

Necesidad y opciones para un nuevo instrumento internacional sobre Empresas y Derechos Humanos



International
Commission
of Jurists

La Comisión Internacional de Juristas está compuesta de 60 eminentes jueces y abogados de todas las regiones del mundo, y tiene por misión la promoción y protección de los derechos humanos a través del Estado de derecho, usando su experiencia jurídica para desarrollar y fortalecer sistemas de justicia nacionales e internacionales. Establecida en 1952, la Comisión goza de estatuto consultivo ante del Consejo Económico y Social de la ONU desde 1957 y esta activa en los cinco continentes. La Comisión busca asegurar el desarrollo progresivo y la aplicación efectiva del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, asegurar los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, la salvaguardia de la separación de los poderes, y la garantía de la independencia de la judicatura y de la profesión legal.

® **Necesidad y opciones para un nuevo instrumento internacional sobre Empresas y Derechos Humanos**

© Copyright Comisión Internacional de Juristas, 2014 para la versión inglesa, 2015 para la versión en español

Pintura de Roger Pfund

La CIJ permite la reproducción libre de extractos de cualquiera de sus publicaciones siempre que se reconozca su autoría y una copia de la publicación sea enviada a la sede central de la organización a la siguiente dirección:

International Commission of Jurists
Casilla Postal 91
Rue des Bains 33
1211 Ginebra 8
Suiza

La traducción de la presente publicación fue posible gracias a la contribución de Bread for the World



Necesidad y opciones para un nuevo instrumento internacional sobre Empresas y Derechos Humanos

Comisión Internacional de Juristas

Ginebra, febrero 2015

2| Necesidad y opciones para un nuevo instrumento internacional sobre Empresas y Derechos Humanos

La CIJ agradece las contribuciones realizadas por sus Comisionados, delegados de misiones diplomáticas en Ginebra, y representantes de organizaciones de la sociedad civil (organizaciones no gubernamentales, sindicatos, académicos) a la elaboración y discusión del presente informe. También reconoce el amplio debate e información compartida en el contexto de conferencias y seminarios organizados por otras organizaciones. El contenido de este informe es de exclusiva responsabilidad de la CIJ.

La traducción del inglés al castellano estuvo a cargo de Daniel Uribe, y la revisión la hizo Carlos López.

3| Necesidad y opciones para un nuevo instrumento internacional sobre Empresas y Derechos Humanos

TABLA DE CONTENIDOS

Introducción	4
PARTE I	9
ASUNTOS PENDIENTES EN EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS	9
I. Alcance del informe	9
II. Desarrollos recientes en el marco jurídico internacional de derechos humanos aplicados a empresas	11
III. Asuntos pendientes y la necesidad de establecer normas	17
PARTE II	41
OPCIONES PARA UN INSTRUMENTO INTERNACIONAL	41
I. Instrumentos internacionales jurídicamente vinculantes	43
II. Instrumentos no vinculantes	52
III. Opiniones de los actores interesados	53
CONCLUSIONES	56
ANEXO	57
TEMAS INDICATIVOS PARA EL DESARROLLO DE UN INSTRUMENTO INTERNACIONAL EN LA ESFERA DE DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS Y EMPRESAS TRANSNACIONALES	57

Introducción

La cuestión de los deberes o responsabilidades de derechos humanos de las empresas es un tema al que la comunidad internacional ha prestado atención desde hace mucho tiempo. Las situaciones de abuso o impactos negativos en el disfrute de los derechos humanos se han agravado por el paso acelerado de la globalización económica y el incremento de las facilidades para que las empresas puedan trasladarse y operar a través de las fronteras. Hasta hace poco, la comunidad internacional, en particular los Estados, había respondido lentamente a los crecientes desafíos en esta área. Una primera serie de acciones colectivas dirigidas a establecer normas que regulen este ámbito tuvo lugar en la década de 1970, cuando se adoptó la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Una segunda ola fue iniciada por el trabajo de la Subcomisión de la ONU de Promoción y Protección de los Derechos Humanos entre 1999 y 2002, el establecimiento del Pacto Mundial¹ por el Secretario General de las Naciones Unidas, seguido por el trabajo del Representante Especial del Secretario General, Profesor John Ruggie, conforme al mandato encomendado por el Consejo de Derechos Humanos durante el 2005 y 2011. El Marco de las Naciones Unidas *Proteger, Respetar y Remediar*, adoptado en el 2008, y los Principios Rectores sobre las Empresas y Derechos Humanos, adoptado por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en 2011, complementan el conjunto de estándares ya existentes respecto a la conducta de los Estados y empresas en esta área. Otras importantes contribuciones provienen de organismos de la ONU - por ejemplo, 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* y una Declaración realizada por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales - que también proveen orientación para los Estados Parte de las respectivas convenciones.

La Comisión Internacional de Juristas (CIJ), una organización no gubernamental de abogados, jueces y otros profesionales del derecho de todas las regiones del mundo, trabajando para promover y proteger el estado de derecho y los derechos humanos, ha mantenido un compromiso significativo en el tema de derechos humanos y empresas comerciales, incluidas empresas transnacionales, desde 1990. En el 2005, la CIJ estableció un programa dedicado a la promoción del estado de derecho y el establecimiento de estándares en el contexto de empresas y derechos humanos, además de mejorar el acceso a la justicia de aquellos que reclaman que sus derechos han sido violados por la conducta de empresas comerciales y/o por la negligencia de los Estados en su deber de proteger a los individuos contra dicha conducta.

En el curso de la elaboración y adopción de estos estándares, un número de Estados, expertos individualmente y organizaciones de derechos humanos, incluida la CIJ, han subrayado la necesidad de un enfoque más robusto y eficaz. Algunos han sugerido que debería adoptarse un tratado internacional u otro instrumento elaborado intergubernamentalmente.

En muchos aspectos, la conducta de las empresas, especialmente de las sociedades comerciales transnacionales y otras empresas de gran escala, puede impactar e impacta en el disfrute de los derechos humanos tanto como lo hace la conducta de los Estados. Sin embargo, el marco internacional de protección en relación con la conducta de las empresas - en términos normativos, institucionales y operacionales - permanece insuficientemente

¹ Pacto Mundial de las Naciones Unidas, disponible en: www.unglobalcompact.org (accedido el 28 de Marzo de 2014)

5| Necesidad y opciones para un nuevo instrumento internacional sobre Empresas y Derechos Humanos

desarrollado en comparación con la relativamente madura arquitectura dirigida a la conducta de los Estados y de los agentes estatales.

La adopción de los *Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos* y la continua atención dada por el Consejo de Derechos Humanos a esta cuestión, probablemente conduzca a la adopción de nuevas medidas y el establecimiento de normas en el futuro inmediato, debido en gran medida a las continuas y vigorosa incidencia de los grupos de sociedad civil. En este contexto, la CIJ ha llevado a cabo un proceso de consulta dirigido a:

- 1) Identificar la existencia de vacíos en la protección de los derechos humanos en el contexto de las actividades realizadas por empresas;
- 2) Determinar, a la luz de estos vacíos, si existe la necesidad de un nuevo instrumento internacional que pueda efectivamente contribuir a llenar esos vacíos; y
- 3) Delinear las opciones respecto a la naturaleza, alcance y los elementos de cualquier instrumento, si fuera necesario, así como el foro institucional adecuado para su elaboración y adopción.

El proceso de consulta consistió, de manera inicial, en un documento informativo y un cuestionario que fue enviado a 30 personas (defensores de derechos humanos y académicos) y organizaciones. También se buscaron opiniones iniciales de defensores de derechos humanos durante reuniones colectivas paralelas, como en el Foro de los Pueblos sobre Empresas y Derechos Humanos, realizada en Bangkok del 5 al 6 noviembre 2013, o fueron recogidas durante conferencias internacionales, incluso en el seminario organizado por el Ecuador y Sudáfrica los días 11 y 12 de marzo de 2014. En base a dicha información y su propia investigación, la CIJ preparó un proyecto de informe que se distribuyó el 27 de marzo entre aquellos a los que se consultó de manera inicial, a algunos Estados que encabezan esfuerzos en el tema de empresas y derechos humanos, y otros expertos para que formulen observaciones. La CIJ recibió una serie de comentarios y sugerencias de delegados gubernamentales, defensores de los derechos humanos, académicos y otros expertos y funcionarios de organizaciones intergubernamentales sobre este proyecto que también fue discutido en dos consultas (una en Bruselas y otra en Ginebra, en una reunión convocada por la Friedrich Ebert Stiftung). Información adicional de gobiernos, grupos de la sociedad civil y representantes del sector empresarial fue obtenida a través de reuniones bilaterales. El presente informe es el resultado de este proceso de consultas, discusiones internas e investigación por parte de la CIJ.

Un número significativo de defensores de derechos humanos, incluidas organizaciones no gubernamentales y expertos gubernamentales, han sugerido la necesidad de contar con un marco jurídicamente vinculante, que consista en estándares para las empresas comerciales. Dichas normas podrían adoptar muchas formas, desde regulaciones operacionales, hasta directrices sobre mecanismos de reparación. El Consejo de Derechos Humanos de la ONU se ha referido a la posibilidad y/o conveniencia de un futuro instrumento internacional, o instrumentos, en sus resoluciones sobre derechos humanos y empresas, por las cuales adoptó el Marco "Proteger, Respetar y Remediar" en junio de 2008, y de nuevo en junio de 2011, cuando adoptó los Principios Rectores. El preámbulo de las resoluciones 08/07 de 2008 y 17/4 de 2011 establece que "es preciso esforzarse por colmar los vacíos de gobernanza a nivel nacional, regional e internacional".

Por otra parte, la Resolución 17/4 nota que los Principios Rectores fueron adoptados sin perjuicio de "cualesquier otra iniciativas futuras, incluido un relevante y comprehensivo marco internacional". Asimismo, señala que la adopción de los Principios Rectores no impide otros desarrollos a largo plazo, "incluido el perfeccionamiento de las normas" (PO4), y pide al nuevo Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos que: "Siga estudiando las posibilidades que existen, a nivel nacional, regional e internacional, de

6| Necesidad y opciones para un nuevo instrumento internacional sobre Empresas y Derechos Humanos

augmentar el acceso a recursos efectivos disponibles para quienes vean afectados sus derechos humanos por las actividades de las empresas, incluidos quienes se encuentren en zonas de conflicto ..." (PO6(e)). Este entendimiento ha sido confirmado en debates posteriores.²

Recientemente, muchos Estados, organizaciones no gubernamentales y expertos independientes han sugerido que el Consejo de Derechos Humanos debería empezar a trabajar en un instrumento internacional jurídicamente vinculante.³ Por lo menos desde el 2007, la CIJ junto con otras organizaciones no gubernamentales de derechos humanos han solicitado la adopción de estándares globales negociados y convenidos por los Estados.⁴ Antes de la sesión de junio 2011 del Consejo de Derechos Humanos, una declaración firmada por más de 50 organizaciones y coaliciones internacionales, pidió al Consejo:

"Con el fin de elaborar un instrumento jurídico internacional, analizar las opciones para abordar las debilidades e inconsistencias en la protección jurídica de los derechos humanos, incluyendo, pero no limitado a, aquellas relacionadas con los abusos graves contra los derechos humanos y hacer recomendaciones para la acción. Este análisis podría tomar la forma de un informe consultivo y comprehensivo que se publicará con el fin de impulsar un proceso intergubernamental para el establecimiento de normas."⁵

Recientemente, la CIJ se unió a cientos de organizaciones en una llamada global para iniciar un proceso intergubernamental hacia un instrumento jurídico vinculante en el campo de empresas y derechos humanos.⁶

Varias organizaciones dedicadas a la cooperación para el desarrollo, agrupadas en CIDSE, también apelaron por instrumentos vinculantes en el momento en que el *Marco de la ONU* fue adoptado.⁷ Una Declaración reciente adoptada por el Foro de ONG en la Conferencia Viena +20, solicita un "cuerpo internacional jurídicamente vinculante" de reglas relativas a las corporaciones, y una llamada similar fue formulada por las organizaciones de la sociedad civil en el Foro Regional de Empresas y Derechos Humanos celebrado en Medellín,

² Comisión Internacional de Juristas, "Discusión de Alto Nivel sobre la promoción de agenda de Empresas y Derechos Humanos en el Consejo de Derechos Humanos" Evento Paralelo, 20va Sesión Ordinaria del Consejo de Derechos Humanos, 21 junio 2012. Disponible en (solo inglés): <http://www.icj.org/high-level-discussion-on-advancing-human-rights-and-business-in-the-human-rights-council/> (accedido el 28 marzo 2014). Michael Addo, un miembro del Grupo de Trabajo de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos, hablando a título personal, apoyó este enfoque. Declaró que no hay bases para pensar que futuros instrumentos internacionales en la materia puedan ser excluidos, sin embargo suficiente evidencia y un proceso adecuado son necesarios para demostrar la necesidad de dicho instrumento. Durante la misma reunión, el profesor Andrew Clapham señaló que un tratado internacional podría dar impulso a la legislación nacional.

³ Las declaraciones de los Estados pueden ser vistas en los archivos Webcast de las Naciones Unidas: 'Statements by Governments at Human Rights Council Session', <http://www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/ReportstoUNHumanRightsCouncil/2011> (accedido 28 Marzo 2014).

⁴ Carta abierta al Representante Especial de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos - 2007, <http://www.escri-net.org/docs/i/548976> (accedido el 4 febrero 2014).

⁵ Promoción de una agenda global sobre Empresas y Derechos Humanos, disponible (sólo en inglés) en: <http://www.hrw.org/en/news/2011/05/13/advancing-global-business-and-human-rights-agenda>. Ver también: <http://www.hrw.org/news/2011/05/30/joint-civil-society-statement-17th-session-human-rights-council> (accedido 28 marzo 2014).

⁶ Llamado a un instrumento internacional vinculante sobre empresas transnacionales y derechos humanos www.treatymovement.com, ver también <http://www.escri-net.org/joint-statement-binding-international-instrument> (accedido el 4 febrero 2014).

⁷ Ver: Declaración de CIDSE en el Consejo de Derechos Humanos "Derechos Humanos y empresas transnacionales, y otras empresas comerciales", 23 mayo 2008, Disponible (sólo en inglés) en: http://www.fastenopfer.ch/data/media/dokumente/entwicklungspolitik/menschenrechte_frieden/written_statement_ruggie.pdf

7| Necesidad y opciones para un nuevo instrumento internacional sobre Empresas y Derechos Humanos

Colombia.⁸ Aquellas organizaciones abiertamente más opuestas a los principios rectores también han pedido la regulación obligatoria de corporaciones transnacionales.⁹

El Profesor John Ruggie, antiguo Representante Especial del Secretario General sobre Empresas y Derechos Humanos, formuló recomendaciones para un proceso intergubernamental enfocado en violaciones graves de los derechos humanos cometidas por empresas, como parte de algunas medidas de seguimiento al final de su mandato en 2011.¹⁰

De manera más significativa, una declaración conjunta realizada durante la Sesión del Consejo de Derechos Humanos en septiembre de 2013, Estados y grupos regionales representando a más de 80 Estados, hicieron un llamado a la elaboración de un instrumento jurídicamente vinculante "después de un cuidadoso proceso de análisis de opciones," y se comprometieron a trabajar de manera conjunta hacia dicho fin.¹¹

En el contexto de cada vez más frecuentes y numerosos llamados a un nuevo instrumento jurídico internacional en el campo de empresas y derechos humanos, La CIJ ha realizado consultas e investigaciones con miras a evaluar y sacar conclusiones en cuanto a la necesidad de tal instrumento. El presente informe analiza la necesidad de un instrumento o instrumentos de carácter internacional y las opciones disponibles para tal fin.¹² La CIJ formuló las siguientes preguntas en dicha consulta:

- 1) Existen lagunas de regulación en el derecho internacional o en su implementación que requieran la celebración de [un] nuevo[s] instrumento[s] internacional [es] en el campo de empresas y derechos humanos en sentido amplio, o en cualquier esfera específica concerniente a las operaciones de empresas comerciales y sus repercusiones sobre los derechos humanos?
- 2) Si dicho nuevo instrumento resultara necesario, ¿cuál sería su naturaleza? ¿Sería un instrumento jurídicamente vinculante o de naturaleza declarativa ("soft law")? ¿A qué sujetos estaría dirigido? ¿Abordaría la obligación de los Estados de proteger contra cierta conducta de las empresas; la responsabilidad directa de la empresa; o ambos? ¿Necesitamos un instrumento general o una serie de instrumentos específicos? ¿Cuál sería el contenido de un instrumento de este tipo?, y; ¿cuáles son las "partes interesadas" que deberían participar en su elaboración (los Estados, los expertos independientes, la sociedad civil y las empresas)?

⁸ Declaración de Viena +20, 25 y 26 Junio 2013, p.8. Disponible en: <http://viennaplus20.files.wordpress.com/2013/07/vienna-20-cso-declaration-final.pdf> (accedido: 28 marzo 2014). Ver también: Declaración de Organizaciones de la Sociedad Civil en el Foro Regional de Empresas y Derechos Humanos, 28 y 30 agosto 2013, Colombia, disponible en: <http://www.business-humanrights.org/Links/Repository/1021569> (accedido 28 marzo 2014) y <http://www.ecologistasenaccion.org/article26462.html> (accedido 28 marzo 2014).

⁹ Organizaciones de la Sociedad Civil y movimientos sociales ante el Consejo de Derechos Humanos hoy en día: Los Principios Rectores de Ruggie no son adecuados para hacer frente a abusos de derechos humanos, accedido el 8 julio 2013 http://www.fian.org/en/news/article/detail/csos_and_social_movements_before_human_rights_council_today_ruggies_quiding_principles_unsuitabl/ (accedido el 28 marzo 2014).

¹⁰ John Ruggie, Recomendaciones para el seguimiento del mandato, <http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/ruggie-special-mandate-follow-up-11-feb-2011.pdf> (accedido 21 marzo 2014).

¹¹ Declaración en nombre de un grupo de países en la 24^a Sesión Ordinaria del Consejo de Derechos Humanos, disponible en: <http://business-humanrights.org/media/documents/statement-unhrc-legally-binding.pdf> (accedido 28 marzo 2014).

¹² Un grupo inicial de algunas 30 personas e instituciones recibió una nota de antecedentes el 15 de Julio. Ver la explicación del proceso mencionado con anterioridad. Una serie de reuniones (tanto bilaterales como colectivas) han tenido lugar, y se han enviado comentarios a la CIJ en base al informe borrador circulado el 27 de Marzo de 2014.

8| Necesidad y opciones para un nuevo instrumento internacional sobre Empresas y Derechos Humanos

3) ¿Cuál sería el marco institucional más idóneo en las Naciones Unidas para negociar y concluir dicho instrumento?

Para tratar estos temas, este informe en primer lugar revisa los desarrollos más recientes en términos de instrumentos internacionales desde la adopción de los *Principios Rectores*, para luego analizar los vacíos subsistentes (tanto normativos, como también aquellos concernientes a la aplicación) que requieren ser satisfechos para mejorar la protección de derechos humanos en el contexto de las operaciones empresariales. La segunda parte se enfoca en las opciones disponibles en la materia.

PARTE I

ASUNTOS PENDIENTES DENTRO DEL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

I. Alcance del informe

El campo cubierto por el título "empresas y derechos humanos" es vasto y complejo. Abarca cuestiones relacionadas al respectivo papel de los Estados y las empresas comerciales, los cuales cubren ya una amplia diversidad de asuntos. Puede abarcar temas relacionados a la formación y funcionamiento de sociedades comerciales en jurisdicciones nacionales, el financiamiento de actividades económicas, normas que regulan inversiones transnacionales, entidades nacionales de propiedad del Estado que aseguran y promueven exportaciones e importaciones, obligaciones y otros valores negociables, y la relación entre el Estado y las empresas de carácter privado, particularmente aquellas que operan en el extranjero. El tema también toca además temas relacionados al derecho de daños y al derecho penal, y en muchos países involucra además al derecho constitucional.

Aunque existen muchos actores y circunstancias que pueden influenciar el comportamiento de las empresas, este informe se enfoca en la identificación de los vacíos existentes en el derecho internacional y su aplicación, que puede argumentarse forman parte de un ambiente permisivo con el abuso de derechos humanos por parte de empresas. La conducta de las empresas no sólo está condicionada por leyes y normas promulgadas públicamente, cuya violación puede ser sancionada por autoridades públicas, sino también por una serie de reglas escritas y no escritas que gobiernan las interacciones económicas del mercado, incluyendo las preferencias de los consumidores y las preferencias del Estado como consumidor de bienes y servicios de las empresas. La autorregulación en forma de códigos de conducta empresarial responden a estos incentivos del mercado y puede ser bastante efectiva si se cumplen ciertas condiciones. No obstante, la CIJ y otros actores han criticado el valor de estas iniciativas como una herramienta efectiva para la rendición de cuentas y la fiscalización a las empresas y han advertido del peligro de confiar excesivamente en ellas. Como un mecanismo de regulación de la conducta empresarial, la autorregulación no es el enfoque de este informe. Además, iniciativas multi-actores y códigos de conducta como opciones de regulación han sido ya estudiadas en el trabajo realizado por el Profesor Ruggie, como Representante Especial. Realizar nuevamente ese trabajo sería innecesario y duplicativo. Para los propósitos de este informe, es suficiente reiterar el consenso general de que una combinación de enfoques voluntarios y regulatorios es posible y necesaria al tratarse el tema de empresas y derechos humanos.

El objetivo del presente informe, es el de identificar los vacíos existentes en las normas internacionales que pueden justificar la necesidad de contar con nuevos instrumentos internacionales. El informe se enfoca únicamente en aquellos vacíos que son: 1) de carácter normativo, para definir el contenido y alcance de estándares internacionales; o 2) relativos a la aplicación efectiva de dichos estándares, incluido el acceso a recursos efectivos y reparación por parte de víctimas de abusos de derechos humanos.¹³ Muchos de estos temas ya han sido efectivamente tratados de varias maneras por defensores de derechos humanos, académicos y juristas. Este informe apunta a recomendar opciones para abordar dichos vacíos normativos y de implementación.

El enfoque adoptado en este informe necesariamente deja de lado un sinnúmero de temas, particularmente aquellos relativos a las deficiencias de aplicación práctica de los

¹³ ICHRP / ICJ / ISHR, "Human Rights Standards: Learning from Experience", Ginebra, 2006. Disponible en: http://www.ichrp.org/files/reports/31/120b_report_en.pdf (accedido el 28 marzo 2014).

10| Necesidad y opciones para un nuevo instrumento internacional sobre Empresas y Derechos Humanos

estándares. Muchos de estos asuntos, tales como la asignación de recursos financieros, distribución y accesibilidad a tribunales u otros mecanismos de protección, pueden ser mejor atendidos a través del mejoramiento de la capacidad y la acción efectiva de las autoridades públicas y no necesariamente reflejan problemas que un instrumento internacional pueda ayudar a solucionar. Sin embargo, los vacíos en la aplicación, como aquellos relativos a la vigilancia, supervisión o adjudicación son problemas que un instrumento internacional puede ayudar a resolver.

Aunque algunos de los llamados públicos por un instrumento internacional aluden a un instrumento internacional jurídicamente vinculante (un tratado internacional), el alcance de este informe es el de evaluar la necesidad y opciones de un nuevo instrumento internacional sin perjuicio de las opciones sobre la forma de dicho instrumento. Un instrumento internacional puede, como una etapa intermedia, tomar la forma de un instrumento declarativo o de naturaleza recomendatoria y potencialmente cubrir algunos de los mismos asuntos que un instrumento jurídicamente vinculante.

Finalmente, en este informe la CIJ no pretende valorar la efectividad de la aplicación de los instrumentos existentes, tales como los *Principios Rectores*. La aplicación de instrumentos, por definición, solo puede ser evaluada a largo plazo y siempre puede mejorar. Aún así, los instrumentos actualmente existentes puede ser evaluados por los vacíos en sus contenidos, así como la idoneidad de su ámbito regulatorio.

En relación con los instrumentos existentes de naturaleza no vinculante, como los *Principios Rectores*, las experiencias pasadas de procesos de adopción de tratados dentro de la ONU, demuestran que tratados de derechos humanos concluidos después de la aprobación de declaraciones u otros instrumentos no vinculantes en la misma materia (ej. en contra de la tortura o desapariciones forzadas), nunca han supuesto el fracaso de dichos instrumentos declarativos, sino que por el contrario fueron concebidos para potenciar y añadir valor a los estándares existentes y ayudar a mejorar la protección de los derechos humanos sobre el terreno. La relación entre un nuevo instrumento, en especial un instrumento jurídicamente vinculante, y los *Principios Rectores* o instrumentos similares, debe ser vista como una relación de complementariedad y no de oposición.

Los *Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos* han recibido un alto nivel de aceptación, en particular entre países europeos y de orientación similar, aunque su aplicación efectiva es todavía una tarea largamente pendiente. Sin embargo, ciertos componentes de los *Principios Rectores* han sido mejor recibidos que otros. En general, los principios relacionados a la responsabilidad de las empresas con respecto a los derechos humanos, incluyendo la necesidad de que las compañías adopten una debida diligencia respecto a los derechos humanos, han sido más calurosamente recibidos. Algunos de los *Principios Rectores* reflejan principios jurídicamente aceptados. Otros están vagamente expresados o son de naturaleza tan general como para proveer una guía efectiva. Algunos principios siguen siendo controvertidos. La CIJ ha subrayado su descontento respecto a que los principios relacionados al acceso a mecanismos de recurso (Principio 26) son demasiado frágiles. Adicionalmente, los principios sobre la obligación de proteger contienen calificativos que debilitan su fuerza normativa.¹⁴ Sin embargo, algunos de los *Principios Rectores* también representan una buena síntesis de prácticas y pasos útiles que, de ser

¹⁴ Los Principios Rectores han sido objeto de intenso escrutinio y críticas por publicaciones académicas. Ver particularmente el volumen editado por los Prof. Surya Deva y David Bilchitz (ed) *Human Rights Obligations of Business- Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge University Press, 2013, en particular el artículo de su propia autoría: "The human rights obligations of business: a critical framework for the future", p. 1, en el mismo volumen. Ver también Mendes, Errol "Global Governance, Human Rights and International Law", Routledge; 1 edition (February 23, 2014)

11| Necesidad y opciones para un nuevo instrumento internacional sobre Empresas y Derechos Humanos

aplicados más consistentemente, pueden tener un impacto en la reducción o mitigación de abusos por parte de sociedades comerciales.

Este informe asume entonces que todo instrumento internacional futuro en este campo coexistirá y se reforzará mutuamente con los *Principios Rectores*.

II. Desarrollos recientes dentro del marco jurídico internacional de derechos humanos que se aplican a las empresas

El derecho internacional, como medio para regular las relaciones entre sujetos internacionales, comprende el derecho internacional consuetudinario, el derecho internacional de los tratados y los principios generales del derecho internacional.¹⁵ La regulación de empresas comerciales también incluye la autorregulación en forma de códigos de conducta y otros instrumentos similares, y arreglos multiactores que, puede decirse, crean un sistema de gobernanza en torno a una serie de estándares y prácticas auto-regulatorias. Estas iniciativas multiactores (multi-stakeholder initiatives - MSI) como sistemas de gobernanza aspiran a representar el interés de tres principales partes interesadas: Estados, el sector empresarial y la sociedad civil. Desarrollos importantes han tenido lugar con el establecimiento de la Asociación por el Código internacional de Conducta para Proveedores de Seguridad Privada - ICoCa por sus siglas en inglés,¹⁶ y la *Global Network Initiative* (GNI por sus siglas en Inglés). Sin embargo, estas iniciativas no pretenden sustituir leyes y regulaciones nacionales o internacionales y, por el contrario, deben ser vistas como complementarias a ellas. Adicionalmente, han sido establecidas por y cubren un grupo limitado de actores.

La adopción del Marco de la ONU *Proteger, Respetar y Remediar* en 2008, y de los *Principios Rectores* en 2011, representan contribuciones importantes al marco internacional relativo a los derechos humanos y actividades empresariales. No obstante, ellas no cubren todos los temas, ni brindan soluciones a todos los problemas en la materia. Más bien, deben entenderse como una estructura útil que organiza, conceptualiza y alberga mucho del trabajo ya existente en este campo. Los defensores de derechos humanos continúan resaltando las limitaciones de los enfoques prevaletentes y los persistentes problemas tratados de manera inadecuada. Muchos de los nuevos instrumentos descritos a continuación fueron adoptados con la intención, explícita o implícita, de remediar las deficiencias percibidas en el marco existente. Esta revista cubre los desarrollos internacionales más importantes en materia de estándares mundiales en el campo de empresas y derechos humanos desde la adopción de los *Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos*.

Desarrollos Internacionales

La Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre derechos económicos, sociales y culturales y las empresas.

En su 46va sesión en 2011, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptó una *Declaración sobre las Obligaciones de los Estados Parte en relación con el sector empresarial y los derechos económicos, sociales y culturales*.¹⁷ El Comité reafirmó que los Estados partes "están obligados a garantizar el pleno respeto de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto y la adecuada protección de los titulares de los derechos en el marco de las actividades empresariales."

El Comité afirma que la obligación de respetar implica que los Estados "han de procurar que las empresas observen la debida diligencia para asegurarse de que no impiden el disfrute

¹⁵ Art 38 de Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

¹⁶ Código Internacional de Conducta para Proveedores de Seguridad Privada, Disponible en <http://www.icoc-ppsp.org> (accedido 28 marzo 2014)

¹⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "*Declaración sobre las Obligaciones de los Estados Parte en relación con el sector empresarial y los derechos económicos, sociales y culturales*", ONU Doc. E/C.12/2011/1, 12 Julio 2011.

12| Necesidad y opciones para un nuevo instrumento internacional sobre Empresas y Derechos Humanos

de los derechos reconocidos en el Pacto por las personas que dependen de sus actividades o se ven perjudicadas por ellas." Como parte de la obligación del Estado para proteger los derechos, el Comité enfatiza que los Estados deben adoptar medidas "para impedir que empresas con domicilio social en su jurisdicción vulneren los derechos humanos en el extranjero" sin atentar a la soberanía ni menoscabar las obligaciones de los Estados de acogida. El Comité recuerda Observaciones Generales previas en las cuales ha afirmado estas obligaciones concernientes al derecho al agua y a la seguridad social.¹⁸ El Comité ha establecido su intención de dedicar atención especial a este tema y llama a los Estados a incluir información relevante en sus informes periódicos.

Observación General No. 16 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas

En su sesión de enero de 2013, el Comité de los Derechos del Niño adoptó su Observación General 16 sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño.¹⁹ Esta Observación General brinda orientación importante para que los Estados apliquen efectivamente sus obligaciones contraídas en virtud de la Convención de los Derechos del Niño, asegurando que las actividades empresariales no impacten de manera adversa los derechos del niño, creando un entorno favorable para que las empresas respeten los derechos del niño en todas sus relaciones comerciales y operaciones a nivel mundial, y asegurar el acceso a la reparación (para. 5). La Convención es especialmente significativa porque ha sido ratificada o adherida casi de manera universal y sus disposiciones abarcan una amplia gama de derechos humanos (civiles, culturales, económicos, políticos y sociales). La Observación General también considera disposiciones del Primer Protocolo Facultativo a la Convención sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, al igual que disposiciones del Segundo Protocolo Facultativo referente a los niños soldado.

La Observación General 16 reconoce que "las obligaciones y las responsabilidades de respetar los derechos del niño se extienden en la práctica más allá de los servicios e instituciones del Estado y controlados por el Estado y se aplican a los actores privados y a las empresas" (para. 8). Las empresas deben cumplir sus responsabilidades respecto a los derechos de los niños y los "Estados deben velar que así lo hagan." La Convención requiere un nivel particular de protección para los niños en vista a los potenciales efectos duraderos que pueden tener los abusos sobre el desarrollo de los niños, considerando sus necesidades especiales y su nivel de madurez (para. 24).

La Observación General 16 primero establece las implicaciones de los cuatro principios generales de la Convención sobre las acciones de los Estados respecto a las empresas: el derecho a la no-discriminación (paras. 13-14); el interés superior del niño (paras. 15-17); el derecho a la vida, supervivencia y el desarrollo (paras. 18-20); y el derecho del niño a ser escuchado (paras. 21-23). También proporciona los requisitos para los gobiernos bajo tres niveles de obligaciones - "respetar, proteger y garantizar" - en lo que concierne a los derechos del niño y empresas comerciales. Es de especial interés el tratamiento dado a la problemática de los derechos del niño en operaciones comerciales a nivel mundial. Los Estados "anfitriones" donde operan ETNS tienen la responsabilidad primordial sobre los derechos del niño en su jurisdicción. Ellos deben asegurar que las empresas comerciales se encuentren adecuadamente reguladas para evitar cualquier impacto adverso sobre los derechos del niño que sus actividades puedan causar, y prevenir la complicidad con o instigación de la violación de derechos del niño en jurisdicciones extranjeras. Los Estados de "origen" tienen la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos del niño en el contexto de las operaciones extraterritoriales de sus empresas comerciales. Un Estado

¹⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 15 El derecho al agua, ONU Doc. E/C.12/2002/11, 20 Enero 2003, y Observación General 19 El derecho a la seguridad social, ONU Doc. E/C.12/GC/19, 4 Febrero 2008.

¹⁹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General 16 sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño, ONU Doc. CRC/C/GC/16, 17 Abril 2013.

13| Necesidad y opciones para un nuevo instrumento internacional sobre Empresas y Derechos Humanos

es considerado como de "origen" cuando existe un vínculo razonable entre el Estado y la conducta concernida, por ejemplo cuando la empresa tiene su centro de actividad en el Estado de origen y/o se encuentra registrada, o domiciliada, tiene su sede principal de negocios o realiza actividades comerciales sustanciales en dicho Estado (para. 43). Los Estados deben brindar acceso a mecanismos judiciales y no judiciales efectivos y eficaces de reparación bajo las mismas condiciones (para. 44).

La Observación General 16 también incluye un análisis de organizaciones internacionales, y Estados que actúan dentro de organizaciones internacionales, que proveen fondos para actividades empresariales. La Observación brinda recomendaciones respecto a medidas que los Estados deben adoptar, como la realización de evaluaciones de impacto respecto a los derechos de los niños (CRIA por sus siglas en inglés), y requiera debida diligencia por parte de las empresas en relación a los derechos del niño (para. 62).

Principios de Maastricht sobre Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El 28 de septiembre de 2011, por invitación de la Universidad de Maastricht y la CIJ, un grupo de expertos en Derecho Internacional y Derechos Humanos adoptaron los Principios de Maastricht sobre Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.²⁰

Los Principios de Maastricht cubren las obligaciones de los Estados de respetar, proteger y garantizar derechos de manera extraterritorial. Con respecto a las obligaciones de los Estados a proteger (Principios 23-27), es particularmente relevante el Principio 24 de los Principios de Maastricht que establece que los Estados deben adoptar medidas para "asegurar que los actores no estatales a los que están en condiciones de regular" no anulen o menoscaben el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales. De acuerdo al Principio 25, "Los Estados deben adoptar y aplicar efectivamente medidas para proteger los derechos económicos, sociales y culturales a través de medios legales y de otra índole," *inter alia* "en relación a empresas comerciales, cuando la empresa, la compañía matriz o la sociedad que ejerce control, tiene su centro de actividad, está registrada o domiciliada, o tiene su centro principal de negocios o actividades comerciales sustanciales en el Estado en cuestión."

De acuerdo al Principio 9, un Estado tiene la obligación de respetar, proteger y garantizar derechos económicos, sociales y culturales *inter alia* en "b) situaciones sobre las que acciones u omisiones estatales conllevan efectos previsibles sobre el gozo de los derechos económicos, sociales y culturales, sea dentro o fuera de su territorio" y "c) situaciones en las que el Estado, actuando por separado o conjuntamente, a través del poder ejecutivo, legislativo o judicial, está en condiciones de ejercer influencia de carácter decisivo o de adoptar medidas para realizar los derechos económicos, sociales y culturales extraterritorialmente, de conformidad con el derecho internacional."

Decisiones judiciales a nivel nacional

Las decisiones de cortes y tribunales nacionales constituyen evidencia de la práctica estatal, en especial cuando estas tienen relación con la aplicación del Derecho Internacional en jurisdicciones nacionales. El contenido de la ley o su comprensión también pueden evolucionar como resultado de las decisiones judiciales. Por más de una década, activistas

²⁰ Los miembros del grupo de redacción publicaron un comentario exponiendo la base legal de los Principios, publicados en *Human Rights Quarterly* 34 (2012) 1084-1169. Los Principios y Comentarios se encuentran disponibles (sólo en inglés) en: <http://www.icj.org/protecting-human-rights-beyond-borders/> (accedido 28 Marzo 2014).

14| Necesidad y opciones para un nuevo instrumento internacional sobre Empresas y Derechos Humanos

de derechos humanos han usado los tribunales para exigir reparación para personas que alegan haber sido afectados, directamente o indirectamente, por la conducta de empresas comerciales. Hasta hace poco, la mayoría de estas reclamaciones eran presentadas como demandas civiles, en particular en los Estados Unidos. Sin embargo, se han iniciado un número creciente de acciones penales, especialmente en Europa continental y otras partes del mundo. Pese a ciertos éxitos parciales, recientes decisiones judiciales han constituido reveses importantes en los esfuerzos para establecer la responsabilidad jurídica de las empresas.

Jurisdicción

Un importante desarrollo que impacta la actual comprensión del Derecho Internacional general aplicable a empresas comerciales es la decisión de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América de abril de 2003 en el caso *Kiobel Vs. Shell Co.* La Corte decidió que la Ley de Reclamación de Agravios contra Extranjeros (Alien Tort Statute - ATS), una ley adoptada en el Siglo XVIII y que ha sido utilizada desde la década de los 80 como base legal para demandas contra individuos y compañías por serias violaciones cometidas en el extranjero, no podría ser usada para la adjudicación de casos en los que la conducta materia de reclamación haya ocurrido en el extranjero y no tenga suficiente conexión con la jurisdicción de los Estados Unidos, de manera tal que pueda dejar de lado la aplicación de la "presunción contra la aplicación extraterritorial" de las leyes. La Corte sostuvo que la conducta que haya ocurrido en el territorio de otros Estados no era recurrible en el marco de la ATS. Esto es así aún cuando las reclamaciones presentadas bajo el ATS:

"toquen y conciernan el territorio de los Estados Unidos, deben hacerlo con la suficiente fuerza para dejar de lado la presunción contra la aplicación extraterritorial [...] Las empresas están a menudo presentes en muchos países, y sería demasiado decir que la mera presencia empresarial basta. Si el Congreso fuera a determinar lo contrario, sería necesaria una ley más específica que la ATS ."²¹

La subsiguiente jurisprudencia de los tribunales de instancia en los Estados Unidos demuestran que la decisión *Kiobel* ha reducido significativamente las opciones dentro de esta importante vía de reparación para víctimas de abusos empresariales. Dado que los familiares de las víctimas Nigerianas de una supuesta ejecución extrajudicial por parte de fuerzas de seguridad, con la cual Shell fue acusada de ser cómplice, prácticamente no tienen oportunidades de reparación efectiva en su propio país, se han quedado sin justicia al no poder acceder a los tribunales de otras jurisdicciones.

El impacto de las decisiones judiciales estadounidenses es sustancial, dado el número de empresas transnacionales con sede en ese país y sujetas a su jurisdicción. El resultado de *Kiobel* ha sido aplicado en decisiones similares por tribunales inferiores que han rechazado demandas presentadas en base al ATS pendientes por varios años en aplicación de la doctrina *Kiobel*.

Los llamados "casos gemelos", relacionados a abusos cometidos en la era del *Apartheid*, fueron subsecuentemente rechazados por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Nueva York.²² En este caso la Corte adoptó una interpretación aún más restrictiva que la doctrina *Kiobel*, al sostener que "la Corte Suprema expresamente sostuvo que las

²¹ *Kiobel Vs. Royal Dutch Petroleum Co*, Caso No. 10-1491, 2013 (Estados Unidos, 17 abril 2013), At. 1669.

²² *Balintulo Vs. Daimler AG*, 21 Agosto 2013, p. 20. http://www.ca2.uscourts.gov/decisions/isysquery/751866d1-2b45-4b53-a311-933413280fc5/1/doc/09-2778_opn.pdf (accedido el 28 marzo 2014). La Corte de Apelaciones ordenó a la Corte inferior que deseche el caso.

15| Necesidad y opciones para un nuevo instrumento internacional sobre Empresas y Derechos Humanos

reclamaciones bajo el ATS por violaciones al derecho de gentes que ocurran en un país soberano distinto a los Estados Unidos, no proceden" independientemente de si el presunto autor del delito era un nacional de los Estados Unidos. Otro caso de larga data, afectado de manera similar, es el caso de *Sarei et al Vs. Rio Tinto Plc*²³ en el que 10,000 residentes de Bougainville en Papua Nueva Guinea, trataron de responsabilizar a Rio Tinto por su presunta complicidad en las violaciones de derechos humanos cometidas por el gobierno en la isla de Bougainville en el Pacífico Sur. Muchos otros casos similares han sido rechazados, aunque algunas cortes han tratado de flexibilizar estos estándares y los abogados de los demandantes y expertos juristas continúan planteando argumentos alternativos.²⁴

Una reciente decisión adoptada por la Corte Suprema de Estados Unidos, puede decirse que reduce aún más el alcance de la jurisdicción personal en las cortes estadounidenses. En la sentencia del caso *Daimler AG Vs. Bauman*²⁵ - un caso relativo a la supuesta colaboración de la subsidiaria argentina de Daimler, Mercedes - Benz Argentina, con la dictadura de 1976 - 1983 en el secuestro, detención, tortura y muerte de un número de sus trabajadores - la mayoría de la Corte Suprema revocó una decisión previa de la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito que había establecido que Mercedes - Benz USA (MBUSA) era un agente de Daimler, que MBUSA tenía el nivel requerido de actividad en California, y que Daimler podía ser demandado en California como su domicilio.²⁶ La Corte Suprema sostuvo que las actividades de MBUSA en California debían ser consideradas en el contexto de todas las actividades empresariales de Daimler a escala "nacional y mundial."²⁷ Sin brindar mayor orientación, la Corte indicó, de manera implícita, que mientras más grande y multinacional una empresa comercial es, resulta menos posible establecer su jurisdicción personal en base a su presencia relativa, aunque sea grande, en la jurisdicción de un cierto Estado. Este razonamiento puede llevar a que otras decisiones excluyan de la jurisdicción de cortes nacionales a compañías multinacionales.

Regulación y responsabilidad de empresas matrices

Una cuestión clave en los debates sobre las empresas y los derechos humanos ha sido el de la naturaleza de la responsabilidad jurídica de las compañías matrices en relación al daño causado, o al que hubieran contribuido, sus subsidiarias en otros países. Debido a las doctrinas de separación de personalidad jurídica y de responsabilidad limitada de los accionistas en el derecho de sociedades, y conjuntamente al hecho que las empresas operan en diferentes lugares geográficos, contextos jurídicos diferentes, y en contacto con diferentes partes interesadas, la atribución de responsabilidad a compañías matrices ha sido siempre un reto. La práctica de los Estados muestra tres enfoques para abordar la problemática de la responsabilidad de empresas matrices. Una de ellas implica "levantar el velo corporativo," por ejemplo ignorando la separación entre la compañía matriz y sus subsidiarias, cuando dicha separación es sólo una herramienta para evadir fraudulentamente la responsabilidad legal. Un segundo enfoque es conocido como "gestión integrada," por el cual los actos de la subsidiaria pueden ser presumidos como actos de la

²³ *Sarei et al Vs. Rio Tinto Plc et al*, 9no. Circuito de Apelaciones de Estados Unidos, No. 02- 56256. <http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2013/06/28/02-56256%20web.pdf> (accedido 28 marzo 2014)

²⁴ *Ahmed Vs. Magan*, No. 2:10-cv-00342, 2013 U.S. Dist., en *4 (S.D. Ohio Aug. 20, 2013) (informe y recomendación del juez) adoptado en, 2013 U.S. (S.D. Ohio Oct. 2, 2013); *minorías sexuales Uganda VS. Lively*, No. 12-cv-30051-MAP, 2013 U.S. en *36-44 (D. Mass. Aug. 14, 2013). Ver además: Cassel, Douglas "Suing Americans for Human Rights Torts Overseas: The Supreme Court leaves the Door Open", *Notre Dame Law Review*, Vol. 89:4, 2014.

²⁵ *Daimler AG Vs. Bauman*, 14 Enero 2014 http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/11-965_1qm2.pdf (accedido 28 Marzo 2014).

²⁶ *Bauman Vs. Daimler AG* <http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2011/05/18/07-15386.pdf> (accedido 28 Marzo 2014).

²⁷ *Daimler AG Vs. Bauman*, Op. Cit., nota 25, p. 21.

compañía matriz que mantiene el control. Un tercer planteamiento, señala que la compañía matriz puede ser directamente responsable toda vez que no ejerza diligencia debida con respecto a las compañías que controla.²⁸

El informe del Panel de la ICJ sobre Complicidad Empresarial encapsuló la responsabilidad de la compañía matriz en el concepto más extenso de complicidad.²⁹ De manera general, el principio básico es que la conducta de una subsidiaria no será identificada con la conducta de la matriz. En términos de responsabilidad en derecho de daños, la compañía matriz puede ser civilmente responsable por sus propios actos u omisiones, siempre que actúe de manera negligente o intencional y que contribuya al daño ocasionado a otro.³⁰ Este principio ha sido reafirmado tanto en la práctica legal como también en la judicial, aunque todavía quedan por aclararse áreas cruciales relacionadas a la responsabilidad de empresas matrices por el daño causado a personas que viven en las cercanías de sus subsidiarias.

Ha habido al menos dos decisiones recientes adoptadas por tribunales europeos en demandas civiles que son importantes en este contexto. La Corte de Apelaciones del Reino Unido dictaminó, en el caso *Chandler Vs. Cape Plc*, sobre la responsabilidad legal de la empresa matriz.³¹ En este caso, el querellante demandó por los daños causados por asbestosis contraída como resultado de su exposición al polvo mientras trabajaba para *Cape Products*, una subsidiaria de Cape Plc. Alegó que la compañía Cape Plc tenía un deber de cuidado en relación a él, *inter alia*, por haber contratado individuos responsables de supervisar la salud y seguridad en *Cape Products*, en particular el Jefe de Medicina del Grupo. Al establecer la responsabilidad de la empresa matriz la Corte dictaminó que:

"... en circunstancias apropiadas, la ley puede imponer a las empresas matrices responsabilidad por la salud y seguridad de los trabajadores de sus subsidiarias. Estas circunstancias incluyen situaciones donde, como en el presente caso, (1) los negocios de la matriz y la subsidiaria son iguales en aspectos relevantes; (2) la matriz tiene, o debe tener, conocimientos superiores sobre algunos aspectos relevantes de salud y seguridad en una industria particular; (3) la organización de trabajo de la subsidiaria es insegura como lo sabía, o debía haberlo sabido la empresa matriz; y (4) la matriz sabía o debía haber anticipado que la subsidiaria o sus empleados confiarían en el uso de ese conocimiento superior para la protección de los empleados."³²

La Corte de Apelaciones rechazó enfáticamente la atribución general de responsabilidad a las empresas matrices por todos los daños cometidos por sus subsidiarias, limitando dicha responsabilidad únicamente a ciertos casos en los que la matriz tiene control sobre asuntos relevantes de la subsidiaria.

En otro caso importante, una corte de distrito en los Países Bajos adoptó un enfoque diferente en los casos gemelos de un grupo de aldeanos nigerianos y la organización

²⁸ De Schutter, Olivier, *Sovereignty-plus in the era of interdependence: toward an international convention on combating human rights violations by Transnational Corporations*. En P. Bekker, R. Dolzer and M. Waibel (eds), *In making transnational law work in the global economy: essays in honour of Detlex Vagts*, Cambridge University Press: Cambridge (2010), pg. 245-284.

²⁹ Complicidad Empresarial y Responsabilidad Legal, Informe del Panel de Expertos Juristas de la CIJ sobre Complicidad Empresarial en Crímenes Internacionales, 3 volúmenes, Ginebra, 2008. vol. 1.

³⁰ *Ibid.*, Vol. 3 Recursos Civiles, p. 46 y siguientes.

³¹ *Chandler v Cape plc*, Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, (División Civil) 25 Abril 2012, Caso N° [2012] EWCA Civ 525, paras. 69-80. Disponible en:

<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/525.html> (accedido 28 marzo 2014).

³² *Ibid.* para. 80

Amigos de la Tierra contra Shell Plc y sus subsidiarias nigerianas.³³ Este caso no trata del presunto daño causado a un empleado contratado por la subsidiaria, sino del presunto daño a las comunidades que habitaban en los alrededores de sus operaciones. La Corte dispuso:

"4.34. La Corte de Distrito opina que la especial relación o proximidad entre una empresa matriz y los empleados de su subsidiaria que opera en el mismo país no puede ser equiparada sin reservas a la proximidad de la empresa matriz de un grupo internacional de compañías de petróleo y las personas que viven en las cercanías de oleoductos y otras instalaciones petroleras de sus (sub -) subsidiarias en otro país. La Corte de Distrito es de la opinión que esta última relación no es cercana, por lo que el requerimiento de proximidad se cumplirá con menor facilidad. El deber de cuidado de una compañía matriz con respecto a los empleados de una subsidiaria en el mismo país, solo compromete a un grupo relativamente limitado de personas, mientras que un posible deber de cuidado de una empresa matriz de un grupo internacional petrolero con respecto a las personas que viven en las cercanías de los oleoductos e instalaciones petroleras de sus (sub -) subsidiarias crearía un deber de cuidado con respecto a un grupo virtualmente ilimitado de personas en muchos países. La Corte de Distrito cree que en el presente caso, no sería tan equitativo, justo y razonable asumir la existencia de dicho deber de cuidado por parte de las compañías matrices del Grupo Shell, como en el caso *Chandler vs. Cape*."³⁴

La Corte de Distrito finalmente exoneró a Shell Plc, la compañía matriz con sede en los Países Bajos, de toda responsabilidad civil en relación a los querellantes en Nigeria, pero una apelación ha sido presentada. Si la decisión de la Corte de Distrito es confirmada, esta decisión constituirá un nuevo revés a los esfuerzos dirigidos a establecer la responsabilidad civil extracontractual de empresas matrices en relación a los daños ambientales provenientes de las operaciones de sus subsidiarias. De manera similar, sino más importante, obstáculos legales pueden surgir al intentar establecer la responsabilidad de una empresa por su contribución en el daño causado por otra empresa con la que únicamente tiene una relación comercial o contractual (y no una relación de matriz-subsidiaria).

III. Asuntos pendientes y la necesidad de establecer normas

La última década ha sido testigo de importante progreso en la formulación de normas relativas a la conducta de empresas comerciales, incluyendo sociedades transnacionales, y su eventual responsabilidad legal por vulnerar derechos humanos. Este progreso viene aparejado de una mayor visibilidad de los abusos y su naturaleza transnacional. Pese a este progreso, restan por clarificarse o desarrollarse algunas áreas importantes.

Las investigaciones y consultas llevadas a cabo por la CIJ confirman sus hallazgos anteriores³⁵ que los desafíos y necesidades más agudas en el área de derechos humanos se relacionan con déficits en la garantía de acceso a recursos efectivos para víctimas de vulneración de derechos y con la fiscalización de las empresas. Otra área en la que muchos consideran que se requiere mayor claridad, o por lo menos reafirmación, es en la definición o aplicación de normas relacionadas a la dimensión extraterritorial del deber del Estado de proteger, incluyendo medidas de prevención. La adopción de normas sobre graves

³³ *Milieudefensie et al v Shell et al*, Corte Distrital de la Haya, sentencia del 30 de Nero de 2013, Caso N° C/09/337058/HA ZA 09-1581 and C/09/365482 HA ZA 10-1665, disponible en: <http://www.milieudefensie.nl/publicaties/bezwaren-uitspraken/final-judgment-doooh-vs-shell-oil-spill-goi> (accedido 28 Marzo 2014).

³⁴ *Ibíd.* para. 4.34, pg. 22-23.

³⁵ *Complicidad Empresarial y Responsabilidad Legal*, Op. Cit nota 29

18| Necesidad y opciones para un nuevo instrumento internacional sobre Empresas y Derechos Humanos

violaciones de derechos humanos aplicables a empresas también es un tema transversal que requiere atención. La vigilancia y supervisión internacional también es vista como un factor necesario para perfeccionar la aplicación nacional de estándares internacionales y la provisión de recursos efectivos a nivel doméstico. Finalmente, se sabe que un sistema formal y robusto de cooperación internacional en asuntos legales es necesario para la realización de investigaciones efectivas, el juzgamiento de casos cuando fuera necesario, y la ejecución de sentencias judiciales.

Rendición de cuentas y acceso a la justicia

El área donde tal vez es más urgente actuar- no únicamente con el establecimiento de nuevos estándares internacionales- es la relativa a la disponibilidad y efectividad de recursos de reparación para aquellos que han sufrido daños como resultado de los actos u omisiones de empresas comerciales.

En el derecho internacional de los derechos humanos, recursos efectivos por la violación de derechos generalmente deberían ser judiciales, y con respecto a las graves violaciones de los derechos humanos estos siempre deben ser judiciales, pero recursos administrativos también pueden, en algunas instancias, cumplir el requisito de efectividad. Los mecanismos y procedimientos administrativos pueden tomar formas diversas, inclusive por medio de instituciones públicas independientes o semi-independientes (como Instituciones Nacionales de Derechos Humanos o Comisiones Parlamentarias). Sin embargo, para que estos procesos administrativos constituyan un recurso adecuado y efectivo, deben como mínimo disfrutar de independencia, tener la competencia de decidir sobre casos aplicando estándares de un juicio justo, tener la capacidad de declarar la existencia de una violación de derechos y ordenar la reparación apropiada, incluyendo, aunque no solamente, la compensación. Típicamente, los mecanismos judiciales cumplen estas funciones, y el acceso a ellos debe ser proporcionado a todos aquellos que reclamen una infracción de sus derechos u obligaciones, aunque solo sea como recurso último de revisión de la idoneidad de procesos administrativos. El recurrir a organismos judiciales requiere el contar con legislación de implementación que reconozca derechos y otorgue mecanismos para su protección.

Algunas disposiciones de tratados internacionales de derechos humanos, como el Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), garantizan el derecho a acceder a recursos efectivos.³⁶ Los *Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* de las Naciones Unidas, adoptadas por consenso entre todos los Estados en la Asamblea General de las Naciones Unidas en el 2005, afirman que los Estados tienen el deber de "dar a quienes afirman ser víctimas de una violación de sus derechos humanos...un acceso equitativo y efectivo a la justicia...con independencia de quién resulte ser en definitiva el responsable de la violación" y "Proporcionar a las víctimas recursos eficaces, incluso reparación." Se debe notar que este Principio (Principio 3) es aplicable con respecto a toda violación de derecho humanos, no solo a las graves violaciones.

³⁶ Ver también, Artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Artículo 2(3) del Pacto Internacional sobre derechos Civiles y Políticos; Artículos 13 y 14 de la Convención en contra de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes; Artículo 6 de la Convención Internacional para la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial, Artículo 39 de la Convención de los Derechos del Niño; Artículos 25 y 63(1) de la Convención Americana de Derechos Humanos; Artículo 7(1)(a) de la Carta Africana de los Derechos de Humanos y de los Pueblos; Artículos 12 y 13 de la Carta Árabe de los Derechos Humanos; Artículos 5(5), 13 y 41 de la Convención Europea de Derechos Humanos; Artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; Artículo 27 de la Declaración y Programa de Acción de Viena.

Aunque estos derechos se extienden a casos en los cuales la violación ha sido cometida por terceros, la práctica demuestra que existen obstáculos significativos - normativos y prácticos - para su aplicación en el contexto de abuso de derechos por parte de empresas transnacionales. Estas dificultades tienen que ver, entre otras cosas, con: las normas vigentes sobre jurisdicción, la capacidad jurídica de las víctimas para demandar (*ius standi*) tanto de manera individual como también en grupo o de manera colectiva (en el caso de grupos indígenas); igualdad de armas (incluyendo las normas de procedimiento sobre presentación de pruebas y sobre costos de procesos civiles), ejecución de sentencias, y falta de comprensión o conocimiento entre las personas afectadas.³⁷ Muchos obstáculos de naturaleza similar afectan el derecho de las personas a acceder a mecanismos no judiciales (organismos administrativos, comisiones parlamentarias e instituciones similares) y de naturaleza judicial. Estos problemas no cuestionan la validez de las normas existentes, pero si subrayan la necesidad de contar con normas más específicas para garantizar el derecho a recursos y reparaciones en el contexto específico de empresas, en especial respecto a sus operaciones transnacionales.

En lo referente al acceso a recursos, el *Marco de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos* del 2008 reconoce correctamente que el "mosaico de mecanismos está incompleto y es deficiente. Debe mejorarse en su conjunto y en sus partes"³⁸ Esta situación parece no haber mejorado desde entonces y, por el contrario, pareciera haber empeorado en ciertos aspectos.³⁹ El reconocimiento unánime de que el área de reparaciones requiere urgentemente mayor atención, ha llevado a que el Consejo de Derechos Humanos, al establecer el nuevo Grupo de Trabajo de Empresas y Derechos Humanos, le haya solicitado que "siga estudiando las posibilidades que existen...de aumentar el acceso a recursos efectivos,"⁴⁰ un mandato que no ha sido cumplido adecuadamente hasta la fecha.

Como se ha mencionado, existe un importante déficit en el área de la responsabilidad de las empresas respecto a derechos humanos. Mientras las operaciones empresariales continúan expandiéndose a través de las fronteras, y las denuncias sobre abusos continúan emergiendo, de hecho existen muy pocos ejemplos de empresas que hayan sido sujetas a fiscalización. Esto se debe a un número de factores. Primero, las avenidas legales e instituciones disponibles para dicha fiscalización son limitadas, y en años recientes se han debilitado. Aunque los procedimientos civiles son teóricamente posibles en casi todos los Estados, generalmente son raramente usados, y en la mayoría de los casos los litigantes han preferido demandar sólo en un pequeño número de países de América del Norte y Europa. Si bien esta es una opción con ciertas ventajas, también trae consigo dificultades adicionales en términos de distancia, transporte, gastos y conocimiento de la jurisdicción.

la persecución penal no es a menudo, una opción viable y cuando se inicia, generalmente se limita a la investigación o juzgamiento de individuos en puestos de dirección de la compañía, y no a la empresa en sí misma. Otros sistemas de vigilancia y fiscalización, como los laborales y otros procesos administrativos, son generalmente débiles en países en vías de desarrollo, y aquellos que existen en países desarrollados muy rara vez consideran prácticas que ocurren fuera de sus jurisdicciones.

La situación no es mejor a nivel internacional. Los *Principios Rectores* fueron concebidos primordialmente como una herramienta para involucrar positivamente a las empresas,

³⁷ Ver en general, Skinner, G, McCorquodale, R, De Schutter, O. "The Third Pillar: Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business", ICAR, CORE and ECCJ, 2013.

³⁸ Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos, Consejo de Derechos Humanos, Doc. ONU A/HRC/8/5, 7 Abril 2008), para. 87

³⁹ Ver revisión de desarrollos más arriba, pg. 9 ff.

⁴⁰ Consejo de Derechos Humanos, Resolución A/HRC/RES/17/4, 6 Julio 2011, Párrafo operativo 6(e).

como un "cambio de reglas de juego" y un instrumento de "cambio de paradigma" alejándose de la práctica del "nombrar y avergonzar" hacia una de "conocer y demostrar." Como tal, su valor como herramienta de fiscalización es limitada, entre otras razones porque los Principios no crean bases sustantivas o procesales que permitan a un individuo iniciar una acción legal en casos de violación de cualquiera de sus contenidos. Aquellos Estados que no cumplan con los *Principios Rectores* tampoco pueden ser responsables. Actualmente, la mayoría de los Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, incluyendo el Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos, no ofrecen mecanismos de remediación. Sin embargo, existen algunas oportunidades limitadas para hacer uso de los procedimientos sobre comunicaciones establecidos en los tratados cuando el Estado ha reconocido la competencia del Comité para recibir comunicaciones y donde los *Principios Rectores* pueden ser usados como un instrumento interpretativo respecto a las obligaciones de los Estados, en particular, respecto a la obligación de proteger. Sin embargo, el carácter no vinculante de los *Principios Rectores* es esencialmente una limitación para su posible eficacia en la mejora de acceso a recursos.

Las compañías están sujetas a un cierto grado de fiscalización en el marco de los procedimientos de la Organización Internacional de Trabajo, en los cuales los representantes de los empleadores se sientan junto a los representantes de los trabajadores y los gobiernos. En este contexto son abordados los historiales y rendimientos de cada uno de ellos, muchas veces de manera robusta, aunque este procedimiento por sí mismo no representa un recurso de reparación. Para que exista un impacto en posibles reparaciones, la parte agraviada tiene la posibilidad de recurrir a uno de los dos Procedimientos Especiales establecidos por la OIT: el procedimiento de reclamaciones (Artículos 24 y 25 de la Constitución de la OIT) y el procedimiento de quejas (Artículos 26 y 34 de la Constitución de la OIT). En ambos casos, las organizaciones sindicales de trabajadores pueden instaurar procedimientos en contra de un Estado parte del convenio correspondiente, pero los mecanismos de la OIT no proveen la posibilidad de presentar denuncias contra compañías o empleadores.

Los tratados de derechos humanos establecen los principios generales bajo los cuales las jurisdicciones nacionales proporcionan el derecho de acceso a recursos de reparación y a un proceso justo. En la práctica, muchas denuncias en contra de empresas hacen uso del derecho privado dentro de las jurisdicciones nacionales y el conjunto de normas correspondiente al derecho privado internacional sobre jurisdicción, elección de la ley aplicable, y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y comercial. Los regímenes legales internacionales en este campo tienen limitaciones de alcance geográfico. La Convención para Facilitar el Acceso Internacional a la Justicia de 1980, aprobada por Conferencia de Derecho Internacional Privado La Haya es especialmente relevante en este sentido, pero sólo ha sido ratificada por 26 de los 87 Estados que son miembros de la Conferencia de La Haya. El régimen creado por el Reglamento conocido como Bruselas I sobre jurisdicción y ejecución de sentencias en materia civil y comercial de la Unión Europea (Reglamento 44/2001/EC)⁴¹ opera únicamente para la Unión Europea. Este reglamento cubre temas relacionados a la jurisdicción, elección de la ley aplicable y ejecución de sentencias dentro de la UE. Aunque muchos de sus principios son reconocidos fuera de los países de la Unión Europea, solamente es vinculante entre los Estados Miembros de la UE.

El derecho privado como herramienta para abordar reclamos relativos a violaciones de derechos humanos (muchas veces de naturaleza grave) ofrece una importante avenida para remediar los daños causados, incluyendo potencialmente aquellos daños que afectan derechos humanos, pero presenta muchos inconvenientes y dificultades prácticas

⁴¹ Reglamento Bruselas I, Reglamento 1215/2012/EU, en vigor en Enero de 2015.

21| Necesidad y opciones para un nuevo instrumento internacional sobre Empresas y Derechos Humanos

relacionadas a la naturaleza privada de los procesos legales bajo este régimen. En cierto sentido, es una herramienta imperfecta usada a falta de otra alternativa más adecuada en derecho público. Uno de estos problemas, es que la carga (legal y financiera) de llevar y finalizar el proceso recae en el reclamante o demandante. En la mayoría de países no se dispone de asistencia jurídica pública en procesos de derecho privado, o esta es limitada. En este contexto, se han hecho esfuerzos para insertar principios y preocupaciones de derechos humanos dentro del régimen del derecho privado sobre responsabilidad extracontractual. Un ejemplo reciente son las *Directrices y Buenas Prácticas de Sofía para el Litigio Civil Internacional por Violaciones de Derechos Humanos* adoptadas por la Asociación de Derecho Internacional.⁴² Otra dificultad con los procesos de derecho privado se relaciona con la naturaleza sustantiva de las denuncias. Mientras que muchos de los fundamentos de las acciones privadas, como en el derecho de daños, se yuxtaponen normativamente con estándares de derechos humanos, los dos regímenes son raramente equiparables.

En la actualidad, no existe un régimen legal internacional respecto a la responsabilidad empresarial por abusos de derechos humanos aunque, en el contexto de procesos en los Estados Unidos, se ha afirmado que el derecho internacional general (el "derecho de gentes") puede ser la base para establecer la responsabilidad penal de la empresa. Existen muy pocos instrumentos jurídicos internacionales que requieran el establecimiento de responsabilidad legal de las sociedades comerciales además del Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (PFVN, que provee en su Artículo 3(4) la responsabilidad legal de las personas jurídicas),⁴³ y de la Convención del Consejo de Europa sobre la Protección del Medioambiente por medio del Derecho Penal (que también provee un régimen de responsabilidad corporativa en su Artículo 9, pero que todavía no se encuentra en vigor).⁴⁴ El artículo 3(4) del PFVN establece lo siguiente:

"Con sujeción a los preceptos de su legislación, los Estados Partes adoptarán, cuando proceda, disposiciones que permitan hacer efectiva la responsabilidad de personas jurídicas por los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo. Con sujeción a los principios jurídicos aplicables en el Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser penal, civil o administrativa."

La Convención sobre la Protección del Medioambiente por medio del Derecho Penal reconoce que los delitos serios contra el medioambiente, que pongan en peligro la vida, integridad física de personas naturales, deben ser tipificadas como delitos en la ley nacional. Con respecto a la responsabilidad corporativa, el Artículo 9 de la Convención establece lo siguiente:

"1. Cada Estado parte adoptará las medidas apropiadas que sean necesarias para imponer sanciones o medidas penales o administrativas a las personas jurídicas en cuyo nombre se haya cometido, por sus órganos, o por sus miembros, o por otro de sus representantes, uno de los delitos establecidos en los Artículos 2 y 3, ."

⁴² Las *Directrices y Buenas Prácticas de Sofía para la Litigación Civil Internacional por Violaciones de Derechos Humanos*, adoptada por la Asociación de Derecho Internacional, 75^{ta} Conferencia, Sofía, Agosto 2012.

⁴³ Ver Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, adoptado por resolución de la Asamblea General de la ONU A/RES/54/263 de 25 de mayo de 2000, entrada en vigor el 18 enero 2002. El Artículo 3(4) del Protocolo Facultativo fue construido en base al modelo anteriormente adoptado en la Convención sobre Crimen Organizado y en la Convención contra la Corrupción de la ONU, entre otras.

⁴⁴ Consejo de Europa, Convención sobre la Protección del Medioambiente por medio del Derecho Penal, adoptada el 4 Noviembre 1998, Estrasburgo, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/172.htm> (Accedido 28 Marzo 2014)

22| Necesidad y opciones para un nuevo instrumento internacional sobre Empresas y Derechos Humanos

"2. La responsabilidad corporativa en virtud del párrafo 1 del presente artículo no excluye el iniciar procesos penales contra una persona natural."

"3. Cualquier Estado podrá, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, mediante una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, declarar que se reserva el derecho a no aplicar el párrafo 1 del presente artículo o parte de él, o limitar su aplicación a los delitos especificados en dicha declaración"

Esta Convención también contiene una sección concerniente a la cooperación internacional y la asistencia jurídica mutua. Hasta el momento, ha sido ratificada únicamente por un Estado de los tres necesarios para poder entrar en vigor. No obstante, la Convención ha sido influyente a nivel de la Unión Europea, donde se adoptó la Directiva 2008/99/EC sobre la Protección del Medio Ambiente por medio del Derecho Penal, siguiendo el modelo de las disposiciones de la Convención del Consejo de Europa.⁴⁵ Ninguna otra región del mundo tiene un régimen legal similar.

Algunos Convenios de la OIT reconocen la responsabilidad de los empleadores (incluyendo empresas), por ejemplo, en relación a la salud y seguridad en el trabajo. El Artículo 9 del Convenio 155 de 1981 sobre Salud y Seguridad Ocupacional⁴⁶ dispone que la aplicación de las leyes y los reglamentos concernientes a la higiene y seguridad ocupacional y el medio ambiente de trabajo "deberá estar asegurado por un sistema de inspección apropiado y suficiente" y que el "sistema de control deberá prever sanciones adecuadas en caso de infracción de las leyes o de los reglamentos." El Artículo 16(1) define una serie de obligaciones de los empleadores, en el sentido que: "Deberá exigirse a los empleadores que, en la medida en que sea razonable y factible, garanticen que los lugares de trabajo, la maquinaria, el equipo y las operaciones y procesos que estén bajo su control son seguros y no entrañan riesgo alguno para la seguridad y la salud de los trabajadores"; "los agentes y las sustancias químicos, físicos y biológicos que estén bajo su control no entrañan riesgos para la salud cuando se toman medidas de protección adecuadas"; y, cuando fuere necesario, proporcionar "ropas y equipos de protección apropiados a fin de prevenir, en la medida en que sea razonable y factible, los riesgos de accidentes o de efectos perjudiciales para la salud."

Otros tratados, como el Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales,⁴⁷ aunque garantizan prestaciones para los trabajadores que han sufrido accidentes o lesiones por razón de sus labores, no requieren el establecimiento de la responsabilidad legal de las empresas como tal. Sin embargo, este Convenio en particular requiere que los Estados garanticen el derecho de apelación contra procedimientos administrativos que denieguen el otorgamiento de estas prestaciones. Existen varios Convenios técnicos sobre riesgos específicos, como cáncer, asbesto, radiación y químicos que definen las responsabilidades de los empleadores. No obstante, aunque el sistema de la OIT es altamente relevante con respecto a normas sustanciales aplicables a empresas, su exigibilidad, y especialmente su fiscalización y el acceso a recursos no han sido óptimamente desarrollados.

⁴⁵ Consejo de Europa, Directiva 2008/99/EC sobre la Protección del Medio Ambiente por medio del Derecho Penal, 19 Noviembre 2008, Diario Oficial de la Unión Europea, L328/28, 6 Diciembre 2008. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:328:0028:0037:EN:PDF>.

⁴⁶ Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, (Entrada en vigor: 11 agosto 1983) Adoptado en el 67a Reunión CIT (22 Junio 1981)

⁴⁷ Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades (Entrada en vigor: 28 Julio 1967) Adoptado en el 48a Reunión CIT (8 Julio 1964)

La aplicación de la obligación de proteger - adopción de marcos legales nacionales de protección

La obligación de los Estados de proteger los derechos contra el abuso de terceros, incluyendo las empresas comerciales, es bastante conocido.⁴⁸ También lo es la obligación general de contar con un marco legislativo nacional – ej. derecho penal en el caso de protección del derecho a la vida - como un elemento clave para proteger derechos. En principio, puede argumentarse que este marco legal también debe cubrir a las empresas y contemplar las bases para establecer su responsabilidad. Sin embargo, esta formulación doctrinaria no ha sido puesta en práctica de manera consistente. Por ejemplo, en el contexto de procesos bajo la Ley de Reclamación de Agravios contra Extranjeros (ATS por sus siglas en inglés) en los Estados Unidos, existen controversias importantes sobre la posibilidad de que las empresas sean o puedan estar sujetas a estándares internacionales relacionados a crímenes definidos en el derecho internacional.⁴⁹ Por otro lado, mientras muchos Estados cuentan con disposiciones que establecen la responsabilidad legal de personas jurídicas (incluidas empresas) en sus marcos jurídicos nacionales, muchos otros no las tienen, o únicamente cuentan con este tipo de disposiciones de manera parcial. Normalmente, los directores de las compañías, como personas naturales, caen en el ámbito del derecho penal, incluyendo el derecho penal internacional. El resultado es un sistema de responsabilidad legal fragmentado que conduce a vacíos de protección que son más graves en ciertas jurisdicciones que en otras.

Las investigaciones realizadas por la CIJ, y otros grupos,⁵⁰ respecto a 26 jurisdicciones de todos los continentes,⁵¹ muestran que la legislación y la práctica que protege derechos *vis a vis* actores privados como empresas, es generalmente insuficiente y bastante diversa. En general, las jurisdicciones adoptan una amplia gama de enfoques, doctrinas y métodos para proveer la protección de derechos, y en muchos casos existen áreas donde la acción protectora está ausente. Esta diversidad de enfoques, o su inexistencia, impacta en la efectividad de la protección otorgada a través de las jurisdicciones, lo que puede ser significativo en el contexto de empresas que operan a través de las fronteras donde los actos u omisiones que se realizan en una jurisdicción pueden generar impactos en las poblaciones de otra jurisdicción.

La forma en la que los Estados deben aplicar sus obligaciones generales de proteger contra abusos por parte de terceros, implica medidas legislativas, administrativas y de otro carácter. Sobre este aspecto también existen varios enfoques y prácticas. Los Estados tienen diferentes planteamientos respecto a la aplicación directa de derechos fundamentales garantizados en sus constituciones a personas jurídicas. En América Latina, la mayoría de Estados reconoce la aplicación directa de derechos constitucionales a sujetos de derecho privado, inclusive personas jurídicas (Argentina, Colombia, Ecuador, Guatemala, Venezuela, y parcialmente Brasil). Sudáfrica y las Filipinas siguen parcialmente esa doctrina, mientras que Kenia y Nigeria parecerían tener jurisprudencia inconclusa o contradictoria en esta materia. En aquellos Estados donde se reconoce la aplicación directa

⁴⁸ Ruggie, John, Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, ONU Doc. A/HRC/4/035, 9 Febrero 2007, paras. 10 ss.

⁴⁹ Ver, *Sosa*, 542 U.S. en 732; *Informe de Amicus Curiae Profesor James Crawford en apoyo del contra-demandante condicional, La Iglesia Presbiteriana de Sudan et al. Vs. Talisman Energy Inc. No. 09-1418, Junio 23, 2010.*

⁵⁰ Ver estudios de países en Acceso a la Justicia: Abusos de derechos humanos que involucran empresas, <http://www.icj.org/category/publications/access-to-justice-human-rights-abuses-involving-corporations/> (acceso 28 marzo 2014).

⁵¹ Ramasastry, A, and Thompson, M., *Commerce, Crime and Conflict: Legal Remedies for Private sector Liability for Grave Breaches of International Law*, FAFO 2006; Oxford Pro Bono Público, *Obstacles to Justice and Redress for Victims of Corporate Human Rights Abuse*, 2008.

de derechos fundamentales a personas privadas, la víctima de una violación puede recurrir directamente a los tribunales en búsqueda de justicia y reparación mediante acciones procesales conocidas como amparo, tutela u otras acciones de protección. Por otro lado, muchos Estados europeos aceptan la aplicación indirecta de derechos fundamentales en las relaciones entre personas de derecho privado.⁵²

Según la investigación de la CIJ, solamente un grupo limitado de los Estados analizados (Australia, Estados Unidos, Holanda, Kenia, Myanmar, Singapur, Sudáfrica, Suiza en nuestra muestra) reconocen en sus leyes nacionales, la responsabilidad jurídica de las corporaciones respecto a todas o a algunas violaciones graves de los derechos humanos; y un aún más pequeño grupo de Estados lo hace respecto a todas las violaciones o abusos de derechos humanos. Un conjunto más amplio de Estados reconoce la responsabilidad penal de corporaciones por un número limitado de delitos relacionados a crímenes económicos o medioambientales (incluyendo Argentina, Brasil, China, España, Italia, Guatemala, la República de Corea, Nigeria y Tailandia). Otros Estados atribuyen a las compañías las consecuencias de las condenas penales recaídas sobre sus directores o gerentes, cuando el crimen ha sido cometido en el curso normal de las operaciones de la empresa o en su beneficio, pero la empresa no es por sí misma sujeto de la persecución penal (incluyendo Perú y Colombia). Otros todavía no adoptan disposiciones que establezcan responsabilidad penal de sociedades, pero permiten la imposición de otros medios de responsabilidad, como sanciones administrativas. Algunos Estados no reconocen ninguna responsabilidad societaria- más allá de la responsabilidad civil -, estos casos incluyen Costa Rica, Polonia, Vietnam y la República Democrática del Congo.

Estos hallazgos son consistentes con otras investigaciones comparativas encomendadas por la Unión Europea relacionadas a la responsabilidad penal de personas jurídicas (incluyendo empresas comerciales).⁵³ Esta investigación encontró que 50 por ciento de Estados Miembros de la UE han introducido disposiciones sobre la responsabilidad penal general en sus sistemas jurídicos, y que un 41 por ciento reconoce responsabilidad penal de personas jurídicas por delitos específicos. Entre los Estados que reconocen únicamente responsabilidad administrativa de personas jurídicas, un 30 por ciento ha introducido responsabilidad administrativa general, mientras que un 33 por ciento reconoce la responsabilidad por infracciones específicas. Aquellos países que han adoptado responsabilidad jurídica únicamente relacionada a infracciones específicas, lo han hecho en su mayoría por tráfico ilegal de seres humanos, explotación sexual de niños y pornografía infantil, crímenes medioambientales, comercio ilícito de órganos humanos, racismo y xenofobia.⁵⁴ Es posible observar una correlación entre los delitos reconocidos como susceptibles de ser cometidos por personas jurídicas y los convenios y convenciones internacionales que explícitamente exigen que los Estados sancionen el tráfico de seres humanos, pornografía infantil y otros.

Las doctrinas usadas para fundamentar la atribución de la responsabilidad penal a una sociedad comercial también difieren según las jurisdicciones. Algunos Estados usan la teoría de la identificación, por la cual los actos y el estado mental (*mens rea*) de un gerente o director puede ser tratado como el "cerebro director" de la sociedad comercial y así atribuir ese estado mental a la empresa. Otros utilizan la teoría de la *responsabilidad del superior*, en virtud de la cual la compañía, como empleador, es responsable por los actos de sus subordinados, como en la relación empleador-empleado o superior-subordinado. Un tercer grupo utiliza el novedoso concepto de "cultura corporativa" con el fin de identificar las políticas y procedimientos de la empresa que han permitido o conducido a la comisión de

⁵² CIJ, Acceso a la Justicia, ver informes sobre Perú, Colombia, Argentina, Costa Rica, Sudáfrica, entre otros.

⁵³ G. Vermeulen, W. De Bondt, Ch. Ryckman, *Liability of Legal persons for offences in the EU*, IRCP-Series, Vol. 44, Antwerpen, 2012- pg. 79 y ss.

⁵⁴ Ibid. p. 83.

un delito. Muchos Estados utilizan una o más, o una combinación, de estas doctrinas.⁵⁵

Aparte del derecho penal, el derecho de daños se aplica universalmente también a daños cometidos por parte de empresas.⁵⁶ Leyes específicas en materia de protección de los consumidores, daños causados al medio ambiente, y relaciones laborales, también pueden establecer bases de responsabilidad legal de las empresas, que de manera similar al derecho de daños pueden cumplir la función de proteger derechos sin utilizar este término explícitamente.

Las diferencias en perspectivas, doctrina jurídica y tradiciones son características comunes del derecho comparado y la práctica; y por sí mismos no son un signo de disfunción o falta de protección. La principal preocupación ha sido que el nivel de protección que ofrece cada sistema jurídico a individuos y grupos debe ser consistente, por lo menos, con lo requerido en el derecho internacional y funcionalmente equiparables entre sí. La actual diversidad de perspectivas en gran parte procede de las distintas tradiciones y sistemas jurídicos que están a la base de disposiciones flexibles que requieren a los Estados establecer la responsabilidad jurídica de las personas jurídicas (incluidas las empresas). Así, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños y la utilización de niños en la pornografía establece en su artículo 3 (4) que:

Con sujeción a los preceptos de su legislación, los Estados Partes adoptarán, cuando proceda, disposiciones que permitan hacer efectiva la responsabilidad de personas jurídicas por los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo. Con sujeción a los principios jurídicos aplicables en el Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser penal, civil o administrativa.⁵⁷

Más allá de la existencia de un marco jurídico en cada Estado, que crea, excluye o limita la responsabilidad jurídica de las empresas, su falta de aplicación y cumplimiento son factores clave que explican varios casos en que los derechos de las personas no han sido adecuadamente protegidos o las víctimas de abuso no han obtenido reparación. Las fallas en la aplicación de la ley y la existencia de recursos y resarcimiento pueden explicarse por un complejo conjunto de factores que varía en cada país, pero que también presenta algunas características comunes. Entre los problemas más comunes son los relacionados con: debilidad del estado de derecho (incluidas las relativas a la independencia del poder judicial y a la labor de la profesión de abogado); falta de capacidad o recursos para los funcionarios públicos para defender la ley conforme a las normas internacionales; corrupción; recursos limitados de los mecanismos de protección (incluido el poder judicial); altos costos para acceder a la justicia y representación legal en demandas judiciales; otros obstáculos procesales que crean un sistema de desincentivos para iniciar procesos contra las empresas. Todos estos factores se agravan por la falta de un mecanismo de vigilancia y control internacional fuerte que colabore con los Estados en la mejora de la aplicación interna de las normas internacionales en esta esfera.

Marco jurídico para la protección contra las violaciones graves/serias de los derechos humanos por parte de empresas

⁵⁵ Wells, Celia, "Corporate Liability Principles" documento para el Panel de la CIJ sobre Complicidad Corporativa (en archivo); Stewart, James G., Corporate war crimes, Open Society Justice Initiative, 2012. CIJ, Op. Cit. nota 29

⁵⁶ CIJ, Op. Cit. Nota 29

⁵⁷ Ver: 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, adoptad por resolución de la Asamblea General A/RES/54/263 de 25 Mayo 2000, entrada en vigor el 18 Enero 2002. El Artículo 3(4) del Protocolo Facultativo se construye a partir de modelos previos adoptados por la Convención de la ONU sobre crimen organizado y la Convención contra la Corrupción, entre otros.

Algunas partes interesadas consultadas por la Comisión Internacional de Juristas se refirieron a un área especial donde los vacíos en materia de protección son agudos, y en la que el establecimiento de estándares resultaría adecuado, a saber: "violaciones graves de derechos humanos por parte de empresas."

En 2011, el Profesor Ruggie hizo una serie de propuestas para la continuación de su mandato como Representante Especial del Secretario General, mandato que finalizaría en junio de ese año. Entre estas propuestas, hizo un llamado para iniciar un proceso multilateral a fin de clarificar la aplicación de normas relativas a las violaciones graves de los derechos humanos o abusos en relación con la conducta de las empresas. Señaló que "Las jurisdicciones nacionales tienen interpretaciones divergentes de la aplicabilidad a las empresas de las normas internacionales que prohíben los abusos graves de los derechos humanos, las que potencialmente pueden conllevar crímenes internacionales." Estos abusos, observó, "típicamente se producen en zonas donde no puede esperarse que el régimen de los derechos humanos funcione como se ha pensado, como en casos de conflictos armados u otras situaciones de mayor riesgo. Esa diferencia sólo puede conducir a una mayor incertidumbre tanto para las víctimas como también para las empresas."

Esta es un área en la que "mayor coherencia en la protección jurídica sería altamente deseable, la cual podría alcanzarse a través de un enfoque multilateral", Ruggie propuso. ya sea a través de un procedimiento especial, y/o un grupo de trabajo intergubernamental. Mayor claridad respecto a la aplicación de estándares que prohíben las violaciones graves de los derechos humanos conlleva a la aplicación de "estándares relacionados a la investigación, sanción y reparación adecuadas cuando las empresas causen o contribuyan a dichos abusos, así como estándares sobre lo que constituye sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias. También podría abordar el tema de cuando puede ser adecuada la ampliación de la jurisdicción en el exterior, y las bases aceptables para el ejercicio de dicha jurisdicción."⁵⁸

El Profesor Ruggie reiteró sus propuestas en el marco del primer Foro sobre Empresas y Derechos Humanos, celebrado en diciembre de 2012. Describió la "aplicabilidad a las empresas de las normas internacionales que prohíben los abusos graves de los derechos humanos, equivalentes a crímenes internacionales" como un área "que requiere más atención internacional de manera inmediata." Según John Ruggie "las cortes han emitido interpretaciones contradictorias respecto a lo que estipulan precisamente las normas internacionales. Una mayor claridad jurídica es necesaria tanto para las víctimas, como para las empresas". Ruggie sugiere que "[s]ólo un proceso intergubernamental puede proporcionar tal claridad."⁵⁹

El Concepto de "graves violaciones de los derechos humanos"

Una de las primeras cuestiones que debe considerarse en este contexto es el alcance y el contenido del concepto "graves violaciones de los derechos humanos" en relación con la

⁵⁸ El Profesor Ruggie ha sugerido tres opciones para ejecutar esta tarea: primero, "el mandato de un experto individual o un Grupo de Trabajo"; segundo "un proceso intergubernamental que desarrolle un borrador de un nuevo instrumento legal internacional que aborde los retos específicos consecuencia de estos vacíos." El sugirió la Convención contra la Corrupción de la ONU como un modelo a seguir. Una "tercera opción sería tener un mandato individual o un Grupo de Trabajo que prepare el terreno para un proceso intergubernamental" en: Recommendations on Follow Up to the Mandate, <http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/ruggie-special-mandate-follow-up-11-feb-2011.pdf>, (accedido 28 Marzo 2014, disponible sólo en inglés).

⁵⁹ Intervención de Apertura del Foro sobre Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Ginebra, Suiza. John G. Ruggie 4 diciembre 2012, disponible en: <http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie-forum-address.pdf> (accedido 28 marzo 2014, disponible sólo en inglés)

conducta de las empresas. El concepto de "graves violaciones de los derechos humanos", o las variaciones de este concepto ha sido utilizado en diferentes contextos dentro de las Naciones Unidas. El antiguo procedimiento fundamentado en la Resolución 1503 (XLVIII) del Consejo Económico Social - hoy en día el "procedimiento de queja" del Consejo de Derechos Humanos, en virtud de la resolución 5/1⁶⁰ - aborda situaciones que parecen establecer un cuadro persistente de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de los derechos humanos".⁶¹

El término también se ha utilizado en el marco de los trabajos encaminados a la aprobación por consenso en la Asamblea General de la ONU de 2005, de la resolución que contiene los *Principios y Directrices Básicos sobre el derecho a interponer recursos y obtener reparación para las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario* (Principios Básicos de las Naciones Unidas), la Declaración de Viena de 1993 y en las Directrices sobre desplazamiento forzado. En la actualidad, también se han incluido en las disposiciones de los Protocolos Facultativos a la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), como se explica a continuación. Con el tiempo, la comprensión de la comunidad internacional sobre este concepto ha evolucionado. En 1993, Theo Van Boven - el entonces Relator Especial sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos y las libertades fundamentales - señaló que "no existe una definición acordada sobre el término "violaciones graves de los derechos humanos", y presentó una lista indicativa y no exhaustiva de los elementos que componen este término. Señaló, que el término 'grave' es indicativo de "la gravedad de las violaciones de los derechos humanos, pero que la palabra 'grave' también se relaciona con el tipo de derechos humanos que se violan".⁶² Por último, los *Principios Básicos de las Naciones Unidas* sobre el derecho a recursos definió el término como "violaciones...que, por su propia naturaleza grave, constituyen una afrenta a la dignidad humana."⁶³ Esta definición deja el concepto abierto. En el curso de las negociaciones y en la redacción de estos Principios Básicos, las propuestas de incluir una lista de violaciones fueron descartadas debido a que no se pudo llegar a un acuerdo.

El estudio anterior de Theo Van Boven había proporcionado una lista "indicativa o ilustrativa" de violaciones flagrantes que incluía al menos: el genocidio, la esclavitud y las prácticas análogas a la esclavitud, las ejecuciones sumarias o arbitrarias, la tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, desapariciones forzadas, detenciones arbitrarias y prolongadas; la deportación o traslado forzoso de población; y la discriminación sistemática, en particular por motivos de raza o sexo. Su estudio al mismo tiempo reconoció que, con arreglo al derecho internacional, "la violación de un derecho

⁶⁰ CDH Resolución 5/1, Construcción institucional del Consejo de Derechos Humanos, 18 Junio 2007, para. 87 y ss. En el contexto del Consejo de Derechos Humanos, existe un proceso de queja que abarca "los cuadros persistentes de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de todos los derechos humanos y de todas las libertades fundamentales que se produzcan en cualquier parte del mundo y en cualquier circunstancia." Las quejas deben referirse a derechos humanos y libertades fundamentales, y no existen más definiciones sobre esos términos que estén públicamente disponibles.

⁶¹ Ver: Philip Alston, *Commission on Human Rights*, en Philip Alston (Ed.), *The United Nations and Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pg. 144.

⁶² Comisión de Derechos Humanos, Theo Van Boven, Relator Especial sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos y las libertades fundamentales, "Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales" ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8, 2 Julio 1993. para. 8. Disponible en: http://www1.umn.edu/humanrts/demo/van%20Boven_1993.pdf. (inglés)

⁶³ Aprobado y proclamado por Resolución 60/147 de la Asamblea General de la ONU, 16 Diciembre 2005.

humano da lugar al derecho de reparación a la víctima".⁶⁴ Por otra parte, la estructura y el contenido de los *Principios Básicos de las Naciones Unidas* no se limita sólo a los crímenes en virtud del derecho internacional (a los que se dedican artículos especiales, a saber, el artículo III). Los principios 3 y 4 definen el alcance de la obligación de "respetar, garantizar el respeto y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y derecho internacional humanitario..." se refieren a la obligación de prevenir, investigar y facilitar el acceso a la justicia y reparación en caso de violación (no sólo de violaciones graves).

El Panel de Expertos Juristas de la CIJ sobre *Complicidad Empresarial y Responsabilidad Legal* describe "graves violaciones de derechos humanos" como:

"una violación de naturaleza flagrante equivalente a un ataque directo e irrefutable contra los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Entre las violaciones manifiestas de los derechos humanos estarían, por ejemplo, los crímenes de lesa humanidad, las desapariciones forzadas, las ejecuciones extrajudiciales, las detenciones arbitrarias prolongadas, la esclavitud y la tortura. El concepto de violaciones manifiestas de los derechos humanos está en continuo desarrollo y expansión, y violaciones que en otros tiempos no se consideraban violaciones graves, hoy se consideran generalmente incluidas dentro de ese concepto."⁶⁵

Esta evolución en la concepción de "graves violaciones" comenzó en la década de los 90, cuando la comunidad internacional incluyó más violaciones a la reconocida lista de violaciones flagrantes. La *Declaración y Programa de Acción de Viena* incluye: "el racismo en todas sus formas, la discriminación racial y el apartheid, la ocupación y dominación extranjeras, la xenofobia, la pobreza, el hambre y otras denegaciones de los derechos económicos, sociales y culturales, la intolerancia religiosa, el terrorismo, la discriminación contra la mujer y el atropello de las normas jurídicas", como una violación grave u obstáculo para el disfrute de los derechos humanos.⁶⁶ Y los *Principios Básicos sobre Desalojos y Desplazamientos* estableció que "Los desplazamientos forzados constituyen graves violaciones de una serie de derechos humanos internacionalmente reconocidos, en particular los derechos humanos a una vivienda adecuada, a la alimentación, al agua, a la salud, a la educación, al trabajo, a la seguridad de la persona, a la seguridad del hogar, a la libertad de tratos crueles, inhumanos y degradantes y a la libertad de circulación."⁶⁷ Más recientemente, el Artículo 11 del Protocolo facultativo al PIDESC contempla la posibilidad de establecer una comisión de investigación sobre denuncias "que revelen violaciones graves o sistemáticas" de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto. Este procedimiento se basa en disposiciones similares contenidas en el artículo 8 del Protocolo Facultativo de la CEDAW, y el artículo 6 del Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Estos instrumentos son relativamente nuevos y aún no han generado jurisprudencia sobre el tema, pero claramente incorporan dentro del sistema

⁶⁴ Van Boven, Op. Cit. nota 62, para. 13.

⁶⁵ Complicidad Empresarial y Responsabilidad Legal, Vol. 1, Op. Cit nota 29, p. 5. De acuerdo con la Guía Interpretativa de los Principios Rectores de la OACDH: "Otra clase de violaciones, incluyendo de derechos económicos, sociales y culturales también puede contar como graves violaciones si son graves y sistemáticos, por ejemplo violaciones que tienen lugar en una gran escala o dirigidos contra un grupo particular de la población" OACDH, La Responsabilidad Corporativa de Respetar los Derechos Humanos: Una Guía Interpretativa HR/PUB/12/02, 2012.

⁶⁶ Declaración y Programa de Acción de Viena, Adoptado por la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, Viena, 25 Junio 1993, para. 30.

⁶⁷ Consejo de Derechos Humanos, Principios Básicos y Directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo, Anexo I al Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, ONU Doc. A/HRC/4/18. Versión Digital: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Housing/Guidelines_sp.pdf

jurídico internacional el concepto de violaciones graves relativas a los derechos económicos y sociales, los derechos de las mujeres contra la discriminación y los derechos de las personas con discapacidad.

Por lo tanto, se puede concluir que el contenido del concepto de "graves violaciones de los derechos humanos", aplicado a las empresas, también debe ser entendido como un concepto más amplio que los crímenes establecidos bajo el derecho internacional. Tiene que ver no únicamente con la naturaleza del derecho violado, sino también con el grado y alcance de la violación, de manera tal que ninguna violación sustantiva sea necesariamente excluidas de su ámbito. Si un nuevo instrumento internacional debe abordar esas violaciones y abusos, y en función del objeto y propósito de dicho instrumento, el contenido del concepto debe especificarse con la suficiente claridad, de manera similar a como se ha hecho en el artículo 3 del Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños.

Es importante destacar que los *Principios Básicos de las Naciones Unidas* se han preocupado no sólo de las graves violaciones de los derechos humanos sino también de "las violaciones graves del derecho internacional humanitario". Mientras que las violaciones del derecho internacional humanitario no son violaciones de los derechos humanos en *stricto sensu*, necesariamente existe una superposición considerable entre ambos regímenes ya que algunas conductas ilícitas pueden dar lugar a ambos tipos de violaciones. En lo que respecta a las empresas comerciales, las violaciones del derecho internacional humanitario (DIH) normalmente se plantean en el contexto de conflictos armados y donde operan empresas privadas de seguridad privada y militar. Al abordar los temas de empresas y derechos humanos es importante no separar artificialmente los temas relacionados al DIH de aquellos de derechos humanos para ser tratados dentro de la ONU y otras instituciones internacionales y nacionales de derechos humanos.

Cabe señalar que la expresión "violaciones serias de los derechos humanos" también se ha utilizado en lugar o junto a la de "graves violaciones de los derechos humanos". En general se considera que violaciones serias reflejan ciertas violaciones que son sancionadas por el derecho penal. Por ejemplo, las Directrices del Consejo de Europa "Erradicación de la Impunidad para Violaciones Graves de Derechos Humanos", define "violaciones serias a los derechos humanos" como aquellos actos respecto de los cuales los Estados tienen la obligación, de conformidad con la Convención Europea de Derechos Humanos, y a la luz de la jurisprudencia de la Corte, de promulgar legislación penal.⁶⁸ Más recientemente, el término se utilizó en el contexto del Tratado sobre Comercio de Armas de las Naciones Unidas.⁶⁹

La aplicación de normas sobre graves violaciones de derechos humanos a empresas

El Profesor Ruggie observó que: "Las jurisdicciones nacionales tienen interpretaciones divergentes sobre la aplicabilidad a las empresas de las normas internacionales que prohíben los abusos graves de los derechos humanos, los cuales potencialmente llegan al

⁶⁸ "Dichas obligaciones surgen en el contexto del derecho a la vida (artículo 2 de la Convención), la prohibición de la tortura y otros tratos o penas inhumanos o degradantes (artículo 3 de la Convención), la prohibición del trabajo forzoso y la esclavitud (artículo 4 de la Convención) y con respecto a ciertos aspectos del derecho a la libertad y a la seguridad (artículo 5, párrafo 1, del Convenio) y el derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo 8 de la Convención). No todas las violaciones de estos artículos necesariamente alcanzarán ese umbral". Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 30 marzo 2011 en su 1110th reunión de los Delegados de los Ministros, disponible en inglés en: http://www.coe.int/t/dgi/publications/others/h-inf_2011_7en.pdf.

⁶⁹ Tratado sobre el Comercio de Armas de las Naciones Unidas, 2013, disponible en: https://unoda-web.s3.amazonaws.com/wp-content/uploads/2014/03/Ch_XXVI_08.pdf#page=22 (accedido el 28 marzo 2014).

nivel de crímenes internacionales". Aunque las violaciones graves de los derechos humanos como normas aplicables a personas naturales están claramente definidas, parece haber desacuerdo en cuanto a su aplicabilidad a personas jurídicas (incluidas las empresas comerciales). Una mirada a la legislación y la práctica nacional también muestra una diversidad de enfoques y prácticas respecto de la responsabilidad legal de las empresas (o de manera más amplia las personas jurídicas). Esta multiplicidad de enfoques es un poco más pronunciada respecto a la responsabilidad penal de las empresas, sobre la que los Estados adoptan diferentes fórmulas con campos de aplicación y ejecución variables.

Sin embargo, como ya se señaló, el derecho internacional no es totalmente silencioso respecto al tema de violaciones graves de los derechos humanos cometidas con participación de las personas jurídicas. El Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños (PFVN) establece en su artículo 3(4): "Con sujeción a los preceptos de su legislación, los Estados Partes adoptarán, cuando proceda disposiciones que permitan hacer efectiva la responsabilidad de personas jurídicas por los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo. Con sujeción a los principios jurídicos aplicables en el Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser penal, civil o administrativa." La ley y la práctica de muchos Estados también muestran que algunos tipos de violaciones flagrantes de los derechos humanos dan lugar a responsabilidad legal, inclusive si la legislación nacional aplicada no siempre se inscribe en el marco de los derechos humanos. Sin embargo, el panorama dista de ser homogéneo y existen discrepancias que generan lagunas en la protección otorgada por la ley. Existen argumentos jurídicos y políticos fuertes dirigidos a reforzar las exigencias del derecho internacional respecto a la responsabilidad jurídica de las personas jurídicas por violaciones a los derechos humanos, en especial los más graves. Aquí, como en otras áreas, el régimen jurídico internacional es muy deficiente.

El impacto de los vacíos existentes en el marco del derecho internacional y la diversidad de enfoques sobre la protección otorgada por las cortes y tribunales puede ser ilustrado con algunos casos recientes. Algunas cortes de los Estados Unidos han sostenido, en el contexto de procesos judiciales iniciados en virtud de la Ley de Reclamación de Agravios contra Extranjeros, que el derecho internacional consuetudinario relativo a los crímenes de derecho internacional no se aplica a las empresas. La Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Nueva York en *Kiobel Vs. Shell*⁷⁰ sostuvo que el "derecho de gentes" no vincula a las empresas, y consideró que las normas internacionales relativas a la prohibición de los crímenes internacionales no son directamente aplicables a las personas jurídicas. Este punto de vista, que es cuestionado por muchas organizaciones de derechos humanos, no fue reconsiderado por la Corte Suprema, la cual en *Kiobel Vs. Shell* desestimó el caso por falta de competencia *ratione materiae*.

Como se señaló anteriormente, el derecho internacional humanitario, que *stricto sensu* no se enmarca en el régimen de derechos humanos, ofrece protección que se superpone con el derecho de los derechos humanos, y las víctimas de las violaciones graves del derecho internacional humanitario tienen derecho a un recurso efectivo y a obtener reparación. Además, la mayoría de esas violaciones dan lugar a la responsabilidad penal individual de los autores, en particular respecto a aquellas que constituyen infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y Protocolo Adicional I de 1977 y de otros crímenes comprendidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

En este sentido, es útil resaltar un caso en apelación ante la Corte Superior de Versalles en Francia, en el cual se impugna la legalidad de un contrato de concesión firmado por Israel y la corporación *Citypass* (establecido por empresas israelíes con la francesa *Alstom*, *Alstom*

⁷⁰ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 621 F.3d 111 (2do Cir. Septiembre 17, 2010).

31| Necesidad y opciones para un nuevo instrumento internacional sobre Empresas y Derechos Humanos

y *Veolia Transport*). La Corte dictaminó que las disposiciones del derecho internacional humanitario no se aplican a las empresas concernidas. Entre las disposiciones del derecho internacional humanitario que las empresas presuntamente habían incumplido se encontraban las relativas a las infracciones graves al Cuarto Convenio de Ginebra (desplazamiento de la población de un territorio ocupado). En este caso de carácter civil, la Corte sostuvo que estas disposiciones no se aplican a las empresas bajo ningún título, ni como tratados ni como costumbre, aún cuando las normas subyacentes tengan carácter de *jus cogens*. La Corte no abordó la cuestión de si la conducta de las compañías constituyó o no crímenes internacionales en la ley francesa.⁷¹ El Código Penal Francés reconoce la responsabilidad penal de personas jurídicas, tales como las sociedades mercantiles.

Este estado del derecho en la jurisprudencia francesa y federal de los EE.UU. debe contrastarse con la legislación vigente en los Países Bajos, Australia y Canadá, para citar algunos ejemplos. En los dos últimos, la incorporación del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) en el sistema jurídico nacional, en el cual el *Common Law* reconoce la responsabilidad penal corporativa, ha tenido el efecto de aplicar automáticamente los delitos establecidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a las empresas. En los Países Bajos la ley establece la responsabilidad penal de las empresas. Mientras que en Canadá y Australia no existen ejemplos de procesos que pongan a prueba la aplicación de esta normativa, en los Países Bajos se han dado algunos casos de aplicación rigurosa.

La Ley de Crímenes Internacionales⁷² en los Países Bajos prohíbe la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad por sus nacionales, incluidas las compañías. También son penalizados los actos que constituyen complicidad, tales como la facilitación o la ayuda. Después de tres años de investigaciones, el Ministerio Fiscal holandés anunció en mayo 2013 la decisión de no continuar la investigación y proceso contra Lima Holding B.V., una empresa del Grupo Riwal y propietario de la filial israelí, por su presunta participación en crímenes de guerra (contribución al desplazamiento de población israelí en territorio palestino ocupado). En el análisis de la presunta conducta ilegal de la empresa, el fiscal sopesó la contribución de Riwal en relación a todos los asentamientos, incluyendo la construcción del *Muro*, y consideró que dicha contribución fue mínima (no sustancial). El fiscal sostuvo que la reestructuración de la empresa, después de haberse iniciado las investigaciones oficiales, ha servido para poner efectivamente fin a sus actividades en Israel.⁷³ Los ejecutivos de Riwal fueron puestos bajo escrutinio jurídico y político como resultado de la investigación. La publicidad y la presión generada por la opinión pública alrededor del caso obligó a Riwal a tomar medidas para desvincularse de su filial y de sus operaciones en el territorio Palestino ocupado (ahora una empresa israelí). La emisión de dos advertencias previas por parte de los Ministerios de Relaciones Exteriores y Asuntos Económicos de los Países Bajos no fueron suficientes para que la empresa tomase medidas significativas. La acción por parte del fiscal, la incautación de pruebas en la oficina de Riwal y en los domicilios de sus ejecutivos, junto con la inevitable publicidad de este tipo de casos, parecen haber llevado a la empresa a tomar acciones audaces y a cambiar su conducta.

La calificación de un acto como "grave violación a los derechos humanos" tiene implicaciones para una serie de normas relativas a su aplicación y ejecución. El Profesor Ruggie sugiere que una decisión sobre la aplicación de estas normas a las empresas

⁷¹ *Affaire Association France-Palestine Solidarité AFPS c/ Société Alstom Transport SA*, Cour d'Appel de Versailles, 22 marzo 2013.

⁷² International Crimes Act 2003 (Wet Internationale Misdaden), art. 2(2). Ver también: Access to Justice: Human Rights Abuses Involving Corporations- The Netherlands, CIJ, Ginebra 2010, p. 7.

⁷³ Al Haq, *Prosecutor dismisses war crimes case against Riwal*, <http://www.alhaq.org/advocacy/targets/accountability/71-riwal/704-prosecutor-dismisses-war-crimes-case-against-riwal> (accedido 3 junio 2014, disponible solo en inglés)

32| Necesidad y opciones para un nuevo instrumento internacional sobre Empresas y Derechos Humanos

"debería ayudar a aclarar estándares relacionados a la investigación, sanción y reparación adecuadas cuando las empresas causen o contribuyan a dichos abusos, así como sobre lo que constituye sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias. También podría abordar el tema de cuando puede ser adecuada la ampliación de la jurisdicción en el exterior, y las bases aceptables para el ejercicio de dicha jurisdicción."

De hecho, el reconocimiento de cierto tipo de conducta como una grave violación de los derechos humanos y, más específicamente, como un crimen de derecho internacional generalmente conlleva una serie de consecuencias. Entre ellas se encuentra la responsabilidad de los Estados de investigar, procesar y castigar, así como contar con un sistema de jurisdicción extraterritorial - incluyendo la jurisdicción universal - para asegurar que aquellos involucrados en graves violaciones y abusos no escapen de la justicia. Por ejemplo, la Convención contra la Tortura (CAT) define la tortura como un crimen y exige a los Estados parte su tipificación como delito en el sistema jurídico nacional (artículo 4). También establece que los Estados deben adoptar medidas para "establecer su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4", incluso cuando el responsable o la víctima sean nacionales de dicho Estado. En el caso de que un presunto responsable se encuentre en su territorio (incluso si no es su nacional), los Estados partes están obligados a establecer su jurisdicción, en caso de no extraditar al presunto responsable a otro Estado con jurisdicción (artículo 5). Obligaciones similares, pero con mucho más detalle, están contenidas en el Convención internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (Artículos 3-14).⁷⁴

Estos y otros tratados de derechos humanos se limitan, por supuesto, a establecer la responsabilidad penal individual y no la de la persona jurídica. El PFVN y la Convención sobre la trata de seres humanos son excepciones a este enfoque.

El PFVN exige a los Estados partes que establezcan su jurisdicción sobre los delitos definidos en el Protocolo Facultativo de la misma forma en que lo hacen las disposiciones de la Convención contra la Tortura mencionado anteriormente. La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional⁷⁵ también establece la

⁷⁴ Adicionalmente, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha afirmado en su Observación General 31 que para ciertas obligaciones bajo el PIDCP los Estados tienen la obligación de criminalizar y sancionar, como mínimo, las conductas que equivalgan a una violación al derecho a la vida (ej. ejecuciones extrajudiciales), los tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes. Los tratados regionales de derechos humanos también proveen, de manera explícita o mediante jurisprudencia, la obligación de criminalizar dichas violaciones de derechos humanos. El Comité de Derechos Humanos ha establecido en su Observación General 31:

"Cuando las investigaciones a que se ha hecho referencia en el párrafo 15 revelan violaciones de determinados derechos del Pacto, los Estados Partes deben velar por que los responsables sean sometidos a la justicia. Al igual que sucede con la insuficiencia de la investigación, la falta de sometimiento a la justicia de los autores de esas violaciones podría de por sí constituir una violación separada del Pacto. Esas obligaciones surgen, en particular, con respecto a las violaciones reconocidas como delictivas con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, como la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes similares (art. 7), la ejecución sumaria y arbitraria (art. 6) y la desaparición forzosa (artículos 7 y 9 y, frecuentemente, 6). En realidad, el problema de la impunidad con relación a esas violaciones, asunto que causa una constante preocupación al Comité, puede constituir un elemento importante que contribuye a la repetición de las violaciones. Cuando se cometen como parte de un ataque generalizado sistemático contra la población civil, esas violaciones del Pacto son crímenes de lesa humanidad (véase el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 7)." párr. 18

⁷⁵ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, aprobada por la Asamblea General en su resolución 55/25, entrada en vigor el 25 de diciembre de 2003. De igual modo, la Convención de la ONU contra la Corrupción, aprobada por la Asamblea General en su resolución 58/4, de 31 de octubre de 2003, entrada en vigor en 2005, dispone también de responsabilidad legal de las personas jurídicas (artículo 26).

33| Necesidad y opciones para un nuevo instrumento internacional sobre Empresas y Derechos Humanos

responsabilidad legal de las personas jurídicas (artículo 10). De igual manera dispone el procesamiento, investigación y jurisdicción sobre estos delitos (artículo 15 (2)) de la siguiente manera:

"12. Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 4 de la presente Convención un Estado Parte también podrá establecer su jurisdicción para conocer de tales delitos cuando:

- a) El delito se cometa contra uno de sus nacionales;
- b) El delito sea cometido por uno de sus nacionales o por una persona apátrida que tenga residencia habitual en su territorio; o
- c) El delito:
 - i) Sea uno de los delitos tipificados con arreglo al párrafo 1 del artículo 5 de la presente Convención y se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión de un delito grave dentro de su territorio;
 - ii) Sea uno de los delitos tipificados con arreglo al inciso ii) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 6 de la presente Convención y se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión, dentro de su territorio, de un delito tipificado con arreglo a los incisos i) o ii) del apartado a) o al inciso i) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 6 de la presente Convención."

El Protocolo de la Convención contra la Delincuencia Organizada para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, fue adoptado con el objetivo de "facilitar la convergencia de los enfoques nacionales con respecto a la creación de los delitos penales que apoyarán la cooperación internacional eficiente en la investigación y procesamiento de los responsables de la trata de personas" y "para proteger y ayudar a las víctimas de la trata de personas, con pleno respeto de sus derechos humanos".⁷⁶

En lo que respecta a violaciones flagrantes a los derechos humanos que constituyan crímenes en virtud del derecho internacional, los *Principios básicos y Directrices de las Naciones Unidas* contienen una serie de disposiciones en cuanto a la protección, investigación, reparación y justicia. Los Estados tienen la obligación de investigar y, de ser apropiado, juzgar y sancionar. Los Estados también deben cooperar entre sí y ayudar a los órganos judiciales internacionales competentes a investigar (Principio 4). Cuando proceda, los Estados deben promulgar disposiciones relativas a la jurisdicción universal (Principio 5), sobre imprescriptibilidad de violaciones graves (Principio 6) y reparación a las víctimas, incluyendo "(a) Igualdad y acceso efectivo a la justicia, (b) reparación adecuada, efectiva y rápida de los daños sufridos, (c) el acceso a la información pertinente sobre las violaciones y mecanismos de reparaciones (Principio 11)."

Los *Principios Básicos* también dedican una gran atención al acceso a la justicia y la reparación. El Principio 12 establece que: "la víctima... tendrá el mismo acceso a un recurso judicial efectivo... Las obligaciones... para asegurar el derecho al acceso a la justicia y a un procedimiento justo e imparcial deberán reflejarse en el derecho interno... ", inclusive la obligación de prestar asistencia a las víctimas que buscan el acceso a la justicia y el desarrollo de procedimientos para las reclamaciones colectivas. Cabe señalar que los Principios Básicos reiteran la obligación de procurar acceso a la justicia para las víctimas de todas las violaciones, y no sólo las que han sido clasificadas como "graves violaciones" y "con independencia de quién resulte ser en definitiva el responsable de la violación..." (Principio 3), haciendo que esta normativa sea potencialmente aplicable a abusos cometidos por empresas. En cierta medida, los *Principios Básicos* proporcionan una

⁷⁶ Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito, sitio WEB: <http://www.unodc.org/unodc/treaties/CTOC/> (accedido el 28 Marzo 2014).

34| Necesidad y opciones para un nuevo instrumento internacional sobre Empresas y Derechos Humanos

respuesta a nivel de instrumento declarativo a las preocupaciones del Profesor Ruggie citadas anteriormente.

Un instrumento adicional altamente relevante, es el *Conjunto de Principios actualizado para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, recomendado a todos los Estados por las Naciones Unidas.⁷⁷ Estos principios contienen disposiciones detalladas para los Estados respecto a las violaciones de los derechos humanos y de delitos graves conforme al derecho internacional. En consonancia con los Principios, los delitos graves conforme al derecho internacional "comprenden infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y de su Protocolo Adicional I de 1977 y otras violaciones del derecho internacional humanitario que constituyen delitos conforme al derecho internacional: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y otras violaciones de los derechos humanos internacionalmente protegidos que son delitos conforme al derecho internacional y/o respecto de los cuales el derecho internacional exige a los Estados que impongan penas por delitos, tales como la tortura, las desapariciones forzadas, la ejecución extrajudicial y la esclavitud".

Aunque los *Principios Básicos* y los *Principios de Impunidad* toman la forma de instrumentos declarativos, y su contenido refleja derecho internacional ya establecido. Cualquier nueva propuesta de instrumento declarativo debe mostrar cómo dicho instrumento añadirá valor a lo que ya se ha previsto en los *Principios Básicos*.

Las obligaciones Estatales de proteger contra las violaciones de los derechos humanos por parte de terceros, y sus dimensiones extraterritoriales

La jurisprudencia de los tribunales internacionales, mecanismos cuasi-judiciales y organismos de las Naciones Unidas con respecto a las obligaciones de los Estados de proteger *vis a vis* actores no estatales, confirma la obligación que suele formularse generalmente como debida diligencia para adoptar medidas adecuadas para prevenir abusos por parte de terceros, investigar y, en su caso, castigar a los perpetradores y/o proporcionar reparación. El Comité de Derechos Humanos ha afirmado que:

"... las violaciones de derechos pueden resultar del hecho que los Estados Partes permitan o dejen de adoptar medidas adecuadas o de ejercer una debida diligencia para prevenir, castigar, investigar o reparar el daño causado por actos de personas o entidades privadas."⁷⁸

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han seguido fundamentalmente la misma dirección.⁷⁹

⁷⁷ Resolución 2005/81, Comisión de Derechos Humanos, ECN.4/2005/102/Add 1

⁷⁸ Observación General 31, La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, aprobado el 29 de marzo 2004, párr. 8; Caso *Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrs. 166-174. Ver: *State Responsibilities to Regulate and Adjudicate Corporate Activities under the United Nations' core Human Rights Treaties Individual report on the ICCPR (Informe No. III)*, preparado para el mandato del Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales con el apoyo de la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos Junio de 2007.

⁷⁹ Por ejemplo en la siguiente decisión:

"Esas obligaciones del Estado proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones *erga omnes* contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención. (énfasis añadido)"

35| Necesidad y opciones para un nuevo instrumento internacional sobre Empresas y Derechos Humanos

Las medidas específicas que los Estados deben adoptar para prevenir posibles violaciones han sido definidas en la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos en referencia a derechos específicos contenidos en ciertos convenios y en base a cada caso en concreto. De manera amplia, esas medidas han sido resumidas en los *Principios Rectores* como medidas de vigilancia, regulación, adjudicación (investigación, enjuiciamiento y, en su caso, el castigo) y/o reparación.⁸⁰

Sin embargo, aparte de lo deseable que sean obligaciones más específicas aplicables a la situación particular de las operaciones empresariales, una buena parte del debate en el campo de empresas y derechos humanos se refiere a las cuestiones prácticas de la dimensión extraterritorial del deber del Estado de proteger los derechos humanos. Los Principios Rectores recomiendan: "Los Estados deben enunciar claramente que esperan que todas las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción respeten los derechos humanos a través de todas sus operaciones." Los Estados tendrían buenas razones políticas para establecer dichas expectativas, pero no tienen una obligación jurídica porque, según el autor de los Principios Rectores, el derecho internacional de los derechos humanos no exige a los Estados que "regulen las actividades extraterritoriales de las empresas domiciliadas en su territorio y/o su jurisdicción."⁸¹ Esta ha sido, por mucho tiempo, una de las disposiciones de los Principios Rectores que más críticas ha recibido por parte de varios comentaristas.⁸² La mayoría de instrumentos adoptados posteriormente se han distanciado de dicho enfoque.

El criterio adoptado por el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales se encuentra en consonancia con los principios de Maastricht cuando insiste en que, como parte de su obligación de proteger, los Estados deben dar pasos "para prevenir que empresas con domicilio social en su jurisdicción vulneren los derechos humanos en el extranjero" sin atentar a la soberanía ni menoscabar las obligaciones de los Estados de acogida.⁸³ Asimismo, la Observación General 16 del Comité de los Derechos del Niño explica que los Estados de origen tienen la obligación de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos del niño en el contexto de las operaciones empresariales de carácter extraterritorial, cuando exista un vínculo razonable entre el Estado y la conducta de que se trate. A saber, cuando la empresa tenga su centro de actividad, esté registrada o domiciliada, tenga su sede principal de negocios o desarrolle actividades comerciales sustanciales en dicho Estado (pár. 43).

La Observación General 16 identifica una serie de medidas que los Estados pueden adoptar para prevenir un daño en el exterior; entre ellos, condicionando el financiamiento público, y otras formas de apoyo público, a la realización de un proceso de identificación, prevención o mitigación de los impactos negativos sobre los derechos del niño en sus operaciones en el exterior, tomando en cuenta para esos fines los antecedentes de las empresas; y garantizar que organismos del Estado, como agencias de crédito para la exportación, también adopten estas medidas para identificar, prevenir y mitigar los impactos adversos de los proyectos que apoyan.

Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, sentencia 15 septiembre 2005, párra. 111. Ver también: *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname*, sentencia de 15 Julio 2005, serie C No. 124, nota 4. párra. 211; *Caso de la Comunidad Indígena de Sarayaku. Medidas Provisionales*, 6 julio 2004.

⁸⁰ Consejo de Derechos Humanos, Principios Rectores sobre las Empresas y Derechos Humanos: Implementando el Marco de las Naciones Unidas "Proteger, Respetar y Remediar," ONU Doc. A/HRC/17/31, 21 marzo 2011, Principio 1

⁸¹ Principio Rector 2 y comentario; ver también: Informe sobre Responsabilidades de los Estados, ONU Doc. A/HRC/4/35/Add. 1, párras. 85-92.

⁸² Ver, D. Augenstein and D. Kinley "When human rights 'responsibilities' become 'duties': the extra-territorial obligations of states that bind corporations", en: Deva & Bilchitz, Op. cit. nota 14, pg. 271- 294.

⁸³ Declaración sobre DESC y empresas, Op. Cit. nota 17.

Los principios de Maastricht acogen el mismo enfoque. De acuerdo con los Principios 24 y 25, los Estados deben adoptar medidas "para asegurar que los actores no estatales que estén en condiciones de regular", no anulen o menoscaben el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales. El Principio 9 establece que un Estado tiene la obligación de respetar, proteger y cumplir los derechos económicos, sociales y culturales entre otras cosas, en "b) situaciones en las que las acciones u omisiones estatales tienen efectos previsibles en el disfrute de los derechos económicos sociales y culturales, tanto dentro como fuera de su territorio", y "c) situaciones en las que el Estado, actuando por separado o conjuntamente, a través del poder ejecutivo, legislativo o judicial, está en condiciones de ejercer influencia de carácter decisivo o de adoptar medidas para realizar los derechos económicos, sociales y culturales extraterritorialmente, en conformidad con el derecho internacional".

El comentario al Principio Rector 2 reconoce que en la actualidad los Estados adoptan una diversidad de enfoques sobre esta cuestión, y algunos de los Principios Rectores (por ejemplo los Principios 3, 7 y 10) pueden ser pertinentes para la protección de los derechos humanos fuera de las fronteras de un Estado determinado. Una serie de partes interesadas han sugerido que los Estados deberían exigir que las empresas emprendan procesos de diligencia debida respecto a la totalidad de sus operaciones a nivel mundial como parte de la obligación de los Estados de prevenir y garantizar el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas. Los Estados deben afirmar el "deber de la empresa matriz de actuar con la debida diligencia en el control de sus subsidiarias para garantizar su no participación en las violaciones de los derechos humanos", incluyendo la obligación de la empresa matriz de vigilar las actividades de su filial, y tratar de prevenir y mitigar los daños causados por su empresa.⁸⁴ De igual manera, se ha propuesto que "Los Estados deben reconocer la responsabilidad de las sociedades matrices por las violaciones de los derechos humanos cometidas por sus filiales y subcontratistas, en su cadena de suministro."⁸⁵

El ejercicio de la jurisdicción extraterritorial regulatoria, si bien no es extraña a la práctica de los Estados es siempre un tema controvertido. Puede que algunos Estados se resientan por el hecho de que otros Estados "impongan" sus leyes o normas sobre agentes económicos (filiales) en su territorio. También existe el temor de que las empresas que operan en diferentes jurisdicciones a través de sus subsidiarias, agentes o proveedores, estén sujetas a exigencias contradictorias. Esto puede ocurrir si el Estado de origen (donde la empresa matriz o inversionista tiene su base) exige algún tipo de conducta (es decir, determinada forma de debida diligencia) que el Estado anfitrión (donde la subsidiaria o inversión se encuentra) no exige en absoluto o exige de manera diferente. Por último, hay un serio obstáculo para el control y la ejecución de cualquier requisito de debida diligencia o cualquier otro tipo de conducta que se extiende en otras jurisdicciones. Los Estados suelen tener dificultades en la supervisión o verificación del cumplimiento de dichas obligaciones por parte de las subsidiarias o proveedores establecidas en otros países. Para evitar o mitigar estos riesgos, es necesario disponer de un conjunto de estándares comunes para todos los Estados, un sistema que establezca responsabilidades y derechos para regular, un marco de cooperación entre Estados, y un sistema internacional de monitoreo y supervisión.⁸⁶

Cooperación internacional para la investigación y ejecución

⁸⁴ Skinner, G, McCorquodale, R, De Schutter, Op. Cit. nota 37, pg. 65

⁸⁵ CIDSE, Diligencia Debida en materia de Derechos Humanos: Medidas políticas para conseguir una aplicación eficaz, Septiembre 2013, pg. 12.

⁸⁶ Skinner, G, McCorquodale, R, De Schutter, Op. Cit. nota 37.

La obligación general de cooperación internacional es una obligación corriente en el derecho internacional de los derechos humanos, comenzando con la propia Carta de las Naciones Unidas. Los artículos 55 y 56 de la Carta establecen: "Todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización" para lograr ciertos fines, entre ellos "el respeto universal a los derechos humanos y las libertades fundamentales..." Algunas obligaciones particulares de cooperación internacional aparecen a través del derecho internacional de los derechos humanos.⁸⁷

La necesidad de garantizar a las personas el acceso a la justicia y los recursos en los casos de presuntas violaciones de sus derechos por parte de empresas, plantea una serie de cuestiones prácticas relativas a investigaciones transfronterizas, algunas de las cuales han sido ilustrados por el caso Lima Holding/Riwal, descrito anteriormente. Algunos de los mismos desafíos prácticos también se presentan en relación a la adopción de las medidas preventivas con alcance extraterritorial, puesto que se puede alegar que sería difícil que el Estado de origen pueda vigilar dicho cumplimiento en terceros Estados sin la cooperación del Estado receptor.

De igual manera, a la hora de investigar de manera efectiva las denuncias de abusos graves contra los derechos humanos o cualquier abuso de los derechos humanos cometidos en el extranjero, a menudo será necesario obtener la cooperación de la policía y las autoridades judiciales del Estado de acogida. La realización de una investigación efectiva, de conformidad con las normas internacionales es fundamental para decidir si la acusación fiscal es pertinente y potencialmente exitosa. La recopilación de las pruebas necesarias en el contexto de delitos de carácter transnacional es particularmente difícil, y puede agravarse por la complejidad de las estructuras empresariales y la hostilidad de las normas de procedimiento en este contexto. La cooperación entre los Estados resulta esencial, como en el caso de otros delitos transnacionales como el soborno a funcionarios públicos extranjeros.

El caso Riwal ilustra los importantes retos que las investigaciones a nivel transnacional enfrentan. El ministerio fiscal holandés no confiaba en la obtención de pruebas necesarias para la condena de la empresa sospechosa, muchas de las cuales se encontraban en el Territorio Palestino Ocupado y en el mismo Israel, y para cuya obtención se requería la cooperación de las autoridades competentes así como de importantes recursos. Ponderando todos estos factores, el fiscal decidió no continuar. No es difícil imaginar situaciones similares en otros países.

En el ámbito de la cooperación jurídica y judicial internacional, y de asistencia judicial recíproca, hay una serie de instrumentos de alcance regional e internacional, pero que constituyen en el mejor de los casos un sistema fragmentado de reglas que hasta la fecha no ha permitido una cooperación eficiente en todo sentido.

La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes exige a los Estados parte proveer "todo el auxilio posible en lo que respecta a cualquier procedimiento penal", en relación a la tortura, como " el suministro de todas las pruebas necesarias para el proceso que obren en su poder". Una obligación similar está contenida en la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas. Los primeros dos Protocolos Facultativos a la Convención sobre los Derechos del Niño también obligan a los Estados parte a que cooperen con el fin de prevenir y sancionar la venta de niños, la prostitución infantil, la pornografía infantil y la participación de niños en los conflictos armados.

⁸⁷ Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículos 22 y 29; Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad CDPD, artículo 32; CCT artículo 9(1); PIDESC (artículos 2(1); 11(1), 22); entre otros.

El Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía- PFVN, determina que los Estados partes deben cooperar en relación con las investigaciones o los procedimientos penales o de extradición iniciados en relación a los delitos enunciados en el Protocolo, lo que incluye "asistencia para la obtención de todas las pruebas necesarias para esos procedimientos que obren en su poder".⁸⁸ Además, en virtud del Artículo 6(2), los Estados deben cumplir sus obligaciones derivadas de otros tratados de asistencia judicial recíproca que existan entre ellos. El PFVN es el único tratado dentro del sistema de derechos humanos que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas (que incluye las sociedades comerciales).

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención de la OCDE contra el Soborno de Funcionarios Públicos Extranjeros contienen disposiciones detalladas sobre la cooperación de los Estados y de asistencia jurídica recíproca que sirven como precedentes útiles en la materia. Este tipo de cooperación se extiende a los ámbitos relacionados con el intercambio de información y de datos, procedimientos judiciales y administrativos, obtención y protección de pruebas.

Además de la asistencia y cooperación jurídica para la investigación, la cooperación internacional también es esencial para la ejecución de las sentencias civiles o penales, órdenes de incautación y medidas similares. Una vez que el proceso haya concluido y una condena se haya obtenido, o una demanda civil haya sido exitosa, las sentencias resultantes requieren ser cumplidas para que los demandantes y las víctimas puedan obtener reparación. La ejecución de las decisiones judiciales es un elemento esencial para que un recurso judicial sea efectivo. El caso *Lago Agrio Vs. Texaco/Chevron*, en la selva amazónica del Ecuador, es un ejemplo de las dificultades que los demandantes pueden enfrentar en la búsqueda de una reparación por crímenes empresariales. En la demanda original, presentada en los Estados Unidos, los demandantes afirmaron que de 1972 a 1992, la compañía Texaco (adquirida posteriormente por Chevron) vertió cantidades masivas de desechos de petróleo altamente tóxicos en fuentes de agua usadas por los pobladores para la pesca, la cocina, recolección de agua para beber, e higiene; y que Texaco esparció este tipo de residuos en los caminos nacionales. En su decisión de 16 de agosto de 2002, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos desestimó el caso sobre la base de la doctrina de *forum non conveniens*. Los demandantes presentaron el caso ante los tribunales ecuatorianos y obtuvieron una sentencia definitiva favorable diez años más tarde. Esta sentencia fue impugnada ante los tribunales de los Estados Unidos como "fraudulenta" por parte de Chevron. Dado que la empresa no tiene activos en el Ecuador, los demandantes tienen la ardua tarea de lograr el cumplimiento de la sentencia en otras jurisdicciones en las que Chevron posea activos.

Existen algunos instrumentos internacionales sobre asistencia legal y cooperación judicial recíproca en la ejecución de sentencias extranjeras que han sido concluidos en el marco de la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado,⁸⁹ aunque ninguno de ellos ha entrado en vigor. En 1971, la Conferencia de La Haya acordó el Convenio sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Mercantil, por el

⁸⁸ Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, adoptado por resolución de la Asamblea General de la ONU A/RES/54/263 de 25 de mayo de 2000, entrada en vigor el 18 Enero 2002. Disponible en digital en: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/OPSCCRC.aspx>.

⁸⁹ Por ejemplo, el Convenio sobre Ley Aplicable a la Transferencia de la Propiedad en Caso de Venta de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales (1958), y el Convenio sobre los Acuerdos de Elección de Foro (1965).

cual cualquier decisión judicial adoptada por un tribunal de un Estado Contratante tiene derecho a ser reconocida y ejecutada en otro Estado contratante si el tribunal que la dictó en principio tenía jurisdicción y si la sentencia es definitiva.⁹⁰ El Convenio ha sido ratificado únicamente por Chipre, los Países Bajos, Portugal y Kuwait. En la práctica, el Reglamento Bruselas I de la UE ha sustituido este acuerdo en relación con los tres Estados que lo han ratificado y que son miembros de la UE.

Las negociaciones del año 2001 llevaron a la conclusión del *Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de Foro*.⁹¹ En virtud del artículo 8 de este Convenio, una resolución dictada por un tribunal de un Estado contratante que haya sido designado en un acuerdo exclusivo de elección de foro, será reconocida y ejecutada en los demás Estados contratantes sin que se proceda a revisión alguna en cuanto al fondo de la resolución. Este Convenio se aplica sólo en materia civil y mercantil, excluyendo del ámbito de su competencia, por ejemplo, medidas provisionales de protección. Actualmente, sólo México se ha adherido al Convenio. Los Estados Unidos y la Unión Europea firmaron el Convenio en 2009, pero aún no han depositado sus instrumentos de ratificación.⁹²

Otros instrumentos internacionales contienen obligaciones respecto a la cooperación entre Estados para el reconocimiento y ejecución de decisiones y procedimientos judiciales. Por ejemplo, el *Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil Nacida de Daños Debidos a Contaminación por Hidrocarburos* (1969) que fue reemplazada por el Protocolo de 1992,⁹³ establece en su Artículo 10 que :

"1. Todo fallo dictado por un tribunal con jurisdicción conforme a lo dispuesto en el artículo IX que sea de cumplimiento obligatorio en el Estado de origen, en el cual ya no esté sometido a procedimientos ordinarios de revisión, será reconocido en cualquier Estado Contratante, salvo que:

- (a) el fallo se haya obtenido fraudulentamente; o que
- (b) no se haya informado al demandado con antelación suficiente, privándole de la oportunidad de presentar su defensa.

2. Los fallos reconocidos en virtud del párrafo 1 del presente artículo serán de cumplimiento obligatorio en todos los Estados Contratantes tan pronto como se hayan satisfecho las formalidades exigidas en esos Estados. Estas formalidades no permitirán que se revise el fondo de la demanda."

Por último, el artículo 18 de *la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* obliga a los Estados parte a brindar la cooperación y asistencia mutua necesarias en las investigaciones, procesos y actuaciones relacionadas con los delitos contemplados por la Convención. A pesar de que la Convención no se refiere directamente al reconocimiento y la ejecución de decisiones judiciales, de conformidad con

⁹⁰ Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, *Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial*, concluido el 1 de febrero de 1971, art. 4 Disponible en digital: http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=78 (accedido 28 de marzo de 2014)

⁹¹ Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, *Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro, hecho el 30 de junio de 2005*, Disponible en digital: http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=98 (accedido 28 marzo 2014)

⁹² Ver: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=98 (accedido 28 marzo 2014).

⁹³ *Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil Nacida de Daños Debidos a Contaminación por Hidrocarburos*, adoptado 9 noviembre 1969; entrado en vigor: 19 Junio 1975; reemplazado por el Protocolo de 1992: adoptado el 27 Noviembre 1992; entrado en vigor el 30 de mayo 1996. Disponible en línea: http://www.iopcfunds.org/uploads/tx_iopcpublishations/Text_of_Conventions_e.pdf (accedido 28 marzo 2014)

40| Necesidad y opciones para un nuevo instrumento internacional sobre Empresas y Derechos Humanos

el artículo 16(12) el Estado parte considerará la ejecución de una sentencia impuesta por otro Estado cuando una solicitud de extradición, presentada con el propósito de cumplir una condena, es rechazada porque la persona buscada es nacional del Estado Parte requerido.

Estos instrumentos constituyen un marco desigual para la cooperación internacional en la investigación, el enjuiciamiento y la ejecución de sentencias judiciales. Este sistema requiere, de manera clara y urgente, ser mejorado para responder a los desafíos que implica garantizar el acceso a un recurso efectivo para las víctimas.

PARTE II

OPCIONES PARA UN INSTRUMENTO INTERNACIONAL

Se han formulado muchos llamados a que se establezcan instrumentos internacionales en el campo de empresas y derechos humanos en general, incluyendo instrumentos de naturaleza vinculante. Hasta la fecha, los únicos instrumentos desarrollados a nivel institucional dentro del sistema de los derechos humanos de las Naciones Unidas son las *Normas sobre las Responsabilidades de Corporaciones Transnacionales y otras Empresas de Comercio con respecto a los Derechos Humanos*, adoptadas en 2013 por la Sub-Comisión de expertos para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, las cuales nunca llegaron a ser aprobadas por un órgano intergubernamental; y los *Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos*. En el estado actual del debate, está claro que entre algunos actores involucrados hay un apoyo creciente para un instrumento internacional vinculante, aunque todavía existe desacuerdo sobre el contenido y el momento oportuno para poner en práctica la idea.

El objetivo de esta parte del informe es detenerse en las opciones para un instrumento internacional. Tal instrumento podría cobrar la forma de un tratado, sin embargo, si un instrumento vinculante es visto como políticamente inviable por el momento, también es posible que un instrumento declaratorio pueda surgir como un paso intermedio. Dado que muchos Estados y la mayoría de organizaciones de la sociedad civil están de acuerdo sobre la necesidad de un instrumento internacional vinculante, que de cualquier forma debe ser visto como un objetivo final, el énfasis en las siguientes secciones será sobre esta opción en particular. Debe tomarse en cuenta que un instrumento declaratorio debe ser formulado de tal manera que forme las bases para un futuro tratado. Dicho instrumento puede también ser considerado como una opción complementaria a un tratado; de igual manera, como un medio para facilitar el proceso de iniciativas regionales, como aquellas que están actualmente en marcha en el Consejo de Europa.

El análisis realizado con anterioridad en este informe indicó algunas razones claras por las que se necesita este tratado, resaltando argumentos a favor del fortalecimiento, clarificación y desarrollo de estándares internacionales en varias áreas. Un instrumento internacional ayudaría a codificar y cristalizar legislación y práctica nacional progresiva aportando claridad y más certeza para los Estados y empresas. Los asuntos que emergen como temas apropiados para el establecimiento de estándares apuntan a la necesidad de fortalecer la fiscalización o vigilancia de las operaciones empresariales, además de los remedios y la reparación para las víctimas. Estos asuntos incluyen: un sistema fortalecido de responsabilidad jurídica aplicable a las compañías, en particular en caso de abusos con fuertes elementos transnacionales; cuestiones relacionadas con la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos; recursos y reparación (particularmente recursos judiciales); y cooperación internacional para la investigación y procesamiento de casos.

Sin duda estos temas pueden ser tratados por una combinación de enfoques e instrumentos internacionales. De cierta manera, una "combinación inteligente" de iniciativas obligatorias y voluntarias parecería ser lo óptimo a nivel internacional. Los *Principios Rectores* tienen el formato de un instrumento no vinculante y muchos actores involucrados no ven la necesidad, en este momento, de optar por otro instrumento del mismo tipo, de naturaleza general y a nivel mundial. Varios Estados y actores de la sociedad civil consideran más favorablemente la opción de un instrumento que trabaje complementariamente con otros instrumentos existentes, incluyendo los Principios Rectores, en lugar de sustituirlos.

42| Necesidad y opciones para un nuevo instrumento internacional sobre Empresas y Derechos Humanos

Cualquier instrumento internacional debe contribuir a incrementar la convergencia de estándares y enfoques jurídicos. Desde el punto de vista de las empresas y sus intereses, las diferencias entre los marcos jurídicos y su implementación en diversas jurisdicciones nacionales puede resultar en un juego desigual para empresas que operan en jurisdicciones donde hay un alto riesgo de responsabilidad jurídica, en comparación con otras jurisdicciones en donde los estándares y su observancia son más débiles. Las empresas pueden no tener claro el nivel de responsabilidad al cual pueden eventualmente estar expuestos en algunas jurisdicciones, y esta incertidumbre puede llevar a algunas empresas a tratar de capitalizar aquellas diferencias para su propio beneficio y en perjuicio de los derechos humanos. Estas diferencias también pueden generar un ambiente que favorezca una "carrera hasta el fondo" entre Estados que intentan atraer la inversión extranjera y responden a las exigencias de algunas empresas para crear un "ambiente amigable" más favorable y flexible. La carrera descendente puede ser expresada no sólo en términos de legislación, sino también en términos de capacidad y buena voluntad para aplicar la ley.

Al parecer, la mayoría de actores favorece un instrumento internacional enfocado en obligaciones específicas adicionales para que los Estados regulen y hagan responsables a las empresas. Aunque hay un buen número de académicos y organizaciones que preferirían concentrarse en el desarrollo de obligaciones jurídicas directas para las empresas transnacionales, el presente informe acoge la primera opción, no por razones doctrinales sino prácticas. Considerando el actual estado del derecho y las instituciones internacionales, el establecimiento de obligaciones jurídicas internacionales para los actores empresariales puede ganar impulso, sin embargo, necesitará siempre de instituciones estatales para su implementación a nivel nacional por medio de legislación y aplicación. No obstante, un nuevo instrumento internacional vinculante también puede allanar el camino para la posterior evolución de las responsabilidades directas de las empresas.

La decisión final sobre si un instrumento vinculante es conveniente o posible dependerá en parte de su potencial contenido. Parte del debate actual sobre el contenido se ha centrado sobre si un tratado debe o no restringir su alcance a las "graves violaciones a los derechos humanos"⁹⁴, o si preferiblemente debe cubrir a los derechos humanos en general. Hay intereses importantes en juego en este debate, pero es también importante asegurar que los temas primordiales no se pierdan de vista, a saber: ¿Qué puede o no puede lograrse con la elaboración de un instrumento que trate exclusivamente sobre "violaciones graves contra los derechos humanos"? En la práctica, los principales proponentes de restringir el alcance a "graves violaciones" no parecen haber articulado argumentos por los que sería mejor centrarse en esas violaciones y no abarcar más. Ciertamente tiene sentido dar prioridad a las peores formas de abuso en términos de reparación y fiscalización. Adicionalmente, el tema de "graves abusos" en lo que se refiere a crímenes en virtud del derecho internacional es, en parte, un legado pendiente del debate alrededor del Estatuto de la Corte Penal Internacional que dejó a las personas jurídicas, tales como las empresas, fuera de la jurisdicción de la Corte. Al parecer, para algunos es necesario que cualquier nuevo instrumento tenga un alcance restringido, en lugar de un carácter general, o de un tratado marco.⁹⁵ Por otro lado, hay una diferencia entre el identificar a las graves violaciones como una prioridad, y el proponer que tal enfoque sea exclusivo.

En las siguientes secciones se tratarán las principales ideas y argumentos en relación a

⁹⁴ Véase también: John Ruggie, "A UN Business and Human Rights Treaty? An Issues Brief," 28 January 2014.

⁹⁵ Reflexiones de John Knox, en el "Taller sobre Derechos Humanos y Empresas Transnacionales: Allanando el camino hacia un Instrumento Internacional Vinculante" organizado por Ecuador y Sudáfrica, el 11 de marzo de 2014.
http://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2014/05/Ev_140311_Final-Report.pdf (Acceso: 3 de junio de 2014)

43| Necesidad y opciones para un nuevo instrumento internacional sobre Empresas y Derechos Humanos

cada opción, tomando en cuenta que el debate a nivel internacional todavía está en una etapa temprana. Esta parte del informe se basa en las visiones de los actores involucrados en algunas de las principales discusiones en las que la CIJ ha participado o ha observado hasta el año 2014 y también en su propia investigación.

Durante marzo de 2014, tuvieron lugar dos importantes reuniones en las que expertos debatieron sobre la necesidad y el contenido de un instrumento vinculante: un seminario co-organizado por Ecuador y Sudáfrica en las Naciones Unidas (el 11 - 12 de marzo de 2014, en Ginebra) y durante una audiencia en el Parlamento Europeo (el 19 de marzo de 2014, en Bruselas). Algunas temas considerados en las siguientes secciones fueron abordadas en dichos eventos.⁹⁶

I. Instrumentos internacionales jurídicamente vinculantes

El análisis desarrollado en la primera parte de este informe resalta que los tratados internacionales son herramientas efectivas para una generar reformas legales a nivel nacional y para la creación de un marco de reparación doméstico. Aunque los Estados todavía enfrentan grandes retos en la aplicación de sus obligaciones internacionales contenidas en tratados sobre estándares laborales y de derechos humanos existentes, la operatividad de una serie estándares internacionales claros en materia de derechos humanos y en ámbitos relacionados, ha probado ser efectiva. Por regla general, estos instrumentos han sido ampliamente ratificados y su implementación ha sido facilitada por una serie de instrumentos no vinculantes como declaraciones, lineamientos, principios, observaciones generales, resoluciones que contienen elementos normativos, o leyes modelo. Lo mismo puede hacerse en el campo de las empresas y los derechos humanos.

La experiencia muestra que los pocos casos de abusos a los derechos humanos por empresas que han concluido en reparación para las víctimas o que han sido abordados exitosamente por las autoridades públicas, fueron factibles gracias a la existencia de marcos legales que definen posibilidades de acción judicial a través de procedimientos civiles o delitos penales atribuibles a las empresas. Dichos marcos legales han sido promulgados en respuesta a las obligaciones establecidas en los tratados internacionales, tales como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (marco bajo el cual, por ejemplo, Holanda adoptó la Ley de Crímenes Internacionales que permitió a los fiscales investigar y enjuiciar a un número de casos por abusos corporativos; por ejemplo: el caso *Riwal*, citado anteriormente); o la Convención de Basel sobre la Eliminación de los Desechos Tóxicos (bajo la cual la Unión Europea estableció una Directiva vinculante también para los Países Bajos que habilitó a los fiscales a perseguir satisfactoriamente el caso *Trafigura*);⁹⁷ o el Protocolo que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional sobre la trata de personas; o el Protocolo facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño sobre la Venta de Niños y la Pornografía Infantil (bajo la cual algunas leyes nacionales han sido promulgadas permitiendo el enjuiciamiento de casos de pornografía y trata infantil).

La adopción y cumplimiento adecuado de la legislación nacional acorde con los estándares internacionales, es un elemento necesario para la aplicación del deber estatal de proteger los derechos y proveer una efectiva reparación. Las autoridades nacionales, incluyendo de manera principal las autoridades judiciales, actúan dentro del marco del Estado de

⁹⁶ El video de la audiencia en el Parlamento Europeo se encuentra disponible en: <https://docs.google.com/file/d/0ByNjAuHXn85NcF8wUTNpRGkxYms/edit?pli=1> (Acceso: 21 de marzo de 2014)

⁹⁷ Véase: Centro de Recursos de Negocios y Derechos Humanos, página electrónica <http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/TrafiguralawsuitsreCtedIvoire> (Acceso 28 de marzo de 2014).

44| Necesidad y opciones para un nuevo instrumento internacional sobre Empresas y Derechos Humanos

Derecho, y tanto sus decisiones como sus actos se basan en la ley. Las políticas y programas nacionales para la protección de los derechos también necesitan ser enmarcados dentro de la legislación nacional. El derecho y los estándares internacionales sirven como parámetros comunes y directriz de acción para cada Estado.

Como anteriormente se ha manifestado, los recursos de reparación y la fiscalización son áreas prioritarias para muchos de los actores involucrados. Un tratado internacional puede ser una herramienta efectiva para habilitar a los Estados para promulgar leyes que definan las responsabilidades de las empresas y establezcan responsabilidad legal en casos de incumplimiento de la ley. Al mismo tiempo, la legislación nacional que se establezca puede definir las causas y los recursos procesales para garantizar el derecho de las víctimas a una remediación efectiva. La práctica de los Estados muestra que las autoridades nacionales (los Parlamentos o el Ejecutivo) están más presionadas a actuar cuando se trata de una obligación internacional, ya que su incumplimiento puede conllevar a responsabilidad internacional del Estado.

La posibilidad de que las víctimas puedan demandar a las empresas directamente donde se encuentran domiciliadas (sea en el Estado anfitrión o en el de origen) ayudará a corregir la desigualdad percibida en los derechos y las obligaciones para las empresas por un lado y para las personas por otro. Según algunas evaluaciones, la creciente red de acuerdos bilaterales o multilaterales sobre inversiones y comercio a menudo conceden a las empresas el derecho a demandar a los gobiernos ante tribunales arbitrales internacionales, un derecho que los individuos y las comunidades no tienen en relación con las empresas que contaminan el medio ambiente o afectan sus derechos. En este sentido, un tratado internacional que garantice la reparación por los daños causados por las empresas es visto como un instrumento correctivo.⁹⁸

La vigilancia y el monitoreo internacional de los mecanismos de supervisión son necesarios para cumplir la función de proporcionar apoyo a los Estados para ejecutar sus obligaciones en virtud de los tratados internacionales a nivel nacional, identificar los obstáculos que se oponen a este fin y los posibles medios para superarlos. Por lo general, los tratados de derechos humanos proveen dichos mecanismos de monitoreo o supervisión. A menudo, los Estados parte también establecen un foro de diálogo estatal y de toma de decisiones a través de conferencias de Estados parte. La función de este mecanismo supervisor, además de monitorear el cumplimiento por parte de los Estados de las disposiciones de un instrumento internacional, es también aportar con observaciones o jurisprudencia, facilitando así la aplicación coherente del tratado a través del conjunto de jurisdicciones. La Conferencia de Estados parte sería un elemento crucial para la creación de un foro institucionalizado dentro de las Naciones Unidas que aborde cuestiones de aplicación de normas y aquilate los nuevos avances y desafíos.

La conclusión de un instrumento internacional, de importancia crítica, no constituirá la única solución a los vacíos de protección que existen entre jurisdicciones. Un instrumento internacional podría ser la base para protocolos adicionales, leyes modelo, códigos de conducta y otros instrumentos y jurisprudencia complementarios. El establecimiento de un órgano judicial internacional— sea arbitral o no — podría ser posible en una etapa posterior usando como base la Convención principal. Una aplicación efectiva a nivel nacional depende muchísimo de los recursos, la capacidad y la voluntad nacional. El presente informe reconoce que una serie de cuestiones relativas al acceso a la justicia en casos de abusos de los derechos humanos por empresas pueden abordarse mediante iniciativas de capacitación y facilitación de estos recursos.⁹⁹ Un instrumento vinculante sería compatible con este tipo

⁹⁸ Observaciones de Martin Khor, en el Seminario de Ecuador y Sudáfrica, 11 de marzo de 2014 Op. Cit Nota 95.

⁹⁹ Véase en este aspecto las propuestas contenidas en Zerk, Jeniffer, Corporate Liability for Gross Human

de iniciativas.

Un instrumento internacional de naturaleza jurídicamente vinculante también puede crear un sistema de cooperación internacional en asuntos legales y judiciales, construido sobre la base del principio de responsabilidad compartida.¹⁰⁰ La cooperación internacional sería necesaria en varias áreas para alcanzar los objetivos de dicho tratado. Un área crucial es la asistencia legal mutua para la investigación, obtención de pruebas, procesamiento, y reconocimiento y ejecución de sentencias en casos civiles y penales. Dicha cooperación se ha considerado necesaria y ha demostrado ser eficaz en diferentes regímenes jurídicos internacionales, por ejemplo, para combatir la corrupción y el crimen organizado. De igual manera, la cooperación jurídica internacional se considera cada vez más necesaria para combatir los crímenes internacionales definidos en el Estatuto de Roma.

Un tema que tendrá que ser examinado cuidadosamente es el alcance extraterritorial de la jurisdicción regulatoria, en contraste con la jurisdicción contenciosa. Como se explicó anteriormente, la regulación de la conducta que tiene lugar en otros territorios, incluso si se impone sobre la base de la nacionalidad de la empresa, genera problemas de posibles regímenes regulatorios conflictivos, y, de manera importante, establece un desafío para el monitoreo y la verificación.

Sobre este tema, el experto Olivier De Schutter ha sugerido un posible convenio internacional enfocado sobre un sistema de normas que asignen responsabilidades a los Estados para regular a las corporaciones transnacionales: "La adopción de una Convención Internacional para combatir las violaciones a los derechos humanos por Corporaciones Transnacionales iría más allá de [ciertas] medidas unilaterales" y "buscaría minimizar positivamente conflictos jurisdiccionales mediante la aclaración de las condiciones bajo las cuales, en caso que las autoridades del Estado anfitrión permanezcan pasivas, el Estado de origen de la compañía compense tal pasividad ejerciendo jurisdicción extraterritorial sobre las corporaciones de su nacionalidad".¹⁰¹

Para minimizar los riesgos de conflictos legales, el Profesor De Schutter sugiere que la Convención "también podría proveer un sistema de consultas entre ambos Estados cuando el Estado de origen de la empresa quiera aplicar jurisdicción extraterritorial". El instrumento también podría incluir disposiciones que permitan al Estado en cuyo territorio se han suscitado determinadas violaciones en las que estén implicadas ETN, pedir al Estado de origen de la empresa matriz iniciar procesos en contra de esta compañía, de esa manera la cooperación internacional estaría al servicio de la efectiva implementación de la legislación de la empresa anfitriona".¹⁰²

Rights Abuses: Towards a Fairer and More Effective System of Domestic Law remedies- A report prepared for the Office of the UN High Commissioner for Human Rights, 2014, p. 11 and 111 ff. (Versión disponible sólo en inglés)

¹⁰⁰ Véase generalmente Gowland, V. et al. (Ed.) *Multilateral Treaty-Making: The Current Status of Challenges to and Reforms Needed in the International Legislative Process*, Martinus Nijhoff, 2000; p. 142. (Texto disponible sólo en inglés)

¹⁰¹ De Schutter, Olivier. *Sovereignty-plus in the era of interdependence: toward an international convention on combating human rights violations by Transnational Corporations*. In: P. Bekker, R. Dolzer and M. Waibel (eds), *In making transnational law work in the global economy: essays in honour of Detlex Vagts*, Cambridge University Press: Cambridge (2010), p. 245-284 [notas de pie de página omitidas]. (Texto disponible sólo en inglés)

¹⁰² Ibid

¿Un Tribunal Internacional para las empresas?

Algunas organizaciones han propuesto la creación de un tribunal internacional para que las personas que denuncian daños causados por las empresas puedan recurrir en búsqueda de justicia y reparación. Si hay apoyo para esta idea, se necesitaría un tratado internacional para crear dicho tribunal. Esto puede realizarse en el tratado principal o en un protocolo.

Varios modelos de adjudicación internacional pueden ser considerados como posibles bases para tal tribunal. Por el momento, un grupo de expertos ha formulado la propuesta de un tribunal arbitral internacional para empresas.* El presente informe no es el lugar para llevar a cabo una evaluación detallada de la propuesta, pero hay que reconocer que los tribunales arbitrales en general han demostrado ser vías eficaces y relativamente expeditivas para resolver controversias. Sin embargo, muchos defensores de los derechos humanos son escépticos respecto a la accesibilidad de este tipo de tribunal para la mayoría de la gente, ya que los costos operativos de tales órganos normalmente deben ser sufragados por las partes en controversia.

También hay una campaña en marcha para el establecimiento de un Tribunal penal europeo para el Medio Ambiente y la Salud, como un primer paso hacia el establecimiento de una Corte Penal Internacional sobre el Medio Ambiente y la Salud.** No obstante, aún no está claro cómo estos tribunales ejercerían jurisdicción sobre empresas.

A fin de evaluar la viabilidad de un tribunal internacional, se debe tener en cuenta la efectividad de otros tribunales internacionales existentes y las propuestas de nuevos tribunales internacionales. Por el momento, sólo existen tribunales regionales de derechos humanos en Europa, América y África, todos ellos con jurisdicción únicamente sobre Estados. Las propuestas de establecer un tribunal mundial de Derechos Humanos, impulsado a partir de una iniciativa Suiza y apoyado en la Conferencia Viena+20, que tendría jurisdicción sobre los Estados, hasta la fecha no sido adoptada por parte de un organismo intergubernamental, aunque la cuestión es objeto de debate por el Comité Consultivo de Expertos del Consejo de Derechos Humanos.***

Los tribunales internacionales son un importante medio para asegurar la justicia y las reparaciones a las víctimas de violación de sus derechos. El impacto de estos tribunales no es solo el número de casos que resuelven con el tiempo, que aunque es importante para las víctimas al final es un número modesto, sino también su impacto sobre la legislación y los procedimientos nacionales que se alinearán con los requisitos y jurisprudencia generada por los tribunales internacionales.

* Cronstedt, Chambers, Margolis, Ronnegard, Thompson and Tyler, An International Arbitration Tribunal On Business & Human Rights – Reshaping The Judiciary, Abril 2014, disponible en: http://www.globalgovernancewatch.org/docLib/20140430_International_Arbitration_Tribunal_BHR.pdf

** Ver: Carta de Bruselas, en <http://iecc-tpie.org/en>

*** Ver: Iniciativa Suiza, Agenda para los Derechos Humanos, proyecto sobre una Corte Mundial de Derechos Humanos, <http://www.udhr60.ch/research.html>; ver también, Comisión Internacional de Juristas, Hacia una corte Mundial de Derechos Humanos, <http://www.udhr60.ch/docs/World-court-final1211%20.pdf>

Hasta el momento la mayoría de las objeciones a un instrumento jurídicamente vinculante se refieren a la oportunidad de la presentación de la propuesta. En general, muchos Estados y otras partes interesadas ven un tratado como algo deseable o posible dentro de

un período de tiempo. Otros aconsejan cautela y/o muestran escepticismo, argumentando en favor de la necesidad imperiosa de preservar la atmósfera positiva de diálogo y compromisos constructivos por todas las partes interesadas, la cual fue laboriosamente construida durante el proceso de elaboración de los *Principios Rectores*. Para algunos de ellos, sería demasiado pronto comenzar a debatir sobre el tratado sin dar más tiempo para la aplicación de los *Principios Rectores* - aprobados hace sólo tres años - y para que puedan demostrar su eficacia, y sin demostrar primero el "fracaso" de los Principios Rectores. Otros, no ven la necesidad de un tratado "en este momento". Algunos otros contrarios a un tratado expresan sus dudas sobre la sinceridad de las intenciones de aquellos que proponen un tratado y sobre el compromiso de estos con los derechos humanos -dados los importantes desafíos que enfrentan a este respecto- y tienden a ver razones ocultas detrás de las propuestas de un tratado. En última instancia, han advertido, ¿quién ratificará ese tratado? Es probable que el nuevo tratado sea ratificado o se adhieran a él solo unos cuantos países, por lo que llegaría a resultar ineficaz. Algunos otros temen que sus iniciativas específicas para promover la aplicación de los *Principios Rectores* u otros instrumentos o declaraciones se vean empañados por una mayor visibilidad y atención hacia un instrumento jurídicamente vinculante.

Por otro lado, muchos de quienes están a favor sostienen que un tratado internacional de este tipo no implica necesariamente el fracaso de los Principios Rectores, sino que representa un paso adelante en el camino abierto por los Principios, y construye sobre ellos. Un tratado podría mejorar algunos de los *Principios Rectores* y proporcionar a los Estados los medios para una mejor aplicación. La polarización no es inevitable, como algunas personas temen. Por el contrario, el diálogo y el debate en el marco de un foro inter-gubernamental sería probablemente la mejor manera de evitar argumentos fáciles y la confrontación basada en malentendidos y malas interpretaciones. Un foro intergubernamental en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, abierto a todas las partes interesadas, sería el lugar propicio para dicho diálogo. Muchos funcionarios públicos concuerdan, en privado, que vale la pena explorar la posibilidad de un tratado internacional, y que es posible o deseable avanzar en esta dirección.

Modelos y opciones

Varios tratados actualmente en vigor han sido propuestos como modelos para la elaboración de un nuevo tratado sobre derechos humanos y empresas, o como ejemplos de procesos de negociación. Por ejemplo, con ocasión de una reunión de consulta sobre la operacionalización del *Marco proteger, respetar y remediar*, celebrada en 2009, la CIJ sugirió la posibilidad de ampliar la competencia de la Corte Penal Internacional a las personas jurídicas, incluidas las empresas, una propuesta que había sido formulada por Francia en la Conferencia de Roma de 1998, pero que finalmente fue rechazada. Esta propuesta estaba destinada a tratar sólo un aspecto de la cuestión, y no formulaba una estrategia global. Otras organizaciones destacaron el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco como un precedente muy útil sobre el tipo de enfoque que John Ruggie debería adoptar.¹⁰³ Otras organizaciones sugirieron tomar el proceso hacia la Convención sobre las Minas Terrestres Anti-Personales (Tratado de Ottawa) y el Estatuto de la Corte Penal Internacional como inspiración para tomar medidas

¹⁰³ Corporate Accountability International, Comentarios a la Consulta de la OACDH: Aplicando el Marco "Proteger, Respetar y Remediar" presentado por el Representante Especial del Secretario General sobre derechos humanos y corporaciones transnacionales - otras empresas comerciales, 5-6 Octubre 2009, <http://www2.ohchr.org/english/issues/globalization/business/docs/CorpAcctIntl.pdf> ; Comisión Internacional de Juristas, Contribución a la Consulta de la OACDH: Aplicando el Marco "Proteger, Respetar y Remediar" presentado por el Representante Especial del Secretario General sobre derechos humanos y corporaciones transnacionales y otras empresas comerciales, 5-6 Octubre 2009 <http://www2.ohchr.org/english/issues/globalization/business/docs/ICJ.pdf>

audaces que permitan marcar el paso y construir consenso con el transcurso del tiempo.¹⁰⁴ En el año 2008 John Ruggie declinó seguir el camino hacia un tratado,¹⁰⁵ pero en 2011 sugirió que una de las opciones para la continuación de su mandato en la ONU era un proceso intergubernamental sobre "abusos graves contra los derechos humanos", con la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción como un modelo.¹⁰⁶

Respecto a la sugerencia del Profesor Ruggie de utilizar la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción como un modelo,¹⁰⁷ se ha señalado que debe utilizarse con cautela.¹⁰⁸ En primer lugar, este y otros convenios similares se centran en un solo tema o conducta (ej. la corrupción), mientras que un posible tratado en el campo de los derechos humanos y empresas tendrá que hacer frente a una amplia gama de comportamientos, incluso si sólo se centra en los delitos más graves, y por lo tanto es probable que sea mucho más complejo. También puede haber diferencias importantes en cuanto a los incentivos y la motivación que guíen a los Estados para concluir un nuevo tratado en la esfera de los derechos humanos y empresas, en comparación con convenios en contra de sobornos.

El Convenio del Consejo de Europa sobre la Protección del Medio Ambiente a través del Derecho Penal, aprobado en noviembre 1998,¹⁰⁹ también puede ser considerado como una fuente de la cual tomar prestados algunos elementos. Una *Convención Internacional sobre delitos contra el medio ambiente* basada en gran medida en este convenio ha sido propuesta recientemente, pero aún no está claro si esta propuesta se centra en las empresas comerciales.¹¹⁰ Según esta propuesta, los Estados se comprometen a "reconocer, investigar y enjuiciar un conjunto específico de delitos ambientales claramente definidos en la legislación nacional y establecer mecanismos para mejorar la cooperación internacional y fortalecimiento de la capacidad nacional para la realización de tales investigaciones y procesos". Estos delitos en cierta medida cubrirían las violaciones graves de los derechos enunciados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La Convención sobre la Protección del Medio Ambiente a través del Derecho Penal reconoce que una serie de delitos graves contra el medio ambiente, que ponen en peligro la vida humana y a la integridad física de las personas naturales, deben ser tipificados como delitos en la legislación nacional. Como se ha mencionado anteriormente, el artículo 9 de la Convención reconoce responsabilidad jurídica de sociedades comerciales. La Convención contiene una sección sobre la cooperación internacional y la asistencia jurídica recíproca. Como ya se ha mencionado, hasta la fecha ha sido ratificada por un solo Estado de los tres necesarios para entrar en vigor. No obstante, la Convención ha sido influyente a nivel de la

¹⁰⁴ Misereor & Global Policy Forum Europe Problematic Pragmatism: The Ruggie Report 2008, Background, Analysis and Perspectives, 14 Junio 2008, Disponible sólo en inglés en <http://www.wdev.eu/downloads/martensstrohscheidt.pdf>

¹⁰⁵ John Ruggie: Business and human rights – Treaty road not travelled. 6 Mayo 2008. Disponible en www.ethicalcorp.com/content.asp?contentid=5887.

¹⁰⁶ Op. Cit nota 10, pg. 5 "Otra posibilidad puede ser un proceso intergubernamental que diseñe el proyecto de un instrumento jurídico internacional que aborde desafíos específicos establecidos por este vacío. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción puede proveer una precedente apropiado y un modelo de dicho esfuerzo"

¹⁰⁷ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Resolución de la Asamblea General A/RES/58/4, 31 Octubre 2003, https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf

¹⁰⁸ Zerk, Op. Cit. 89, pg. 106-107.

¹⁰⁹ Consejo de Europa, Convenio sobre la Protección del Medio Ambiente a través del Derecho Penal, adoptado el 4 Noviembre 1998, Estrasburgo, disponible en: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/172.htm> (accedido el 28 Marzo 2014).

¹¹⁰ One Justice Project, disponible en: <http://www.onejusticeproject.org/proposed-instruments/convention-on-environmental-crimes/> (accedido 28 Marzo 2014).

Unión Europea; la Directiva 2008/99/CE, relativa a la Protección del Medio Ambiente a través del Derecho Penal, reconoce algunas de las disposiciones de la Convención del Consejo de Europa.¹¹¹

Una de las ventajas de este Convenio es que proporciona definiciones acordadas de conducta delictiva que muchos consideran como un elemento crucial a abordar en un nuevo instrumento. En este sentido, el proyecto de Código de 1991 de crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad, preparado por la Comisión de Derecho Internacional, define en el Artículo 26 "los daños intencionales y graves al medio ambiente" como un crimen internacional.¹¹² Esta definición no se mantuvo en el proyecto final de 1996. Estos delitos están estrechamente relacionados con la protección de algunos de los derechos económicos y sociales reconocidos internacionalmente.

Protocolos Facultativos al PIDCP y/o PIDESC

Un posible formato para la elaboración de un instrumento jurídicamente vinculante podría ser su adopción a través de un protocolo facultativo adicional a uno o los dos Pactos de derechos humanos (el PIDCP y el PIDESC). Ese protocolo podría establecer la obligación de los Estados parte en los Pactos de tomar medidas preventivas y también establecer la responsabilidad legal de las empresas que cometen o son cómplices de graves abusos de los derechos humanos consagrados en los tratados. Una de las ventajas de este modelo es que proporciona un conjunto de derechos claramente definidos, establecidos en los Pactos, lo que hace que la definición de los delitos corporativos respecto a cada uno de esos derechos sea más fácil. También cubren una parte muy amplia de derechos internacionalmente reconocidos. En este caso, también existen órganos de monitoreo, cuyas competencias se pueden ampliar o afinar según sea necesario, y también una conferencia de Estados parte, que serviría de foro para la discusión de la iniciativa y su aplicación. Este modelo puede encontrar cierta resistencia por parte de los Estados que ven a los dos Pactos como instrumentos muy diferentes entre sí. Otra de las dificultades, esta vez en cuanto al contenido, es que los dos Pactos no cubren los derechos colectivos, salvo en el caso del Artículo 1 común respecto a la libre determinación. Los derechos colectivos son vistos por muchos como una cuestión clave en el debate de hoy sobre la situación de los derechos humanos y empresas, y necesitan mayor protección.

La propuesta de un Protocolo Facultativo también ha sido hecha solo en referencia al PIDESC, en relación con "las violaciones más graves del Pacto", que serían tratadas como delitos penales.¹¹³ Puesto que esta propuesta se encuentra en desarrollo, no está claro en esta etapa si enfocará en las empresas los distintos delitos y/o determinadas normas de conducta, las cuales los Estados deberán aplicar a nivel nacional. En cualquier caso, un enfoque restringido sólo a derechos ESC sería probablemente demasiado limitada.

Es probable que un nuevo tratado tendría que diseñarse a partir de varios modelos existentes para hacer frente a temas singulares y complejos discutidos en el campo de empresas y derechos humanos. Algunos modelos pueden ser atractivos en relación con ciertos temas, mientras que otros pueden ser más atractivos para ocuparse de otros asuntos. Los tratados internacionales de derechos humanos ofrecen un conjunto rico y

¹¹¹ Consejo de Europa, Directiva 2008/99/EC sobre la Protección del Medio Ambiente a través del Derecho Penal, 19 Noviembre 2008, Official Journal of the European Union, L328/28, 6 diciembre 2008. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:328:0028:0037:EN:PDF> (accedido 28 marzo 2014).

¹¹² Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre el Trabajo de su 43 Sesión, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1991, vol. 2, parte 2, Nueva York, 1994, ONU Doc. A/CN.4/SER.A/1991/Add.1

¹¹³ Jodoin, Sébastien, Explanatory Note on the Protection of Economic, Social & Cultural Rights through Criminal Law, 15 enero 2014, disponible en: <http://www.onejusticeproject.org/wp-content/uploads/2013/12/Explanatory-Note-on-ESCR-and-Criminal-Law.pdf> (28 marzo 2014).

diversificado de posibles disposiciones sustanciales y mecanismos de seguimiento, y la experiencia adquirida a través de años de aplicación puede ser muy útil para identificar las áreas que requieren mejorarse. Se pueden extraer enseñanzas muy útiles de esta práctica con el fin de crear un nuevo instrumento que tenga claras posibilidades de ser eficaz.

Posible contenido

El contenido de un posible tratado es actualmente objeto de debate entre los expertos y los grupos de la sociedad civil, aunque esta discusión es preliminar al debate principal que debería tener lugar en un foro inter-gubernamental.

Un instrumento internacional, se ha sugerido, debería centrarse en la cuestión de "graves abusos contra los derechos humanos" potencialmente equivalentes a crímenes de derecho internacional cometidos por alguna entidad jurídica.¹¹⁴ Se dice que dichos abusos muy probablemente ocurren en contextos donde las instituciones de protección estatal no funcionan como se había previsto en un principio, tales como las zonas de conflicto o de "alto riesgo". Debido a que estas propuestas no han sido objeto de elaboración hasta el momento es difícil analizarlas en detalle. El enfoque sobre los delitos que se pueden producir en situaciones de conflicto parece limitarse a aquellos definidos como crímenes de guerra en virtud del derecho internacional, y a la complicidad con dichos delitos, a menos que el término "conflicto" se defina en un sentido más amplio que el conflicto armado. Por otro lado, las situaciones de "alto riesgo" parecen ser todavía un concepto vago que necesitaría definirse en el contexto del sistema internacional de derechos humanos.

Términos tales como áreas "afectadas por conflicto", "alto riesgo" y "governabilidad débil", han sido usados dentro de la OCDE para proporcionar orientación para las inversiones responsables en esas situaciones y no pueden trasplantarse automáticamente al campo de los derechos humanos sin clarificaciones sustanciales. Por ejemplo, la OCDE define a áreas "afectadas por conflicto", como las zonas donde no hay "presencia de conflictos armados, violencia generalizada u otros riesgos de daños a las personas", lo que difícilmente corresponde al concepto de conflicto en derecho humanitario.¹¹⁵ Las zonas de "governabilidad débil" son áreas en las que las autoridades no quieren o no son capaces de proteger los derechos de las personas, proporcionar los servicios públicos y garantizar que la "gestión del sector público sea eficiente y eficaz"¹¹⁶ y "crean la necesidad de mayor atención gerencial... con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y observancia de las normas internacionales".¹¹⁷ Es evidente que la utilidad de estos términos en el campo de los derechos humanos es limitado. Además, "los abusos graves contra los derechos humanos" pueden ocurrir en cualquier momento y en cualquier circunstancia y no sólo en las situaciones de conflicto o "zonas de conflicto."

Jennifer Zerk ha resaltado algunos de los problemas que un enfoque sobre "graves abusos a los derechos humanos" confrontaría a nivel de aplicación en el plano nacional. Las iniciativas para una mayor convergencia de las normas nacionales en esta área entrañarían, en algunos Estados, la creación separada de normas, incluyendo respecto a la complicidad corporativa, sobre graves violaciones de los derechos humanos o la alineación de su legislación existente con una nueva norma internacional. La primera opción sería

¹¹⁴ Ruggie, John, Op. Cit. nota 10; ver también: John Knox en Ecuador/Sudáfrica seminario de 11-12 marzo 2014

¹¹⁵ OCDE, Guía de Debida Diligencia de la OCDE para Cadenas de Suministro Responsables de Minerales en las Áreas de Conflicto o de Alto Riesgo, Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, 2013, pg. 13. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/GuidanceEdition2.pdf> (accedido 26 marzo 2014).

¹¹⁶ Ibid., pg. 42

¹¹⁷ OCDE, Herramientas de la OCDE para la Identificación de Riesgo para las Empresas Multinacionales en Áreas de Frágil Governabilidad, de Cooperación y Desarrollo Económico, 2006, pg. 21. Disponible en <http://www.oecd.org/daf/inv/corporateresponsibility/36885821.pdf> (accedido 26 marzo 2014)

51| Necesidad y opciones para un nuevo instrumento internacional sobre Empresas y Derechos Humanos

problemática debido a la probable existencia de una "superposición entre los delitos relativos a la comisión de violaciones graves de los derechos humanos y los delitos con arreglo al derecho penal general". La creación de las distintas acciones legales civiles para graves abusos a los derechos humanos también sería difícil de justificar en términos políticos.¹¹⁸ En muchos países, los delitos no han sido clasificados como "graves", sino que su gravedad se refleja en la sentencia o en la fase final de las causas penales o civiles.

Muchas organizaciones de defensa de los derechos humanos y otros expertos mantienen la posición de que el nuevo instrumento sobre derechos humanos y empresas debe enfocarse en el amplio universo de los derechos humanos en lugar de solo un conjunto específico de derechos o de violaciones a ellos.¹¹⁹ Sostienen que centrarse en "graves violaciones de derechos humanos" que pueden constituir crímenes en virtud del derecho internacional sería insuficiente y limitado en relación a toda la gama de problemas que merecen atención. Esto implicaría principalmente centrarse en las violaciones de los derechos civiles y políticos, y excluiría en gran medida los derechos económicos, sociales y culturales cuyas violaciones también pueden considerarse como "graves abusos" dependiendo de las circunstancias, el ámbito de aplicación y derecho(s) de que se trate. Este enfoque, iría en contra de los principios de indivisibilidad, universalidad e interdependencia de todos los derechos humanos y los numerosos y recientes esfuerzos y logros en el ámbito de la justiciabilidad de los derechos económicos y sociales.

El debate a nivel internacional sobre el contenido de un nuevo instrumento está en sus inicios y todavía no se ha centrado en el resto de los acápites o secciones de un posible tratado, más allá de la cuestión de la responsabilidad legal de las empresas (sea por abusos graves o por todas las violaciones). A la luz de los análisis realizados en el presente informe, y con el telón de fondo de varios ejemplos de otros instrumentos internacionales, un instrumento jurídicamente vinculante probablemente estará compuesto por varias partes.

Considerando el gran énfasis actual en la prevención y medidas preventivas, así como la mayor atención y desarrollo del principio de debida diligencia en materia de derechos humanos por parte de las empresas, el incluir una sección sobre la prevención sería muy deseable. Esta sección puede contener algunas disposiciones relativas a la diligencia debida por empresas en sus operaciones a nivel mundial y la realización de evaluaciones de impacto sobre los derechos humanos.

Un componente sobre rendición de cuentas puede contener, además de la definición de delitos corporativos, tanto de carácter penal y civil o de responsabilidad extracontractual, también disposiciones relativas a recursos efectivos. También pueden ser incluidas en esta sección disposiciones relativas a la jurisdicción de los tribunales nacionales, modelados o desarrollados a partir de los instrumentos existentes. Otro componente puede contener disposiciones sobre los mecanismos nacionales e internacionales de vigilancia y supervisión que deberían basarse en la experiencia acumulada de los órganos de tratados de derechos humanos y, en particular, sobre los modelos innovadores en relación con mecanismos nacionales e internacionales de control, como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura.

Otro de los componentes de un posible tratado puede centrarse en la creación de un sistema internacional de cooperación en materia de asistencia judicial recíproca para el intercambio de información, investigación y el reconocimiento y ejecución de penas. El

¹¹⁸ Zerk, Op. Cit. nota 99, pg. 108-109.

¹¹⁹ Ver: intervenciones de ESCR-Net, FIDH, y Franciscans International, y Surya Deva en http://www.business-humanrights.org/Documents/Legally_Binding_Instrument_Business_Human_Rights (accedido el 25 marzo 2014).

52| Necesidad y opciones para un nuevo instrumento internacional sobre Empresas y Derechos Humanos

tratado también debería contener diversos procedimientos y otros elementos formales comunes a los tratados internacionales, incluidas las disposiciones sobre la ratificación, los procedimientos de modificación, reservas, entrada en vigor, servicios de secretaría y funciones similares.

En cualquier caso, el contenido de cualquier futuro instrumento debe ser discutido en un foro y a través de una serie de procedimientos abiertos a la participación de todos los interesados, y con total transparencia. Cualquiera que sea el contenido final, sería muy importante que el nuevo tratado tenga un enfoque claro y que su objeto y finalidad sea claro y bien definida.

Una lista indicativa de algunos de los elementos de un posible tratado se incluye en el anexo del presente informe.

Herramientas complementarias para promover la aplicación de un tratado

Ha surgido un grado de escepticismo entre algunos de los actores interesados respecto a lo que un tratado internacional lograría, especialmente en vista de la limitada capacidad de algunos gobiernos para aplicar sus obligaciones internacionales y establecer la responsabilidad de las empresas. La capacitación y los recursos son cuestiones importantes dentro del proceso de aplicación. Un nuevo instrumento debería ser capaz de hacer frente a este problema mediante la creación o fortalecimiento de obligaciones y mecanismos para facilitar dicha aplicación. Esto puede hacerse, por ejemplo, a través de disposiciones sobre leyes modelo, como lo ha sugerido el Profesor Errol Mendes,¹²⁰ o incluso por la elaboración de un Código de Conducta para las empresas transnacionales y los inversionistas, el cual podría anexarse al tratado o ser preparado en una etapa posterior.

II. Instrumentos no vinculantes

Como se ha mencionado anteriormente, los instrumentos de carácter no vinculante pueden adoptar varias formas, tales como declaraciones, principios, directrices, resoluciones o leyes modelo. Dependiendo del tipo de contenido y los desarrollos posteriores a la aprobación de un instrumento no vinculante, este puede ser uno autónomo o el preludio a un instrumento jurídicamente vinculante. En el campo de los derechos humanos y empresas pocos actores han sugerido este tipo de instrumento como opción. Una de las razones de este hecho es que los *Principios Rectores*, a los ojos de muchos, ya ocupan el lugar de un instrumento no vinculante, aún cuando no se han negociado de manera intergubernamental.

Un instrumento declarativo podría ser una opción viable para avanzar en la definición de estándares que no fueron abordados o lo fueron de manera insuficientemente en los *Principios Rectores*. Esto incluye, por ejemplo, la definición de delitos societarios. Puesto que los Estados son, por lo general, menos reticentes a participar en el proceso de elaboración de estándares que no crean obligaciones jurídicas vinculantes, esta opción puede resultar viable en el corto plazo sino hubiere suficiente apoyo para un instrumento vinculante en este momento. Más allá de las disposiciones sobre delitos societarios, un instrumento no vinculante también puede abordar temas como la debida diligencia empresarial, los recursos efectivos y la cooperación internacional.

El valor añadido de un instrumento enfocado en definir estándares sobre jurisdicción y cooperación internacional puede ser limitado si se le compara con estándares ya establecidos en instrumentos de naturaleza similar, como por ejemplo los *Principios Básicos*

¹²⁰ Taller de Ecuador y Sudáfrica, 11 - 12 marzo 2014, Op. Cit. nota 95.

53| Necesidad y opciones para un nuevo instrumento internacional sobre Empresas y Derechos Humanos

y Directrices sobre el derecho a interponer recursos y obtener reparaciones de las Naciones Unidas. Por otra parte, un instrumento declarativo probablemente no sea un instrumento idóneo para crear instituciones o mecanismos de supervisión, establecer un sistema de cooperación internacional, asistencia judicial recíproca, y definir temas relativos a la jurisdicción de las cortes nacionales.

Un instrumento declarativo puede contribuir a una definición uniforme de los abusos de los derechos humanos por parte de sociedades comerciales lo cual facilitaría la conclusión de un instrumento vinculante posteriormente. Este es el camino seguido en el caso de la Convención contra la Tortura, la Convención sobre Desaparición Forzada, entre otros, las cuales fueron precedidas por la aprobación de declaraciones internacionales sobre la misma materia. Una declaración podría enumerar y definir el contenido de los graves abusos sobre los cuales los Estados deberían promulgar leyes de responsabilidad jurídica, incluyendo responsabilidad penal cuando proceda. La elaboración de dicha declaración sería compleja pero no más que la elaboración de un tratado, pero no imposible. Al final, las partes interesadas de la comunidad internacional tendrán que evaluar el valor de este tipo de ejercicio, teniendo en cuenta la cantidad de energía y recursos que podrían consumirse cuando se sabe que el paso siguiente será un instrumento vinculante que exigirá una cantidad de trabajo similar.

El Profesor Surya Deva, durante su presentación en el seminario del 11 al 12 de marzo de 2014, sugirió una Declaración sobre las obligaciones de Derechos Humanos de las empresas, modelado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Una declaración de esta índole se centraría en los deberes directos de las empresas en lugar de sobre las obligaciones de los Estados de proteger derechos contra abusos empresariales y adoptar medidas para regular las empresas. Esta declaración, de acuerdo con el Profesor Deva, sería un paso intermedio hacia la adopción de un instrumento jurídicamente vinculante en una etapa posterior.

Hay ejemplos importantes de instrumentos no vinculantes en esta área. Uno de estos es la Observación General 16 del Comité de los Derechos del Niño. Otros instrumentos están en proceso de preparación. En su período de sesiones de 2013 - 26 al 29 Noviembre - el Comité Directivo de Derechos Humanos (CDDH) del Consejo de Europa aprobó el proyecto de *Declaración del Comité de Ministros sobre los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos* elaborado por un grupo de expertos en el que la CIJ participó. El grupo de expertos (CDDH-CORP) también tiene el mandato de elaborar un proyecto de instrumento jurídicamente no vinculante en el ámbito de empresas y derechos humanos. Las organizaciones de la sociedad civil proponen que dicho instrumento se centre en la cuestión del acceso a la justicia.

III. Opiniones de los actores interesados

Esta sección presenta de manera resumida los puntos de vista de Estados y actores interesados (empresas y sociedad civil), las cuales fueron obtenidas a través de consultas, conversaciones bilaterales, o por medio del seminario que realizaron Ecuador y Sudáfrica del 11 y el 12 de Marzo de 2014 en Ginebra, entre otras reuniones.

Un gran grupo de Estados se ha sumado a Ecuador en su declaración de septiembre de 2013 con el compromiso de trabajar hacia la creación de un instrumento jurídicamente vinculante. Las razones de su elección pueden variar y están reflejadas en el debate en torno a un instrumento jurídicamente vinculante (ver más arriba). Entre sus preocupaciones fundamentales, se encuentra la falta de equilibrio entre los derechos y obligaciones que se derivan para las empresas transnacionales. Mientras que los acuerdos de inversión y libre comercio proporcionan a los inversores altos niveles de protección y el

derecho de demandar a los Estados ante mecanismos internacionales, el sistema jurídico internacional no contempla obligaciones y responsabilidades correlativas. Se percibe que muchas empresas tienen mucho más poder que algunos gobiernos y escapan fácilmente de mecanismos nacionales de fiscalización. Otros Estados, incluyendo muchos del Grupo de Países Occidentales (WEOG por sus siglas en inglés), han expresado su oposición a la idea de un instrumento jurídicamente vinculante argumentando la existencia de compromisos contraídos en virtud de los *Principios Rectores* y que los esfuerzos deben centrarse en su aplicación en lugar de desviar recursos y energía hacia nuevas iniciativas. El consenso alcanzado alrededor de los *Principios Rectores* es visto frecuentemente como un elemento clave para su efectividad y como algo que estaría en riesgo si avanzan las propuestas respecto a un instrumento jurídicamente vinculante.

La Organización Internacional de Empleadores (OIE), que representa los intereses de algunos sectores empresariales, durante su participación en el seminario llevado a cabo en Ginebra en marzo 2014, expresó escepticismo y preocupación sobre la idea de un instrumento internacional vinculante. La IOE está comprometida con la implementación de los *Principios Rectores* y parece ver un conflicto entre trabajar por los *Principios Rectores* y por la elaboración de un tratado internacional.

Un amplio sector de la sociedad civil, en particular muchas organizaciones no gubernamentales, expresaron su apoyo a la iniciativa por el establecimiento de un instrumento jurídicamente vinculante, como se indica en la introducción del presente estudio. Para ellas existen importantes áreas que requieren regulación internacional y mecanismos internacionales más fuertes. Sin embargo, también hay un sub-grupo de organizaciones no gubernamentales que si bien no se opone al objetivo de un instrumento internacional ha expresado su preocupación respecto a que los Estados tratarían el proceso de elaboración de un tratado como una excusa para no tomar medidas inmediatas en base a los *Principios Rectores*. Todas las organizaciones creen que trabajar hacia la consolidación de un tratado sobre empresas y derechos humanos no debe ser la única prioridad, sino que deben mantenerse también otras prioridades como la de mejorar el acceso a la justicia en el marco internacional y el derecho interno, las normas y los mecanismos existentes. También se teme que los procesos se concentren en Ginebra y que limiten una participación amplia.

Algunos otros piensan que el debate sobre normas legalmente vinculantes contribuirá a la división y la confrontación. Suponen que el ambiente de consenso construido en torno a los *Principios Rectores* se perderá. Un observador señaló: "Los Estados y las empresas regresarán a sus trincheras" y empezará un periodo de enfrentamiento. De manera notable, algunos representantes de empresas comparten la opinión que el progreso y el compromiso creado para poner en práctica los *Principios Rectores* por parte de las empresas se perderá y el proceso de aplicación de los Principios por parte de las compañías se detendrá. Algunos consultores sobre Responsabilidad Social Empresarial expresaron preocupación respecto a que grandes esfuerzos se dirigirán hacia la negociación de un tratado y ello pondría en peligro su trabajo e inversión con las empresas respecto a la planificación y el diseño de herramientas y metodologías de trabajo. Este conjunto de preocupaciones argumenta en favor de una estrategia de "desacoplamiento" entre el nuevo proceso de fijación de normas vinculantes y el proceso de aplicación de los *Principios Rectores*. En las circunstancias esta estrategia podría ser la más viable.

Por último, algunos delegados gubernamentales sostienen que un tratado en este campo podría ser ratificado por una minoría, lo que limitaría su eficacia, como se ha visto respecto a la Convención sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes. Los Estados más concernidos o potencialmente más afectados podrían no ratificar. Sin embargo, gran parte de la sociedad civil y delegados gubernamentales se mantienen optimistas sobre las

55| Necesidad y opciones para un nuevo instrumento internacional sobre Empresas y Derechos Humanos

perspectivas de ratificación del tratado como consecuencia de una fuerte campaña con un buen instrumento internacional. Uno de los argumentos en este sentido sostiene que este proyecto debe tener una visión a largo plazo. Aun en el caso de que no suscite una adhesión inmediata a gran escala, una vez que entre en vigor muchos Estados serán atraídos a ratificar con el paso del tiempo. La experiencia de otros tratados de derechos humanos demuestra que el proceso de ratificación es con frecuencia gradual. Algunos delegados también argumentan que un tratado enfocado en obligaciones de los Estados enfrentara los mismos, o más, desafíos de implementación que los actuales tratados de derechos humanos.

CONCLUSIONES

A pesar del reciente progreso en el desarrollo del derecho nacional e internacional, de estándares y prácticas, subsisten áreas importantes en la relación entre empresas y derechos humanos que requieren ser reguladas a nivel internacional. La responsabilidad jurídica y los recursos de reparación destacan como las áreas que requieren atención prioritaria en un posible nuevo instrumento internacional. La aplicación efectiva y las modalidades de funcionamiento de las nuevas disposiciones sustantivas requerirán además del desarrollo de procedimientos y mecanismos: desde mecanismos de control y supervisión internacionales para mejorar su aplicación, hasta cooperación para la investigación, el intercambio de información y la ejecución de las decisiones judiciales nacionales. Estas necesidades también son patentes en la aplicación de las normas existentes.

Las normas internacionales son fuerzas poderosas para generar cambios en las leyes y políticas nacionales con el objetivo de lograr una mayor convergencia y coherencia. Estos estándares pueden adoptar la forma de los instrumentos vinculantes y no vinculantes. Este informe considera que la propuesta de un instrumento jurídicamente vinculante en este momento goza de un amplio apoyo de una diversidad de actores, sobre todo de la sociedad civil, y podría ser un instrumento eficaz para hacer frente a los vacíos existentes en la regulación actual y sus deficiencias en materia de protección. Un instrumento no vinculante también podría ser una opción, en la forma de un instrumento complementario.

La elaboración de un instrumento jurídicamente vinculante en el ámbito de empresas y derechos será una tarea compleja y obtener resultados instantáneos puede ser difícil. Para que dicho instrumento tenga un valor añadido, no solo debe basarse en lo logrado hasta ahora sino que también debe abordar las cuestiones pendientes. La complejidad de la tarea no debe ser un elemento disuasivo. La comunidad internacional ha llevado a cabo proyectos similares, sino más complejos. En el ámbito de empresas y derechos humanos existe hoy suficiente experiencia acumulada y modelos a nivel nacional e internacional de los cuales se pueden extraer ideas y con respecto a las cuales aún hay espacio para innovar.

Puesto que gran parte del escepticismo u oposición a la idea de un instrumento jurídicamente vinculante se basa en el temor a que los logros de los *Principios Rectores* sobre aplicación y diálogo se puedan perder, el proceso de establecimiento de nuevas normas debe llevarse a cabo de tal manera que cualquier impacto negativo en este sentido sea mitigado o eliminado. Al mismo tiempo, todos los actores interesados, incluidos los Estados, deben ser capaces de formar parte del proceso, lo que incluye a las organizaciones internacionales, la sociedad civil en todas sus formas y las víctimas de violaciones de derechos humanos por parte de empresas. En este sentido, el foro más adecuado para llevar a cabo la elaboración de un tratado internacional es el órgano principal de derechos humanos de la ONU, a saber, el Consejo de Derechos Humanos. No obstante, los órganos de la OIT, tienen un interés sustantivo en el proceso y en el resultado y deben mantenerse estrechamente involucrados en él. Debe explorarse una fórmula para un trabajo en conjunto de la OIT y las Naciones Unidas.¹²¹

¹²¹ Existe ya un precedente al respecto. Un Comité de Expertos sobre la aplicación de las recomendaciones concernientes al Personal de Enseñanza (CEART por sus siglas en inglés) fue establecido de manera conjunta por la OIT y la UNESCO para monitorear las Recomendaciones de la OIT/UNESCO concernientes al estatuto de profesores, adoptado el 5 Octubre de 1966 en una conferencia realizada en París en la Sede de la UNESCO y organizada en cooperación con la OIT. En: http://www.ilo.org/sector/Resources/sectoral-standards/WCMS_162034/lang--en/index.htm (accedido 4 Junio 2014)

ANEXO

LISTA INDICATIVA DE TEMAS PARA EL DESARROLLO DE UN INSTRUMENTO INTERNACIONAL EN LA ESFERA DE DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS Y EMPRESAS TRANSNACIONALES

En primer lugar será necesario reafirmar el principio que los Estados tienen el deber de proteger los derechos humanos y que las empresas deben respetar los derechos humanos, y que los Estados deben adoptar medidas para asegurar que así lo hagan.

Prevención

Es fundamental la acción estatal, de conformidad con su obligación de proteger derechos según el derecho internacional de los derechos humanos, es primordial para obligar a las empresas a evaluar y prevenir los riesgos de abusos de los derechos. Hay varias opciones en este sentido, y la discusión a venir debería asistir en dilucidar el grado de sobre posición o complementariedad entre ellas.

Los Estados deben adoptar medidas, incluso de carácter legislativo si fuera el caso, a fin de garantizar que las empresas bajo su jurisdicción, considerando su naturaleza y tamaño, adopten políticas y sus procesos de aplicación con el fin de identificar, prevenir o mitigar y remediar la violación o abuso de los derechos humanos causada por sus operaciones, o con su complicidad (diligencia debida en tema de derechos humanos basada en los *Principios Rectores*). Según esta obligación las empresas, especialmente aquellas cuyo considerable tamaño y alcance de operaciones, y aquellas que participan en operaciones transnacionales, pueden verse obligadas a presentar sus políticas ante un organismo nacional que verifique su compatibilidad con las normas internacionales y de su aplicación en la práctica.

Alternativamente, o de manera adicional, los Estados podrían establecer que las empresas cuyas operaciones tengan un tamaño y alcance determinado, y las que participan en operaciones transnacionales (a definirse en función de la rama de actividad y exposición internacional) deben adoptar y aplicar un código de conducta relativo a derechos humanos. El código debe prever la disponibilidad de recursos y reparación otorgados por un órgano independiente ante la cual víctimas de presuntas violaciones o abusos puedan presentar una denuncia. Dicho código debe entonces ser aprobado por un punto focal nacional, capaz de recibir y tomar en consideración objeciones y comentarios de Estados de acogida de inversiones, sociedad civil, sindicatos y organismos de trabajadores, clientes y otras personas afectadas por los negocios de dicha compañía. El punto focal no tendrá la competencia de enmendar el código de manera unilateral, pero podrá realizar sugerencias. Mientras el código sea insuficiente no podrá ser aprobado.

También se puede considerar la posibilidad de que posibles inversiones en el extranjero, de cierto tamaño y alcance, sean sujetas a la obligación de llevar a cabo evaluaciones de impacto con un claro componente de derechos humanos, antes de que la inversión o decisión de financiación (si es un organismo de financiación) sea aprobada.

Un organismo nacional (un punto de contacto nacional, como las instituciones nacionales de derechos humanos o defensores del pueblo) de composición multilateral, deberá tener la competencia de vigilar y promover estas disposiciones en el plano nacional. Esta disposición puede construirse a partir de los precedentes de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículo 33 (2), la creación de un organismo nacional para la vigilancia y promoción), y el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura (establecer mecanismos nacionales de prevención).

Fiscalización y Rendición de cuentas

El establecimiento de disposiciones relativas a la responsabilidad legal de las empresas en el nuevo instrumento será de vital importancia. Estas pueden contener obligaciones de promulgar leyes de responsabilidad jurídica de las empresas (siguiendo el ejemplo del Convenio del Consejo de Europa sobre la protección del medio ambiente mediante el derecho penal) o de manera más general, de personas jurídicas (siguiendo el modelo de la ONUDD - Convención sobre crímenes organizados transnacionales y el Protocolo Facultativo sobre la venta de niños) por una serie de delitos que deben definirse en el texto del tratado. La elaboración de esta sección probablemente será un ejercicio complejo. La responsabilidad empresarial no debería excluir la responsabilidad de las personas naturales (gerentes de la empresa o sus agentes). Según las prácticas internacionales existentes en la actualidad, el tipo de responsabilidad legal establecida dependerá del sistema jurídico aplicado en cada estado (penal, civil y/o administrativa).

La definición de los delitos corporativos puede desarrollarse, como se explica en el contenido de este informe, utilizando una de dos técnicas. Una opción es elaborar una lista de delitos. La otra, especialmente relevante si el tratado toma la forma de un protocolo facultativo a uno de los tratados de derechos humanos existentes, es simplemente referirse a las violaciones respecto a los derechos reconocidos en el/los tratado/s principal/es.

Los Estados podrían estar obligados a promulgar responsabilidad legal de la empresa o persona jurídica por los actos de participación y/o complicidad, u otras formas de responsabilidad accesorias. Esta disposición debería estar en condiciones de cubrir las cuestiones de la responsabilidad empresarial derivada de la relación entre la empresa matriz y sus subsidiarias, aclarando los supuestos en los que la empresa matriz sería responsable por haber contribuido a la conducta ilícita de su filial o empresa bajo su control, y/o los casos en que se puede establecer directamente su responsabilidad por la conducta ilícita de sus subsidiarias. Las normas establecidas en el tratado relativas a la competencia de los tribunales nacionales deben incluir la conducta que tiene lugar fuera de la jurisdicción territorial de los Estados, de acuerdo a los modelos existentes en los tratados antes mencionados.

Esta sección también debe incluir disposiciones sobre sanciones adecuadas y eficaces, y sanciones disuasorias que sean aplicables a las sociedades o personas jurídicas.

Recursos efectivos

Esta es otra sección clave. Los Estados deben proveer recursos efectivos, incluyendo acceso a recursos judiciales, para aquellos que afirman que sus derechos han sido violados o menoscabados. El derecho de acción debe plantearse en relación a la totalidad de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional. Aquellos que no han obtenido una reparación satisfactoria por parte de un mecanismo interno de la empresa, deben tener la posibilidad de obtener reparación por medios públicos, incluido el acceso a tribunales.

Los Estados deberían adoptar medidas apropiadas para garantizar la efectividad del acceso a mecanismos de remediación, superando los obstáculos existentes. El nivel de detalle que debe ser incluido aquí requiere mayor discusión, tanto en lo referente a las disposiciones sobre legitimación del demandante y de asistencia jurídica, y similares. La inclusión de disposiciones detalladas sobre estas cuestiones puede no ser deseable, con el fin de evitar sobrecargar el tratado. Estos problemas pueden abordarse en cambio mediante directrices u otros protocolos complementarios o incluso mediante un instrumento declarativo. La posibilidad de un procedimiento de comunicaciones individuales, quizás a través de una

59| Necesidad y opciones para un nuevo instrumento internacional sobre Empresas y Derechos Humanos

disposición facultativa o protocolo distinto, debe ser examinada. Este tema podría incluirse o reservarse para ser elaborado con posterioridad.

Una disposición en la que se defina el alcance de la jurisdicción de los tribunales nacionales también sería necesaria. Debería ser elaborada en función de los precedentes sentados por la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional o convenios similares. Un Estado podrá también establecer su jurisdicción sobre: delitos definidos en el tratado, cuando el delito se haya cometido contra un nacional de ese Estado; delitos cometidos por nacionales de ese Estado o que realicen actividades sustanciales en ese Estado, cuando la víctima sea nacional de ese Estado; o cuando el delito se haya cometido fuera del territorio del Estado con miras a la comisión de un delito grave en el territorio del Estado. Ciertos delitos deberían estar sujetos al principio de jurisdicción universal.

Control y supervisión internacionales

Un mecanismo internacional de supervisión debe estar contemplado en el tratado. Este mecanismo podría considerar ciertas innovaciones que no se reflejan actualmente en los órganos de tratados de derechos humanos existentes y ser capaz de llevar a cabo visitas a los países para vigilar y promover el cumplimiento de las disposiciones del tratado. Un mecanismo de este tipo puede basarse en el modelo de revisión por homólogos establecido bajo la Convención contra la Corrupción de la OCDE, o el modelo del Subcomité para la Prevención de la Tortura creado en virtud del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura. Ambos mecanismos implican visitas a los países y la emisión de informes posteriores, además de otras tareas. Dicho órgano de vigilancia puede trabajar con los puntos focales nacionales, establecidos en virtud de una disposición separada.

La cooperación internacional en materia judicial y asistencia legal mutua

Deben ser incluidas en el tratado disposiciones relativas a la cooperación internacional para el intercambio de información, la investigación y, en su caso, enjuiciamiento o adjudicación de casos transnacionales o delitos definidos en el tratado. Varios tratados existentes ofrecen interesantes modelos a seguir en este sentido.

La cooperación internacional también resulta necesaria para el reconocimiento y la ejecución de órdenes judiciales y/o condenas penales. En este sentido es posible la existencia de algún tipo de sobre-posición con respecto a algunos marcos legales actuales, y las discusiones en el ámbito intergubernamental puede ayudar a dilucidar la medida en que estas disposiciones pueden ser viables.

Disposiciones Varias

Las disposiciones varias deben ocuparse de la creación de una conferencia de Estados parte de la convención, en la que cuestiones relativas a la aplicación del tratado, así como propuestas de modificación, podrían ser abordadas. También podría servir como foro adecuado para la celebración de consultas entre los Estados (los Estados de origen y los Estados de acogida), con respecto a la legislación y procedimientos judiciales que puedan plantear problemas para ellos, o situaciones en las cuales un Estado puede desear que otro Estado tome medidas.

También deben incluirse las disposiciones usuales sobre la ratificación, entrada en vigor, reservas y denuncia del tratado.



**International
Commission
of Jurists**

P.O. Box 91
Rue des Bains 33
CH 1211 Geneva 8
Switzerland

t +41 22 979 38 00
f +41 22 979 38 01
www.icj.org

