



CENTRO DE  
DERECHOS HUMANOS  
Y EMPRESAS

# TRATADO SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS: DOS CUESTIONES PRINCIPALES

COORDINACIÓN: **PROF. DR. MANOELA CARNEIRO ROLAND**

SUPERVISIÓN: **PROF. MS. PAOLA DURSO ANGELUCCI**

INVESTIGADORES:

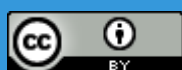
**ARINDO AUGUSTO DUQUE NETO**

**LAÍSSA DAU CARVALHO**

**MARIA FERNANDA CAMPOS GORETTI DE CARVALHO**

Este trabajo está licenciado bajo una licencia

Creative Commons Asignación 4.0 Internacional



## INTRODUCCIÓN

La potencial elaboración de un Tratado sobre Empresas y Derechos Humanos propone algunas cuestiones turbias para la academia y también para la sociedad civil. Con el objetivo de auxiliar en la calificación de los análisis acerca del tema a nivel nacional, el proyecto HOMA se propone a presentar una serie de “papers” con cortos comentarios acerca de algunos de los puntos más relevantes.

Comenzando esta propuesta, hablaremos acerca de dos problemas en este trabajo: i) el reconocimiento de las empresas transnacionales como sujetos del Derecho Internacional, directamente responsables de violaciones a los Derechos Humanos; ii) el alcance de responsabilización de estas empresas, mientras se discute la inclusión, en este aspecto, de todos los derechos humanos o tan sólo de *gross violations*.

Las hipótesis analizadas tienen como punto inicial la aprobación de la Resolución 26/9 por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en junio de 2014, que ha determinado el Equipo de Trabajo para la elaboración de un instrumento vinculante sobre Empresas y Derechos Humanos. La primera hipótesis habla acerca de la posibilidad de reconocimiento de las empresas transnacionales como sujetos de derechos y obligaciones para el Derecho Internacional, susceptibles, por lo tanto, de responsabilización frente a la violación de Derechos Humanos. En este

caso, individuos perjudicados podrían exigir directamente de las empresas la reparación de manera independiente de la actuación de los Estados, que actúan como intermediarios en este proceso. Es decir, no es incumbencia solamente del Estado velar por las obligaciones decurrentes de las normas internacionales de derechos humanos, ejerciendo el control y siendo responsabilizados por las actividades de las empresas. Las mismas transnacionales asumirían este rol, y podrían ser responsabilizadas por violaciones relativas a toda su cadena de producción, establecida en cualquier territorio.

La segunda hipótesis analizada busca definir el alcance de derechos que el Tratado sobre Empresas y Derechos Humanos debe incluir: ¿debe estar limitada a las llamadas *gross violations* o incluir todos los derechos humanos? ¿Cuál de las dos opciones brindaría una mayor efectividad al nuevo instrumento? ¿O cuál de las dos opciones realmente ampliaría la protección a los individuos para más allá de la que actualmente existe?

Tanto la discusión acerca de la posibilidad de admisión de las transnacionales como sujetos de derechos y obligaciones, como la incertidumbre acerca del alcance del Tratado, dividieron gran parte de la producción académica relativa al tema, como ya veremos en este trabajo.

## ¿TRANSNACIONALES COMO SUJETOS DE DEBERES?

Hay una resistencia en la academia a la responsabilización directa de las empresas basada en la afirmación de que solamente los Estados, siendo sujetos formales del Derecho Internacional, podrían ser directamente responsabilizados por la violación de los derechos humanos previstos en Tratados. Otro argumento en el mismo sentido habla de la cuestión de la soberanía de los Estados, una vez que la responsabilización de las empresas podría estar en conflicto con la jurisdicción estatal en un determinado territorio.

Tradicionalmente, el Derecho Internacional estaba hecho por Estados y para Estados<sup>1</sup>. Su objetivo principal era poner cierto orden en las relaciones interestatales. Se buscaba regular los intereses de los Estados, como fronteras y límites marítimos, privilegios diplomáticos e inmunidades, disputas legales entre los Estados, reconocimiento de Estados y Tratados. Hasta la II Guerra Mundial, internacionalistas creían que el Derecho Internacional podría ser aplicado solamente a Estados y que sólo estos podrían ser sujetos de derecho<sup>2</sup>.

Sin embargo, después de la Segunda Guerra, se ha vuelto más aceptable creer que sujetos no estatales, incluyendo a corporaciones e individuos, puedan formar parte del sistema legal internacional en calidad de sujetos de derechos y deberes. Uno de los momentos de cambio de paradigmas fue el Tribunal de Nuremberg, en que, por primera vez, individuos fueron responsabilizados en un Tribunal Internacional, ampliando la noción tradicional de sujetos del derecho internacional.

De todos modos, antes mismo de este período, ya encontramos ejemplos de responsabilización de agentes no estatales. Jennifer Martinez, investigadora de la *Stanford Law School*, publicó un detallado artículo<sup>3</sup>, que más tarde se convertiría en libro, afirmando que, entre los años de 1817 y 1871, tratados bilaterales entre la Gran-Bretaña y otros países, incluyendo a los EUA, culminaron en el establecimiento de Cortes Internacionales para la supresión del tráfico de esclavos. Estas han sido las primeras Cortes Internacionales de Derechos Humanos. Estaban constituidas de jueces de diferentes países, y tenían la finalidad explícita de promover objetivos humanitarios. A pesar de casi completamente ignorado por historia-

<sup>1</sup> LOPEZ, Carlos. **International talks on a treaty on business & human rights: A good start to a bumpy road**. Business & Human Rights Resource Centre. Disponible en: <http://business-human-rights.org/en/international-talks-on-a-treaty-on-business-human-rights-a-good-start-to-a-bumpy-road>

<sup>2</sup> INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY. **Beyond Voluntarism: human rights and the developing international legal obligations of companies**. Versoix, Switzerland. 2002. Disponible en:

[http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/F7FA1F4A174F76AF8525741F006839D4-ICHRP\\_Beyond%20Voluntarism.pdf](http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/F7FA1F4A174F76AF8525741F006839D4-ICHRP_Beyond%20Voluntarism.pdf)

<sup>3</sup> MARTINEZ, Jennifer (Jenny) S., **Anti-Slavery Courts and the Dawn of International Human Rights Law**. Yale Law Journal, Vol. 117, p. 550, Fall 2007. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=984077>

dores e internacionalistas, este episodio indicó un cambio de perspectiva en el sistema internacional, en el cual el individuo se convierte en sujeto que debe ser tutelado por el Derecho Internacional.

Aun hablando de responsabilización de entes no estatales, uno de los importantes ejemplos es el Tribunal Penal Internacional (TPI). Según Nadia Bernaz<sup>4</sup>, durante la elaboración del Estatuto de Roma, se pensó en responsabilizar las empresas por delitos internacionales. La mencionada propuesta no fue totalmente rechazada, sin embargo, no se la incluyeron en la versión final del Estatuto. Este proceso de no inclusión de la responsabilización de las corporaciones ha suscitado dudas acerca de la idea de que las corporaciones fueran efectivamente, detentoras de obligaciones frente al Derecho Internacional.

Es decir que se puede observar que la apertura previa referente a la ampliación de los sujetos de derecho internacional, verificada en el momento en que los individuos se convierten en tal, fue interrumpida a lo largo de la elaboración del Estatuto de Roma. Se perdió justo ahí la oportunidad de ampliación del concepto a fin de incluir las corporaciones.

No obstante, importa aclarar que, aunque la responsabilización de las empresas hubiera

sido incluso en el Estatuto de Roma, esta inclusión no contemplaría la protección de *todos* los derechos humanos - lo que creemos necesario para una efectiva protección de los individuos frente a las empresas. Conforme la perspectiva adoptada en el momento de la elaboración, solamente las *gross violations*, (como, por ejemplo, crímenes de guerra y derechos humanitarios) serían reconocidas como conductas capaces de generar responsabilización. Sin embargo, tal previsión, aunque incompleta, hubiera señalado los primeros pasos en el sentido de comprender las empresas como sujetos de deberes en el plano internacional.

Hoy, el proceso de elaboración del tratado tiene que ver justamente con una reapertura de la ventana de oportunidad para la inserción de la responsabilidad de las corporaciones por violaciones de los Derechos Humanos. Muchas de las corporaciones detienen elevado poder económico, al punto de rivalizar con Estados. También, como bien señalado por Chip Pitts<sup>5</sup>, dentro del sistema legal internacional, las corporaciones gozan de inúmeros privilegios. Podemos mencionar como ejemplo el derecho a la propiedad intelectual (acuerdo TRIPs) y el derecho – en calidad de inversionistas - de

<sup>4</sup> BERNAZ, Nadia. **Including Corporate Criminal Liability for International Crimes in the Business and Human Rights Treaty: Necessary but Insufficient**. Disponible en: <http://business-humanrights.org/en/including-corporate-criminal-liability-for-international-crimes-in-the-business-and-human-rights-treaty-necessary-but-insufficient>

<sup>5</sup> PITTS, Chip. **For a Treaty on Business & Human Rights**. Disponible en: [http://international.nd.edu/assets/133586/remarks\\_pro\\_treaty\\_by\\_chip\\_pitts.pdf](http://international.nd.edu/assets/133586/remarks_pro_treaty_by_chip_pitts.pdf)

demandar directamente los Estados en cortes arbitrales establecidas por tratados bilaterales de inversiones (BITs).

Esta posición privilegiada es todavía más fuerte en países emergentes, en donde las instituciones son frágiles y el Estado es frecuentemente cómplice de los abusos de las empresas. Como destaca Surya Deva<sup>6</sup>, el relajamiento de la fiscalización en estos Estados, viene del temor de que enfrentar a las transnacionales, exigiendo rigor en el cumplimiento de las leyes, puede alejar futuras inversiones necesarias para el desarrollo local. Deva menciona, aún, otros elementos, como la ausencia de un régimen jurídico plenamente desarrollado, las dificultades financieras del Estado, la corrupción y la dependencia de las cortes.

Otro aspecto abordado por el autor y que explica la presencia dominante de las empresas transnacionales en estos Estados, se refiere a los bajos estándares de protección ambiental y laboral presentes en la mayor parte de los países emergentes. Esas circunstancias atraen las transnacionales que, como explica Pinheiro<sup>7</sup>, buscan ventajas comparativas para la producción en gran escala, lo que involucra cadenas productivas ubicadas en diversos territorios incapaces

de controlar la violación de los derechos humanos.

En el sistema jurídico internacional, no hay impedimento formal para que las transnacionales sean consideradas sujetos de deberes. La resistencia a ese cambio de paradigma está, en realidad, relacionada a la práctica tradicional del Derecho Internacional, así como a las cuestiones políticas y económicas. Además, a pesar de las dificultades formales en clasificar las transnacionales en el contexto internacional como sujetos de derechos o deberes, el hecho es que hay mecanismos dentro del Derecho internacional capaces de atingirles directamente<sup>8</sup> como, por ejemplo, el *Convenio Internacional sobre la Responsabilidad Civil por Daños Debidos a la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos*, que estipula que el propietario de un barco – que puede ser una empresa – "será el responsable de cualquier daño o contaminación debido a hidrocarburos a granel que se hayan derramado o sido descargados del barco como resultado del incidente"<sup>9</sup>. Aparte de ese, otro instrumento internacional en el cual se puede vislumbrar la posibilidad de responsabilización de corporaciones es el *Convenio sobre Responsabilidad Civil por los Daños Resultantes de Actividades Peligrosas para el Medio Ambiente*, que dis-

<sup>6</sup> DEVA, Surya. **Corporate Human Rights Violations: A Case for Extraterritorial Regulation**. Disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2195887](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2195887)

<sup>7</sup> PINHEIRO, Sílvia. **A Empresa Multinacional e seu novo papel na promoção do desenvolvimento sustentável**. Revista Ética e Filosofia Política N° 13. Volume 2. Junho de 2011.

<sup>8</sup> DEVA, Surya. **The Human Rights Obligations of Business: Reimagining the Treaty Business** (2014);

<sup>9</sup> **International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage**, U.N. Doc. 973 U.N.T.S. 4 (adopted on 29 November 1969, entered into force on 19 June 1975), art. III(1) read with art. I(2)/(3).

pone que el operador de una actividad peligrosa – que podría también ser una empresa – “debe ser responsabilizado por daños causados por la actividad como resultado de incidentes en la época o durante el período en el que él estaba ejerciendo el control en aquella actividad.”<sup>10</sup>.

A fin de cuentas, como fue mencionado, las transnacionales ya actúan en calidad de sujetos de derechos. Por esta razón, Chen<sup>11</sup> destaca que internacionalistas como Surya Deva y Chip Pitts consideran *asimétrica* tanto la relación entre derechos y obligaciones de las corporaciones en el Derecho Internacional como la relación entre las víctimas de violaciones de los derechos humanos y las empresas violadoras. El Tratado vendría, por lo tanto, a cuestionar esta posición de extremo poder de las transnacionales en el sistema jurídico internacional.

Chen aclara, aún, que considerar sólo los Estados como sujetos *de deberes* puede convertir el Tratado en más aceptable internacionalmente, pues es más compatible con la tradición del sistema global. Sin embargo, el propio autor aclara que un instrumento vinculante que se limite solamente a listar las obligaciones de los Estados en el sentido de regular la actividad empresarial dentro de sus territorios, irá acrecentar muy poco a la

protección de los derechos humanos, dado que esta exigencia ya está prevista en diversos tratados acerca del tema.

Además, como afirma Selvanathan<sup>12</sup>, no parece justo (y tampoco eficaz) que sea exigido de los Estados el control de transnacionales en territorios en los que el poder estatal no logra sobreponerse con la misma importancia que el capital de estas empresas. Backer<sup>13</sup> apunta en la misma dirección al declarar que el Tratado sería justamente una manera de regalar voz a Estados pequeños y en vías de desarrollo. Es decir, al contrario de lo que algunos opositores del Tratado afirman, esta sería una manera de asegurar, y no de amenazar, la frágil soberanía de tales países.

## EL ALCANCE DEL TRATADO: ¿TODOS LOS DERECHOS HUMANOS O SOLAMENTE *GROSS VIOLATIONS*?

La inclusión de tan sólo *gross violations* en el Tratado es parte de un abordaje que se considera ser más eficaz y consistente con la realidad del derecho corporativo internacional. Dicho punto de vista pragmático, notablemente presente en la elaboración de los *Guiding Principles* de Ruggie, apuesta en una

<sup>10</sup> **Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment**, CSTS No. 150 (adopted 21 June 1993), art. 6(1) read with art. 2(5)/(6).

<sup>11</sup> CHEN, Si. P.58. **Towards a Business and Human Rights Treaty**. Oslo: University of Oslo. 2015.

<sup>12</sup> SELVANATHAN, Puvan J. **The Business and Human Rights Treaty Debate: Is Now the Time?**. The Kenan Institute for Ethics, Janeiro de 2015.

<sup>13</sup> BACKER, Larry Catá. **Considering a Treaty on corporations and human rights: mostly failures but with a glimmer of success**. CPE Working Paper 6/1, Junho de 2015.

conciliación entre los intereses empresariales y un lento proceso de reformulación de la responsabilidad internacional de las empresas.

No obstante, las constantes e impunes violaciones de derechos humanos verificadas en las cadenas globales de producción generan víctimas que claman por un urgente cambio en la manera como los Estados toleran y son, muchas veces, cómplices de los abusos cometidos por las transnacionales.

Aceptar que el Tratado incluya solamente la responsabilización por *gross violations* puede ser una manera de garantizar una mayor adhesión de los Estados, pero también puede perpetuar la impunidad de las empresas. Como afirma Darcy<sup>14</sup>, aunque sean víctimas de violaciones consideradas “no tan graves”, los individuos que tuvieron sus derechos humanos violados merecen, así como las víctimas de *gross violations*, el reconocimiento del hecho y su reparación. Además, la responsabilización centrada, por ejemplo, sólo en crímenes cometidos por las empresas, pondría un mayor énfasis en los derechos políticos y civiles, dejando a un lado años de esfuerzo para el avance en la garantía de los derechos sociales y económicos.

Se cuestiona, por otro lado, si la elaboración de un Tratado que incluya la responsabilización por la violación de todos los derechos

humanos no significaría la inclusión de normas extremadamente abstractas, incapaces de regular las situaciones concretas. Darcy<sup>15</sup> presenta un argumento contrario, al afirmar que diversos tratados de derechos humanos establecen protecciones generales y principios, que son, posteriormente, desarrollados por la actividad jurisprudencial. Como ejemplo, el autor cita el Convenio Europeo, cuyo contenido fue desarrollado, por décadas, por la Corte Europea de Derechos Humanos.

Otro punto importante se refiere a la caracterización de los derechos humanos. Como enfatiza Deva<sup>16</sup>, dichos derechos son indivisibles, interdependientes y correlatos, de manera que no es posible una jerarquía entre ellos: todos son igualmente importantes, así como también lo son las víctimas de su violación. Así pues, considerando que las actividades empresariales pueden violar cualquiera de estos derechos, no nos parece legítimo enumerar solamente algunos como suficientemente importantes a punto de que estén dispuestos en el Tratado.

Argumentando, todavía, a favor de un Tratado que incluya todos los derechos humanos, Deva destaca que estos derechos no son negociables. De esta manera, no deben depender del consentimiento, de la buena voluntad o hasta mismo de la capacidad que

<sup>14</sup> DARCY, Shane. **Key Issues in the debate on a binding business and human rights instrument**. Geneva for Human Rights. Abril de 2015.

<sup>15</sup> DARCY, Shane. **Key Issues in the debate on a binding business and human rights instrument**. Geneva for Human Rights. Abril de 2015.

<sup>16</sup> DEVA, Surya. **The Human Rights Obligations of Business: Reimagining the Treaty Business** (2014); DEVA, Surya. **Corporate Human Rights abuses and International Law: Brief comments** (2015).

afirmen tener las empresas para cumplir la obligación de protegerlos. En el mismo sentido, el autor sostiene que los intereses de las víctimas, como sujetos de derechos humanos, deben ser el punto central de cualquier sistema regulatorio – son las personas y no las empresas que deben tener prioridad, complementando aún que la observación y respeto a los derechos humanos deberían constituir requisitos previos para obtener el privilegio de conducir negocios en nuestra sociedad.

## CONCLUSIÓN

Aunque no haya consenso académico acerca de la clasificación de las empresas como *sujetos de derechos y deberes formales*, es evidente que, a pesar del retraso en la actualización teórica del término, las empresas son más que meros actores secundarios en el escenario internacional. La concreción del poder económico y, por lo tanto, de la influencia de estos sujetos en todas las instancias gubernamentales – incluyendo la elaboración normativa – no puede ser ignorada por un análisis meramente formal de la adecuación de las empresas como responsables de las violaciones de los derechos humanos.

Adoptada hace casi 70 años, la Declaración Universal de Derechos Humanos - una de las piezas centrales en la estructura normativa de las Naciones Unidas - trae en su preámbulo la necesidad de que *todos los organismos de la sociedad* hagan un esfuerzo para

que los ideales delineados en sus artículos sean alcanzados. Alegar que, según el derecho internacional tradicional, las transnacionales no pueden figurar como *sujetos de derechos y deberes* nos parece no sólo un argumento frágil, pero también un real descompaso con una realidad que hace mucho viene siendo alterada por el papel central de estos actores en la dinámica global. No es, en absoluto, coherente con la época actual desconsiderar el impacto de las actividades empresariales y la masiva violación de derechos humanos de ellas decurrentes.

Una cuestión formal, como es el caso de esa nomenclatura, no puede convertirse en obstáculo para la efectiva concretización de los derechos humanos. A fin de cuentas, tal cuestión no ha sido tomada en cuenta cuando, en diversos acuerdos bilaterales, las empresas tuvieron sus derechos garantizados frente a los Estados, sin que, por otro lado, los individuos tuvieran esta misma garantía frente a las actividades empresariales. Eso indica una equivocada valorización de los negocios en detrimento de la dignidad humana, de la cual deriva todo el catálogo de derechos que conocemos.

Y es justo para conservar la base de este fundamento filosófico y universal de los derechos humanos que no se puede aceptar la selección de sólo algunos de estos derechos como dignos de tutela en el Tratado. Después de todo, en este caso, estaríamos ad-



mitiendo la existencia no sólo de una jerarquía entre los derechos humanos, pero también entre las víctimas de violación.

Finalmente, podemos levantar la sospecha de que la negociación del Tratado está dificultada mucho más por cuestiones políticas y económicas que por impedimentos legales. La división de posicionamiento entre los países desarrollados y los que están en desarrollo es, incluso, una señal en este sentido. Los países con un sistema normativo más frágil y que dependen más fuertemente del capital de las transnacionales son, al final, los más propensos a verificar la importancia de un Tratado sobre Empresas y Derechos Humanos. Eso porque se descubren incapaces de controlar las violaciones en territorio nacional, así como son también rehenes de los intereses empresariales en cualquier ámbito de actuación.

Apoyo



FORDFOUNDATION



CENTRO DE  
DERECHOS HUMANOS  
Y EMPRESAS