

## EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS: ¿HACIA UNA REGULACIÓN JURÍDICA EFECTIVA, O EL MANTENIMIENTO DEL *STATUS QUO*?\*

### I. INTRODUCCIÓN

En la sociedad actual en que vivimos, en una era globalizada en donde las limitaciones y barreras geográficas desaparecen para dar paso a un permanente flujo internacional de capitales, transacciones comerciales y empresas, el derecho tiene una importante y difícil prueba de adaptación, con la finalidad de garantizar la estabilidad social, el desarrollo económico y el Estado de derecho. Tras una importante recesión económica que se ha venido arrastrando desde el 2008, y en un momento en que la economía mundial parece comenzar a recuperarse a pesar de ciertos desafíos pendientes (como la crisis económica de ciertos países europeos), nos encontramos frente a la inmejorable oportunidad de retomar el discurso en torno a la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos.

Siendo uno de los temas que han tenido una larga trayectoria en el seno internacional, desde la década de 1970 —o incluso desde antes, si se toman en consideración los juicios penales tras la Segunda Guerra Mundial en donde se imputó una responsabilidad penal corporativa a ciertas empresas alemanas, como IG Farben, por su participación en crímenes internacionales<sup>8</sup>- hasta nuestros días, en

---

\* *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, 2013.

<sup>8</sup> Véase Jessberger, F., “On the Origins of Individual Criminal Responsibility under International Law for Business Activity: IG Farben on Trial”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, No. 3, 2010, pp. 783-802.

donde apenas hace unos meses se conformó el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales,<sup>9</sup> con la finalidad de dar seguimiento al trabajo del Representante Especial del Secretario General de la ONU, John Ruggie,<sup>10</sup> sobre ese mismo tema, resulta interesante señalar la breve discusión que sobre dicha problemática ha existido en la literatura jurídica mexicana.<sup>11</sup>

Por ello, a través del presente artículo se buscará esgrimir ciertos argumentos y consideraciones en torno al tema de la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos, un área en donde las diferentes aristas que presenta esta temática le otorgan un grado de complejidad importante a nivel mundial, que ha dificultado un verdadero consenso a nivel internacional, y desde luego, su rechazo por parte de la comunidad empresarial.<sup>12</sup>

Mucho se ha discutido en los foros internacionales sobre los motivos, la pertinencia y la justificación de atribuir responsabilidad a las empresas en el área de los derechos humanos; sin embargo, el debate se ha diluido por diversas salidas, desviándose en muchas ocasiones

---

<sup>9</sup> Resolución A/HRC/RES/17/4 (Julio 6, 2011), por la que se establece el Grupo de Trabajo para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales.

<sup>10</sup> Documento A/HRC/17/31 (Marzo 21, 2011), por el que el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie, presentó los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’”.

<sup>11</sup> Entre ellos, véase Estrada Tanck, E. D., *Régimen jurídico internacional de las empresas transnacionales en la esfera de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2005.

<sup>12</sup> Algunas empresas, desde luego, reaccionaron de manera más enérgica que otras. *Vid.* Herbel P., “Les attentes des entreprises”, en Decaux E. (Dir.), *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l’homme*, Bruselas, Bruylant, 2010, pp. 149-154, quien señala el límite de los deberes de las empresas, así como la declaración conjunta remitida por la Cámara de Comercio Internacional y la Organización Internacional de Empleadores (Documento E/CN.4/Sub.2/2003/NGO/44; Julio 29, 2003) ante la antigua Comisión de Derechos Humanos, respecto a las Normas de la Subcomisión.

de su objetivo original, que es la determinación de las obligaciones, y en su caso, de las vías jurídicas por las que tal responsabilidad podría atribuirse o determinarse. Por lo anterior, consideramos que las empresas, sean éstas transnacionales o nacionales, tienen una responsabilidad de cumplir con las prerrogativas humanas reconocidas internacionalmente, a fin de evitar lesionar los derechos de los individuos —tanto en sus acepciones personal, como colectiva y social— en los lugares en donde éstas ejercen sus operaciones.

## II. UN BREVE RECUENTO: EL DESARROLLO DE LA DISCUSIÓN A NIVEL INTERNACIONAL EN TORNO A LAS OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

La preocupación de los nuevos países independientes en la década de 1960 por la falta de balance y su limitada participación en la determinación y conducción de la economía mundial, aunado al temor por el creciente poder e influencia de las entonces llamadas empresas multinacionales que podría derivar en una intromisión en la soberanía de los Estados con mayores recursos naturales pero con poco desarrollo institucional y económico, fueron algunos de los motivos por los que se decidió debatir en el seno de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional.<sup>13</sup>

Una de las maneras en la que la Asamblea General de las Naciones Unidas determinó que era prudente buscar equiparar la distribución de la riqueza entre los países desarrollados y los países del tercer mundo, así como de regular el creciente poder de las empresas, fue a través de la creación de un Código de Conducta para las Empresas

---

<sup>13</sup> UN Doc. A/Res/3201 (S-VI) (Mayo 1, 1974).

Transnacionales,<sup>14</sup> que pudiera auxiliar —y en todo caso, complementar— en las limitaciones que los países tenían en el ámbito jurisdiccional frente a dichas sociedades.<sup>15</sup>

La creación de dicho Código fue el resultado de un informe de 1974 relativo al impacto de las corporaciones en el desarrollo y las relaciones internacionales,<sup>16</sup> a partir del cual se crearon el Centro sobre Corporaciones Transnacionales y la Comisión sobre Corporaciones Transnacionales de la ONU. Fue esta última la que tuvo como objetivo el desarrollo de un código de conducta comprehensivo que incluyera los principales riesgos y preocupaciones respecto al funcionamiento y accionar de las empresas multinacionales.

De tal manera, se elaboró un proyecto taxonómico dividido en dos partes, que contuvo numerosas referencias en torno a las obligaciones de las empresas transnacionales, en el cual se contemplaban obligaciones relativas a los derechos humanos, el medio ambiente, el principio de no intervención en los asuntos internos, la transferencia de tecnología o la protección de los consumidores. De la misma forma,

---

<sup>14</sup> Este documento se inspiró en una iniciativa de la Organización Mundial de la Salud para regular el uso de sustitutos de leche materna, conocido como el Código para la Fórmula Infantil (UN. Doc YHA/Res/34.22 y su anexo, Mayo 21, 1981), tras una controversia sanitaria y mercadotécnica en la que estuvo implicada la multinacional Nestlé. *Vid.* Jägers, N., *Corporate Human Rights Obligations. In Search of Accountability*, Antwerp, Intersentia, 2002, p. 120.

<sup>15</sup> En este sentido, Bernardo Sepúlveda Amor opinó que “La necesidad de un Código internacional para las empresas transnacionales deriva de las limitaciones que enfrenta la acción gubernamental unilateral. En efecto, la naturaleza de la empresa transnacional, que realiza sus operaciones en una multitud de jurisdicciones económicas, legales y políticas, trae como consecuencia la conveniencia de concluir acuerdos entre estados... las disposiciones del Código servirían para complementar internacionalmente las disposiciones internas en materia de empresas transnacionales.” *Vid.* Sepúlveda Amor, B., “La regulación internacional de las empresas transnacionales: México entre el diálogo Norte-Sur”, *Foro Internacional*, No. 84, 1981, pp. 445-446. *Cfr.* Zamora, P., “Empresas transnacionales: Necesidad de su regulación específica dentro de nuestro derecho positivo mexicano (Cuestiones relativas)”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, N° 136-138, 1984, pp. 879-888, en dónde el autor explica la necesidad de contar con instrumentos regulatorios principalmente a nivel nacional.

<sup>16</sup> UN Doc. E/5500/Rev.1/Add.1 (Part 1) (Mayo 24, 1974).

también incluyó una cantidad importante de prerrogativas en torno al trato de las empresas extranjeras en un territorio diferente al de su constitución, en donde se discutía la importancia de proteger la inversión extranjera directa para fomentar el desarrollo e intercambio económico y comercial.<sup>17</sup>

No obstante ello, la polarización política e ideológica existente durante dicha época obstaculizó las discusiones en torno al proyecto de código. Si bien existía un cierto consenso en torno a que la existencia de un Código de Conducta para las Corporaciones Transnacionales generaría una atmósfera de competencia económica y estabilidad que favorecería a la economía y el comercio internacional, la sensación de los países desarrollados de que las empresas deberían tener una mayor protección en los Estados receptores de inversiones dio origen a una interminable lucha entre los países en vías de desarrollo y los Estados socialistas contra los Estados capitalistas. En sí, se convirtió en una disputa Norte-Sur (países desarrollados contra países en vías de desarrollo), y Este (URSS y países socialistas) contra Oeste (Estados Unidos, Canadá y Europa, en general).<sup>18</sup>

El proyecto de Código de Conducta fue presentado en la octava sesión de la Comisión sobre Corporaciones Transnacionales, en 1982.<sup>19</sup> Sin embargo, y como resultado del intenso debate entre las diferentes facciones que intervinieron en torno al trato de las corporaciones transnacionales, se consideró que estaba aún incompleto, por lo que

<sup>17</sup> UN Doc. E/1983/17/Rev.1 (Marzo 7-18, Mayo 9-21, 1983)

<sup>18</sup> Para una breve descripción de las ideologías imperantes en la época del Grupo de Trabajo, así como del desarrollo del proyecto de código, véase Estrada Tanck, D. E., *op. cit.*, pp. 21-23. "Entre las preocupaciones... figuraba notablemente la de la intromisión de las sociedades transnacionales de los países industrializados en los asuntos internos, incluyendo en la vida política, de los países receptores de la inversión." *Vid.* De Schutter, O., "La responsabilité des États dans le contrôle des sociétés transnationales : vers une convention internationale sur la lutte contre les atteintes aux droits de l'Homme commises par les sociétés transnationales", en Decaux E. (Dir.), *op. cit.*, p. 30.

<sup>19</sup> UN Doc. E/C.10/1982/6 (Junio 5, 1982).

fue revisado en varias ocasiones. Lentamente, el Código fue perdiendo su característica ideología regulatoria, acercándose más al objetivo de los países desarrollados, que contemplaba un código minimalista en el que se establecieran directrices y no normas vinculantes; así, la última versión del código fue presentada en mayo de 1990. A pesar de que existía la impresión de que podría finalmente llegarse a un consenso,<sup>20</sup> las negociaciones fueron definitivamente suspendidas en julio de 1992, y la Comisión sobre Corporaciones Transnacionales fue renombrada y adjunta a otras áreas de trabajo de las Naciones Unidas en 1994.<sup>21</sup>

Tras el abandono del proyecto del código, la discusión continuó. En 1999, el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, Kofi Annan, presentó en el Foro Económico Mundial, en Davos, Suiza, una propuesta que se acercaba más a la ideología de los países capitalistas y de las empresas durante los debates en torno al código de conducta. Consistente en nueve principios, que posteriormente fueron ampliados a diez, nació el *Pacto Mundial* (*Global Compact* en Inglés), con el que se buscaba que las empresas que se suscribieran de manera voluntaria a dicha iniciativa respondieran públicamente por las faltas al decálogo de compromisos ahí contenidos. Sin embargo, más que la búsqueda de creación de obligaciones directas a las empresas, este proyecto consiste en el fortalecimiento de una responsabilidad

---

<sup>20</sup> Kaufmann, J. y Schrijver, N., *Changing Global Needs: Expanding Roles for the United Nations System*, The Academic Council on the United Nations System, Reports and Papers 1990-5, p. 27.

<sup>21</sup> E/C.10/1994/14 (Mayo 2-11, 1994); en dicho documento se recomendó que se centrara en lo sucesivo en el tema de las inversiones internacionales y las empresas transnacionales, y que su mandato estuviera bajo el dominio del Consejo sobre Comercio y Desarrollo. De tal forma, la Asamblea General de Naciones Unidas determinó en la Resolución 1994/1 (Julio 14, 1994) que se adoptaría la recomendación de la Comisión sobre Corporaciones Transnacionales, poniendo fin a la primera aproximación internacional para adoptar un código de conducta para las empresas transnacionales.

social corporativa o empresarial.<sup>22</sup> Esta situación, y su diferencia fundamental con el Código de Conducta para las Empresas Transnacionales, así como las principales críticas en su contra, serán discutidas más adelante.

En la misma línea que el Código de Conducta para las Corporaciones Transnacionales, entre los años 2002 y 2003 se gestó un proyecto similar en la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos de Naciones Unidas. A este proyecto, también taxonómico en cuanto al establecimiento de cierto tipo de obligaciones derivadas directamente del derecho internacional para las empresas transnacionales, se le denominó las *Normas sobre la responsabilidad de las corporaciones transnacionales y otras empresas comerciales en materia de derechos humanos*, en el cual se contenían diversas responsabilidades y obligaciones que debían adoptar las empresas en su esfera de influencia<sup>23</sup> —y desde luego, de control<sup>24</sup>—, que les eran

<sup>22</sup> Vid. Rasche, A., “A Necessary Supplement”- What the United Nations Global Compact Is and Is Not”, *Business and Society*, Vol. 48, No. 4, 2009, pp. 511-537, quien señala que el modelo que intenta establecer el Pacto Mundial se basa en la idea de que las empresas, a través del diálogo y proyectos conjuntos, pueden ser responsables y generar un verdadero cambio en la sociedad.

<sup>23</sup> Este término, *esfera de influencia*, ha sido fuertemente criticado por su vaguedad, y estudiado consecuentemente para intemar definir su alcance. Para de Schutter, por ejemplo, la noción de esfera de influencia necesita mayor claridad y precisión antes de poder utilizarla como herramienta en un litigio civil, fundado en una supuesta violación corporativa de derechos humanos. Cfr. De Schutter O., “The Challenge of Imposing Human Rights Norms on Corporate Actors”, en De Schutter O. (Ed.), *Transnational Corporations and Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2006, p. 17. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, por ejemplo, citando al Consejo Internacional de Políticas sobre Derechos Humanos, ha señalado que “tiende a incluir a los individuos respecto de los cuales la empresa tenga alguna cercanía política, contractual, económica o geográfica”. Véase *Beyond Voluntarism-Human Rights and the Developing International Legal Obligations of Companies*, International Council on Human Rights Policy, 2002, p. 136

<sup>24</sup> Ésta se ha definido como aquél espacio empresarial en el que la empresa tiene una verdadera autoridad derivada de algún vínculo contractual, sea en materia de trabajo, civil o mercantil. En ese sentido se explica Steinhart, al señalar que el grado de responsabilidad es directamente proporcional al control que la empresa tenga sobre la situación y la violación de derechos humanos. Vid. Steinhart R., “Corporate Responsibility and the International

aplicables conjunta y solidariamente junto a los Estados por el hecho de ser órganos de la sociedad.

Dentro de dichas obligaciones, las Normas —que además contenían un comentario anexo explicando el alcance de cada una de las obligaciones estipuladas— comprendían áreas como el derecho a la igualdad y a la no discriminación, los derechos laborales, el respeto a la soberanía nacional y a los derechos humanos, a la protección del consumidor y del medio ambiente, y a la seguridad de las personas. De cierta forma, se puede considerar que retomaron el trabajo del Proyecto de Código de Conducta, aunque en un contexto globalizado y con diferentes perspectivas de realización.

Uno de los conceptos innovadores —y cabe decir que uno de los más criticados, por su vaguedad— fue el de incluir la obligación de las empresas de implementar dichas normas en su esfera de influencia, es decir, en sus relaciones comerciales con proveedores y clientes, lo cual implicaba además un deber de vigilancia del cumplimiento de las obligaciones en todas sus transacciones comerciales. Lo anterior fue desde luego percibido con desdén por parte de las empresas, que argumentaron que sus obligaciones se limitaban, en todo caso, a su esfera de control,<sup>25</sup> y que no les correspondía vigilar el cumplimiento de las obligaciones de otras sociedades jurídicas.

A pesar de haber sido adoptadas por la Subcomisión a través de la resolución 2003/16,<sup>26</sup> la extinta Comisión de Derechos Humanos de la ONU determinó que no debía dársele ningún seguimiento a la aplicación de las normas, y que por el hecho de ser un documento

---

Law of Human Rights: The New Lex Mercatoria”, en Alston P. (Ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 217. En el mismo sentido se expresa Herbel, al manifestar que la empresa tiene responsabilidad únicamente por aquellos actos que deriven de una obligación o relación contractual, teniendo como limitantes sus medios, el margen de maniobra y el nivel de gobernabilidad en el país. Véase Herbel P., *op. cit.*, pp. 153-154.

<sup>25</sup> *Cfr.* Herbel P., *op. cit.*

<sup>26</sup> UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/43 (Agosto 13, 2003).



realizado de manera autónoma por la Subcomisión, sin haber sido solicitado por algún otro órgano de las Naciones Unidas, carecía de todo valor jurídico.<sup>27</sup> De la misma forma, los gobiernos y las empresas alegaron que podrían generar confusión, e incluso una transferencia de las obligaciones de los Estados a las corporaciones, lo cual podría ser aprovechado por los Estados para liberarse de su responsabilidad en la materia. Por lo tanto, y a pesar de haber sido gratamente recibidas por la sociedad civil, la academia y las ONG a nivel internacional, la aplicación y función de las Normas de la Subcomisión se convirtieron en una mera referencia sobre las aspiraciones existentes en torno a un mayor control de las actividades de las empresas transnacionales.<sup>28</sup>

No obstante haber sido descartadas por la Comisión de Derechos Humanos, este órgano determinó que se debería continuar con la especificación del alcance de dichas Normas.<sup>29</sup> Por lo tanto, nombró al Profesor John Ruggie como *Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las Empresas Transnacionales*, para aclarar el alcance de las Normas, y en su caso clarificar el panorama en torno a las responsabilidades que las empresas tienen en el ámbito de los derechos humanos.

Ruggie se desempeñó en dos mandatos de tres años, el primero del 2005 al 2008, en el que desarrolló el marco conceptual 'Proteger, Respetar y Remediar' (*Protect, Respect and Remedy*),<sup>30</sup> donde deter-

<sup>27</sup> UN Doc. 2004/116 (Abril 20, 2004).

<sup>28</sup> Al respecto, Weissbrodt señala que las Normas de la Subcomisión continúan siendo necesarias como un suplemento de los estándares internacionales existentes por ser aplicables a todas las empresas, y no sólo a aquéllas que acuerden participar. Véase Weissbrodt D., "Rapport Introductif: The Sub-Commission Principles on the Responsibility of Transnational Corporations in Regard to Human Rights", en Decaux E. (Dir.), *op. cit.*, p. 111.

<sup>29</sup> UN Doc. A/HRC/17/31, párrafos 3 y ss. (Marzo 21, 2011). En él, Ruggie explica el origen de su mandato como Representante Especial, así como el desarrollo de sus propuestas de manera general.

<sup>30</sup> En el 2007, Ruggie proponía dos ideas principales: ampliar el sistema de cooperación internacional y reforzar los sistemas judiciales de los Estados receptores y de origen de las

minaba las obligaciones que tanto los Estados como las empresas tenían: en dicho documento, consideró que era deber de los Estados proteger los derechos humanos, de las empresas respetarlos y ejercer la diligencia debida (*due diligence*) en la conducción de sus operaciones, y la necesidad de crear recursos jurídicos a favor de las víctimas para lograr la reparación por los daños que pudieran resultar.

Durante su segundo período entre el 2008 y 2011, tomando como base el marco conceptual que ya había desarrollado, diseñó los ‘Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos’ (*Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations Protect, Respect and Remedy Framework*), a través de los cuales proponía la implementación y operatividad del marco conceptual que entregó al final de su primer mandato, estableciendo las condiciones con las que se podría garantizar un cumplimiento efectivo, tanto de los Estados como de las empresas, respecto al respeto de los derechos humanos.

Tras el fin de su mandato, se creó en el seno de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos un Grupo de Trabajo para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales,<sup>31</sup> que entró en funciones en Noviembre del 2011, tuvo su primera sesión en Ginebra, Suiza, entre el 16 y 20 de enero de 2012, y la segunda entre el 8 y 11 de mayo de ese mismo año. En dicha sesión, el Grupo de Trabajo determinó sus métodos de trabajo, teniendo como función principal la diseminación e implementación de los Principios Rectores. Así, dentro de sus actividades tendrá las visitas a países y consul-

---

empresas, así como construir un sistema en el que las empresas, las ONG, la sociedad civil y los Estados concurrieran para implementar una protección efectiva de los derechos humanos, a través de la integración de elementos voluntarios y obligatorios. *Vid.* Ruggie J., “Business and Human Rights: The Evolving International Agenda”, *American Journal of International Law*, Vol. 101, 2007, p. 839.

<sup>31</sup> UN Doc. A/HRC/RES/17/4 (Julio 6, 2011).

tas con los actores involucrados, así como un Foro sobre Empresas y Derechos Humanos, aunque dichos aspectos funcionales se desarrollarán conforme vayan avanzando las sesiones del Grupo de Trabajo.

Si bien podemos observar que de manera general se ha intentado adoptar un enfoque regulatorio y compulsivo en torno a las actividades de las empresas que repercuten en el goce de los derechos humanos, a fin de que éstas se responsabilicen por sus acciones que resulten contraproducentes a las prerrogativas fundamentales de las poblaciones en las que desarrollan sus operaciones, también es cierto que nos encontramos ante un parteaguas histórico: trasladar parte de la responsabilidad —en sí, una responsabilidad indirecta y secundaria— del Estado a los entes privados, de manera que las empresas deban garantizar su respeto a los derechos humanos.

El enfoque esencialmente nominativo que adoptaron los Principios Rectores de Ruggie impide trasladar directamente la obligación jurídica hacia las empresas; sin embargo, sí reconoce efectivamente que tienen, por lo menos, la obligación de contribuir con el Estado de derecho y el respeto a los derechos humanos, y en su caso, a la reparación por cualquier actividad que resulte dañina a cualquiera de los derechos fundamentales, incluyendo, por lo menos, aquéllos reconocidos en la *Carta Internacional de los Derechos Humanos* (es decir, la Declaración Universal e los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), además de algunas de las prerrogativas laborales reconocidas en los convenios principales de la Organización Internacional del Trabajo.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> Este enfoque, por tanto, ha sido criticado por su visión restrictiva del derecho internacional de los derechos humanos, dejando fuera de la protección que sugiere a las empresas a elementos como el derecho al medio ambiente sano, o en una perspectiva más avanzada, al desarrollo, así como al derecho consuetudinario o al derecho internacional general. Lo anterior será comentado más adelante.

En sí, pues, aparenta ser una primera aproximación a la noción de generar una obligación para las empresas en materia de derechos humanos, en la forma en que ha existido en el derecho penal internacional<sup>33</sup> o en materia de inversiones,<sup>34</sup> aunque en realidad sea una manifestación simplista en torno a la constante obligación estatal de garantizar los derechos humanos, y una recomendación a las empresas a esforzarse por no infringirlos. La expectativa creada por los Principios Rectores, y la crítica que apareció previo y tras su adopción por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, será analizada más adelante.

Habiendo revisado brevemente el desarrollo de la idea de imponer obligaciones internacionales a las empresas transnacionales, es claro que nos encontramos ante una dicotomía regulatoria: una que propugna por un autocontrol que tenga como objetivo una mejora de la imagen social corporativa ante la sociedad, y otra que señala la responsabilidad jurídica que tienen las corporaciones en torno a los derechos fundamentales de la persona. A pesar de la intensa discusión académica que ha existido a nivel internacional respecto a las obligaciones corporativas en la materia, es necesario hacer una distinción entre lo que constituye la responsabilidad empresarial en derechos

---

<sup>33</sup> Recuérdense, por ejemplo, los casos de Krupp (*The United States of America vs. Alfred Krupp, et al.*) o IG Farben (*The United States of America vs. Carl Krauch, et al.*) ante el Tribunal Militar Internacional, en los que las corporaciones alemanas fueron encontradas culpables de crímenes de guerra —a través de sus directivos— por ayudar al ejército Nazi durante la Segunda Guerra Mundial. Para Jessberger, el valor actual de las resoluciones que determinaron imputar responsabilidad criminal a los empresarios alemanes es precisamente la valentía para subrayar la responsabilidad de las industrias y los negocios por cualquier violación de las normas del derecho penal internacional —que en muchos casos, se sobreponen con violaciones de derechos humanos. *Vid.* Jessberger, F., *op. cit.*, p. 802.

<sup>34</sup> En donde a las empresas, en general, se les reconoce un *locus standi* ante los gobiernos, ante los cuales tienen derechos y obligaciones; es, por tanto, uno de los reconocimientos expresos de una personalidad jurídica a nivel internacional, que ha sido considerada como derivada, relativa o secundaria, y definitivamente específica, pues sólo se les atribuye en ciertos ámbitos y bajo ciertos regímenes jurídicos a nivel internacional.

humanos (REDH), y su diferencia con la responsabilidad social empresarial (RSE), que si bien son conceptos hasta cierto punto similares, tienen enfoques distintos. Esto se ha manifestado tanto a nivel diplomático como académico, por lo que se intentará explicar en el próximo capítulo.

### III. RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

#### Y RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN DERECHOS HUMANOS: CONCEPTOS CONVERGENTES Y DIVERGENTES

Si bien contienen algunos elementos afines, los dos conceptos arriba enunciados, la responsabilidad social empresarial y la responsabilidad empresarial en derechos humanos, son teleológicamente distintos. Por lo anterior, procederemos a analizar brevemente las características que cada uno de ellos alberga.

En primer lugar, la responsabilidad social empresarial<sup>35</sup> es un concepto que aparece y se expande tras la muerte del proyecto de Código de Conducta de la Comisión de Corporaciones Transnacionales

---

<sup>35</sup> Véase Gosling, T., *Corporate Social Responsibility and Business Performance*, Chettenham, Edward Elgar Publishing, 2011, p. 1, en donde el autor define a la RSE como una responsabilidad en la administración de las organizaciones, en la que se toman en cuenta problemas sociales, ambientales y el desarrollo económico de la región y la sociedad. "...el movimiento de la responsabilidad social empresarial (RSE) pretende proponer una respuesta concreta a la tensión entre la maximización del valor para el accionista... y las exigencias sociales legítimas de las "partes involucradas".", es decir, acercar al empresario con la sociedad para lograr establecer una especie de diálogo que los lleve a cooperar en beneficio de la comunidad. Vid. CNCDH, *La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme. I. Nouveaux enjeux, nouveaux rôles*, Paris, La Documentation Française, 2009, p. 17. Ya en 1980 se intentaba dar una explicación del concepto de Responsabilidad Social Empresarial: "... la RSE es 'la noción según la cual las empresas tienen una obligación frente a los grupos constituidos de la sociedad, distintos a los accionistas, y más allá de lo que se encuentra prescrito en la ley o en los acuerdos sociales, demostrando así que un desafío puede exceder el solo derecho de propiedad'." Véase Jones, T.M., "Corporate Social Responsibility Revisited, Redefined", *California Management Review*, vol. 22, 1980, p. 52.

de las Naciones Unidas, convirtiéndose en una alternativa a la propuesta vinculante que planteaba dicho instrumento internacional. Igualmente, se convierte en un modelo para instrumentalizar y volver operativo el desarrollo sostenible,<sup>36</sup> que en la época se encontraba en un momento expansivo, por lo que las empresas se ven en la necesidad de replantear sus procesos para incluir propuestas de desarrollo económico y cuidado del medio ambiente que satisfagan las exigencias sociales.<sup>37</sup>

De tal forma, y a través de enunciados y compromisos voluntarios, se plantea la posibilidad de que las empresas contribuyan, conforme a su deseo, con adecuaciones en sus procesos productivos y manifestaciones sociales que les permitan tener un mayor acercamiento con la sociedad en que se desarrollan. Se busca, por tanto, generar una percepción de una empresa benévola e interesada por su comunidad; a grandes rasgos, una mejora de su imagen ante la sociedad.

Lo anterior, a nivel internacional, ha trascendido a través del proyecto del *Global Compact*, o Pacto Mundial. Dicha iniciativa, creada y apoyada por la Organización de las Naciones Unidas, ha obtenido cierto nivel de confianza de parte de la comunidad empresarial global, ya que consiste en compromisos que las empresas que se suscriban deben concretar en la medida de sus posibilidades dentro de su esfera de influencia, sin que existan sanciones o responsabilidad distinta a la moral por su incumplimiento.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> “La expresión “desarrollo sostenible”... representa un compromiso entre, por una parte, las exigencias legítimas de ciertos países en materia de desarrollo socioeconómico, y por la otra, el reconocimiento del carácter frágil de la Tierra, cuyos recursos naturales susceptibles de explotación son limitados.” CNCDH, *op. cit.*, p. 26.

<sup>37</sup> La Comisión Nacional Consultiva de Derechos Humanos de Francia estima que los objetivos de la RSE son la humanización de la globalización, la regulación de un modelo económico que engendra desigualdades sociales y daños ambientales mayores, y de responsabilizar al mundo de los negocios, con la finalidad de volver a colocar al hombre y al medio ambiente entre las preocupaciones de las empresas. *Ibid.*, p. 48.

<sup>38</sup> “...los analistas de la globalización han querido ver en la expresión gobierno global una nueva dimensión totalizadora de respeto integral a los acuerdos públicos y privados.” Véase

El Pacto Mundial se divide en cuatro áreas en las que las empresas deben realizar esfuerzos: derechos humanos,<sup>39</sup> derechos laborales,<sup>40</sup> medio ambiente<sup>41</sup> y combate a la corrupción.<sup>42</sup> Tal como se anuncia, este proyecto se trata de una plataforma para el desarrollo, la implementación y la revelación de políticas y prácticas corporativas responsables y sostenibles, que resulten en el alineamiento de operaciones y estrategias comerciales con los diez principios en ella enunciados, en un diálogo permanente y conjunto, y en un esfuerzo colectivo por apoyar la implementación de los Objetivos de Desarrollo del Milenio de las Naciones Unidas (*UN Millennium Development Goals*).<sup>43</sup> Al unirse a tal iniciativa, las empresas se comprometen a entregar anualmente un informe en el que se detallen la forma en que los diez principios del Pacto Mundial son aplicados, y a hacer un donativo anual cuyo monto depende del tamaño de la sociedad.

---

Enríquez Rosas, J. D., *Derecho Internacional Económico. Instituciones y críticas contemporáneas*, México, Porrúa, 2006, p. 149. Así, Rasche explica que a pesar de que el Pacto no es un sustituto de las regulaciones nacionales o internacionales que deberían existir, ni un marco exhaustivo de gobernanza global, sí es una primera respuesta pragmática ante la incapacidad de los gobiernos, que define una agenda para discutir los problemas de la gobernanza global. *Vid.* Rasche, A., *op. cit.*, p. 519.

<sup>39</sup> Principios 1 y 2, en los que se establece que las empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos proclamados a nivel internacional, y asegurarse de no ser cómplices en situaciones de abuso de derechos humanos.

<sup>40</sup> Principios 3 al 6, donde se refiere que las empresas deberán garantizar la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo a la negociación colectiva, eliminar todas las formas de trabajos forzados o de trabajo infantil, y erradicar la discriminación en el área de trabajo.

<sup>41</sup> Principios 7 al 9, indicándose en ellos que las empresas deben favorecer el enfoque precautorio ante los riesgos ambientales, emprender iniciativas que favorezcan una mayor responsabilidad ambiental, y alentar el desarrollo y difusión de tecnologías favorables al medio ambiente.

<sup>42</sup> El último principio refiere que las empresas deben luchar contra todo tipo de corrupción, incluyendo la extorsión y el soborno.

<sup>43</sup> En sí, el Pacto Mundial busca tener efectos en dos niveles: facilitar la cooperación, aprendizaje a largo plazo y la resolución de problemas desde una plataforma colectiva e incluyente a nivel internacional (*macro*), e internalizar sus principios en la estrategia y operaciones diarias de las empresas (*micro*). *Vid.* Rasche, A., *op. cit.*, p. 517.

Dicho proyecto, a pesar de ser uno de los más aceptados por la comunidad empresarial —esencialmente por su laxedad regulatoria—, también ha sido objeto de fuertes críticas por parte de las organizaciones no gubernamentales y de la sociedad civil, ya que consideran que al no existir algún mecanismo de regulación o control, las empresas pueden hacer uso de la propaganda y logotipos de la iniciativa sin tener que cumplir con sus compromisos adoptados, ni verdaderamente esforzarse por mejorar sus récords en materia de derechos humanos.<sup>44</sup>

Por otra parte, el concepto de la responsabilidad corporativa en materia de derechos humanos se integra por un componente obligatorio para las empresas, de manera que puedan ser responsabilizadas directamente por su incumplimiento o violación a las normas reconocidas en el foro global o en los escenarios regionales de protección de los derechos humanos.<sup>45</sup> Este enfoque, ampliamente elogiado por la academia y las ONG —pero desdeñado por las empresas y los gobiernos—, de manera general ha intentado utilizarse, aunque infructuosamente, en los dos intentos internacionales de regulación corporativa —el primero general, el segundo en el campo de derechos de las personas— que fueron mencionados con antelación.

La responsabilidad empresarial en derechos humanos consiste, pues, en que las empresas tienen ciertas obligaciones jurídicas en el campo de las prerrogativas fundamentales que deben respetar, en cualquier

---

<sup>44</sup> A tal fenómeno es al que se ha denominado *green-washing*, o *blue-washing*. Véase *Entreprises et violations des droits de l'homme*, Paris, FIDH, 2010, p. 513. Es debido a esta situación que se llevó a cabo una revisión integral de las bases del Pacto Mundial, a fin de evitar un uso negligente por parte de las empresas transnacionales, y de establecer un tipo de control sobre los reportes y la frecuencia con que éstos eran presentados por las empresas adheridas al programa.

<sup>45</sup> "...la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos... es un concepto político, democráticamente definido y oponible a los actores económicos que falten a su deber de diligencia o que sean culpables de violaciones a los derechos humanos [en cualquiera de sus modalidades, ya sea por acción u omisión]." CNCDH, *op. cit.*, p. 143.



territorio en donde desarrollen sus actividades. Así, independientemente de su voluntad o contribución social, deben respetar los tratados de derechos humanos internacionalmente reconocidos, con el fin de garantizar su cumplimiento y aplicación en su esfera de control, por lo menos.<sup>46</sup> De tal forma, dicha responsabilidad se convierte en una garantía mínima que las corporaciones y empresas comerciales deben cumplir, a fin de contribuir al establecimiento, desarrollo y permanencia de una cultura de legalidad, y con ello, al Estado de derecho.

En este tenor, concebimos que siendo la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos un marco normativo amplio —y que aún se encuentra en desarrollo y definición—, la responsabilidad social empresarial se convierte en un vórtice que forma parte de aquélla, siendo un ideal de lo que las empresas deberían representar y contribuir a la sociedad, y no sólo para beneficio y lucro de sus accionistas.<sup>47</sup> Así, podemos considerar que la responsabilidad de las empresas se convierte en un ideal político-jurídico dentro del ámbito general de los derechos humanos, en tanto que la responsabilidad social empresarial se vuelve la aplicación gerencial en el seno de las empresas de los ideales sociales que se reclaman como complemen-

---

<sup>46</sup> *The U.N. Guiding Principles on Business and Human Rights: Analysis and Implementation*, Report by the Kenan Institute for Ethics, Duke University, 2012, p. 11; de igual forma se expresa John Ruggie (A/HRC/17/31) al citar en su principio número 12 la responsabilidad de las empresas de respetar la Carta Internacional de los Derechos Humanos y la Declaración de la OIT sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo, así como algunos otros autores, que consideran que por lo menos la Declaración Universal de Derechos Humanos, en tanto que normas *jus cogens*, son aplicables a las empresas. Cfr. Wells C. y Elias J., “Catching the Conscience of the King: Corporate Players on the International Stage”, en Alston P. (Ed.), *op. cit.*, p. 150.

<sup>47</sup> Por tanto, “La responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos no invalida el concepto de responsabilidad social empresarial, sino que lo inserta en una construcción más política que gerencial.” CNCDH, *op. cit.*, p. 137.

tarios y necesarios al capitalismo, asemejándose e incluso compartiendo varias de las premisas de la gobernanza corporativa.<sup>48</sup>

La responsabilidad social empresarial (RSE) y la responsabilidad empresarial en derechos humanos (REDH) se intersectan precisamente en la búsqueda de una contribución a la sociedad: la primera es una aportación que hace la empresa, esencialmente en forma de colaboración a la comunidad donde trabaja o desarrolla sus operaciones, mientras que la segunda se compone por una obligación de sujeción y cumplimiento de estándares internacionalmente aceptados.

Sin embargo, su divergencia resulta de la autoregulación que caracteriza a la RSE, que viene acompañada de una rendición de cuentas<sup>49</sup> a la sociedad -compuesta esencialmente por la imposición de estándares en los procesos, transparencia y divulgación de información al público—, la cual no es de manera general legalmente exigible y por tanto se caracteriza por ser exclusivamente informativa.<sup>50</sup> Por su parte,

---

<sup>48</sup> Para Morgera, la gobernanza corporativa es un proceso interno dentro de una entidad empresarial para responder a las expectativas sociales relativas a su conducta y acciones, tanto en el campo ambiental como en el de los derechos humanos. *Vid.* Morgera, E., *Corporate Accountability in International Environmental Law*, New York, Oxford University Press, 2009, p. 22. "...la Gobernanza Global... supuestamente involucra mecanismos de autorregulación y considera las especificaciones de un sistema económico funcional y los límites del control externo." Hefendehl, R., "Addressing White Collar Crime on a Domestic Level. Any Lessons Learned for International Criminal Law?", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, 2010, p. 774. *Cfr.* Cioffi, J.W., *Public Law and Private Power. Corporate Governance Reform in the Age of Finance Capitalism*, Ithaca, Cornell University Press, 2010.

<sup>49</sup> Lo que en Inglés se ha denominado *corporate accountability*.

<sup>50</sup> De tal autorregulación surge la crítica del voluntarismo. "El peligro del voluntarismo es igualmente la transformación del derecho duro [positivo] en "soft law" [derecho no vinculante], de presentar como voluntario o facultativo lo que es un imperativo jurídico. Dicho de otra forma, el voluntarismo no debe poner en tela de juicio o diluir la obligación, sino reforzarla y ampliarla..." *Vid.* Decaux E., "Le projet de l'ONU sur la responsabilité des entreprises transnationales" en Daugareilh I. (Ed.), *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruselas, Bruylant, 2010, p. 470. Algunos autores, verbigracia Gossling, señalan sin embargo que la exigibilidad u obligatoriedad no se encuentra en duda, es decir, que la responsabilidad social empresarial no es voluntaria, aludiendo a cuatro razones: la necesidad de responsabilidad para la supervivencia de la humanidad, el

la REDH ha tenido como principal impulsor a la sociedad civil y a las organizaciones no gubernamentales, quienes reclaman que a través del Estado (ya sea el Estado de origen o el Estado receptor de la inversión), por medio de mecanismos judiciales y de solución de controversias, intente garantizar los derechos humanos y su cumplimiento, así como la reparación de los daños ocasionados por el accionar de las empresas.

Si se considera que la responsabilidad social empresarial es una práctica utilizada públicamente, que en principio señala la adopción de medidas gerenciales internas para cumplir con las demandas sociales en temas ambientales y de derechos humanos, se podría llegar a pensar que cualquier violación o daño que ocurra, a pesar de la existencia de esas políticas de prevención, podrían entrañar la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos. Esa responsabilidad podría establecerse si se comprobase que existió una negligencia, lo cual podría dar lugar directamente a un deber de reparación de los daños ocasionados.

A pesar de dichas divergencias en cuanto a su propósito ulterior, ambos marcos de regulación —si así puede llamárseles— son complementarios, y por ello necesitan uno del otro. Considerando lo anterior, resulta menester que ambas tendencias se continúen desarrollando de manera paralela, ya que de esta manera no sólo se crea una conciencia y cultura social corporativa, sino también un parámetro en torno a las obligaciones jurídicas que las empresas, transnacionales o locales, tienen en el ámbito de los derechos humanos. Es claro para la doctrina en la materia que un clima de estabilidad legal, en el que el imperio de la ley y el Estado de derecho estén por encima de los intereses privados, satisface y permite un mejor funcionamiento de

---

deber moral de la responsabilidad por las acciones propias, la exigencia social por la responsabilidad y sustentabilidad, y la presión del mercado como factor determinante del éxito. “Por tanto, la RSE no se trata de acciones voluntarias o benévolas, sino de decisiones de negocios racionales.” *Vid.* Gossling, T., *op. cit.*, p. 124.

las empresas, al regular efectivamente ámbitos como la competencia económica y las obligaciones legales que tienen dichas sociedades. Por ello, las empresas se verán favorecidas en un entorno en el que el cumplimiento de los derechos humanos sea la norma, y no la excepción.

#### IV. LAS APORTACIONES DE LOS PRINCIPIOS RECTORES SOBRE LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS, SU CRÍTICA Y CONTRASTE CON LAS NORMAS DE LA SUBCOMISIÓN SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES Y OTRAS EMPRESAS COMERCIALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, de los cuales ya hemos mencionado brevemente su desarrollo, son el resultado del trabajo de análisis, encuesta y consulta de John Ruggie sobre el tema con el sector empresarial, estatal, académico, la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales. Fueron bien recibidos de manera general por el sector diplomático y empresarial, aunque criticados tanto por la academia como por varias ONG a nivel internacional.

Por lo anterior, debemos analizar cuáles fueron las principales aportaciones de los Principios Rectores de Ruggie al tema. Este conjunto de principios tiene la virtud de haber intentado agrupar, en un solo documento, la experiencia internacional y las exigencias dirigidas a las empresas en distintas áreas de la industria y los servicios. Al no buscar crear nuevas normas o destinatarios del derecho internacional de los derechos humanos,<sup>51</sup> únicamente enfocaron su aplica-

---

<sup>51</sup> “Al presentar sus Principios Rectores al Consejo en junio de 2011, Ruggie declaró que “la contribución normativa de [l]os Principios Rectores no se encuentra en la creación de nuevas obligaciones de derecho internacional, sino en la elaboración de las implicaciones de los estándares y prácticas existentes para los Estados y las empresas; integrarlos en una plataforma única, lógicamente coherente y comprensiva; e identificar las limitaciones del régimen

ción en el ámbito empresarial, de manera que se adopte y desarrolle una conciencia corporativa a nivel global sobre la responsabilidad de las empresas en el ámbito, sin implicar con ello obligaciones jurídicas específicas, que es una de las medidas que polarizaron ampliamente el debate en torno a las obligaciones empresariales en derechos humanos desde el inicio de la discusión en los años setenta. De tal manera, debe aplaudirse la codificación de medidas y sugerencias para lograr la puesta en práctica de las obligaciones empresariales —en la especie, a través de la “responsabilidad de respetar los derechos humanos”–, correspondientes en tanto que “órganos de la sociedad”, ya que permite dar un primer paso en torno a su identificación, y esperamos que, por consecuencia, para su futura ejecución y control.<sup>52</sup>

De la misma manera, el hecho de que sea un catálogo general y amplio en torno al papel que tanto el Estado como las empresas juegan en el respeto de los derechos humanos tiene ventajas y desventajas. De las primeras, debemos remarcar la trascendencia de que, por su carácter general, son aplicables a todo tipo de empresas, independientemente de su área de trabajo, tamaño o ubicación; su carácter general les otorga una posibilidad de aplicación o adopción potencialmente extendida, por lo que empresas de todos los ramos y sectores pueden adherirse a ellas y aplicarlas en sus operaciones. Sin embargo, esa misma generalidad permite que haya huecos en relación a ciertos sectores industriales y de servicios, que a través de sus actividades podrían violentar los derechos humanos, situación que po-

---

actual y cómo podría mejorarse.” Véase *The U.N. Guiding Principles on Business and Human Rights...*, *op. cit.*, p. 9.

<sup>52</sup> “...los Principios Rectores no sólo engloban algunas normas de derechos humanos que son vinculantes para las empresas conforme al derecho nacional o internacional, sino que también resaltan lo que las empresas deberían estar haciendo en tanto que ciudadanos corporativos responsables.” *Vid.* Deva, S., “Guiding Principles on Business and Human Rights: Implications for Companies”, *European Company Law*, vol. 9, 2012, p. 105.

dría ser aprovechada por las empresas en el ramo para evadir incluso sus mínimas obligaciones en torno a los derechos fundamentales.

En sí, la principal aportación que consideramos se obtuvo a través de la articulación de los Principios Rectores fue la participación, involucramiento y “consenso” entre las diferentes partes interesadas,<sup>53</sup> principalmente de las empresas y diversos Estados industrializados, quienes por primera vez apoyaron un proyecto de las Naciones Unidas en torno a la responsabilidad de las empresas en derecho internacional. Por ello, los Principios Rectores de Ruggie son un primer paso que debe aplaudirse precisamente por su carácter inicial, sin dejar de tomar en cuenta que es apenas el comienzo de una nueva fase en la que se espera se configuren nuevas realidades en el derecho internacional de los derechos humanos,<sup>54</sup> que busquen regular la realidad internacional existente, y dejen de lado paradigmas que, si bien continúan siendo aplicables en la actualidad —como lo es la responsabilidad primaria de los Estados por garantizar los derechos humanos—, ya no son campos exclusivamente restringidos a esa noción westfaliana como lo fueron hasta hace algunas décadas.

No obstante, y a pesar de ser el primer intento aprobado por las Naciones Unidas en el tema de las empresas y los derechos humanos, las críticas tanto al marco conceptual “Proteger, respetar y remediar” como a los Principios Rectores han sido diversas. Para comenzar, una de las principales críticas ha sido la perspectiva estrecha que tuvo Ruggie en torno a los derechos humanos “mínimos” que *deben* respetar las corporaciones transnacionales, señalando como tales la *Carta In-*

---

<sup>53</sup> Algunos autores, sin embargo, opinan lo contrario. “Si bien los promotores de los derechos humanos deberían ser sensibles a las dificultades inherentes a obtener un consenso global, el marco de Ruggie va muy lejos al sacrificar principios con el objetivo de obtener acuerdos.” Bilchitz, D., “The Ruggie Framework: An Adequate Rubric for Corporate Human Rights Obligations?”, *SUR-International Journal on Human Rights*, vol. 7, n° 12, 2010, p. 200.

<sup>54</sup> Deva, S., *op. cit.*, p. 102. El autor explica que en realidad, los Principios Rectores no deben ser vistos como el primer intento de establecer responsabilidades para las empresas en materia de derechos humanos, ni tampoco como el pronunciamiento final sobre el tema.

*ternacional de los Derechos Humanos*<sup>55</sup> y la *Declaración de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo* de la Organización Internacional del Trabajo. La principal problemática se centra en que, si bien dichos instrumentos internacionales de derechos humanos son fundamentales, el Representante Especial no pareció tomar en cuenta el derecho internacional público y sus fuentes, que son igualmente obligatorias. Por tanto, al enunciar exclusivamente dichos instrumentos, deja de lado la costumbre internacional —a la vez importante, en virtud de constituir normas aceptadas a nivel global como jurídicamente vinculantes en todo momento— o las normas de *jus cogens* (a su vez imperativas e inderogables).<sup>56</sup> Así, al no señalar la necesidad de que las empresas respeten las decisiones relevantes de derecho penal internacional, por ejemplo, desconoce el alcance que dicha rama jurídica tiene en torno a las corporaciones, así como el avance de la materia en torno a la criminalidad, culpabilidad e imputabilidad de que pueden ser objeto las personas morales.<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> Que, como ya se mencionó con antelación, comprende la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

<sup>56</sup> “Cuando el Profesor Ruggie habla de la obligación de proteger que corresponde al Estado, parece tener una visión muy estrecha del marco de referencia del derecho internacional público, al no contemplar más que los tratados ratificados por un Estado determinado. Sin embargo, el Estado también se encuentra obligado por el derecho internacional general, comenzando por las normas consuetudinarias que se han desarrollado en las diferentes ramas del derecho... Aún más, este marco internacional se prolonga en el derecho interno, con la obligación de implementación, en donde la ausencia de legislación apropiada constituye una falta del Estado.” *Vid.* Decaux E., “Le projet...”, *op. cit.*, nota 43, p. 473. A manera de ejemplo, véase Nerlich, V., “Core Crimes and Transnational Business Corporations”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8, 2010, p. 899.

<sup>57</sup> “...el Representante Especial del Secretario General [hizo una] recomendación al Consejo de Derechos Humanos sobre desarrollar un proceso para clarificar las obligaciones jurídicas de las entidades empresariales en torno a la no comisión de crímenes internacionales... Ya existe un reconocimiento global de que los actores corporativos tienen obligaciones conforme al derecho internacional para no cometer crímenes internacionales, y que por tanto pueden incurrir en responsabilidad penal por complicidad en, o la comisión de violaciones graves de derechos humanos que puedan constituir tales crímenes.” Véase Simons,

De la misma manera, los Principios Rectores son un ejercicio de voluntarismo. Si bien, la creación de derecho internacional positivo no hubiera tenido la misma facilidad ni involucramiento de las partes interesadas,<sup>58</sup> la adopción de una postura de *soft law* en el tema no hace más que perpetuar la imagen de que las empresas no tienen obligaciones jurídicas en materia de derechos humanos, y por tanto, que éstos no les pueden ser exigidos. Las obligaciones en materia de derechos humanos son vinculantes para todos los actores en la sociedad, sean individuos, actores no estatales o entidades gubernamentales; por ello, las iniciativas de derecho no vinculante deben ser complementarias a los estándares obligatorios derivados directamente del derecho internacional, y en muchas ocasiones, directamente también de los sistemas jurídicos internos.

El hecho de que los Principios Rectores se hayan mantenido en la esfera voluntaria sin duda contribuye a mantener la ilusión de que las empresas pueden “escapar” de la obligación de cumplimiento de las normas de derechos humanos que les resulten aplicables, cuando en muchas otras áreas, incluyendo en el derecho penal internacional, se les reconoce una personalidad jurídica internacional, y por tanto la capacidad de llevar a cabo conductas criminales, con la consecuente posibilidad de ser destinatario de una sanción jurídica.<sup>59</sup>

---

P., “International law’s invisible hand and the future of corporate accountability for violations of human rights”, *Journal of Human Rights and the Environment*, Vol. 3, No. 1, 2012, pp. 5, 42.

<sup>58</sup> “Para Ruggie, la lentitud de las negociaciones internacionales, el riesgo de que tal proceso podría debilitar las medidas a corto plazo para elevar los estándares corporativos en materia de derechos humanos, así como el problema sobre la forma de ejecución de tales obligaciones, fueron razones importantes para no recomendar la negociación y adopción de un tratado que impondría obligaciones jurídicas internacionales a los actores corporativos.” *Ibid*, pp. 13-14.

<sup>59</sup> En ese sentido, véase O’Reilly, J.T. et al., *Punishing Corporate Crime: Legal Penalties for Criminal and Regulatory Violations*, Oxford, Oxford University Press, 2009, así como Kremnitzer, M., “A Possible Case for Imposing Criminal Liability on Corporations in International Criminal Law”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, 2010, pp. 909-918.



Esta situación es, desde nuestra perspectiva, la principal falla del marco conceptual y de los principios de Ruggie: si bien sus propuestas son un primer paso a nivel internacional en el tema, el no haber abordado la problemática desde la perspectiva exigida desde hace décadas no hace más que mantener la incertidumbre jurídica en torno a la responsabilidad internacional de las empresas en materia de derechos humanos, así como mantener el *status quo* que tanto les beneficia, al no ser destinatarios directos de las normas internacionales de derechos humanos, al no existir posibilidades de exigirles su cumplimiento, y al continuar permitiéndoles su participación en las negociaciones y los negocios internacionales sin tomar en consideración la trascendencia (tanto positiva como negativa) de sus inversiones —desde una perspectiva de derechos humanos— en la calidad de vida de las sociedades en que trabajan.<sup>60</sup> Es decir, al mantener su comportamiento y responsabilidad jurídica en una laguna del derecho internacional.

En tercer lugar, debemos señalar que una de las principales características de los Principios Rectores y del Marco conceptual “Proteger, respetar y remediar” fue su vaguedad —lo cual se disfraza en ocasiones en su discurso de corte general, diseñado para ser aplicable a todo tipo de empresas. La falta de especificidad, dirección o consejos en torno a la aplicación u operatividad de los principios contenidos en ambos instrumentos<sup>61</sup> deja a la deriva la actuación de las empresas —e igualmente de los Estados en diversos principios—, generando a su vez una singular situación: que cada empresa resuelva la manera de internalizar las recomendaciones de Ruggie. Por tanto, no se propone una cohesión pragmática, lo cual dificulta e incluso disminuye el carácter de lo que podrían constituir parámetros de seguimien-

<sup>60</sup> *Vid.* Simons, P., *op. cit.*, p. 38.

<sup>61</sup> “...la flexibilidad intencional de los Principios Rectores ha tenido como resultado que no ofrecen una dirección concreta a las empresas para determinar sus responsabilidades en torno a los derechos humanos.” Véase Deva, S., *op. cit.*, p. 105.

to en torno a la actuación de las empresas sobre sus responsabilidades de respeto a los derechos humanos.<sup>62</sup>

Los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos no detallan ni dan indicaciones en torno a la aplicación empresarial de los estándares de ninguno de los aproximadamente 38 derechos humanos contenidos en los instrumentos mínimos que propone Ruggie como bases de respeto para las empresas, ni clarifican la manera en que los Estados y sus gobiernos deben regular las actividades de las corporaciones. De la misma forma, no proveen indicaciones sobre la jerarquía existente entre las políticas económicas o de desarrollo, y las políticas de los Estados en derechos humanos, dejando con ello una interesante cuestión por resolver entre el balance y la primacía de los intereses sociales que debe existir en los países, esencialmente en aquellos en vías de desarrollo.

Asimismo, debemos señalar una situación por demás interesante: los instrumentos internacionales de derechos humanos que Ruggie recomienda como mínimos fueron desarrollados en una época en que la tesis westfaliana del derecho internacional público continuaba imperando; por lo tanto, los únicos actores internacionales eran los Estados. Sin embargo, al recomendar a las empresas que respeten dichos derechos, surge una barrera interesante, y aún más si se considera que el Representante Especial no se pronunció ni aclaró el alcance que dichas normas tendrían en su aplicación para las empresas: ¿En qué forma deben aplicar las empresas un conjunto de normas de derechos humanos que, a todas luces, están directamente diseñados para ser cumplidas por los Estados?

Si la promoción de un marco voluntario fue posiblemente una de las mayores debilidades de las propuestas de Ruggie, la falta de

---

<sup>62</sup> A pesar de lo anterior, y de la falta de certeza en torno a la eficacia de los Principios Rectores, algunos consideran que la propuesta es aplaudible por reconocer la necesidad de utilizar múltiples estrategias y mecanismos de implementación para responsabilizar a las empresas transnacionales por los abusos cometidos en el área de los derechos humanos. *Ibid.*, p. 104.

especificidad en torno a la forma de aplicar sus propuestas, tanto por los Estados como por las empresas, constituye un obstáculo aún más importante que tendrá que ser resuelto posteriormente por el Grupo de Trabajo, apoyado por el impulso de los constantes debates académicos en torno al tema.

Otra de las dificultades con que se enfrentan los Principios Rectores es con la falta de consagración y configuración de uno de los principales derechos humanos: el derecho a un recurso efectivo. Ruggie, al presentar sus propuestas al Consejo de Derechos Humanos, fue innovador al llevar el debate sobre las empresas y los derechos humanos al campo de las reparaciones, indicando que las empresas deben remediar cualquier daño o impacto adverso ocasionado por sus operaciones. No obstante, al manifestar lo anterior sin especificar formas particulares para lograr su cumplimiento, la contribución se mantiene como una aspiración en vez de una posibilidad jurídica para reparar los daños ocasionados. De la misma manera, la falta de establecimiento de un mecanismo de seguimiento a la implementación de los Principios Rectores en el seno del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, tanto por los Estados como por las empresas, es una limitante, que contribuye a la ausencia de una supervisión efectiva, y con ello, a la inexistencia de un recurso jurídico a nivel internacional para controlar la actividad empresarial.<sup>63</sup>

La crítica hacia las propuestas de Ruggie también se centró en otras situaciones, como la falta de aproximación a la situación de la

---

<sup>63</sup> “[en torno a las razones por las que pensaron que es difícil alentar a las multinacionales a generar avances en el área de los derechos humanos, los] Funcionarios citaron la inexistencia de un marco jurídico internacional; la ausencia de un órgano internacionalmente reconocido para dar seguimiento a las violaciones; la falta de información entre los Estados y la disparidad en el área, resultando en leyes y reglamentos nacionales con diferencias profundas entre sí.” *Vid.* Aaronson S. y Higham I., “Re-righting business’: John Ruggie and the struggle to develop international human rights standards for transnational firms”, *Working Paper Series*, George Washington University-Elliott School and Graduate School of Business, 2011, p. 19.

aplicación extraterritorial de normas internas de derechos humanos por parte de los Estados;<sup>64</sup> la falta de claridad en torno a las obligaciones de control existentes para los Estados donde se constituyeron las sociedades transnacionales —es decir, el control extraterritorial mencionado en la línea precedente— y para aquéllos en dónde éstas operan; la situación de Estados que no puedan o quieran perseguir a las empresas por violaciones a los derechos fundamentales —similar a la situación existente en derecho penal internacional, que muchas veces se sobrepone con la de derechos humanos—; el carácter transnacional de las empresas y su habilidad para configurar mecanismos corporativos que les permiten evadir su responsabilidad a través de las fronteras jurisdiccionales, o a la falta de consideración respecto a la posible responsabilidad civil o penal de los directivos empresariales. Sobra mencionar la ausencia de una recomendación específica al Consejo de Derechos Humanos de, en el futuro y en la medida de lo posible, desarrollar obligaciones jurídicas para las empresas en materia de derechos humanos.<sup>65</sup>

A pesar de las ventajas y críticas que sucedieron a las propuestas del Representante Especial, los Principios Rectores son sin lugar a dudas un elemento de valor para la discusión a nivel internacional en torno a la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos. Debe señalarse con beneplácito el importante logro de haber reunido a participantes de las diferentes esferas internacionales, y sobre todo, de haber convencido a la comunidad empresarial de, por lo menos en el papel, respetar los derechos humanos, así como de la aceptación general de establecer prácticas de diligencia debida en las

---

<sup>64</sup> Según Aaronson y Higham, uno de los principales obstáculos que enfrentan los Principios Rectores es la falta de disposiciones en torno a la regulación extraterritorial de las empresas, por lo que se contravendría el principio de protección que corresponde al Estado. *Ibidem*.

<sup>65</sup> A pesar de haber estado dentro de su mandato, Ruggie no buscó elaborar obligaciones vinculantes en materia de derechos humanos para las empresas, ni recomendó como parte de la estrategia de Naciones Unidas en torno a esta situación el desarrollo de obligaciones jurídicas internacionales. *Vid.* Simons, P., *op. cit.*, pp. 9-10.

operaciones empresariales y en las cadenas de suministro. Asimismo, debe reconocerse la visión del Profesor Ruggie en torno a la manera de lograr algún avance en un tema que llevaba estancado desde la década de 1970, a pesar de las limitaciones que aparecieron en sus propuestas finales.

Por otra parte, el haber descartado de entrada las Normas de la Subcomisión, y aún más, el señalarlas como una distracción, no parece haber sido una decisión acertada. Claramente existe una marcada distancia del proyecto de Ruggie con las Normas de la Subcomisión y con el Pacto Mundial; las Normas, como ya se mencionó, intentaron hacer lo que Ruggie decidió evitar: el determinar un conjunto de derechos humanos y la forma en que las empresas debían respetarlos. Por tanto, volvemos a la dualidad mencionada con antelación, a la dicotomía regulatoria: una aproximación *voluntaria*, en este caso propuesta por John Ruggie a través de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, en el que las empresas son invitadas a respetar ciertos derechos humanos, y el último intento internacional por establecer un control jurisdiccional en torno a las actividades de las empresas, el enfoque de *regulación*, a través de las Normas de la Subcomisión sobre la responsabilidad en materia de derechos humanos de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, con el que se buscó crear un marco jurídico obligatorio que ampliaba la responsabilidad respecto al cumplimiento de las prerrogativas fundamentales.

## V. POSIBILIDADES ACTUALES Y FUTURAS EN TORNO A LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD JURÍDICA CORPORATIVA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Tomando en consideración el avance principalmente no vinculante respecto a las obligaciones empresariales en torno a los derechos hu-

manos y la dificultad de negociar un instrumento multilateral que constriña jurídicamente a las empresas, es claro que deben explorarse opciones alternativas para lograr una mayor responsabilidad jurídica corporativa; es decir, deben perfeccionarse las opciones existentes en la actualidad, si es que se pretende vincular a los derechos humanos como una de las obligaciones que tienen las sociedades comerciales.

A nuestro entender, existen esencialmente tres vías jurídicas principales para lograr lo anterior, y dos posibles opciones para el futuro si se logra crear un consenso interestatal que permita reformar el sistema actual o crear nuevas instituciones judiciales internacionales que puedan tener jurisdicción sobre las empresas. De forma breve se analizarán, en dos apartados distintos, las posibilidades actuales y futuras.

### *1. Posibilidades actuales para regular jurídicamente las violaciones corporativas de derechos humanos*

La regulación jurídica continúa siendo —como lo ha manifestado el Representante Especial sobre las Empresas y los Derechos Humanos— una función principalmente estatal, aunque con algunas excepciones que comienzan a romper con el esquema tradicional de dicha faceta de la soberanía. Así, se han configurado jurisdicciones supranacionales y casuísticas<sup>66</sup> que pueden regular situaciones jurídicas ocurridas a nivel interno, constituyendo un recurso excepcional que se adiciona a los existentes en los marcos jurídicos estatales.

Por tanto, existen actualmente diversas jurisdicciones que, dependiendo de las circunstancias de cada caso, podrían tener competencia para conocer de eventuales situaciones que pudieran vulnerar los derechos fundamentales de las personas o grupos particulares.

---

<sup>66</sup> Como es el caso de los tribunales arbitrales, cuyo análisis se efectuará más adelante.

Las jurisdicciones nacionales son, en primera instancia, las facultadas para conocer de cualquier violación de derechos humanos. Así, se abren dos posibilidades para regular a las empresas que caen en tal situación: que dicho control jurídico sea llevado a cabo por el Estado donde se encuentra el domicilio social de una empresa determinada (*Home State*), o bien, que el mismo se haga por el Estado que recibe una inversión de la empresa matriz (*Host State*),<sup>67</sup> independientemente de que pudieran crearse entidades jurídicas que tengan la nacionalidad del Estado receptor.<sup>68</sup> Usualmente será más factible, confiable y sencillo que las investigaciones y procedimientos judiciales se lleven a cabo en el lugar donde suceda la violación de derechos humanos (por lo general en el Estado receptor), debido a la proximidad de los hechos y las pruebas que podrían apoyar los alegatos presentados por

---

<sup>67</sup> “Las obligaciones positivas para tratar una mala conducta corporativa corresponden principalmente al Estado receptor, ya que las violaciones se cometen en su territorio, y en una menor medida en la del estado de origen de la corporación...” *Vid.* Van den Herik, L. y Letnar Cernic, J., “Regulating Corporations Under International Law: From Human Rights to International Criminal Law and Back Again”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, 2010, p. 728.

<sup>68</sup> Lo anterior supone enfrentarse al problema del levantamiento del velo corporativo (“*piercing the corporate veil*”, en Inglés), que implica que la personalidad jurídica separada de una filial y su matriz, dentro de un consorcio empresarial multinacional, supone la imposibilidad jurídica de imputar una responsabilidad directa a la matriz por los actos de la filial, salvo que se compruebe que hubo una influencia directa de la primera en las decisiones de la segunda, o bien, que la segunda haya sido —como lo es materialmente en muchos casos— un instrumento de ejecución de órdenes de la primera. Véase sobre el tema De Schutter O., “La responsabilité des États...”, *op. cit.*, pp. 27, 44-51; McCorquodale, R. y Simons, P., “Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law”, *Modern Law Review*, vol. 70, n° 4, 2007. Lo anterior, sin embargo, comienza a ser rebatido, como se ha visto en el caso *Chandler v. Cape plc* (2011 EWHC 951 (QB)), en donde el sistema judicial británico condenó a la empresa matriz, Cape plc, a indemnizar a David Brian Chandler como consecuencia de haber contraído asbestosis, resultado de sus labores entre 1959 y 1961 para Cape Building Products Ltd, una empresa subsidiaria de Cape plc que dejó de existir. Ello, por tanto, constituye una decisión histórica que podría tener importantes repercusiones a nivel mundial, como precedente judicial para demandar la responsabilidad de las empresas por violaciones a los derechos humanos.

las partes; no obstante ello, uno de los principales problemas señalados ha sido la imposibilidad o falta de voluntad de los Estados para actuar jurídicamente contra las empresas responsables de cualquier situación en detrimento a los derechos fundamentales,<sup>69</sup> como resultado de la necesidad de mantenerse como un lugar atractivo para la inversión extranjera, o bien en virtud de la existencia de faltas de gobernabilidad o de un Estado de derecho efectivo.

Por tanto, existe un llamado constante a la creación o reforzamiento de normas jurídicas que puedan tener efectos extraterritoriales, de manera que se regule jurídicamente la actuación de las empresas fuera de su Estado de constitución o incorporación, con la finalidad de que se cumpla cabalmente con las obligaciones existentes en su Estado de origen —tanto las leyes nacionales como los compromisos internacionales a los que se ha sujetado el Estado—, so pena de enfrentar procedimientos judiciales en su propio territorio por actos cometidos fuera de él, e incluso por subsidiarias extranjeras.

Desafortunadamente, la opción de la extraterritorialidad continúa siendo un tema ampliamente debatido y controversial, cuya aplicación tiene matices tanto políticos como económicos, a la vez que necesita de un margen importante de cooperación jurídica internacional. Debido a la dificultad que ello puede representar, se debe continuar contemplando la posibilidad de acceder a los mecanismos regionales de protección de los derechos humanos.

En este ámbito, deben tenerse principalmente en cuenta los dos sistemas jurídicos establecidos: la Corte Europea de Derechos Humanos, o el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (que comprende tanto a la Comisión como a la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Ambas instituciones, al tener

---

<sup>69</sup> En materia penal, esa posibilidad es uno de los argumentos para brindar competencia a la Corte Penal Internacional para perseguir a personas físicas por la comisión de graves crímenes internacionales.



como función exclusiva la protección supranacional de los derechos humanos, pueden teóricamente tener una mejor posición para determinar la existencia de violaciones a los derechos fundamentales y, en todo caso, imputar responsabilidad por alguna violación ocurrida.

A pesar de ello, la jurisprudencia de ambas instituciones no ha trascendido de manera que se desarrolle una doctrina que permita imputar violaciones de derechos humanos a actores no estatales. Así, en contados casos la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que ciertas empresas han resultado co-partícipes en las violaciones de derechos cometidas por los Estados en donde operan,<sup>70</sup> lo cual ha sido la más cercana aproximación al problema de la responsabilidad corporativa. Ni la Corte Interamericana ni la Corte Europea de Derechos Humanos han optado por dicha posición, apeándose a la doctrina de responsabilidad internacional del Estado por omisión.<sup>71</sup> Sin embargo, dicha posición no hace más que favorecer la permanencia del régimen actual, en el que los Estados siguen teniendo la responsabilidad única por situaciones en que se transgredan las garantías fundamentales del ser humano: ya sea por acción, o en este tipo de casos, por omisión, los Estados tienen el deber de regular

---

<sup>70</sup> Lo anterior fue señalado en el Informe sobre la situación de derechos humanos en el Ecuador, del año 2007, emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en donde manifestó que diversas empresas petroleras eran co-responsables junto al Estado por las violaciones a los derechos humanos ocasionadas, incluyendo la violación del derecho al medio ambiente sano. Véase Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, OEA/Ser.L/V/III/96, doc. 10, rev. 1, del 24 de abril de 1997.

<sup>71</sup> Así lo han señalado ambas instituciones: la Corte Europea de Derechos Humanos lo ha manifestado en los casos *Guerra et al. v. Italy* (14967/89, de Febrero 19 de 1998) o *López Ostra et al. v. Spain* (16798/90, de Diciembre 9 de 1994), en las que encontró culpable al Estado por las actuaciones de empresas privadas actuando bajo su jurisdicción, debido a la falta de precaución y diligencia por parte del Estado; por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho lo propio en los casos *Ximenes Lopes vs. Brasil* (Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149) y *Albán Cornejo vs. Ecuador* (Corte IDH. Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171).

las actividades de todos aquéllos que se encuentren bajo su jurisdicción, incluyendo a las sociedades comerciales. Por tanto, al no cumplir con su deber de proteger a los individuos de los actos nocivos de dichas personas morales, cometen asimismo una falta a su responsabilidad internacional de protección de los derechos humanos, por su ineficaz garantía para prevenir dichas transgresiones.

La anterior situación, desde luego, nos conduce a uno de los tres pilares de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de Ruggie, quien ha perpetuado a través del resultado de su mandato la característica clásica del derecho internacional público: que sólo los Estados tienen una personalidad jurídica original, y que los actores no estatales aspiran únicamente a tener una personalidad derivada o secundaria. Así, tanto la práctica latinoamericana como europea continúan señalando que en el plano internacional, únicamente los Estados tienen responsabilidad jurídica por violaciones de derechos humanos, y que la actuación de los actores privados, en todo caso, generará una responsabilidad del Estado por no regular y fiscalizar adecuadamente a las personas privadas que actúan bajo su jurisdicción.

El debate jurídico en torno a la personalidad —y con ello, la probable responsabilidad— de actores no estatales continúa, estando en el límite entre el derecho público y el privado.<sup>72</sup> Debido a ello, el argumento de que no sólo los Estados y las organizaciones intergubernamentales deben continuar gozando de una personalidad jurídica internacional, sino que ésta debe extenderse a las corporaciones trans-

---

<sup>72</sup> A este respecto, véase Dumberry, P., “L’entreprise, sujet de Droit international? Retour sur la question à la lumière des développements récents du droit international des investissements”, *Revue Générale de Droit International Public*, N° 1, 2004 ; Dumberry, P. y Labelle-Eastaugh, É., “Non-State Actors in International Investment Law. The Legal Personality of Corporations and NGOs in the Context of Investor-State Arbitration”, en D’Aspremont, J. (Ed.), *Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-State Actors in International Law*, Abingdon, Routledge, 2011.

nacionales, se ha mantenido. Lo anterior sucede debido al incremento, desde hace algunas décadas, de los contratos de inversión que ocurren entre Estados y empresas, o bien a los Tratados Bilaterales de Inversión<sup>73</sup> (*BIT*, por sus siglas en inglés) y sus métodos alternos para la solución de conflictos, especialmente del arbitraje internacional en materia de inversión.

Si bien las jurisdicciones nacionales en ocasiones no son capaces de regular adecuadamente, ni de llevar a juicio a las empresas por sus acciones que transgreden los derechos humanos, y los mecanismos regionales de derechos humanos no han optado por señalar como responsable directo de dichas violaciones a las empresas,<sup>74</sup> los tribunales de arbitraje podrían convertirse en el futuro en una posible vía en la que situaciones que involucren una responsabilidad corporativa en materia de derechos humanos podrían dirimirse.<sup>75</sup> No obstante, el hecho de que los tribunales de arbitraje tengan como competencia material exclusivamente la interpretación y regulación jurídica en torno a acuerdos de inversión, dificulta la probabilidad de que tal realidad se concrete.<sup>76</sup>

<sup>73</sup> “La negociación de un BIT crea una oportunidad de incluir no solamente disposiciones que se refieran al espacio de las políticas, sino que proactivamente mejoren la capacidad regulatoria del Estado receptor.” Véase Simons, P., *op. cit.*, p. 18.

<sup>74</sup> Al respecto, véase Nikken, P., “Balancing of Human Rights and Investment Law in the Inter-American System of Human Rights”, en Dupuy, P.M., Petersmann, E.U. y Francioni, F. (Eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2009. En él, el autor expone la primacía que para el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos han tenido los derechos humanos ante los derechos derivados de las inversiones internacionales, a pesar de que la afectación de éstas también podrían constituir transgresiones a los derechos fundamentales.

<sup>75</sup> Para una discusión en torno a la complementariedad que puede existir entre arbitraje de inversión y derechos humanos, esencialmente apoyando la idea de que el arbitraje y los tratados bilaterales de inversión no necesariamente debilitan los derechos humanos, véase Fry, J. D., “International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law’s Unity”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 18, 2007.

<sup>76</sup> Debe recordarse que la competencia material de un tribunal arbitral en torno a violaciones a derechos humanos relacionados con la inversión dependerá estrictamente de la cláusula atributiva de jurisdicción. Véase Reiner, C. y Schreuer, C., “Human Rights and Internatio-

A pesar de ello, y de que en la práctica, los árbitros internacionales tienden a tener una mayor experiencia y conocimiento del derecho privado<sup>77</sup> —y no necesariamente del derecho internacional público, en el que se encuentra enmarcado el derecho internacional de los derechos humanos—, lentamente se han ido considerando en los laudos arbitrales los argumentos esgrimidos por los Estados en los que escudan sus acciones<sup>78</sup> —que en la especie podrían constituir atentados contra los derechos de los inversionistas— en su soberano derecho de regulación en el ámbito interno frente a posibles amenazas a los derechos humanos, que serían resultado de las acciones de las empresas.<sup>79</sup>

De tal forma, si los argumentos estatales que buscan justificar la afectación a los derechos de los inversionistas por contravención o intromisión en los poderes y actos de regulación del Estado comienzan a tener un mayor peso en las decisiones de los árbitros internacionales, podríamos encontrarnos ante la posibilidad de desarrollo de una nueva herramienta jurídica que podría resultar más eficaz para con-

---

nal Investment Arbitration”, en Dupuy, P.M., Petersmann, E.U. y Francioni, F. (Eds.), *op. cit.*, p. 83. Alvarez, J.E., *The Public International Law Regime Governing International Investment*, La Haya, The Hague Academy of International Law/Brill, 2011, pp. 454-455.

<sup>77</sup> “...las esperanzas de tener un régimen internacional de inversiones más sensible a los derechos humanos se encuentran precisamente en la identidad profesional de los árbitros internacionales involucrados, quienes a través del tiempo, se verán progresivamente como agentes de la comunidad internacional y no sólo como agentes para la resolución de conflictos.” Ídem, p. 454.

<sup>78</sup> Los Estados han basado su defensa, en algunas ocasiones, en argumentos derivados de la protección de los derechos humanos, a fin de justificar medidas que tengan efectos adversos en la inversión, esgrimiendo que el trato dado a un inversionista fue en cumplimiento o debido a la necesidad de proteger sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos. *Vid.* Reiner, C. y Schreuer, C., *op. cit.*, p. 89.

<sup>79</sup> Alvarez, J.E., *op. cit.*, pp. 454-455. En ese mismo sentido, Castillo expresa que la inclusión de los derechos humanos en arbitrajes internacionales obedece a un cambio de paradigma con el que el Estado, para intentar escapar a un laudo arbitral en contra, intenta anteponer la protección de los derechos sociales y de los derechos humanos en general ante un tratado de protección de las inversiones. Véase Castillo, Y., “The Appeal to Human Rights in Arbitration and International Investment Agreements”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, 2012, p. 67

trolar —o al menos garantizar una reparación económica a favor de las víctimas y/o del Estado— a las corporaciones transnacionales que hayan sido consideradas culpables de infringir los derechos humanos en un Estado determinado, y con ello, el Estado de derecho, al cual necesariamente deben contribuir en tanto que sujetos bajo la jurisdicción de tal país.

## *2. Posibilidades futuras de regulación jurídica en torno a las violaciones corporativas de derechos humanos*

Dentro de los proyectos jurídicos de mayor envergadura que empiezan a tomar forma en el seno de las instituciones internacionales, encontramos dos que podrían cambiar la regulación jurídica en materia de derechos humanos. El primero de ellos, que ha rondado las negociaciones y la discusión jurídica internacional desde la creación de dicho órgano, es la reforma del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, de manera que su jurisdicción se amplíe a las personas morales de derecho privado, es decir, a las empresas. Desde la negociación del Estatuto, dicha idea fue propuesta y eventualmente rechazada,<sup>80</sup> por lo que se esperó que en la revisión del instrumento penal internacional ésta pudiera ser retomada e incluida. Sin embargo, dicha situación no ha florecido, por lo que se deberá esperar nuevamente a otra revisión para que su inclusión sea considerada por las delegaciones nacionales.

La ampliación de la jurisdicción personal de la Corte Penal Internacional podría traer ciertas ventajas, ya que existiría un organismo permanente, con una base jurídica y aceptación cada vez más sólidas, que podría fiscalizar la actuación de personas físicas y morales de manera paralela. No obstante ello, debemos señalar que uno de los po-

---

<sup>80</sup> *Vid.* Magraw, K., “Universally Liable? Corporate-Complicity Liability under the Principle of Universal Jurisdiction”, *Minnesota Journal of International Law*, vol. 18, 2009, p. 464.

sibles problemas sería que el objetivo de los sistemas de protección de los derechos humanos y de los sistemas penales es distinto, puesto que los sistemas penales buscan reprimir o castigar una conducta, en tanto que los de derechos humanos no necesariamente tienen ese fin, sino el de lograr que se otorgue una reparación a las víctimas —aunque desde luego se intente lograr que se evite la repetición de la conducta nociva llevada a cabo por el Estado. No debe obviarse, aún así, que una cantidad importante de los crímenes sobre los que tiene jurisdicción la Corte constituyen a su vez violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, por lo que el argumento del objetivo de ambas áreas del derecho internacional podría ser insuficiente para desvirtuar dicha reforma.

Debido a la inexistencia de un foro permanente en donde podrían juzgarse dichas situaciones, así como a la ocasional falencia de los sistemas regionales para tratar el tema de las empresas, éste ha sido considerado en el proyecto propuesto por Manfred Nowak y Julia Kozma a la Organización de las Naciones Unidas, en relación a la creación de una Corte Mundial de Derechos Humanos. En torno a ello, Nowak y Kozma han propuesto la creación de un organismo multilateral, permanente y de carácter subsidiario, que tenga como objetivo juzgar las violaciones graves de derechos humanos que ocurran en el territorio de los Estados Parte, y que sea la contraparte judicial del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de manera que se garantice la existencia de un remedio o recurso judicial efectivo a nivel internacional, ante la eventual imposibilidad o involuntad de los Estados para perseguir las violaciones ocurridas en su territorio.<sup>81</sup>

---

<sup>81</sup> “Por mucho, el método más efectivo para implementar el derecho a un remedio efectivo a nivel internacional es el permitir el acceso directo a los titulares de derechos a un tribunal internacional de derechos humanos completamente independiente, con el poder de emitir juicios vinculantes y otorgar reparación adecuada a las víctimas de violaciones de derechos

De esta manera, el objetivo sería crear una contraparte judicial que pueda velar por las reparaciones desde una perspectiva de derecho civil y de derechos humanos, y que complemente a la jurisdicción criminal ya establecida por la Corte Penal Internacional. Los Estados, las organizaciones intergubernamentales y las corporaciones transnacionales estarían sujetas a la jurisdicción de la Corte Mundial de Derechos Humanos, e incluso éstas podrían estarlo aún sin una declaración expresa de reconocimiento de jurisdicción, si el Estado donde tal persona moral opera, o bien donde se encuentra constituida, ha reconocido la competencia de la Corte y ratificado el tratado internacional de derechos humanos cuyo contenido haya sido violado por la empresa.<sup>82</sup> A través de este principio, se podría avanzar en relación a la exigencia de que las empresas deben contribuir, por lo menos, en el respeto de los tratados de derechos humanos que hayan sido ratificados por el Estado sede o por aquél en el que operan.<sup>83</sup>

Así, la creación de dicho organismo contribuiría a complementar —e incluso completar— el marco jurisdiccional de protección de los derechos humanos a nivel internacional, ante la concurrencia de sistemas nacionales,<sup>84</sup> sistemas regionales, organismos internacionales de promoción y protección y ahora un organismo judicial internacional de carácter vinculante.

---

humanos.” *Vid.* Nowak, M. “The Need for a World Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, vol. 7, 2007, p. 254.

<sup>82</sup> Artículo 7.3 del Proyecto de Estatuto de la Corte Mundial de Derechos Humanos.

<sup>83</sup> “La Corte Mundial no sólo estaría en posición de decidir, en una resolución vinculante, si una empresa comercial sujeta a su jurisdicción ha violado algún derecho humano..., sino que también podría proveer la reparación adecuada a la víctima cuyos derechos fueron lesionados.” *Vid.* Nowak, M., *op. cit.*, p. 257.

<sup>84</sup> Los sistemas nacionales de protección de los derechos humanos, de adoptarse eventualmente el Estatuto de la Corte Mundial de Derechos Humanos, serían las primeras instancias para analizar los casos en que se alegue existencia de violaciones de derechos fundamentales; conforme al Proyecto de Estatuto, los ordenamientos jurídicos internos se reformarían para crear o modificar el alcance jurídico de sus instituciones nacionales, de manera que pudieran conocer sobre las violaciones, juzgar y en su caso ordenar reparaciones a favor de las víctimas.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

El tema de la responsabilidad jurídica de las empresas en materia de derechos humanos es de vital importancia, en una época en la que los Estados han perdido ese poder absoluto que durante algunas décadas del siglo XX tuvieron y buscaron perpetuar. Las empresas, principalmente las transnacionales, cuentan con vastos recursos que les permiten escapar fácilmente a sus obligaciones jurídicas, por lo que es necesario que se inicie a nivel nacional —y que se continúe a nivel internacional— una discusión en torno a las mejores maneras para regularlas en el ámbito de los derechos humanos, ante la inexistencia de métodos destinados para tal fin a nivel internacional.

Tras los distintos enfoques e intentos por regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la arena internacional —a través de las Normas de la Subcomisión, el Pacto Mundial o el Proyecto de Código de Conducta para las Empresas Transnacionales de la década de 1970-, corresponde ahora al Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales intentar desarrollar los Principios Rectores presentados por John Ruggie ante el Consejo de Derechos Humanos. Del desarrollo de métodos interpretativos y prácticos de implementación dependerá el futuro del debate, ante una creciente tendencia de diversos países por intentar regular las actuaciones de las empresas en algunos sectores industriales en particular.<sup>85</sup>

Como fue señalado por Michael K. Addo, miembro del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas

---

<sup>85</sup> Ejemplo de ello fue el proyecto de ley C-300 de Canadá, con la que se buscaba atender e investigar las alegaciones de violaciones y abusos a los derechos humanos, así como daños al medio ambiente, ocasionado por empresas canadienses del sector minero en sus operaciones en el extranjero.



transnacionales, en la *Discusión de alto nivel sobre el avance del tema de los derechos humanos y las empresas en el Consejo de Derechos Humanos*,<sup>86</sup> los Principios Rectores son la base para explorar las oportunidades futuras para el desarrollo de estándares normativos aplicables a las empresas en materia de prerrogativas humanas, para lo cual deberá interpretarse conjuntamente el marco conceptual de protección, respeto y remedios jurídicos propuesto por el antiguo Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las Empresas Transnacionales. Si bien ya existe alguna jurisprudencia al respecto —específicamente la del Tribunal Militar Internacional tras la Segunda Guerra Mundial—, el desarrollo de estándares internacionales deberá forzosamente tener en consideración al derecho penal internacional como una posible herramienta de punición por los actos antijurídicos que pudieran ser cometidos por las sociedades comerciales. De la misma forma, el surgimiento de nuevas instancias y procedimientos internacionales —incluyendo un uso constante del arbitraje en el área de los derechos humanos, o bien la posibilidad de aparición de instituciones como la descrita Corte Mundial de Derechos Humanos— que ejerzan jurisdicción sobre las sociedades transnacionales constituye una oportunidad latente para lograr un mayor respeto de las prerrogativas humanas.

Sólo de tal manera, con una discusión profunda y seria sobre tal problema de control o regulación jurídica, se podrá dar un paso hacia adelante para lograr una mayor y más efectiva protección de los derechos humanos, ante el surgimiento de un nuevo sujeto jurídico a nivel internacional, que aunque no sea reconocido como tal, en la práctica tiene un poder decisorio en la arena multilateral. Debe te-

---

<sup>86</sup> International Commission of Jurists, “High Level Discussion on Advancing Human Rights and Business in the Human Rights Council: Summary Note of Event”, Evento paralelo a la 20ª sesión del Consejo de Derechos Humanos, Palais des Nations (Ginebra), 21 de junio de 2012. Disponible en línea en <http://www.icj.org>

nerse en cuenta que tanto para las empresas como para los Estados, el cumplimiento respecto a las obligaciones de derechos humanos es y siempre será un buen negocio.<sup>87</sup>

---

<sup>87</sup> Para las empresas, el tener un récord inmaculado en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones de respeto a los derechos humanos y al medio ambiente es sinónimo de una mejor imagen ante el mercado; en sentido contrario, cuando una empresa ha transgredido los derechos humanos u ocasionado un daño al medio ambiente —que a su vez tiene repercusiones en los derechos humanos—, como fue el caso de British Petroleum, plc en el accidente del *Deepwater Horizon* en el Golfo de México, dichas acciones pueden repercutir no sólo en sus finanzas, al tener que indemnizar a las víctimas y/o al Estado por los daños ocasionados, sino también en sus operaciones bursátiles y en la opinión pública internacional respecto a la empresa y sus operaciones. *Vid.* Cantú Rivera, H. F., “La protección jurisdiccional de los derechos humanos internacionales en México”, *Separata del Periódico Oficial del Estado de Nuevo León*, n° 7, Enero-Julio 2011, p. 46. En el mismo sentido, el cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos por parte de un Estado podría ser un aliciente para atraer la inversión extranjera, en virtud de que ello podría garantizar una mayor estabilidad política y económica, y con ello una mayor seguridad jurídica para la empresa. Por lo tanto, para ambos sujetos jurídicos, el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos podría implicar una mejor imagen hacia el exterior, que redunde en mejores resultados económicos y financieros.