⁶

¿Son las empresas alemanas corresponsables de las violaciones a los derechos humanos y los daños ambientales en estos casos? ¿Cómo podría ser determinada y reclamada su responsabilidad? Estas preguntas no deberían ser discutidas de manera aislada respecto a las políticas de inversión y comercio que reglamenta el marco general de las actividades de las empresas a nivel global.

ESTUDIO DE CASO 3: ACERO DE TKCSA DE BRASIL⁽¹⁾

En la bahía de Sepetiba cerca de Río de Janeiro, se localiza la fábrica de acero Companhia Siderúrgica do Atlântico (TKCSA), de la cual 73% pertenece a ThyssenKrupp AG. El 40% de la producción es exportada a Alemania. Pescadores de la zona se quejan de que a raíz del funcionamiento de la fábrica la pesca ha disminuido, los manglares y zonas de desove han sido destruidas, las zonas acuáticas han sido bloqueadas por las operaciones portuarias de la fábrica y el agua ha sido contaminada de manera masiva. Los habitantes también se quejan de partículas de metales pesados en el aire.

Estudios arrojan un aumento de las enfermedades cutáneas y respiratorias y un ascenso del 600% en las partículas de hierro en el aire desde la puesta

en funcionamiento de la fábrica en 2010. Los pescadores y habitantes protestan frecuentemente contra TKCSA e informan acerca de amenazas por parte de la policía y de milicias paramilitares. La fiscalía investiga desde 2009 contaminación ambiental nociva para la salud y la colocación de milicias armadas como personal de seguridad, hasta ahora sin resultados. La demanda de indemnización presentada por los pescadores en 2006 también sigue sin respuesta. La empresa matriz ThyssenKrupp rechaza las denuncias presentadas anualmente a la Asamblea de accionistas por los y las accionistas críticos y deja operar la Planta, a pesar de que aún no ha recibido una licencia de parte de las autoridades ambientales.

⁽¹⁾ Tomado de FDCL (2015): Todos los derechos- ninguna obligación

CAPÍTULO 1: El régimen de comercio e inversión de la UE: regresivo, injusto y antidemocrático

La UE ha firmado numerosos acuerdos bilaterales y regionales sobre cooperación económica con países latinoamericanos. Actualmente, están en curso las negociaciones con el Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, Venezuela), México y Ecuador. Además de la seguridad del acceso a las materias primas, el comercio libre debe también conducir hacia el crecimiento económico y la prosperidad, no sólo para la UE y sus Estados miembros, sino también para los países socios.

Sin embargo, numerosas organizaciones de la sociedad civil, sindicatos y movimientos sociales de Latinoamérica y Europa consideran al régimen comercial de la UE injusto. La red bi-regional Europa-Latinoamérica-El Caribe (Enlazando Alternativas) ha criticado que los acuerdos promueven sobre todo los intere-

ses comerciales de la UE, como el acceso al mercado y la liberalización de servicios, inversiones y circulación de capitales, el acceso a la contratación pública y el privilegio de la propiedad intelectual. Al contrario, los países socios en Latinoamérica no obtienen mejores derechos frente al anterior sistema general de preferencias arancelarias. Esto llevaría a que su rol continúe reducido a proveedores de materias primas. Puesto que los aranceles de exportación son frecuentemente aplicados a las materias primas para promover el procesamiento local, una prohibición arancelaria frena la generación de valor agregado local y reduce asimismo los ingresos del Estado y las inversiones públicas. Al mismo tiempo, la reducción de los aranceles de importación para productos industriales de la UE conduce a una mayor presión competitiva desde la UE.

⁵ Urgewald/ FIAN (Hg.) (2013): Bitter Coal, Ein Dossier über Deutschlands Steinkohleimporte, URL: http://kohleimporte.de/fileadmin/user_upload/bittercoal_1_15_13.pdf (Consultado el: 17.7.2015).

⁶ Misereor/ Brot für die Welt/ Global Policy Forum (2012), note de pie. 3, S. 40.

En cuanto a derechos humanos, derechos laborales y protección del medio ambiente, la UE está retrocediendo con sus acuerdos comerciales en comparación con el sistema generalizado de preferencias arancelarias. Debido a que éste último otorga preferencias especiales cuando son aplicadas de modo comprobable las normas internacionales sobre derechos humanos, derechos laborales y protección del medio ambiente. („SGP Plus“). Mientras que en los nuevos acuerdos comerciales estos temas se tratan sólo en cláusulas no vinculantes. Para las víctimas de violaciones de derechos humanos, derechos laborales o daños al medio ambiente no hay mecanismos de reparación. Esto contradice la recomendación del Parlamento Europeo respecto a „negociar las cláusulas de derechos humanos realmente aplicable en todo acuerdo futuro de comercio y cooperación.“⁷

También los acuerdos europeos de protección de inversiones han sido criticados como antidemocráticos, ya que imponen a los estados firmantes obligaciones unilaterales para proteger los intereses de inversionistas privados extranjeros. Con ello, por ejemplo, la creación de nuevos y más estrictos estándares medioambientales o de seguridad pueden calificar como infracción contra intereses de inversionistas, y así justificar demandas de indemnización contra el Estado de acogida. Así mismo, los mecanismos de solución de controversias Inversor-Estado (Investor-State Dispute Settlement/ ISDS), con

los que inversionistas pueden demandar a los Estados a nivel internacional, -pero no a la inversa-, limitan la autonomía política de los Estados. Cuando Chevron fue obligado por una corte ecuatoriana a pagar 18 mil millones de dólares como indemnización por el daño ambiental causado por la extracción de petróleo, la empresa demandó internacionalmente al país, para que no se ejecutara la sentencia. También el abandono de la energía nuclear alemana está en la lista negra de las grandes empresas. Vattenfall demandó en 2012 a Alemania a través de los ISDS por seis mil millones de dólares de indemnización. Las modificaciones puntuales de la UE no cambian el principio de este derecho especial para los inversionistas a expensas de la autonomía regulatoria de los países de acogida.

Como resultado, el régimen de comercio e inversión en Alemania y la UE es regresivo en términos de derechos humanos, derechos laborales y protección del medio ambiente. Es injusto porque favorece unilateralmente sus propios intereses y los de sus inversionistas y empresas; y pone en peligro la autonomía política de los „países socios“, al conceder prioridad obligatoria al comercio y a la protección de los inversores sobre los intereses públicos. Por ello, más importante y urgente será otorgar a los Estados medios para regular a las empresas de manera efectiva, y para poder supervisar y hacer respetar la conformidad normativa de las empresas (Compliance).

CAPÍTULO 2:

¿Cuales podrían ser los aspectos a tener en cuenta en un instrumento vinculante de la ONU para la regulación de las empresas transnacionales?

En junio del 2014, en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, con la resolución número 26/09, se formó un grupo de trabajo intergubernamental con la intención de alcanzar un tratado vinculante para las empresas transnacionales y los derechos humanos. El Gobierno Federal Alemán, junto con otros Estados de la UE, Japón y Estados Unidos, votó contra esta resolución y no envió ninguna delegación a la primera sesión de trabajo. La delegación de la UE se mostró en principio reservada e intentó entorpecer las negociaciones a través de condicionamientos. Esta postura de boycott poco orientada a obtener resultados, contradice el llamado del Parlamento Europeo de marzo del 2015, a trabajar activamente en el debate sobre un instrumento internacional vinculante para la economía y los derechos humanos. A la pregunta fundamental sobre si es conveniente un instrumento vinculante, el Gobierno Federal Alemán debería de respetar la deci-

sión mayoritaria del Consejo de Derechos Humanos, en particular porque ésta no es contraria sino complementaria a los Principios Rectores de la ONU sobre las Empresas y Derechos Humanos.

Alemania y la UE, con su postura actual podrían dejar pasar oportunidades importantes para influir en los puntos cruciales del desarrollo del instrumento. Pues la sociedad civil ha anticipado elementos importantes de desacuerdo. La Treaty Alliance, una agrupación de más de 400 organizaciones y la campaña global “Dismantle Corporate Power and Stop Impunity!”, promovida por más de 200 movimientos sociales de todo el mundo, han formulado demandas concretas:⁸

La ONU y los gobiernos deben limitar la influencia excesiva de las organizaciones privadas dedicadas al lobby económico. Para las empresas debe ser fijada la responsabilidad civil, penal y administrativa por delitos ambientales y de derechos humanos. Esto también

⁷ Parlamento Europeo (2013): Entschließung zur Förderung der Entwicklung durch Handel vom 16.4.2013, URL: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+20130416+ITEMS+DOC+XML+V0//DE&language=DE> (consultado el: 18.7.2015), paras. 20 y 26. (acentuación del autor).

⁸ <http://treatymovement.com/>; <http://www.stopcorporateimpunity.org/>.

debe incluir actividades extraterritoriales de la empresa así como la responsabilidad de los consorcios sobre sus filiales.

La campaña global también exige hacer responsables a concesionarios, prestadores de servicios y proveedores, así como a inversionistas, accionistas, bancos y fondos de pensiones. Además de las formas habituales de conducta criminal como autoría, instigación, complicidad, negligencia y omisión, también debe ser sancionable el encubrimiento. Si una empresa omite mencionar que sus productos provienen de una producción dudosa con respecto a los derechos humanos y así engaña a los clientes y los motiva a comprar, se hace cómplice de la persistencia de dicha situación. Numerosas nuevas propuestas de la campaña estimulan la discusión: de esta manera se podrían hacer

vinculantes los principios de previsión, seguridad de productos y el comercio justo o prohibir la producción y venta de semillas transgénicas y las patentes de organismos vivos. También es nueva la demanda para darle prioridad a los derechos humanos sobre los derechos internacionales de comercio e inversión y de prohibir los procedimientos internacionales de resolución de controversias. Las instituciones internacionales deberían de asegurar la aplicación del tratado. En primer lugar, a través de un centro independiente de investigación y análisis y; en segundo lugar, a través un mecanismo de monitorización. En tercer lugar, se debe estudiar la posibilidad de un tribunal internacional para empresas transnacionales y derechos humanos.

En el estudio de caso 1 sobre el cobre del Perú, los tribunales peruanos no tienen jurisdicción sobre Aurubis AG ni sobre la empresa matriz Glencore. Una demanda de indemnización contra la filial local fracasaría en la práctica, debido a que la mayoría de estas filiales no cuentan con suficiente capital a nivel local. Además crece el peligro de una contrademanda ante un tribunal de arbitraje internacional, -parecido al caso de Chevron contra Ecuador-, en tanto que éstos estén permitidos. Una demanda en Alemania contra Aurubis o en Suiza contra Glencore, estaría acompañada de muchas dificultades, empe-

zando por la búsqueda de representación legal adecuada, seguida por el financiamiento para la traducción de las pruebas y demás documentos y para los viáticos, y no menos importante, para cubrir los riesgos financieros del proceso en caso de que la demanda no fuera exitosa, barreras que actualmente apartan a las víctimas de una demanda transnacional. Aquí podría ayudar un mecanismo internacional. La responsabilidad de Aurubis podría sustentarse en la figura delictiva del encubrimiento, puesto que asegura a sus clientes la seguridad social y ecológica de sus productos.

CAPÍTULO 3:

¿Qué necesita una buena regulación de UE sobre minerales conflictivos?

Siguiendo el ejemplo de Estados Unidos con la ley Dodd-Frank, la UE y sus países miembros deben crear una regulación que impida que el comercio de los llamados minerales conflictivos tenga impactos negativos en los conflictos armados de sus países de origen. La propuesta de la Comisión Europea sobre una regulación voluntaria fue rechazada por el Parlamento Europeo en mayo del 2015. En el diálogo con el Consejo y el Parlamento ahora se está buscando una nueva solución. Los puntos de discusión en detalle son:

No sólo el Parlamento Europeo sino numerosas voces de la sociedad civil critican el carácter voluntario de la propuesta. El argumento más fuerte y frecuentemente documentado contra regulaciones voluntarias es que no son efectivas. Según un estudio de la Comisión Europea, sólo 4% de 330 empresas encuestadas hicieron público de manera voluntaria un informe acerca del cumplimiento de sus obligaciones de debida diligencia en la cadena de valor (suministros y distribución)

de minerales conflictivos. Entretanto existen ya, sobre todo en el sector de materias primas, instrumentos no vinculantes para empresas. Uno de los más conocidos en la Extractive Industries Transparency Initiative (EITI). Ninguna de estas iniciativas ofrece un sistema completo para el control efectivo de materias primas conflictivas. Sin embargo, podrían contribuir a que futuros mecanismos de regulación vinculante puedan ser puestos en práctica. Por otro lado, es importante evitar recurrir a la llamada Corporate Social Responsibility (CSR). Ya sea a través de microcréditos, bombas de agua, escuelas o educación en derechos humanos y democracia, la CSR no es apta para el cumplimiento de las obligaciones de debida diligencia en materia de derechos humanos ya que ésta no se ocupa de las repercusiones que la actividad de las empresas tiene en los derechos humanos, ni en reparación de daños. Un elemento central de la CSR es el principio de voluntariedad. Por lo tanto las exigencias sobre protección a

derechos humanos y reparación no se pueden hacer cumplir a través de la CSR.

Con vista a la definición de zonas de conflicto y de alto riesgo es recomendable apoyarse en la definición de la OECD (Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High Risk Areas), ya que esta es más amplia que la que la Comisión propone y abarca también áreas en las cuales (a) la violencia o (b) la violaciones a la legislación nacional o al derecho internacional no son sistemáticas sino que están extendidas. Para prevenir las objeciones de inseguridad jurídica de la industria sería factible elaborar una lista de dichas áreas que sea periódicamente actualizada en toda la UE.

Una nueva regulación, no debe estar reducida a los llamados minerales conflictivos, tantalio (Coltan), tungsteno (Wolfram), estaño (Zinnstein/Kassiterit) y oro ("3TG") ya que la relación entre explotación de materias primas y situaciones de conflicto o alto riesgo aplica a todas las materias primas. Por último, es de criticar la limitación de las plantas siderúrgicas y

fundidoras europeas, ya que producen únicamente un 5% de los minerales "3TG", esto significa que el 95% restante es fundido y refinado fuera de Europa y llega al mercado europeo sin certificación alguna.⁹ Por ello las empresas, que intervienen en las transformaciones de las materias primas ligadas a estas plantas fundidoras también deben ser incluidas.

En el estudio de caso 2 sobre el carbón colombiano, los importadores alemanes de carbón no revelaron voluntariamente sus fuentes suministradoras en la cadena de valor, por lo tanto solo podrían ser obligados con una ley vinculante. No obstante, sólo estarían sujetos a la reglamentación de la UE sugerida si se ampliara a más materias primas. Según los criterios de la OECD, La Guajira se clasifica en todo caso como un área de alto riesgo.

CAPÍTULO 4:

¿Necesita Europa más derecho penal empresarial?

Un sindicalista es calumniado públicamente por su empresa, recibe amenazas de muerte y es luego asesinado. Una empresa asegura inadecuadamente su cuenca de cianuro; el veneno se vierte por las lluvias en los ríos circundantes, los animales mueren, la gente no tiene ya agua potable. Una compañía paga a fuerzas policiales para "llamar al orden" a pobladores que protestaban, sabiendo que la policía regularmente comete excesos de violencia, viola a las mujeres y tortura a los hombres. Una empresa construye una represa y los pobladores son desplazados sin compensación, sus casas y campos son inundados. Detrás de estos casos, donde también están involucradas empresas alemanas, no se encuentran los excesos aislados de algunos empleados, sino que están dirigidos, planeados y controlados por las respectivas empresas como actores corporativos, que son más que la suma de sus miembros en particular.

En Europa y en todo el mundo, particularmente en los últimos 20 años, cada vez más países han introducido la responsabilidad penal de las empresas.¹⁰ Más

de una docena de decisiones marco y directivas del Parlamento y del Consejo Europeo, así como diversos convenios del Consejo Europeo¹¹ que requieren de los Estados miembros sanciones efectivas contra empresas. Uno de los pocos países donde esto aún ha sido difícil de implementar es Alemania. Pero aquí también se ha intensificado el debate. En noviembre de 2013, el Ministerio de Justicia de Renania del Norte-Westfalia presentó un proyecto de ley sobre la introducción de la responsabilidad penal de las empresas y demás asociaciones.

En casos como los mencionados al inicio, se obtienen sólo resultados insuficientes por medio de la ley civil o administrativa, y lo que se busca son sanciones penales contra las empresas. A pesar de que en el derecho civil la parte demandante y la demandada son aparentemente considerados en igualdad de circunstancias, los importantes desequilibrios de poder entre las grandes empresas y las víctimas individuales pueden afectar seriamente los alcances del proceso. El derecho administrativo, disponible para estos casos

⁹ ACTIAM et al. (2015): Global Investors Urge European Parliament to Adopt Stronger EU Conflict Minerals Legislation, URL: <http://www.eurosif.org/wp-content/uploads/2015/05/Investor-EU-CM-statement-May-13-2015.pdf> (Consultado el: 20.7.2015).

¹⁰ El sistema legal anglosajón (common law) conoce los procedimientos penales contra las personas jurídicas y las asociaciones desde hace mucho tiempo. En Europa continental se han introducido en los últimos años: los Países Bajos (1950/1976), Islandia (1972), Portugal (1984), Suecia (1986), Noruega (1991), Francia (1994), Finlandia (1995), Bélgica (1999), Eslovenia (1999), Estonia (2001), Italia (2001), Malta (2002), Suiza (2003), Lituania (2003), Croacia (2003), Hungría (2004), Macedonia (2004), Letonia (2005), Austria (2006), Rumania (2006), Luxemburgo (2010), España (2010), Eslovaquia (2010), Liechtenstein (2011) y la República Checa (2012).

¹¹ Gobierno de Renania del Norte-Westfalia (2013): Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden, URL: http://www.justiz.nrw.de/JM/justizpolitik/jumiko/beschluesse/2013/herbstkonferenz13/zw3/TOP_II_5_Gesetztentwurf.pdf (Consultado el: 21.7.2015).

en Alemania a través de la ley de contravenciones e infracciones administrativas, deja a juicio de la autoridad si se procede con las diligencias. Por el contrario, en el derecho penal el llamado principio de legalidad obliga a la fiscalía a investigar y proporciona así una protección jurídica más segura. Además, actualmente en Alemania puede ser impuesta una multa por dolo de no más de diez millones de euros. Lo que en el Caso 3 (Acero de Brasil), con una facturación anual de ThyssenKrupp calculada en unos 38 mil millones de euros (2013)¹², representa aproximadamente 0,03% de sus ventas anuales. Estas sanciones no son apropiadas para influir en el comportamiento de las empresas. Por el contrario, el actual proyecto de ley alemán

prevé más allá de una multa, también la exclusión de los contratos públicos o subvenciones, e incluso la disolución de la personería jurídica. El derecho penal empresarial debe también incluir -frente a la progresiva conexión global de la economía- la perpetración de delitos en el extranjero. Eso no significa automáticamente la responsabilidad de la empresa matriz por culpabilidad „ajena“ de una filial. Más bien es considerada la responsabilidad de control de la empresa matriz, debido a que las filiales locales son frecuentemente controladas y supervisadas por la matriz en muchas cuestiones de conformidad normativa (compliance) y gestión de riesgos.

En el estudio de caso 3 sobre el acero de Brasil, por medio de una nueva ley, podría ser investigada la empresa matriz alemana por la coresponsabilidad en la contaminación de los ríos, causante de enfermedades crónicas de la piel y las vías respiratorias, y en las amenazas de muerte; si existiera la participación de TKCSA y se comprobara la falta de supervisión y de intervención de la empresa matriz. Pues varios de sus directivos fueron informados en múltiples oca-

siones acerca de los problemas y no tomaron medidas. Así mismo, una nueva ley debe de concebir el carácter colectivo de la acción corporativa, es decir, cuando la participación de empleados individuales constituye un crimen sólo posible a través de una colaboración conjunta. Como sanción ThyssenKrupp podría temer perder la perspectiva de la financiación del gobierno y las ofertas para el desarrollo de submarinos, como ya lo ha anunciado el gobierno federal.

▼ **Destrucción de manglares por TKCSA** El embarcadero de la planta de acero durante la fase de construcción en 2008



Foto: Ministério Público de Trabalho

¹² Statista – Das Statistik-Portal (sin año): Ranking der größten Unternehmen in Europa nach Umsatz im Jahr 2013 (in Milliarden US-Dollar), URL: <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/190739/umfrage/groesste-boersennotierte-unternehmen-europas/> (Consultado el: 21.7.2015).

Visión de conjunto:

En la siguiente visión de conjunto, es importante tomar en cuenta que los instrumentos comparados tienen fines diferentes y por ende son solamente parcialmente equiparables.

¿Es el instrumento...	Un instrumento vinculante de la ONU como lo propone Treaty Alliance und „Dismantle Corporate Impunity“	Regulación de minerales de conflicto de la EU, como la ha propuesto la comisión de la UE hasta ahora.	Regulación de minerales de conflicto de la EU, según las propuestas del parlamento de la UE y la sociedad civil.	Una nueva ley de responsabilidad penal corporativa según el bode Renania del Norte-Westfalia.
...vinculante para empresas?	SÍ	NO	SÍ	SÍ
...aplicable a empresas alemanas?	SÍ	SÍ, SOLAMENTE A PLANTAS SIDERÚRGICAS Y REFINERÍAS	SÍ	SÍ
..aplicable extra territorialmente?	SÍ	INDIRECTAMENTE	INDIRECTAMENTE	SÍ
...adecuado para una responsabilidad a lo largo de la cadena de valor, distribución?	SÍ	NO	SÍ	NO
...apto para que los interesados puedan participar activamente en el proceso?	SÍ	NO	NO	SOLO PARA DELITOS QUE PERMITAN ACCIÓN ACCESORIA
...aplicable por tribunales nacionales?	ABIERTO	SÍ	SÍ	SÍ
...sustituible por un instrumento voluntario existente?	NO	NO	NO	NO

Resumen y recomendaciones:

El hambre de materias primas de la industria alemana sigue creciendo. El modelo económico expansivo que prevalece actualmente en Alemania y Europa no es sostenible ni equitativo. Shell, BP, Kik y Nestlé son solo la punta del iceberg, violaciones por parte de las empresas a los derechos humanos, a las normas laborales y al medio ambiente no son casos aislados.

Aún así se sigue promoviendo ese modelo político y económico. Los intereses de las empresas alemanas y de los inversionistas en países del sur global se colocan unilateralmente por encima de los intereses públicos de estos países, tales como la protección al medio ambiente y los derechos humanos. En leyes y tratados se otorgan a las empresas derechos jurídicamente exigibles, mientras que las responsabilidades solo existen de manera no vinculante. Esta primacía es asegurada a través de una agresiva política de lobby de las organizaciones empresariales tanto a nivel nacional como internacional.

Sin embargo, el movimiento opositor de la sociedad civil está ganando influencia globalmente. Éste exige regulaciones vinculantes en lugar de instrumentos voluntarios, puesto que existen muchos de este tipo, pero ninguno ofrece controles amplios y ejecutables contra los efectos negativos que tienen las actividades empresariales sobre los derechos humanos y el medio ambiente. Desde la aprobación de los Principios Rectores de la ONU ha sido claro que las regulaciones voluntarias y vinculantes para las empresas no son se contradicen sino que se complementan. También las obligaciones de los Estados y las responsabilidades empresariales deben cooperar. La obligación del Estado es garantizar derechos, por ejemplo, por medio de la regulación. La obligación de las empresas es respetar éstas leyes.

Propuestas concretas para una regulación están puestas sobre la mesa. Tratan temas actuales como la responsabilidad en la cadena de valor, las obligaciones internacionales; y la primacía de los derechos humanos, los derechos laborales y las normas de protección ambientales sobre los derechos comerciales y de inversión. Ahora es importante que la UE y sus miembros influyan en los procesos de discusión y de decisión a través de un comportamiento constructivo.

Quien subestime los movimientos de la sociedad civil, no solo se comporta de manera antidemocrática sino también corre el riesgo de no reconocer a tiempo las amenazas contra el desarrollo basado en la autodeterminación, la paz y la justicia social. Éstas pueden más tarde desembocar en en conflictos sociales complejos de difícil resolución.

En este sentido, es posible formular las siguientes recomendaciones para la UE y sus Estados miembros:

1. La UE y sus miembros deben trabajar de manera constructiva, en el marco del grupo de trabajo intergubernamental de la ONU, con el fin de desarrollar un instrumento internacional para empresas transnacionales y derechos humanos, y al mismo tiempo, no sólo tener en mente la protección de los intereses de las empresas, sino asumir su responsabilidad global y – **junto con la participación de los parlamentos y la sociedad civil** – desarrollar soluciones conjuntas para garantizar la protección ambiental, los derechos humanos y los derechos laborales de manera integral, eficaz y sostenible.

La UE, sus miembros y los parlamentos deberían de ocuparse de las recomendaciones hechas por la sociedad civil, en particular las que provienen de los países de origen de las materias primas, y tramitar su implementación a nivel nacional.

a- Por el bien de la seguridad jurídica de las empresas y de los afectados, los estándares de responsabilidad deben de ser mejorados, en especial con respecto a la responsabilidad a lo largo de la cadena de valor y de las actividades subcontratadas, así como en las inversiones y los financiamientos y en todos los ámbitos de promoción del comercio exterior.

b. Los obstáculos prácticos y legales deben de ser suprimidos para demandantes o grupos de demandantes extranjeros y sin recursos.

c. **La primacía de los derechos humanos, de los derechos laborales y de los estándares medioambientales** debe ser establecida sobre las leyes de comercio y de protección a la inversión.

d. Un análisis sobre la necesidad y la viabilidad de una jurisdicción internacional sobre empresas transnacionales para temas de derechos humanos y medio ambiente debe ser impulsado a nivel internacional a través de mecanismos y medidas concretas.

2. La Comisión de la UE, el Parlamento Europeo y los gobiernos miembros deben de trabajar de manera constructiva, en el marco del diálogo de la UE, hacia una mejor regulación de materias primas conflictivas y acordar que ésta contenga reglas vinculantes que no se limiten a determinadas materias primas, y que a su vez sea aplicable a empresas que utilicen materias primas, crudas o procesadas, en sus productos o en sus procesos de producción.

3. La UE y sus Estados miembros deben dedicarse con firmeza a la introducción completa y a la aplicación efectiva de un derecho penal para empresas. A su vez, deben suprimir obstáculos legales y prácticos para demandantes o grupos de demandantes extranjeros, apoyar legal y operativamente a la fiscalía en la investigación de acontecimientos transnacionales y hacer palpables las sanciones para las empresas.

PIE DE IMPRENTA:

Editor: Forschungs- und Dokumentationszentrum Chile-Lateinamerika e. V. – FDCL

Gneisenaustraße 2a, D -10961 Berlin, Germany

Teléfono: +49 30 693 40 29 / Facsimile: +49 30 692 65 90

eMail: info@fdcl.org / Internet: <http://www.fdcl.org>

Autora: Claudia Müller-Hoff

Traducción: Aldo Rabiela Beretta

Portada: mina de cobre de Tintaya-Antapaccay, Perú

Fuente de Cuadros: Golda Fuentes (CC BY 2.0)

Diseño: Thilo Papacek

Impresión: 15 Grad | Zossener Straße 55 | 10961 Berlin

FDCL Verlag, Berlin, Oktober 2015

Producido con el apoyo financiero de la Comisión Europea. Las opiniones expresadas son las del autor y no de la CE.

Basado en el estudio „Alle Rechte – keine Pflichten. Schutz für Mensch und Umwelt – Eine Orientierungshilfe im Dschungel der Diskussion um Unternehmensregulierung“ de la misma autora. Con el soporte de Engagement Global gGmbH con fondos del ministerio federal de cooperación económica y desarrollo, la LEZ Berlin y pan para el mundo.

Auspiciado por:

