

EMPRESAS TRANSNACIONALES Y DERECHOS HUMANOS. ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL PENAL DE LA EMPRESA¹

TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND HUMAN RIGHTS. PARTICULAR REFERENCE TO THE CORPORATE INTERNATIONAL CRIMINAL LIABILITY

Ernesto Moreira Sardiñas
Profesor Instructor de Derecho Internacional Público
Universidad de La Habana (Cuba)

Fecha de recepción: 10 de septiembre de 2020.

Fecha de aceptación: 14 de octubre de 2020.

RESUMEN

Inicialmente irrelevante para el Derecho Internacional clásico, el control de las empresas transnacionales desde la sociedad internacional comenzó a cobrar importancia desde la década del sesenta del pasado siglo. Ello se expresó en el trabajo de la ONU, y otras organizaciones internacionales como la OCDE y la OIT, que dieron luz a instrumentos no vinculantes y fuertemente inspirados en la promoción de un nuevo orden económico internacional. Tras el abandono del tema a principios de los años noventa del siglo XX, este sería retomado al iniciarse el XXI. Esta vez, el eje alrededor del cual giraría el tratamiento del tema serían los Derechos humanos y las posibles violaciones de estos por parte de las empresas. En este contexto, se ha valorado instituir un régimen de responsabilidad internacional penal que vincule a las empresas que cometan violaciones. No obstante, la idea permanece como una propuesta de *lege ferenda*.

¹ Esta comunicación corresponde a avances de la investigación de maestría “Fundamentos de los mecanismos de control de las Empresas Transnacionales, en relación con la Política Exterior Cubana”.

ABSTRACT

Originally irrelevant for classic International Law, the control of transnational corporations in the international society started to gain attention during the sixth decade of the twentieth century. It took form in the work of the UN, and other international organizations, such as OECD and ILO, which created nonbinding instruments that were strongly inspired in the promotion of a new international economic order. This subject, after been abandoned in the ninetens of the twentieth century, would be remembered in the wake of the twenty-one century. This time, the new focus for this subject would be the human rights, and the possible violations committed by corporations. On this context, it has been proposed to create criminal international responsibility regime, which binds corporations who commit violations of human rights. However, this idea remains as a *lege ferenda* proposition.

PALABRAS CLAVE

Empresa Transnacional, Multinacional, Derecho Internacional, Derechos Humanos, Derecho Internacional Penal, Corte Penal Internacional.

KEYWORDS

Transnational Corporation, Mutinational, International Law, Human Rights, International Criminal Law, International Criminal Court.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN. 2. EL DERECHO INTERNACIONAL Y LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES. 3. LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. 4. CONCLUSIONES

SUMMARY

1. INTRODUCTION. 2. INTERNATIONAL LAW AND TRANSNATIONAL CORPORATIONS. 3. TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. 4. CONCLUSIONS

1- INTRODUCCIÓN

El proceso de globalización o mundialización que viene experimentándose desde la segunda mitad del siglo XX ha influido significativamente en las relaciones

internacionales a nivel global². Una de las consecuencias más visibles del proceso globalizador es la proliferación de los actores transnacionales que llegan a tener un impacto sin precedentes en la sociedad contemporánea. Entre estos actores, resaltan las empresas transnacionales como el más importante exponente de la globalización económica. Sin embargo, el Derecho Internacional no cuenta con normas jurídicas que brinden una respuesta satisfactoria a los problemas que hoy plantea la presencia de actores transnacionales en la sociedad internacional.

Como estas empresas son actores cuyo ámbito de actuación rebasa las fronteras de los Estados, su accionar debe ser regulado por medio de normas jurídicas que también las rebasen. En ese sentido el Derecho Internacional es capaz de orientar las conductas de sus sujetos en función del control de las referidas.

Aunque en los últimos años ha emergido un incipiente “Derecho Transnacional”, en el cual estas empresas constituyen un importante sujeto, la juridicidad del mismo, así como su unidad, son aún cuestionadas desde el punto de vista doctrinal³. Además, sus normas son generalmente un resultado de la creación de instrumentos de *soft law* por los propios actores transnacionales cuyo contenido deviene en costumbre. Así, en lo que a las empresas se refiere, se limita al ámbito de relaciones mercantiles desde una perspectiva de Derecho privado, dejando fuera cualquier otra dimensión jurídicamente relevante de la conducta de las empresas transnacionales⁴.

Es el Derecho Internacional el sistema jurídico que está en mejores condiciones para regular el actuar de la empresa transnacional. Es por ello que, desde este, se hace necesario establecer regímenes jurídicos que permitan controlar la conducta de estos actores, de conformidad con sus propios principios. En función de esto existen desde hace varias décadas propuestas de mecanismos para alcanzar este fin, y que merecen ser analizadas⁵.

Una de estas vías es la que persigue atribuir deberes a las empresas desde el Derecho Internacional, lo que implica reconocerles subjetividad. Dentro de estas posiciones, se halla la de incluir dentro del ámbito de dicha subjetividad la posibilidad de que sean penalmente responsables ante el Derecho Internacional, lo que dada la actual

² Véanse: Held, D., & McGrew, A. (2005). *The Global Transformations Reader*. Cambridge: Polity Press.

López Martín, A. G. (2009). El Derecho Internacional en el Marco de una Sociedad Globalizada. Tendencias y Perspectivas. *Revista Española de Relaciones Internacionales*, 13-147.

³ Herdeggen, M. (2012). *Derecho Internacional Económico*. Bogotá: Universidad del Rosario, pág. 27.

⁴ Al respecto, ver: Zumbansen, P. (2011). *Transnational Law, Evolving*. Osgoode CLPE Research Paper, 2-17.

⁵ Véanse: Orrego Vicuña, F. (1973). El Control de las Empresas Multinacionales. *Foro Internacional*, 106-128.

Sales Pallarés, L., & Marullo, M. C. (2018). El «ángulo muerto» del Derecho Internacional: las empresas transnacionales y sus cadenas de suministro. *Persona y Derecho*, 261-291.

institucionalidad, se concretaría en la Corte Penal Internacional, creada en virtud del Estatuto de Roma de 1998⁶

En consecuencia, el presente trabajo se propone abordar brevemente la relación que, históricamente, ha existido entre el Derecho Internacional y las empresas transnacionales, para luego concretar en el caso de una posible responsabilidad penal de la empresa transnacional ante el Derecho Internacional.

2- EL DERECHO INTERNACIONAL Y LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES

Por contemporáneo que pueda parecer, el fenómeno de la globalización no es exclusivo de la actualidad. En otros momentos históricos hubo procesos similares en los que las relaciones sociales desbordaron las fronteras de los Estados, adquiriendo una dimensión global. Siendo así, existieron también relaciones sociales de naturaleza transnacional, que incluían la existencia de empresas con una esfera de influencia que, comparada a las actuales empresas transnacionales, es mucho mayor, en épocas tan lejanas al actual proceso globalizador como el siglo XVI. Como señala Gilpin:

In one sense, multinational firms have existed for a very long time. The Dutch East India Company, the Massachusetts Bay Company, and other companies of merchant-adventurers were forerunners of today's MNCs like IBM, Sony, and Daimler-Chrysler. These earlier transnational firms, however, were far more powerful than contemporary MNCs are; they commanded armies and fleets, had their own foreign policies, and controlled vast expanses of territory: the subAsian continent (India, Pakistan, and Bangladesh), the East Indies (Indonesia), and South Africa. Modern MNCs are much more modest⁷.

Las compañías de indias, que florecieron durante los procesos de colonización de África, Asia y América por las potencias europeas, son consideradas las primeras empresas transnacionales. Eran sociedades mercantiles de capital privado que tenían por objeto realizar actividades comerciales entre las una potencia determinada y los entonces

⁶ Véase: *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. (3 de septiembre de 2020). Obtenido de Sitio Web de la Organización de las Naciones Unidas: [www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

⁷ Traducción: En cierto modo, las empresas multinacionales han existido por mucho tiempo. La Compañía Holandesa de las Indias Orientales, la Compañía de la Bahía de Massachusetts, y otras compañías de comerciantes-aventureros fueron predecesoras de multinacionales actuales como IBM, Sony, y Daimler-Chrysler. Esas primeras firmas transnacionales, empero, eran mucho más ponderosas que las multinacionales contemporáneas; comandaban ejércitos y flotas, tenían sus propias políticas exteriores, y controlaban vastos territorios: El sur del continente asiático (India, Pakistán, y Bangladesh), las Indias orientales (Indonesia), y Sudáfrica. Las multinacionales modernas son mucho más modestas.

Gilpin, R. (2001). *Global Political Economy*. Princeton: Princeton University Press, págs. 278-279.

denominados territorios de ultramar. Como estos eran colonias de las propias potencias en las que surgían las compañías, estrictamente no eran transnacionales, de atenernos a lo expresado en epígrafe anterior. No obstante, debe señalarse que su actividad económica se desarrollaba a una escala transcontinental, y llegaron a tener un poder tal que, en los territorios en que se asentaban, se producía la confusión entre lo público y lo privado⁸.

La época de florecimiento de estas compañías coincide con la etapa de desarrollo del Derecho Internacional clásico, eminentemente estado-centrista y relacional⁹. No existía en aquél momento el Derecho Internacional Económico, y mucho menos el de los Derechos Humanos. Menos todavía podía pensarse en la subjetividad de actores no estatales, por poderosos que fueran. Queda claro que, más allá de ser tangencialmente afectadas por la aplicación por los Estados del “Derecho de la paz” o el “Derecho de la guerra”, las compañías de indias no constituían sujeto ni objeto de las relaciones jurídicas internacionales.

Con la evolución del Derecho Internacional posterior a las guerras mundiales, este se vio ampliado tanto en sus sujetos como en su objeto de regulación¹⁰. Al propio tiempo las décadas de los sesenta y los setenta del pasado siglo vieron un crecimiento significativo de las empresas transnacionales en la economía mundial. Ciertamente existían desde antes. Un buen ejemplo es la United Fruit Company, empresa estadounidense que ya se había expandido por América Latina en la primera mitad del

⁸ Al respecto véase: Barrow, I. (2017). *The East India Company, 1600-1858: A Short History with Documents*. Indianapolis: Hackett Publishing Company.

Charles Rivers Editors. (2017). *The Dutch East India Company. The History of the World's First Multinational Corporation*. Indianapolis: Charles Rivers Editors.

⁹ Se habla de Derecho Internacional relacional cuando se hace referencia a las relaciones jurídicas en que los Estados se hallan en posición de igualdad y se someten selectiva y voluntariamente a la obligatoriedad de las normas del Derecho Internacional.

El institucionalizado, por su parte, es aquél en el cobran protagonismo las organizaciones internacionales y los medios institucionales de solución de diferencias.

Por último, el comunitario, que es bastante excepcional, sería aquél en el que los sujetos de la sociedad internacional actúan en tanto comunidad, siendo ejemplo de ello las normas de Derecho Internacional imperativo o *ius cogens*.

Es importante notar que estos no existen de forma yuxtapuesta, sino que conviven y una misma institución o cuerpo normativo puede ser ejemplo de más de una; la Carta de la ONU, por ejemplo, expresa lo relacional en tanto tratado, y ciertamente es indudable que es expresión del Derecho Internacional institucionalizado. Al respecto véase: Díez de Velasco, M. (2007). *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, págs. 84-93.

¹⁰ Véase: Herdegg, M. (2005). *Derecho Internacional Público*. México: UNAM, págs. 14-27.

siglo XX¹¹. Pero no es hasta la segunda mitad, cuando estas se volvieron un asunto que podía ser relevante para el Derecho Internacional Público.

Así, y en el contexto de la propuesta en la ONU¹² de un “Nuevo orden económico Internacional” por parte de los países del tercer mundo, se buscó crear un régimen jurídico internacional que permitiera regular el comportamiento de estas empresas. En este sentido, se buscaba que estas realizaran transferencias de tecnologías a los países en los que se asentaban, contribuyeran al desarrollo económico de estos y respetaran el Derecho vigente en ellos.

En esta dirección se venía orientando la Organización de las Naciones Unidas desde la década de los sesenta, lo que se vio reflejado en el reconocimiento de la importancia del tema en la “Declaración sobre el Progreso Social y el Desarrollo” de 1969¹³. Los intentos por regular la cuestión se orientaron fundamentalmente hacia normas no vinculantes. Así, en los sesenta se comenzó a trabajar en un proyecto de código sobre las políticas en torno a las empresas transnacionales, que sin embargo nunca se llegó a realizar. Con la creación en 1974 de una comisión del ECOSOC¹⁴ para el tema de las empresas transnacionales, Ello propició la aparición de nuevos proyectos de códigos, en los años 1983 y 1990¹⁵. Ninguno de ellos llegó a buen puerto, pues la contradicción entre los países en desarrollo que demandaban un instrumento vinculante centrado en los ordenamientos internos de los Estados, y los países desarrollados que preferían líneas directrices voluntarias amparadas en el Derecho Internacional, no fueron resueltas¹⁶

Durante esta etapa aparecieron instrumentos no vinculantes de otras organizaciones internacionales, que intentaron establecer normas regulatorias del comportamiento de las empresas transnacionales. En ese sentido, destacan la declaración

¹¹ Al respecto véase: Colby, J. M. (2011). *The Business of Empire. United Fruit, Race, and U. S. Expansion in Central America*. Londres: Cornell University Press.

¹² Organización de las Naciones Unidas

¹³ Véase: Asamblea General de las Naciones Unidas. (25 de agosto de 2020). *Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, Proclamada por la Asamblea General en su resolución 2542, de 11 de diciembre de 1969*. Obtenido de Sitio Web del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <https://www.ohchr.org/sp/ProfessionalInterest/Pages/ProgressAndDevelopment.aspx>

¹⁴ Consejo Económico y Social de la ONU

¹⁵ Véase: *Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations*. (25 de agosto de 2020). Obtenido de UNCTAD Investment Policy Hub: <https://investmentpolicy.unctad.org/treaty-files/2891/download&ved=2ahUKewiqhI7V57frAhUB11kKHbnDAtMQFjAAegQIARAB&usg=AovVaw3fk-tVxCzeww7yUH83Sxas&cshid=1598408606540>, y *Code of Conduct on Transnational Corporations*. (25 de agosto de 2020). Obtenido de Sitio Web de la Organización de las Naciones Unidas: <https://research.un.org/es/docs/ga/quick/regular/45>

¹⁶ de Jonge, A. (2011). *Transnational Corporations and International Law*. Cheltenham: Edward Elgar, pág. 29.

tripartita de la OIT¹⁷ sobre el tema¹⁸, y las líneas directrices de la OCDE¹⁹ para las empresas multinacionales²⁰. Ambas establecían normas sustantivas de cumplimiento voluntario, así como mecanismos para monitorear su cumplimiento.²¹

Con la llegada de la década del 90, el neoliberalismo se convirtió en la ideología dominante en relación con la economía. Así, se abogaba por el repliegue del papel del Estado en la economía, pero no sólo en su rol de Estado empresario, sino también del papel de Estado regulador. Para el neoliberalismo, la desregulación económica y financiera es esencial para asegurar la prosperidad, cuyo éxito debe depender de la autorregulación del mercado. La demanda de un nuevo orden económico internacional en favor de los Estados tercermundistas cayó en saco roto, ante la aceptación por la mayoría de estos de la ideología neoliberal²².

Consecuentemente, el consenso internacional en torno a esta ideología suponía el fin de los intentos por establecer normas para regular el comportamiento de las empresas transnacionales desde el Derecho Internacional. Así, después del proyecto de código de 1990, en 1994 fue abandonado el proceso de creación de un código para regular el comportamiento de las empresas transnacionales²³.

No obstante, la necesidad de control al comportamiento de las empresas, especialmente en el tercer mundo, no desapareció. En varios casos, se daban situaciones de violaciones a derechos humanos que eran cometidas o toleradas por las empresas. Comenzó a desarrollarse una presión social contra estos comportamientos, que tuvo su corolario en caso de Nike²⁴. La actividad de los movimientos sociales la obligó a adoptar una posición más proactiva en relación con la protección de los Derechos Humanos en su actividad económica. Este es un buen ejemplo de cómo, al amparo de la protección de los Derechos Humanos, el tema volvía a cobrar vigencia, con énfasis en el concepto de responsabilidad social empresarial.

¹⁷ Organización Internacional del Trabajo

¹⁸ OIT. (2017). *Declaración Tripartita sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social*. Ginebra: OIT.

¹⁹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo de Europa

²⁰ OCDE. (2011). *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*. París: OCDE.

²¹ de Jonge, A. Ob. Cit., págs. 29-31 y 41-43.

²² Díez de Velasco, M., Ob. Cit. pág. 726-627.

²³ de Jonge, A. Ob. Cit., pág. 29.

²⁴ Véase: Ruggie, J. (2013). *Just Business. Multinational Corporations and Human Rights*. New York: W. W. Norton & Company., págs. 39-42.

Por la vía del Derecho Interno, y con antecedentes desde año 1980²⁵, una de las soluciones que se buscó para lograr la responsabilidad de las empresas por actos violatorios de los Derechos Humanos, fue aplicar la *Alien Torts Claim Act*. Esta era una antigua legislación estadounidense del siglo XVIII, que permitía a extranjeros entablar un litigio ante los tribunales norteamericanos por hechos cometidos fuera de los Estados Unidos, siempre que estos violaran la legislación del país norteamericano o un tratado del que este fuera parte²⁶. Aunque la ley estaba pensada para hechos como la piratería y había sido poco aplicada²⁷, al entender a los Derechos Humanos como parte de “tratados de los Estados Unidos”, se vio en ella una brecha por la cual podía demandarse a empresas que cometiesen violaciones en otros países. No obstante, al cabo del tiempo puede decirse que ha sido muy escaso el éxito de las demandas interpuestas en virtud de esta ley²⁸.

En el año 2000, y en consonancia con los objetivos del milenio, el secretario general de ONU, Kofi Annan, tuvo la iniciativa para la creación del pacto global. Este no constituía un instrumento contentivo de normas jurídicas, sino más bien una especie de plataforma para integrar a las empresas en el cumplimiento de diez mandamientos²⁹,

²⁵ El primer caso en que se intentó aplicar esta ley fue *Filártiga vs. Peña Irala*, en ese año. Sobre el tema, véase: Congressional Research Service. (25 de agosto de 2020). *The Alien Tort Statute (ATS): A Primer*. Obtenido de Congressional Research Service: <https://crsreports.congress.gov>, pág. 6

²⁶ *28 U.S. Code § 1350 Alien's action for tort*. (25 de agosto de 2020). Obtenido de Cornell Law School: <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1350>.

²⁷ Congressional Research Service, Ob. Cit., pág. 6

²⁸ Ídem.

²⁹ Estos mandamientos son los siguientes:

1. Las empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos fundamentales reconocidos internacionalmente, dentro de su ámbito de influencia.
2. Las empresas deben asegurarse de que sus empresas no son cómplices en la vulneración de los derechos humanos.
3. Las empresas deben apoyar la libertad de afiliación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva.
4. Las empresas deben apoyar la eliminación de toda forma de trabajo forzoso o realizado bajo coacción.
5. Las empresas deben apoyar la erradicación del trabajo infantil.
6. Las empresas deben apoyar la abolición de las prácticas de discriminación en el empleo y la ocupación.
7. Las empresas deberán mantener un enfoque preventivo que favorezca el medio ambiente.
8. Las empresas deben fomentar las iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental.
9. Las empresas deben favorecer el desarrollo y la difusión de las tecnologías respetuosas con el medioambiente

redactados a modo de principios generales. El Pacto global es un mecanismo por el cual las empresas pueden comprometerse a llevar estos principios a su día a día, lo cual se comprueba a través de mecanismos que posee el propio pacto.

One of the explicit commitments that a company makes when joining the Global Compact is to submit annual Communications on Progress (COP) using reporting indicators such as the Global Reporting Initiative (GRI) Guidelines. The COP must be placed on the UN Global Compact website and shared widely with the company's stakeholders.⁷³ A violation of the Global Compact Policy on COP will result in a change in a participant's status from 'active' to 'non-communicating' to 'inactive', and eventually results in the delisting of the participant³⁰.

Sobre este mecanismo, debe apuntarse que se trata de un medio más político que jurídico para incidir en las conductas de las empresas, pero al surgir en el marco de las Naciones Unidas, debe ser tenido en cuenta en este epígrafe.

De forma simultánea, desde el año 1998, la subcomisión de la ONU para la protección y promoción de los Derechos Humanos venía trabajando en un instrumento no vinculante que sistematizó bajo qué presupuestos debían ser responsables³¹ las empresas transnacionales por violaciones a los Derechos Humanos, que fue completada en el 2003. Amparada en el ya existente Derecho Internacional de los Derechos Humanos, intentó ir más allá de este, estableciendo estándares muy precisos que las empresas debían cumplir.

Sin embargo, cuando fue presentada en el 2004 ante la Comisión de Derechos Humanos del ECOSOC, fue tratada como un instrumento controvertido y, en última

10. Las empresas deben trabajar contra la corrupción en todas sus formas, incluidas extorsión y soborno.

Organización de las Naciones Unidas. (2015). *Pacto Mundial de Naciones Unidas. Una Llamada a la Acción para Empresas Sostenibles*. Nueva York: Naciones Unidas.

³⁰ Traducción: Uno de los compromisos explícitos que asume una compañía al unirse al Pacto Global es la entrega de Comunicaciones Anuales de Progreso (COP) usando indicadores para sus reportes como las líneas directrices de Global Reporting Initiative (GRI). Los COP deben ser depositados en el sitio web del Pacto Global de la ONU y compartidos ampliamente con todos los interesados. Una violación de la política del Pacto Global en relación con los COP tiene como consecuencia un cambio en el status de los participantes de 'activo' a 'incomunicado', y de ahí a 'inactivo', y eventualmente puede llevar a dar baja al participante.

de Jonge, A. Ob. Cit., pág. 32.

³¹ Aunque las propias normas lleven el término "responsabilidad" en su título, sus normas prácticamente no establecen nada sobre el particular, lo que es consecuente, toda vez que se trata de un instrumento concebido para no ser vinculante.

Véase: Comisión de Derechos Humanos. (2003). *Normas sobre la Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos*. Ginebra: Organización de las Naciones Unidas.

instancia no fue adoptada³². Ello se debió fundamentalmente al rechazo de las propias empresas al alcance de la responsabilidad que se proponía para ellas. Especialmente en el plexo de derechos reconocidos, que excedía al que era exigible a muchos Estados, y el nuevo concepto introducido por las normas de “esfera de influencia”.

El fracaso las normas, llevó a que en 2005 se nombrara un representante especial del Secretario General de las Naciones Unidas para el tema de las Empresas y los Derechos Humanos, cargo que sería asumido por el profesor John Ruggie³³. La primera decisión de Ruggie fue, en vistas de los resultados obtenidos, ignorar las normas presentadas antes, y hacer borrón y cuenta nueva. Tomó muy en cuenta el papel que tuvo el rechazo de las empresas a las normas en el fracaso de estas y, en consecuencia, orientó su trabajo en torno a la articulación de consensos entre los actores involucrados, a saber, empresas, Estados y sociedad civil, intentando tener en cuenta los intereses de todos³⁴.

Así, en 2008, presentó su propuesta de marco “proteger, respetar y remediar”, que fue aceptado por unanimidad en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU³⁵. Este llevaría a la elaboración de los principios rectores en 2011, que establecieron un grupo de pautas a seguir por los Estados y las empresas. Estos principios rectores se configuraron como instrumento no vinculante que no generaba obligaciones jurídicas. Fueron aprobados en el propio año 2011 por el Consejo de Derechos Humanos³⁶.

El contexto de la creación y aprobación de la plataforma “proteger, respetar y remediar”, y de sus principios rectores, fue propicio para la aparición de otros instrumentos relacionados con el tema. Así, en materia de estandarización, se crean, de la mano de ONG’s³⁷ las normas ISO 26000, que abordaban el tema de la responsabilidad social empresarial³⁸. Igualmente fueron modificadas las líneas directrices de la OCDE, que databan de una etapa anterior, para añadirles un capítulo sobre Derechos Humanos. También se aprobaría una estrategia sobre Responsabilidad Social empresarial en la Unión

³² Ruggie, J., Ob. Cit., págs. 11-12.

³³ Ídem.

³⁴ Ruggie, J., Ob. Cit., págs. 97-100.

³⁵ Consejo de Derechos Humanos. (2008). *Resolución 8/7. Mandato del Representante Especial del Secretario General sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales*. Ginebra: Organización de las Naciones Unidas.

³⁶ Consejo de Derechos Humanos. (2011). *Resolución 17/4. Los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y Otras Empresas*. Ginebra: Organización de las Naciones Unidas.

³⁷ Organizaciones no gubernamentales.

³⁸ International Standardization Organization. (2010). *Normas ISO 26000*. Ginebra: International Standardization Organization..

Europea³⁹, y la Corporación Financiera Internacional, adscrita al Banco Mundial, actualizó su política de sostenibilidad⁴⁰. Todas estas se mantenían en el terreno del cumplimiento voluntario.

A instancias de Ecuador, en el año 2014, se llevó a cabo un intento de poner fin a la larga cadena de instrumentos no vinculantes en relación con este tema, y se propuso crear uno que superara esta cuestión. Tras la aprobación de la iniciativa en el Consejo de Derechos Humanos, comenzaron los trabajos de preparación⁴¹. La primera versión del proyecto de instrumento vinculante fue presentada en el año 2018, y una nueva versión con modificaciones en el 2019⁴². Al momento de escribirse este trabajo, continúan las negociaciones en torno a su redacción.

3- LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Entre los caminos trazados para controlar la conducta de las empresas transnacionales, está el de hacer a estas depositarias de deberes frente al Derecho Internacional, que las obliguen a no producir con su conducta resultados dañosos o violatorios de este. Y ciertamente del actuar de las empresas se pueden derivar tales resultados. La represión contra el pueblo nigeriano de los Ogoni auspiciada por Royal Dutch Shell⁴³, o más atrás en el tiempo, los tratos de IG Farben con la Alemania nazi⁴⁴, son ejemplos ilustrativos.

³⁹ European Commission. (2019). *Corporate Social Responsibility, Responsible Business Conduct, and Business & Human Rights. Overview of Progress*. Bruselas: European Union.

⁴⁰ Corporación Financiera Internacional. (24 de marzo de 2020). *Normas de Desempeño sobre Sostenibilidad Ambiental y Social*. Obtenido de Sitio Web de la Corporación Financiera Internacional: www.ifc.org

⁴¹ Consejo de Derechos Humanos. (2014). *Resolución 26/9. Elaboración de un Instrumento Internacional Jurídicamente Vinculante sobre las Empresas Transnacionales y otras Empresas con Respecto a los Derechos Humanos*. Ginebra: Organización de las Naciones Unidas.

⁴² Intergovernmental Working Group on Transnational Corporations and other Business Enterprises with Respect to Human Rights. (24 de marzo de 2020). *Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*. Obtenido de Sitio Web del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOnTNC.aspx>

⁴³ En este caso el que la empresa Royal Dutch Shell se valió de la represión del gobierno nigeriano a la comunidad Ogoni para silenciar sus reclamos contra conductas de la corporación que dañaban el medio ambiente que los Ogoni habitaban, y contra la escasa vocación social de la propia empresa. Esta represión, dirigida a salvaguardar los intereses de la corporación, supuso implicó la quema de aldeas enteras, la violación de varias mujeres, y el asesinato de más de 2000 miembros de esta comunidad. Véase: Ruggie, J., Ob. Cit., págs. 44-48.

⁴⁴ Navarro, F. (2013). *IG Farben*. Ediciones ELMININO S.M.L.

Estos pueden derivarse, no sólo de la autoría directa de las empresas, sino también de su complicidad o participación en los hechos. El propio caso del pueblo Ogoni de Nigeria, ilustra cómo la empresa en cuestión se apoyó en gobierno de ese país para la comisión de violaciones a los Derechos humanos de esa comunidad⁴⁵.

Lo anterior se combina con el hecho de que las empresas transnacionales son actores cuya actuación rebasa las fronteras de los Estados: operan a un nivel transnacional. Al tener estas características, su conducta impacta en los territorios y la población de distintos Estados, por lo que son relevantes también para las relaciones internacionales. Piénsese en su relación con las inversiones extranjeras, el comercio internacional, el desarrollo o los derechos humanos, todos temas internacionalmente relevantes.

Por estas razones es que se ha defendido que la empresa debe directamente ser impuesta de deberes al amparo del Derecho Internacional⁴⁶. Si la empresa transnacional es internacionalmente relevante, y puede realizar, propiciar o permitir conductas con resultados violatorios del Derecho Internacional, debe también tener el deber de respetar lo que este ordenamiento establece, y responder en caso de violación del mismo.

Ahora bien, en Derecho los deberes se tienen en relación a otra persona que puede ser natural o jurídica. Por esto, al hablar del deber de respetar o de responder que deben tener las empresas, estas no lo tendrían en abstracto o de forma aislada. Un deber siempre se con respecto a otra u otras personas, en el contexto de una relación jurídica.

De acuerdo con la Teoría General del Derecho, y con la doctrina del Derecho Civil, las relaciones jurídicas se estructuran en objeto, causa, contenido y sujetos⁴⁷. El primero es aquello sobre lo que la relación versa, el segundo el hecho o acto jurídico que origina la relación, el tercero las situaciones jurídicas de poder y de deber que la relación implica, y el cuarto a los titulares de esos poderes y deberes. Por tanto, es titular de derechos, facultades, obligaciones, potestades o deberes solamente quien es sujeto de una relación jurídica al amparo de un ordenamiento jurídico; y esta es una cualidad que las empresas transnacionales deberían entonces reunir.

⁴⁵ Ruggie, J., Ob. Cit.

⁴⁶ Véanse: Hansen, R. (2013). The Public Policy Dimensions of MNE Legal Personality: Is It Time to Unveil the Masters of Globalization? En A. Byrnes, M. Hayashi, & C. Michaelsen, *International Law in the new age of Globalization* (págs. 241-266). Boston: Martins Nijhoff Publishers.

Miller, R. A. (2008). Paradoxes of Personality: Transnational Corporations, Non-Governmental Organizations and Human Rights in International Law. En M. A. Russell, & B. M. Rebecca, *Progress in International Law* (págs. 381-406). Boston: Martinus Nijhoff Publishers.

⁴⁷ Véanse: Fernández Bulté, J. (2001). *Teoría del Estado y el Derecho*. La Habana: Félix Varela. T. 2, págs. 137-138

Valdés Díaz, C. d. (2006). *Derecho Civil. Parte General*. La Habana: Félix Varela., págs. 84-97.

Ahora, para ser sujeto de relaciones jurídicas en un sistema jurídico cualquiera, se precisa que ese propio orden jurídico reconozca la subjetividad del ente en cuestión. Así, de las normas del propio sistema jurídico se debe derivar el reconocimiento al mismo de personalidad y capacidad⁴⁸. La primera, implica su reconocimiento como persona que puede ser titular de situaciones de poder y de deber. La segunda, implica que dispone de medios jurídicos para hacer valer sus situaciones de poder o le sean exigidas sus situaciones de deber. Por consiguiente, si es de interés atribuir deberes a las empresas transnacionales ante el Derecho Internacional, es necesario que estas se conviertan en sujetos del Derecho Internacional, y unirse a la actual gama de sujetos, que abarca a Estados, organizaciones internacionales, pueblos e individuos, entre otros⁴⁹.

Para el establecimiento de un régimen jurídico internacional que imponga deberes a las empresas transnacionales no basta con su enunciación convencional o consuetudinaria. Es necesario un régimen de responsabilidad por medio del cual se asegure la obligatoriedad y exigibilidad de estos. Sin esto, a efectos prácticos las normas no se diferenciarían demasiado del *soft law*.

Las relaciones jurídicas de responsabilidad internacional pueden tener tres causas: la violación de una norma del Derecho Internacional, la causación de un daño derivado de la práctica de una actividad riesgosa, o la comisión de un delito internacional por una persona individual. Esta última es la que interesa a los efectos del presente trabajo.

Actualmente la responsabilidad internacional penal está restringida a las personas naturales que cometan crímenes previstos en el Estatuto de Roma⁵⁰. Por consiguiente, las empresas no responden ante la corte, al no reconocerles el Derecho Internacional capacidad jurídica para ello.

A pesar de ello, las empresas pueden ser autoras o cómplices de crímenes de genocidio o de lesa humanidad. Piénsese, por ejemplo, en el ya citado caso de la comunidad Ogoni contra Royal Dutch Shell. Igualmente pueden serlo de crímenes de guerra o de agresión. De ello da fe el caso de las empresas contratistas de defensa que participan en conflictos armados como el de Afganistán⁵¹.

⁴⁸ Díez de Velasco, M., Ob. Cit. pág. 269-272.

⁴⁹ Hansen, R. Ob. Cit.

⁵⁰ *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. (3 de septiembre de 2020). Obtenido de Sitio Web de la Organización de las Naciones Unidas: [www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf).

⁵¹ Véase: Laborie Iglesias, M. (2013). Empresas de Seguridad, Mercenarios y Derecho Internacional Humanitario. *Cuadernos de la Estrategia*, 261-299.

Por ello la responsabilidad penal de las empresas transnacionales es perfectamente posible en el marco de los crímenes reconocidos por el Estatuto de Roma. Solamente se precisa de una expansión de la competencia de la Corte Penal Internacional, que de aquellas la capacidad jurídica necesaria para responder por tales crímenes.

Doctrinalmente se ha abogado por la responsabilidad penal de la empresa. De acuerdo con de Jonge:

There are many arguments in favour of expanding the jurisdiction of the ICC to cover legal (corporate) persons as well as natural persons. First, it would help to unify the different standards and rules of corporate criminal liability currently found within the diverse jurisprudence of many countries.

Such diversity helps perpetuate forum-shopping so that the individuals and states most affected by criminal corporate activity effectively lose control over their own futures when left to seek the assistance of foreign courts. As well as preventing forum shopping, allowing all such actions to be brought before a single tribunal such as the ICC would help to consolidate and unify a shared understanding of the principles of international criminal law. It would also help to promote a shared interpretation of international human rights treaties as applied to TNCs.⁵²

En similar sentido se ha pronunciado Hernández Zubizarreta, quien aboga por un instrumento internacional vinculante para las empresas transnacionales que “debe establecer la responsabilidad civil y penal de las empresas transnacionales y de sus directivos, así como la responsabilidad solidaria de las empresas transnacionales por las actividades de sus filiales, proveedoras, licenciarios y subcontratistas”⁵³.

A pesar de estos criterios, también se esgrimen argumentos en favor del *status quo*, que de acuerdo con de Jonge, se basan en dos argumentos principales. El primero de

⁵² Traducción: Existen muchos argumentos en favor de expandir la jurisdicción de la Corte Penal Internacional para que cubra tanto a personas jurídicas (corporaciones) como a personas naturales. Primero, ayudaría a unificar los diferentes estándares y reglas de responsabilidad penal corporativa que existen actualmente en las diversas jurisprudencias de muchos países.

Tal diversidad ayuda a perpetuar el *forum shopping*, de modo que los individuos y Estados más afectados por la actividad criminal de las corporaciones pierden a efectos prácticos el control sobre sus propios futuros cuando deben buscar ayuda en tribunales extranjeros. Además de prevenir el *forum shopping*, permitir que todas estas acciones sean interpuestas ante un mismo tribunal como la Corte Penal Internacional ayudaría a consolidar y unificar un entendimiento común de los principios del Derecho Internacional Penal. Ayudaría también a promover una interpretación común de los tratados internacionales de derechos humanos que sean aplicados a las corporaciones transnacionales. de Jonge, A. Ob. Cit., pág. 161.

⁵³ Hernández Zubizarreta, J. (2017). *El Tratado Internacional de los Pueblos para el Control de las Empresas Transnacionales*. Madrid: Paz con Dignidad. Pág. 68.

ellos es de índole pragmático, y se sustenta en las profundas reservas con que parte de la comunidad internacional ha asumido a la Corte Penal Internacional. En tal sentido, es poco probable que semejante modificación al estatuto de Roma tenga un impacto significativo, cuando Estados de la importancia de los Estados Unidos no son parte de este estatuto⁵⁴.

Esta objeción rebasa por mucho el tema de la responsabilidad de la empresa, y pone en tela de juicio a la propia Corte Penal Internacional y a su efectividad. Ciertamente que el Derecho Internacional Penal mantiene a día de hoy muchos detractores, algunos de ellos bastante poderosos, como es el caso de los Estados Unidos, pero no por ello ha de alzarse una bandera blanca ante ellos. En cualquier caso, de asumirse esta, no se estaría rechazando a la incorporación de las empresas como sujetos penalmente responsables, sino al Estatuto de Roma y a la Corte Penal Internacional, como un todo.

La segunda objeción a este reconocimiento se halla en la naturaleza de la responsabilidad que podría exigirse a las empresas. Un ente abstracto como las empresas transnacionales debería estar sujeto a regímenes de responsabilidad similares a la del Estado, a saber, responsabilidad por actos ilícitos y responsabilidad por daños. La responsabilidad penal debería quedar, de acuerdo con esta posición restringida a las personas naturales como hasta ahora⁵⁵.

Esta segunda objeción carece, por su parte, de sustento. Se basa en establecer una identidad falaz entre las empresas y los Estados en lo que a regímenes de responsabilidad internacional se refiere. En primer lugar, una empresa transnacional y un Estado son dos actores de distinta naturaleza, y con un papel muy distinto en las relaciones internacionales, por lo que no se justifica que deban tener regímenes idénticos. Y, en concordancia con esto, debe recordarse que el alcance de una potencial subjetividad internacional de la empresa debe ser necesariamente distinto del de los Estados, en tanto estos son los únicos sujetos del Derecho Internacional que gozan de plena capacidad.

El caso es que, en la actualidad, la Corte Penal Internacional sigue cerrada a la posibilidad de que las empresas transnacionales respondan ante ella por la comisión de delitos previstos en el Estatuto de Roma. Aun así, ello no significa una total impunidad. Los individuos que realizan las conductas atribuibles a las empresas sí pueden responder por los crímenes cometidos, siempre que la corte sea competente para ello; o sea, que la

⁵⁴ de Jonge, A. Ob. Cit., pág. 161-162.

⁵⁵ de Jonge, A. Ob. Cit., pág. 162.

conducta de estos esté tipificada en el estatuto, y estos sean nacionales de Estados partes, o bien disponga el Consejo de Seguridad que se inicie la persecución contra ellos⁵⁶.

4- CONCLUSIONES

Como puede verse, las actividades de las empresas que operaban en los territorios de más de un Estado, o en las colonias de este, no eran relevantes para el Derecho Internacional hasta la segunda guerra mundial. La evolución del Derecho Internacional con posterioridad a esta implicó un cambio en ese sentido, lo que se expresó en el trabajo de la ONU y otras organizaciones internacionales para la creación de instrumentos de cumplimiento voluntario en el marco de la promoción del nuevo orden económico internacional.

Tras abandonarse el tema en los años 90, resurge en la primera década del siglo XXI, enfocado en los derechos humanos, con nuevos instrumentos de cumplimiento voluntario y actualización de los anteriores, llegando en la segunda década al primer intento de crear un tratado multilateral sobre el particular.

En medio de estos procesos, la posibilidad de hacer a las empresas penalmente responsables por violaciones al Derecho Internacional, es un asunto que se ha mantenido en el debate doctrinal. Con argumentos tanto en favor como en contra, se presenta como una de las vías para asegurar el control de estos actores por el Derecho Internacional Público.

Sin embargo, esta idea no ha encontrado hasta hoy asiento en el Derecho Internacional vigente. Muchos Estados son reticentes al Derecho Internacional Penal en general, por lo que este mecanismo para el control de las empresas no tiene el camino fácil para su materialización. Aun así, puede constituir una vía más para prevenir conductas criminales y violatorias de los derechos humanos que estos actores pueden cometer, y en tal sentido, debe ser promovida.

BIBLIOGRAFÍA

28 U.S. Code § 1350 Alien's action for tort. (25 de agosto de 2020). Obtenido de Cornell Law School: <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1350>

⁵⁶ Véase: *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. (3 de septiembre de 2020). Obtenido de Sitio Web de la Organización de las Naciones Unidas: [www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf).

Asamblea General de las Naciones Unidas. (25 de agosto de 2020). *Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, Proclamada por la Asamblea General en su resolución 2542, de 11 de diciembre de 1969*. Obtenido de Sitio Web del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <https://www.ohchr.org/sp/ProfessionalInterest/Pages/ProgressAndDevelopment.aspx>

Barrow, I. (2017). *The East India Company, 1600-1858: A Short History with Documents*. Indianapolis: Hackett Publishing Company.

Charles Rivers Editors. (2017). *The Dutch East India Company. The History of the World's First Multinational Corporation*. Indianapolis: Charles Rivers Editors.

Code of Conduct on Transnational Corporations. (25 de agosto de 2020). Obtenido de Sitio Web de la Organización de las Naciones Unidas: <https://research.un.org/es/docs/ga/quick/regular/45>

Colby, J. M. (2011). *The Business of Empire. United Fruit, Race, and U. S. Expansion in Central America*. Londres: Cornell University Press.

Comisión de Derechos Humanos. (2003). *Normas sobre la Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos*. Ginebra: Organización de las Naciones Unidas.

Congressional Research Service. (25 de agosto de 2020). *The Alien Tort Statute (ATS): A Primer*. Obtenido de Congressional Research Service: <https://crsreports.congress.gov>

Consejo de Derechos Humanos. (2008). *Resolución 8/7. Mandato del Representante Especial del Secretario General sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales*. Ginebra: Organización de las Naciones Unidas.

Consejo de Derechos Humanos. (2011). *Resolución 17/4. Los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y Otras Empresas*. Ginebra: Organización de las Naciones Unidas.

Consejo de Derechos Humanos. (2014). *Resolución 26/9. Elaboración de un Instrumento Internacional Jurídicamente Vinculante sobre las Empresas Transnacionales y otras Empresas con Respecto a los Derechos Humanos*. Ginebra: Organización de las Naciones Unidas.

Corporación Financiera Internacional. (24 de marzo de 2020). *Normas de Desempeño sobre Sostenibilidad Ambiental y Social*. Obtenido de Sitio Web de la Corporación Financiera Internacional: www.ifc.org

de Jonge, A. (2011). *Transnational Corporations and International Law*. Cheltenham: Edward Elgar.

Diez de Velasco, M. (2007). *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos.

Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations. (25 de agosto de 2020). Obtenido de UNCTAD Investment Policy Hub: <https://investmentpolicy.unctad.org/treaty-files/2891/download&ved=2ahUKewiqhl7V57frAhUB11kKHbnDAtMQFjAAegQIARAB&usg=AovVaw3fk-tVxCzeww7yUH83Sxas&cshid=1598408606540>

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. (3 de septiembre de 2020). Obtenido de Sitio Web de la Organización de las Naciones Unidas: [www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

European Commission. (2019). *Corporate Social Responsibility, Responsible Business Conduct, and Business & Human Rights. Overview of Progress*. Bruselas: European Union.

Fernández Bulté, J. (2001). *Teoría del Estado y el Derecho*. La Habana: Félix Varela.

Gilpin, R. (2001). *Global Political Economy*. Princeton: Princeton University Press.

Hansen, R. (2013). The Public Policy Dimensions of MNE Legal Personality: Is It Time to Unveil the Masters of Globalization? En A. Byrnes, M. Hayashi, & C. Michaelsen, *International Law in the new age of Globalization* (págs. 241-266). Boston: Martins Nijhoff Publishers.

Held, D., & McGrew, A. (2005). *The Global Transformations Reader*. Cambridge: Polity Press.

Herdegen, M. (2005). *Derecho Internacional Público*. México: UNAM.

Herdegen, M. (2012). *Derecho Internacional Económico*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Hernández Zubizarreta, J. (2017). *El Tratado Internacional de los Pueblos para el Control de las Empresas Transnacionales*. Madrid: Paz con Dignidad.

Intergovernmental Working Group on Transnational Corporations and other Business Enterprises with Respect to Human Rights. (24 de marzo de 2020). *Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*. Obtenido de Sitio Web del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGTransCorp/Pages/IGWGOntnc.asp>
x

International Standardization Organization. (2010). *Normas ISO 26000*. Ginebra: International Standardization Organization.

Laborie Iglesias, M. (2013). Empresas de Seguridad, Mercenarios y Derecho Internacional Humanitario. *Cuadernos de la Estrategia*, 261-299.

López Martín, A. G. (2009). El Derecho Internacional en el Marco de una Sociedad Globalizada. Tendencias y Perspectivas. *Revista Española de Relaciones Internacionales*, 13-147.

Miller, R. A. (2008). Paradoxes of Personality: Transnational Corporations, Non-Governmental Organizations and Human Rights in International Law. En M. A. Russell, & B. M. Rebecca, *Progress in International Law* (págs. 381-406). Boston: Martinus Nijhoff Publishers.

Navarro, F. (2013). *IG Farben*. Ediciones ELMININO S.M.L. .

OCDE. (2011). *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*. París: OCDE.

OIT. (2017). *Declaración Tripartita sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social*. Ginebra: OIT.

Organización de las Naciones Unidas. (2015). *Pacto Mundial de Naciones Unidas. Una Llamada a la Acción para Empresas Sostenibles*. Nueva York: Naciones Unidas.

Orrego Vicuña, F. (1973). El Control de las Empresas Multinacionales. *Foro Internacional*, 106-128.

Ruggie, J. (2013). *Just Business. Multinational Corporations and Human Rights*. New York: W. W. Norton & Company.

Sales Pallarés, L., & Marullo, M. C. (2018). El «ángulo muerto» del Derecho Internacional: las empresas transnacionales y sus cadenas de suministro. *Persona y Derecho*, 261-291.



Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad

ISSN: 2531-1565

Valdés Díaz, C. d. (2006). *Derecho Civil. Parte General*. La Habana: Félix Varela.

Zumbansen, P. (2011). Transnational Law, Evolving. *Osgoode CLPE Research Paper*, 2-17.